

# ZH\_HANDELSGERICHT HG210019 vom 30. Januar 2024

Zh Handelsgericht, 2024-01-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG210019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG210019)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG210019 du 30 janvier 2024

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG210019 del 30 gennaio 2024

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Zuständigkeit

##### E. 1.1.1

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

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

##### E. 1.1.2

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

### E. 1.2

Klageänderung

#### E. 1.2.1

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

#### E. 1.2.2

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

### E. 1.3

Bevollmächtigung / Rechtsvertretung der Klägerin

#### E. 1.3.1

Das Vorhandensein einer gültigen Vollmacht ist eine Prozessvoraussetzung, welche im Zeitpunkt der Urteilsfällung vorzuliegen hat (STERCHI, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1-149 ZPO,

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

- 12 -

### **E. 1.3.2**

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

### **E. 1.3.3**

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

### **E. 1.4**

Partei- und Prozessfähigkeit

#### **E. 1.4.1**

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

#### **E. 1.4.2**

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

- 13 -

#### **E. 1.4.3**

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

## **E. 1.5**

Einfache passive Streitgenossenschaft

### **E. 1.5.1**

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

### **E. 1.5.2**

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

### **E. 1.5.3**

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

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

## **E. 1.6**

Rechtsschutzinteresse

### **E. 1.6.1**

Rechtliches

### **E. 1.6.1.1**

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

### **E. 1.6.1.2**

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

### **E. 1.6.1.3**

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

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

## **E. 1.6.2**

Qualifikation der Rechtsbegehren

### **E. 1.6.2.1**

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

### **E. 1.6.2.2**

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

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

### **E. 1.6.3**

Würdigung: Allgemein

#### **E. 1.6.3.1**

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

#### **E. 1.6.3.2**

Da die Klägerin mit ihren Ausführungen in schlüssiger Weise vergangene und bestehende Urheberrechtsverletzungen sowie eine (Wiederholungs-)Gefahr von Urheberrechtsverletzungen behauptet, ist im Rahmen der Prüfung der Prozessvoraussetzungen das Rechtsschutzinteresse hinsichtlich Rechtsbegehren 1 (Unterlassungs- und Beseitigungsbegehren) zu bejahen. In Bezug auf Rechtsbegehren 2 (Beseitigungsbegehren) ist im Rahmen der Prüfung der Prozessvoraussetzungen gestützt auf die schlüssigen Behauptungen der Klägerin von einer andauernden Verletzung (vgl. u.a. vgl. act. 1 Rz. 10; act. 46 Rz. 86) auszugehen und das diesbezügliche Rechtsschutzinteresse ebenfalls zu

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

### **E. 1.6.4**

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

### **E. 1.7**

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

### **E. 1.8**

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

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

## **E. 2**

Verhandlungsgrundsatz

### **E. 2.1**

Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast

#### **E. 2.1.1**

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

#### **E. 2.1.2**

Der Behauptungslast ist durch das Aufstellen eines schlüssigen Tatsachenvortrags Genüge getan. Das heisst, dass eine Partei diejenigen Tatsachen widerspruchsfrei und vollständig angeben muss, auf die sie ihr Begehren stützt, so dass der Tatsachenvortrag bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Es genügt, wenn diese Tatsachen in ihren Grundzügen behauptet werden (BGE 132 III 186 E. 8.2; BGer Urteile 4A\_210/2009 vom

### **E. 2.1.3**

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

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

### **E. 2.1.4**

Das Gegenstück zur Behauptungslast bildet die Bestreitungslast. Die Gegenpartei hat im Einzelnen darzutun, welche behaupteten Tatsachen anerkannt und welche bestritten werden. Die Floskel, dass alles bestritten sei, was nicht ausdrücklich zugestanden werde, genügt damit nicht (SUTTER-SOMM/SCHRANK, in:

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

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

### **E. 2.1.5**

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

## **E. 2.2**

Stellungnahmen nach Aktenschluss

### **E. 2.2.1**

Nach Durchführung des zweiten Schriftenwechsels tritt der Aktenschluss ein (BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3). Nach dem Aktenschluss steht den Parteien grundsätzlich nur noch das unbedingte Replikrecht zur Verfügung, welches sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ableitet (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Neue Tatsachen und Beweismittel in Stellungnahmen nach Aktenschluss – wozu gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch neue Bestreitungen zählen (vgl. BGE 147 III 475 E. 2.3.3.6) – sind nur insoweit zu beachten, als sie als zulässige Noven die Voraussetzungen nach Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllen: Echte und unechte Noven sind ohne Verzug vorzubringen. Was als ohne Verzug vorgebracht gilt, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab (statt vieler: BGE Urteil 4A\_70/2021 vom 15. Juli 2021 E. 4.2 m.H.).

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

### **E. 2.2.2**

Die Partei, die der Meinung ist, sie könne sich auf neue Tatsachen und / oder Beweismittel (echte oder unechte Noven) stützen, hat diese zu bezeichnen und für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel substantiiert darzutun, dass die

Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (anstatt vieler: ZR 113/2014 Nr. 54 S. 176 f. E. 3; LEUENBERGER, a.a.O., Art. 229 N. 10).

### **E. 2.2.3**

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

- 22 - rin mit Eingabe vom 7. Februar 2023 nochmals eine Stellungnahme erstattete (act. 70). Die Klägerin nimmt in der Stellungnahme vom 8. November 2022 einzig in act. 61 Rz. 14-20 und Rz. 66 f. explizit Bezug auf Noven und deren Voraussetzungen. Da die Ausführungen nicht entscheidrelevant sind, kann offen bleiben, ob darin vorhandene Noven genügend bezeichnet wurden und die Zulässigkeitsvoraussetzungen zum Vorbringen von Noven erfüllt sind. Sollte die Stellungnahme an anderer Stelle Noven enthalten, so sind diese von vornherein nicht zu berücksichtigen, da die Klägerin sie nicht im Einzelnen bezeichnet hat. Weiter ist festzuhalten, dass weder die Beklagte 2 in ihrer Stellungnahme datierend vom 8. Dezember 2022 (act. 69) noch die Klägerin in der Eingabe vom

### **E. 7**

Februar 2023 (act. 70) Noven bezeichnet oder dargetan haben, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Folglich sind – sollten sie denn vorhanden sein – allfällig darin enthaltene Noven nicht zu berücksichtigen. 3. Anwendbares Recht Die Klägerin beruft sich auf die Anwendbarkeit von Schweizer Recht. Sie stützt sich auf den Schutz von Urheberrechten in der Schweiz und behauptet eine Auswirkung auf den Schweizer Markt (act. 1 Rz. 78; siehe Ziffer 4.2.1). Während die Beklagte 2 ihr zustimmt (act. 10 Rz. 151), bestreitet die Beklagte 1 die Ausführungen pauschal (act. 13 Rz. Zu 78). Immaterialgüterrechte, wozu Urheberrechte und verwandte Schutzrechte gehören, unterstehen gemäss Art. 110 Abs. 1 IPRG dem Recht des Staates, für den der Schutz der Immaterialgüter beansprucht wird. Das Schweizer Urheberrechtsgesetz schützt Urheberrechte von Werken in der Schweiz, auch falls Handlungen von Personen im Ausland begangen werden, aber in der Schweiz Wirkungen zeitigen (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 1 N. 15; CHERPILLOD, in: MÜLLER/OERTLI [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG), 2. A., 2012, Art. 1 N. 2). Gemäss Art. 136 IPRG unterstehen Ansprüche aus unlauterem

- 23 - Wettbewerb dem Recht des Staates, auf dessen Markt die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet. Folglich ist vorliegend Schweizer Recht anwendbar. Ob der Klägerin Urheberrechte zukommen, für welche sie in der Schweiz Schutz beanspruchen kann, und ob sie sich auf unlauteren Wettbewerb berufen kann, ist – soweit notwendig – im Rahmen der materiellen Prüfung zu klären. 4. Übersicht 4.1. Unbestrittener Sachverhalt 4.1.1. Die mit den streitgegenständlichen Fotoabzügen gezeigten Fotografien wurden von A. \_\_\_\_\_ aufgenommen (act. 1 Rz. 29; vgl. act. 13 Rz. Zu 29-40, act. 10 Rz. 110, act. 55 Rz. 42, 88). 4.1.2. Die Beklagte 2 kaufte die streitgegenständlichen Fotoabzüge und verkaufte sie

anschliessend weiter, wobei sie im Zollfreilager in N.\_\_\_\_\_ lagerten (und noch immer lagern) (act. 10 Rz. 8, 30 ff.; act. 46 Rz. 38, 40; vgl. act. 57 Rz 94, act. 55 Rz. 111). Sie verwaltet die streitgegenständlichen Fotoabzüge weiterhin (act. 10 Rz. 8, 150; act. 46 Rz. 60) und lieferte sie im Jahr 2019 der Beklagten 1 für eine Ausstellung (act. 1 Rz. 15, 19; act. 46 Rz. 41; vgl. act. 13 Rz. Zu 12-15, act. 10 Rz. 99, act. 55 Rz. 16). 4.1.3. Die Beklagte 1 widmete den Werken von A.\_\_\_\_\_ vom 29. August bis 1. November 2019 eine Ausstellung in ihren Geschäftsräumlichkeiten an der H.\_\_\_\_\_ -Gasse ... in I.\_\_\_\_\_. Im Rahmen derselben stellte sie auch die streitgegenständlichen Fotoabzüge aus (act. 1 Rz. 9; vgl. act. 10 Rz. 93, act. 13 Zu 9). 4.2. Hauptstandpunkte der Parteien 4.2.1. Die Klägerin begründet ihre Klage damit, dass es sich bei den Fotografien, welche den Fotoabzügen gemäss Rechtsbegehren 1 zugrunde liegen, um urheberrechtlich geschützte Werke handle (act. 1 Rz. 81; act. 46 Rz. 3 ff.). Sie habe die Urheberrechte von A.\_\_\_\_\_ inne, welche durch die Verwendung der in Rechtsbegehren 1 aufgeführten, im Vergleich zu den originalen Fotonegativen geänderten Fotoabzüge seitens der Beklagten 1 bzw. 2 (Einfuhr, Lieferung, Aus-

- 24 - stellung, Verkauf, Angebot zum Verkauf, Präsentation auf der Website) – ohne Erlaubnis von A.\_\_\_\_\_ und ihr – verletzt worden seien bzw. noch immer würden (act. 1 Rz. 41, 85 f.; act. 46 Rz. 35 ff.). Sie bestreitet eine Erschöpfung, einen Rechtsverzicht, eine Verjährung sowie eine Verwirkung ihrer Rechte bzw. Ansprüche (act. 1 Rz. 3, 9-11, 15, 29 ff., 87 ff.; act. 46 Rz. 6 ff., 233 ff.). Aktiv- und Passivlegitimation seien gegeben (act. 1 Rz. 96 f.; act. 46 Rz. 51 ff.). Weiter stützt die Klägerin ihre Klage auf das UWG. Die "Signaturen" auf den Fotoabzügen seien gefälscht. Die Beklagten hätten die Besucher der Ausstellung und der Website der Beklagten 1 sowie potentielle Käufer mit unrichtigen Angaben getäuscht und Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG verletzt (act. 46 Rz. 32 ff., 81 ff.). 4.2.2. Die Beklagte 1 bestreitet die Aktivlegitimation der Klägerin sowie ihre eigene Passivlegitimation (act. 13 Rz. Zu 11, 19, 96, 97; act. 55 Rz. 3 ff., 33, 51, 101, 108). Weiter bestreitet sie Urheberrechtsverletzungen (act. 13 Rz. Zu 21, 90, 98- 102; act. 55 Rz. 64 ff., 91 ff.) und Verletzungen des UWG (act. 55 Rz. 101). Sie habe die Fotografien von den rechtmässigen Eigentümern erhalten (act. 13 Rz. Zu 22-24) und in deren Auftrag die Ausstellung durchgeführt. Auf ihrer Website fänden sich weder Fotografien noch eine Preisliste; eine Preisliste sei nie auf der Website gewesen bzw. nie zum Download verfügbar gewesen (act. 13 Rz. Zu 9-11). Sie biete die Fotoabzüge nicht zum Kauf an (act. 13 Rz. Zu 11, 17). Weiter bestehe kein Auskunftsrecht (act. 13 Rz. Zu 103; act. 55 Rz. 111) und die Behauptung, dass die "Signaturen" gefälscht seien, werde bestritten (act. 55 Rz. 68 ff., 101). 4.2.3. Die Beklagte 2 bestreitet das Vorliegen von Urheberrechts- und Lauterkeitsverletzungen; die Klage sei daher abzuweisen (act. 10 Rz. 117; act. 57 Rz. 46, 58, 110). Hinsichtlich der Urheberrechte an den streitgegenständlichen Fotoabzügen liege Erschöpfung vor. Sodann seien eventualiter/alternativ die Abwehransprüche der Klägerin hinsichtlich der streitgegenständlichen Fotoabzüge verjährt, verwirkt bzw. liege ein Verzicht oder ein widersprüchliches Verhalten vor (act. 10 Rz. 86 ff., 128, 172; act. 57 Rz. 56, 85, 102). Weiter bestreitet die Beklagte 2 ihre Passivlegitimation (act. 10 Rz. 171; act. 57 Rz. 49 ff., 53 ff.). Betreffend Rechtsbegehren 2a fehle eine Rechtsgrundlage (act. 57 Rz. 58 ff.). Die beantrag-

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

- 26 - 4.3. Zwischenfazit Nachfolgend ist zu prüfen, ob betreffend die streitgegenständlichen Fotoabzüge Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagten 1 und/oder 2 gestützt auf das Urheberrecht (Ziffer 5) oder das UWG (Ziffer 6) bestehen. Dazu gehört insbesondere die Prüfung der Aktiv- und Passivlegitimation, des Vorliegens von Urheberrechts- und/oder Lauterkeitsrechtsverletzungen sowie die individuellen Voraussetzungen allfälliger Anspruchsgrundlagen. Weiter ist zu analysieren, ob die seitens der Beklagten 1 und 2 vorgebrachten Einreden und Einwendungen greifen. Sollten Ansprüche bejaht werden, sind sodann die beantragten Vollstreckungsmassnahmen zu beurteilen (Ziffer 7). Soweit erforderlich, ist bei den einzelnen Prüfungsschritten auf die Vorbringen der Parteien detaillierter einzugehen. 5. Urheberrecht 5.1. Geschützte Werke 5.1.1. Allgemein 5.1.1.1. Werke sind geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben (Art. 2 Abs. 1 URG). Dazu gehören fotografische Werke (Art. 2 Abs. 2 lit. g URG). Das Schweizer Urheberrechtsgesetz gilt für alle Werke, d.h. unabhängig von der Nationalität der Urheberin oder des Ursprungslandes des Werkes bzw. des Orts einer allfälligen ersten Veröffentlichung (CHERPILLOD, a.a.O. Art. 1 N. 3 f.). Urheberin ist die natürliche Person, welche das Werk schafft (Art. 6 URG). 5.1.1.2. Die Klägerin stellt zu den einzelnen Fotoabzügen jeweils detaillierte Tatsachenbehauptungen betreffend deren (behaupteten) individuellen Charakter auf (act. 1 Rz. 31 ff., 81-83; act. 46 Rz. 3 ff.; act. 55 Rz. 89; vgl. act. 10 Rz. 112, 154, act. 13 Rz. Zu 29-40, 81-89, act. 57 Rz. 65). Diese Tatsachenbehauptungen werden von den Beklagten nicht bestritten (vgl. act. 10 N. 113). Entsprechend ist davon auszugehen, dass sämtlichen streitgegenständlichen Fotoabzügen ein individueller Charakter zukommt und es sich bei sämtlichen Fotoabzügen um urheberrechtlich geschützte Werke handelt.

- 27 -

- 28 - 5.1.2. Werkbegriff in der analogen Fotografie im Besonderen 5.1.3. Die Fotografien selbst sind das Werk. Sie sind nicht zu verwechseln mit Werkexemplaren (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a URG) oder -trägern (Negative, Abzüge). 5.1.4. Im Rahmen der analogen Fotografie stellt sich die Frage, ob das Negativ oder aber die Erstfixierung in einem Fotoabzug das Werk verkörpert. 5.1.5. Während Rehbinder/Haas/Uhlig pauschal vom Negativ als Original und dem einzigen Abzug davon als Originalwerkexemplar sprechen (REHBINDER/HAAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 15 N. 2) bzw. Glaus/Studer pauschal den Fotoabzug als Original bezeichnen (GLAUS/STUDER, Kunstrecht, 2003, S. 36), halten Mosimann/Müller-Chen (MOSIMANN/MÜLLER-CHEN, Kauf eines Originals der bildenden Kunst, insbesondere einer Fotografie, S. 4 f.) differenzierter Folgendes fest: "Die Fotografie entwickelte sich im Wesentlichen zur Aufnahme mit Negativ und Abzug. Es entspricht herrschender Lehre, dass Kunstfotografien urheberrechtliche Werke im Sinne von Art. 2 URG sind. Dabei wird in der Regel jede reproduktionsfähige Erstfixierung und damit der Abzug als Original bezeichnet. Richtig besehen kann aber sowohl das Negativ wie der Abzug ein Original sein. Das Negativ ist ein Original, sofern der Ausschnitt von individuellem Charakter ist; der Abzug ist jedenfalls als Vervielfältigung im Schöpfungszeitpunkt ein Original. Sofern er selbst individuell gestaltet ist, kommt ihm zusätzlich als Abzug Originalcharakter zu, unabhängig vom Zeitpunkt des Abzugs." HAMANN vertritt in der deutschen Rechtswissenschaft eine andere These und bezeichnet das Negativ als Vororiginal, den Fotoabzug dagegen als Original. Die urheberrechtliche Originalität eines Kunstwerks hänge u.a. entscheidend davon ab, ob es sich um die erstmalige Fixierung eines künstlerischen Konzepts handle oder nicht. Eine

Erstverkörperung liege jedoch erst bei der vollständigen Kongruenz zwischen der künstlerischen Vorstellung vom beabsichtigten Kunstobjekt und der Werkverkörperung vor. Diese endgültige Deckungsgleichheit sei noch nicht im Stadium der Herstellung des Negativs erreicht, denn das künstlerische Konzept des Fotografen habe sich noch nicht in seiner endgültigen Form, sondern erst in einer Vorform niedergeschlagen. Auch das Vororiginal bedürfe urheberrechtlichen Schutzes und es sei kein Grund ersichtlich, die vororiginalen Negative von Lichtbildwerken nicht entsprechend den

- 29 - Originalen von Lichtbildwerken zu behandeln (HAMANN, Grundfragen der Originalfotografie, UFITA 90 [1981], S. 51). Dieser These ähnelt die Idee, das Negativ als Entwurf eines Werks, dem urheberrechtlichen Schutz zukommt (Art. 2 Abs. 4 URG), anzusehen. 5.1.6. Eine klare, allverbindliche Abgrenzung von Werk und Werkexemplaren in der analogen Fotografie ist in der Schweizer Rechtsprechung und Literatur nicht ersichtlich. Die Verwendung des Worts Original trägt nicht zur Lösung bei, kann doch damit ein Originalwerk wie ein Originalwerkexemplar gemeint sein. 5.1.7. Zur Unterscheidung zwischen Werk und Werkexemplar bietet sich für den vorliegenden Fall ein Rückgriff auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung an, welche definiert, was den individuellen Charakter und damit ein Werk ausmacht: In BGE 130 III 168 E. 4.5 hat das Bundesgericht festgehalten: "Es besteht in der Literatur insoweit Einigkeit, als einerseits banale Knipsbilder vom Schutz ausgeschlossen werden und andererseits die Möglichkeit, der Fotografie individuellen Charakter zu verleihen, in deren Gestaltung gesehen wird, zum Beispiel durch die Wahl des abgebildeten Objekts, des Bildausschnitts und des Zeitpunkts des Auslösens, durch den Einsatz eines bestimmten Objektivs, von Filtern oder eines besonderen Films, durch die Einstellung von Schärfe und Belichtung sowie durch die Bearbeitung des Negativs." Das bedeutet, dass, falls durch die Wahl des Objekts, des Bildausschnitts, des Zeitpunktes, den Einsatz eines bestimmten Objektivs, von Filtern oder eines besonderen Films oder durch die Einstellung von Schärfe und Belichtung die Individualität der Fotografie entsteht, bereits der auf dem Negativ fixierten Fotografie Werkcharakter zukommt. Wird daraus ein Fotoabzug erstellt, ohne dass das Negativ bearbeitet oder spezielle Entwicklungsschritte angewendet werden, handelt es sich dabei – unabhängig vom Entwicklungszeitpunkt – um ein Werkexemplar. Ist es der erste Fotoabzug, drängt sich die Bezeichnung als Originalwerkexemplar auf (vgl. HAMANN, Der urheberrechtliche Originalbegriff der bildenden Kunst, Unter besonderer Berücksichtigung grafischer Vervielfältigungsarten, Diss. 1980, S. 36). Wird hingegen der individuelle Charakter (erst oder zusätzlich) durch die besondere Bearbeitung des Negativs

- 30 - oder spezielle Entwicklungsschritte erzeugt, ist (allein oder zusätzlich) die als Fotoabzug fixierte Fotografie ein Werk und nicht bloss Werkexemplar. 5.1.8. Die Klägerin erläutert zur Arbeitsweise von A. \_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 32 ff.), dass er grossen Wert auf eine möglichst perfekte Bildkomposition gelegt habe. Die Dunkelkammerarbeit habe er meist den O. \_\_\_\_\_-Agenturlabors überlassen (act. 1 Rz. 34). Sodann bezeichnet sie das Negativ als Original, dieses zeige das vollendete Werk (act. 46 Rz. 37). Gemäss diesen Vorbringen der Klägerin kam bei A. \_\_\_\_\_ die Individualität beim Fotografieren, nicht aber bei der Entwicklung der Fotografie zum Tragen (vgl. act. 55 Rz. 89). Folglich sind vorliegend die auf den Negativen festgehaltenen Fotografien als Werke anzusehen und die auf den Fotoabzüge festgehaltenen Fotografien als Werkexemplare zu qualifizieren (nachfolgend "streitgegenständliche Fotoabzüge"). 5.2. Urheber und Schutzdauer 5.2.1. Der Urheber der auf den streitgegenständlichen Fotoabzügen festgehaltenen Fotografien ist unstrittig

A.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 29, 79; act. 10 Rz. 110, 152; act. 13 Rz. Zu 29-40, Zu 79). 5.2.2. Werke sind ab Schaffung urheberrechtlich geschützt (Art. 29 Abs. 1 URG). Der Schutz für Fotografien mit individuellem Charakter erlischt 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers (Art. 29 Abs. 2 lit. b URG). Die Schutzdauer wird vom 31. Dezember desjenigen Jahres an berechnet, in dem das für die Berechnung massgebende Ereignis eingetreten ist (Art. 32 URG). A.\_\_\_\_\_ verstarb unbestrittenermassen am tt.mm.2004 (act. 1 Rz. 40, 84; vgl. act. 10 Rz. 115; act. 13 Rz. Zu 29-40, 81-89). Seine Werke und damit auch die vorliegend relevanten Fotografien sind nach geltendem Recht somit bis 31. Dezember 2074 geschützt. 5.2.3. Während der Schutzdauer kommen dem Urheber und der Rechteinhaberin als Rechtsnachfolgerin das ausschliessliche Recht am eigenen Werk (Art. 9 Abs. 1 URG; Art. 10 ff. URG) samt Rechtsschutz zu.

- 31 - 5.3. Rechtsschutz / Anspruchsgrundlagen 5.3.1. Gegen Verletzungen oder Gefährdungen der Urheberrechte stehen dem Urheber bzw. der Rechteinhaberin Unterlassungs-, Beseitigungs- und Auskunftsbefehle nach Art. 62 URG sowie damit verbunden Einziehungsbefehle nach Art. 63 URG zur Verfügung. 5.3.2. Die Voraussetzung für alle Ansprüche nach Art. 62 f. URG ist neben dem Vorliegen eines Werks sowie der Aktiv- und Passivlegitimation (siehe Ziffer 5.4 und 0) die Verletzung oder Gefährdung eines Urheberrechts (BGer Urteil 4A\_1/2016 vom 25. April 2016 E. 2.3). Hierauf wird nachfolgend vorab eingegangen (siehe Ziffer 5.6), bevor die für die einzelnen Rechtsbegehren / Ansprüche spezifischen Voraussetzungen (siehe Ziffer 5.7) sowie Einwendungen und Einreden (siehe Ziffer 5.8) geprüft werden. 5.4.

Rechteinhaberschaft und Aktivlegitimation 5.4.1. Die Klägerin behauptet, als Rechteinhaberin aktivlegitimiert zu sein (act. 1 Rz. 96). Die Urheberrechte seien ihr gemäss Testament vom 25. Februar 2003 von A.\_\_\_\_\_ sowie gemäss Testament vom 3. August 2012 von dessen Ehefrau, P.\_\_\_\_\_, vermacht worden (act. 1 Rz. 4 f.). Während die Beklagte 2 die Aktivlegitimation nicht in Frage stellt, bestreitet die Beklagte 1 die Aktivlegitimation der Klägerin (act. 13 Rz. Zu 3-7 [zu pauschal], 96). Zum einen begründet sie dies mit der fehlenden Rechteinhaberschaft der Klägerin bzw. der fehlenden und nicht möglichen Übertragung von Urheberrechten (act. 55 Rz. 4 ff., 11, 42, 44, 51, 89, 91, 97). Die Überwachung der Urheberrechte der vermachten Werke beschränke sich darauf, dass die Werke nicht zu Werbezwecken verwendet werden sollten; vorliegend gehe es um eine Hommage und nicht um eine Verwendung für Werbezwecke (act. 55 Rz. 5). Zum anderen beruft sich die Beklagte 1 in ihrer Argumentation auf die Rechtsform der Klägerin. 5.4.2. Aktivlegitimiert ist, wer in seinen Urheber- oder verwandten Schutzrechten verletzt oder gefährdet wird, also die Inhaberin dieser Rechte (BGer Urteil 4A\_527/2021 vom 17. Februar 2022 E. 3.1; EGLOFF/HEINZMANN, in: BARRE-

- 32 - LET/EGLOFF [Hrsg.], Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. A., 2020, Art. 62 N. 4; REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 62 N. 2 ff., 18, Art. 63 N. 3). Nach Art. 16 Abs. 1 URG ist das Urheberrecht als Ganzes (Nutzungsrechte und Urheberpersönlichkeitsrechte) vererblich, unabhängig davon, ob testamentarisch oder nach gesetzlicher Erbfolge (DE WERRA, in: MÜLLER/OERTLI [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG), 2. A., 2012, Art. 16 N. 54). Erbinnen werden nicht Urheberinnen, jedoch Rechteinhaberrinnen (EGLOFF, in: BARRELET/EGLOFF [Hrsg.], Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. A., 2020, Art. 16 N. 17). Um – angesichts der Schutzdauer – einen Künstlernachlass lang-

fristig zu kontrollieren, wird nicht selten eine Stiftung errichtet, an die der Künstler seine Urheberrechte vererbt (DE WERRA, a.a.O., Art. 16 N. 57). Eine sachenrechtliche Übereignung der Urheberrechte ist weder nötig noch möglich, da die Übertragung des Eigentums am Werkexemplar (und selbst am Originalwerk) nicht die Übertragung der Urheberrechte bewirkt (Art. 16 Abs. 3 URG; EGLOFF, a.a.O., Art. 16 N. 15; BGE 117 II 463 E. 3). 5.4.3. Wie vorstehend ausgeführt, lassen sich entgegen der Ansicht der Beklagten 1 (act. 55 Rz. 7) die Urheberrechte mittels Erbgangs als Ganzes (Vermögens- und Urheberpersönlichkeitsrechte) übertragen. Die Klägerin hat die Übertragung der Urheberrechte von A. \_\_\_\_\_ mittels Erbgangs (testamentarische Erbfolge; direkt und indirekt) auf sie substantiiert behauptet (act. 1 Rz. 4 f.). Die Beklagte 1 bestreitet dies hingegen lediglich pauschal und damit ungenügend (es seien nur bestimmte Werke/Werkexemplare vermacht worden, act. 55 Rz. 5 f., 11, 97), namentlich ohne zu spezifizieren, hinsichtlich welcher Werke sie die Übertragung der Urheberrechte in Abrede stellt (vgl. act. 55 Rz. 5, 11, 97). Das Erwähnen von Fotografien, Fotoabzügen und Negativen reicht nicht aus (act. 55 Rz. 4, 6, 42, 44, 51, 89, 91; act. 13 Rz. Zu 21). Sodann ist für die Aktivlegitimation nicht relevant, ob die Klägerin Eigentum oder Besitz am Werk oder an Werkexemplaren hat oder hatte bzw. ihr dies vermacht wurde (vgl. act. 55 Rz. 11, 97), da – wie vorstehend erwähnt – das Sachenrecht die Rechteinhaberschaft nicht beeinflusst.

- 33 - Mangels genügender bzw. relevanter Bestreitungen entfällt eine Beweisabnahme von vornherein. Wären jedoch Beweise abzunehmen, ergäbe sich auch aus den Testamenten (act. 3/5-6), dass die Urheberrechte von A. \_\_\_\_\_ – zumindest indirekt aufgrund des Vererbens des gesamten Vermögens an die Ehefrau P. \_\_\_\_\_ und deren Vererben der Urheberpersönlichkeits- und Vermögensrechte an den Werken an die Stiftung – auf die Klägerin übertragen wurden. Die Rechte der Klägerin sind zudem – entgegen der Ansicht der Beklagten 1 (act. 55 Rz. 5) – nicht darauf beschränkt, zu überwachen, dass die Werke nicht zu Werbezwecke verwendet werden; dies ist einzig ein im Testament erwähntes Beispiel (Wortlaut: "notamment"; "particulièrement" in act. 3/5-6). Schliesslich hat die Beklagte 1 nicht behauptet, dass Urheberrechte (Vermögensrechte) vor den Erbgingen vertraglich übertragen worden wären. 5.4.4. Weiter sind auch die Ausführungen der Beklagten 1, die Klägerin sei aufgrund ihrer Gemeinnützigkeit und ihrer Rechtsform nicht aktivlegitimiert, vermögensrechtliche Klagen einzuleiten, insbesondere solche, die sich nicht auf ihre Vermögenswerte beziehen (act. 55 Rz. 3 f.), unzutreffend: Eine Stiftung, welche die Urheberrechte der Werke eines Künstlers inne hat, ist berechtigt, Klagen wegen Urheberrechtsverletzungen einzureichen. Weder ist ihre Rechtsform ein Hindernis, noch fehlt es an einer Deckung durch den Stiftungszweck. 5.4.5. Folglich ist die Aktivlegitimation der Klägerin als Inhaberin der Urheberrechte zu bejahen.

- 34 - 5.5. Passivlegitimation der Beklagten 1 und 2 5.5.1. Rechtsbegehren 1 und 3 5.5.1.1. Die Klägerin begründet die Passivlegitimation der Beklagten wie folgt: Die Beklagte 2 habe die Fotoabzüge importiert und sie der Beklagten 1 für deren Ausstellung in I. \_\_\_\_\_ geliefert. Beide Beklagten hätten bei den Urheberrechtsverletzungen mitgewirkt und seien daher passivlegitimiert (act. 1 Rz. 19, 97; act. 46 Rz. 52 f., 106). Der ausländische Sitz der Beklagten 2 ändere nichts an ihrer Verantwortlichkeit nach schweizerischem Urheberrecht (vgl. BGE 92 II 293). Die Beklagte 2 habe die Rechte der Klägerin nicht nur als Teilnehmerin verletzt, indem sie die Fotoabzüge der Beklagten 1 für deren Ausstellung geliefert habe, sondern auch indem sie die Fotoabzüge in die Schweiz eingeführt und an

ihre Kunden weiterveräussert habe (act. 46 Rz. 62). In Bezug auf das Auskunftsbegehren kon- kretisiert die Klägerin, dass jede Person, welche an den inkriminierten Gegen- ständen einmal Besitz ausgeübt habe, passivlegitimiert sei (act. 1 Rz. 103). 5.5.1.2. Die Beklagte 1 bestreitet ihre Passivlegitimation mit der Begründung, dass sie aktuell weder Besitzerin noch Eigentümerin der Fotografien sei (act. 13 Rz. Zu 11, 97; act. 55 Rz. 25). Die Beklagte 2 bestreitet ihre Passivlegitimation mit der Begründung, nicht über fremdes Eigentum verfügen zu dürfen (act. 10 Rz. 171; act. 57 Rz. 49-55). 5.5.1.3. Passivlegitimiert in Bezug auf Unterlassungs- und Beseitigungsbegehren ist jede natürliche oder juristische Person, die die unerlaubte Verwendung vor- nimmt, also die Täterin einer Urheberrechtsverletzung (Primärstörer); ebenso, wer durch eigenes Handeln die Gefährdung der Rechte auslöst (REHBIN- DER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 62 N. 10; EGLOFF/HEINZMANN, a.a.O., Art. 62 N. 7). Der Anspruch gegen die Teilnehmer einer Urheberrechtsverletzung setzt voraus, dass diese adäquat kausale Folge ihres Beitrags (widerrechtliches Teilnehmer- verhalten) ist (BGE 145 III 72 E. 2.2.1; REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 62 N. 11). Im Einklang mit der herrschenden Lehre ist zudem zu verlangen, dass die Teilnehmerin weiss oder wissen muss, dass sie mit ihrem eigenen Verhalten die urheberrechtsverletzende Handlung des Dritten fördert (RIGAMON-

- 35 - TI/WULLSCHLEGER, Zur Teilnahme an Urheberrechtsverletzungen, sic! 2018 S. 47 ff., S. 52; REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 62 N. 11; HILTY, Urheberrecht, 2020, N. 826; a.M. SCHMIDT-GABAIN, Noch einmal zur Passivlegitimation bei Ur- heberrechtsverletzungen - eine kurze Entgegnung auf den Beitrag von RIGAMON- TI/WULLSCHLEGER in sic! 2/2018, S. 302 ff.). Sind mehrere Personen an einer Ver- letzung beteiligt, so haften sie solidarisch (EGLOFF/HEINZMANN, a.a.O., Art. 62 N. 7; BGE 107 II 82 E. 9a). Die Beklagten sind hinsichtlich Rechtsbegehren 1 (Unterlassungs- und Be- seitigungsbegehren) passivlegitimiert. Beiden werden Verletzungshandlungen vorgeworfen. Der Beklagten 2 wird zudem die Teilnahme an Verletzungshandlun- gen der Beklagten 1 angelastet, worauf bei der Prüfung der behaupteten Verlet- zungen näher einzugehen ist (siehe Ziffer 5.6.2.1). Fehlendes Eigentum an den streitgegenständlichen Fotoabzügen schliesst die Passivlegitimation nicht aus. 5.5.1.4. In Bezug auf den Auskunftsanspruch passivlegitimiert sind aktuelle und vormalige Besitzer von widerrechtlich hergestellten oder verbreiteten Werkexemp- laren (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 62 N. 20; EGLOFF/HEINZMANN, a.a.O., Art. 62 N. 11). Beide Beklagten hatten Besitz an den Fotoabzügen (siehe Zif- fer 4.1), daher ist die Passivlegitimation auch für das Auskunftsbegehren (Rechtsbegehren 3) grundsätzlich gegeben. Ob der Besitz derzeit noch besteht, ist für die Passivlegitimation betreffend den Auskunftsanspruch irrelevant. Die Frage der widerrechtlichen Herstellung oder Verbreitung von Werkexemplaren ist im Rahmen der nachfolgenden Anspruchsprüfung zu beantworten. 5.5.2. Rechtsbegehren 2 5.5.2.1. Im Zusammenhang mit Rechtsbegehren 2 bringt die Klägerin vor, dass Eigentümer, selbständige oder unselbständige Besitzer der einzuziehenden Ge- genstände oder diesbezüglich weisungsberechtigte Personen passivlegitimiert seien. Die einzuziehenden Gegenstände müssten sich nicht in unmittelbarem Be- sitz der beklagten Partei befinden, auch der mittelbare Besitz genüge. Diesfalls könne die beklagte Partei gerichtlich angewiesen werden, ihren Herausgabean- spruch geltend zu machen und die herausverlangten Gegenstände dem Gericht

- 36 - zu übergeben (act. 46 Rz. 51). Gestützt auf die Urteile in den Massnahmeverfah- ren seien die Beklagten verpflichtet, die streitgegenständlichen Fotoabzüge bis auf weiteres im

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

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

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

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

5.5.2.4. Hinsichtlich Einziehungsbegehren sind Eigentümer und/oder selbständige oder unselbständige Besitzer der einzuziehenden Gegenstände passivlegitimiert (MÜLLER, a.a.O., Art. 63 N. 8). Unselbständigen Besitz haben Personen, welche die Sache nicht als Eigentümerinnen, sondern zu einem beschränkten dinglichen oder zu einem persönlichen Recht besitzen (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. A., 2022, N. 111). Die Gegenstände müssen sich nicht in unmittelbarem Besitz der beklagten Partei befinden, es genügt der mittelbare Besitz (EGLOFF/HEINZMANN, a.a.O., a.a.O., Art. 63 N. 7). Mittelbarer Besitz besteht dann, wenn eine Besitzerin die Sachherrschaft nur indirekt, also über eine andere Person ausübt, der sie hinsichtlich der Sache ein dingliches oder obligatorisches Recht eingeräumt hat (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 114). Falls die beklagte Partei nur in mittelbarem Besitz der Werkexemplare ist, kann sie gerichtlich angewiesen werden, ihren Herausgabeanspruch geltend zu machen und diese dem Gericht zu übergeben (EGLOFF/HEINZMANN, a.a.O., Art. 63 N. 7). Im Zivilverfahren können nur Anordnungen gegenüber der beklagten Partei getroffen werden. 5.5.2.5. Ob eine Klage auf

Einziehung neben dem Verletzer und Besitzer zusätzlich gegen die (mitunter unbekannt) Eigentümerin (mittels zusätzlicher Klageerhebung oder Streitverkündung) gerichtet werden muss (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 63 N. 4; STUTZ/BEUTLER/HOTTINGER [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar, DesG, 2022, Art. 36 N. 22), ist nachfolgend durch Gesetzesauslegung zu klären. Das Gesetz muss aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis

- 38 - einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Dabei herrscht ein pragmatischen Methodenpluralismus; eine hierarchischen Prioritätsordnung der einzelnen Auslegungselemente gibt es nicht (BGE 142 III 557 E. 8.3 m.H.). Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung (BGE 136 V 216 E. 5.1). Ist der Wortlaut eines Rechtssatzes klar, ist nur dann davon abzuweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche triftigen Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift und aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben. Entscheidend ist nicht der vordergründig klare Wortlaut einer Norm, sondern der wahre Rechtssinn, welcher durch die anerkannten Regeln der Auslegung zu ermitteln ist (BGE 111 Ia 29 E. 3b m.H.). Der Wortlaut von Art. 63 URG nennt keine Adressatin des Einziehungsbegehrens. Aus Sinn und Zweck der Bestimmung ergibt sich nicht, dass die Eigentümerin gleichzeitig zwingend einzuklagen wäre (vgl. STUTZ/BEUTLER/HOTTINGER a.a.O., Art. 36 N. 22; STAUB, in: NORTH/BÜHLER/THOUVENIN [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar, Markenschutzgesetz, 2. A., 2017, Art. 57 N. 11): Die Bestimmung dient dazu, bestehende Urheberrechtsverletzungen zu beseitigen und künftige Urheberrechtsverletzungen zu verhindern, indem die widerrechtlich hergestellten Gegenstände oder die zu deren Herstellung dienenden Einrichtungen oder Geräte aus dem Verkehr gezogen werden. Würde neben der Klage gegen den Besitzer zusätzlich eine Klage gegen die Eigentümerin verlangt (was an eine notwendige Streitgenossenschaft erinnert), würde dies den Rechtsschutz in vielen Fällen verunmöglichen (vgl. SCHWEIZER, in: SCHWEIZER/ZECH [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar, Patentgesetz PatG, Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (PatG), 2019, Art. 69 N. 11). Der Verletzten ist die Eigentümerin oft – wie auch im vorliegenden Verfahren – nicht bekannt; diese ist oft auch nicht eruierbar, so dass keine Klageerhebung oder Streitverkündung gegen die Eigentümerin möglich ist (vgl. JERMANN, in: CELLI/STAUB [Hrsg.], Designrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über den Schutz von Design, 2003, Art. 36 N. 24). Darüber hinaus wäre im Falle einer solchen Voraussetzung das Bestreiten der Eigentümerschaft vermutlich eine be-

- 39 - liebte Abwehrstrategie beklagter Parteien. Notwendig für die Vollstreckung, d.h. der Realisierung der Einziehung, ist nur Eigentum oder Besitz der beklagten Partei an den Gegenständen (vgl. auch HGer AG HOR.2011.22 vom 29. August 2012 in sic! 2013, 344 E. 9.2.2: "Der Einziehungsantrag kann sich somit nur auf diejenigen Gegenstände erstrecken, die im Eigentum oder Besitz der Beklagten sind."). Entsprechend ist auch nur eins von beiden zu verlangen. Für die ebenfalls von der Lehre teilweise geforderte Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Eigentümerin (STUTZ/BEUTLER/HOTTINGER, a.a.O., Art. 36 N. 22) besteht weder eine prozess- noch materiellrechtliche Grundlage. Ein Eingriff in die Eigentumsrechte wird mit der Norm von Art. 63 URG bewusst in Kauf genommen und ist Folge der absoluten Natur des Urheberrechts (vgl. HILTY, a.a.O., N. 22, Art. 641 Abs. 1

ZGB). Da sich ihre Anwendung auf widerrechtlich hergestellte Gegenstände oder vorwiegend zu ihrer Herstellung dienenden Einrichtungen, Geräte oder sonstigen Mittel beschränkt, spricht Gegenstände etc., welche keinen Rechtsschutz verdienen, ist sie mit der in der Bundesverfassung verankerten Eigentumsgarantie kompatibel (Art. 26 BV), deren Kerngehalt bleibt unangetastet. Im Rahmen der Abwägung ist das öffentliche Interesse an der Verhinderung der Verbreitung von Urheberrechte verletzenden Gegenstände höher zu gewichten als das Interesse am Eigentum daran. Eine Einziehung ist zur Wahrung des öffentlichen Interesses zudem geeignet, erforderlich und verhältnismässig (vgl. Art. 36 BV). Der nicht in den Prozess einbezogenen Eigentümerin bleiben allfällige Ansprüche gegen die beklagte Partei aufgrund des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses (vgl. JERMANN, a.a.O., Art. 36 N. 24; MÜLLER, a.a.O., Art. 63 N. 11). Demnach ist die Passivlegitimation der Beklagten 1 und 2 in Bezug auf Rechtsbegehren 2 nicht davon abhängig, ob die Eigentümerin gleichzeitig ins Recht gefasst wurde. 5.5.2.6. Für die Frage der Passivlegitimation der Beklagten 1 und 2 betreffend das Einziehungsbegehren bleibt daher abzuklären, ob sie Besitzerinnen der streitgegenständlichen Fotoabzüge sind: Unstrittig (bzw. höchstens pauschal und damit ungenügend bestritten) werden die streitgegenständlichen Fotoabzüge im Mietreich der Beklagten 2 auf deren Kosten im Zollfreilager J.\_\_\_\_\_ gelagert (act. 1

- 40 - Rz. 14; act. 46 Rz. 142; vgl. act. 10 Rz. 98; act. 13 Rz. Zu 12-15; act. 57 Rz. 120). Zur (dortigen) Aufbewahrung sind die Beklagten gemäss den Urteilen der Massnahmeverfahren (HGer Urteil HE190419 vom 5. November 2020 Dispositiv-Ziffer 1; HGer Urteil HE200435-O vom 8. Februar 2021 Dispositiv-Ziffer 1) verpflichtet. Die Klägerin leitet hieraus ab, dass die Beklagten verpflichtet sind, den Besitz im Sinn der tatsächlichen Gewalt über die Fotoabzüge weiterhin auszuüben (act. 46 Rz. 55, 114, 143). Die Verpflichtung wird von den Beklagten nicht bestritten (vgl. act. 55; act. 57 Rz. 103, 120) und ist zu bejahen. 5.5.2.7. Die Beklagte 1 bestreitet jedoch, Besitzerin der Fotografien zu sein; sie habe keine tatsächliche und auch keine rechtliche Beziehung mehr zu den streitgegenständlichen Fotografien (act. 13 Rz. Zu 11, Zu 97; act. 55 Rz. 25, 33). Die Klägerin bringt dagegen vor, dass gemäss dem Schreiben der Beklagten 1 vom 15. November 2019 die streitgegenständlichen Fotoabzüge durch die Beklagte 2 für die Beklagte 1 im Zollfreilager I.\_\_\_\_\_ aufbewahrt würden (act. 46 Rz. 111; act. 13 in HE190419-O). Die Übergabe der Fotoabzüge durch die Beklagte 1 an die AO.\_\_\_\_\_ AG bedeute somit einzig, dass die Fotoabzüge im Zollfreilager statt in den Geschäftsräumlichkeiten der Beklagten 1 in I.\_\_\_\_\_ aufbewahrt würden. Am Besitz im Sinn der tatsächlichen Gewalt über die Fotoabzüge durch die Beklagten ändere sich nichts (act. 46 Rz. 112; act. 13 in HE190419-O). Dieser Argumentation ist zu folgen und der mittelbare Besitz der Beklagten 1 zu bejahen: Die Beklagte 1 hatte die streitgegenständlichen Fotoabzüge zu Beginn des Massnahmeverfahrens HE190419-O in ihren Galerieräumlichkeiten. Sie übergab diese mit Zustimmung der Klägerin zur Verwahrung durch die Beklagte 2 für sie im Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ (act. 13 in HE190419-O; HGer Urteil HE190419 vom 5. November 2020 E. 8.4). Durch das Verbringen in das Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ endete die Verantwortung der Beklagten 1 nicht; die Beklagte 1 wurde nicht ermächtigt, ihre Verfügungsrechte an den Fotoabzügen aufzugeben (HGer Urteil HE190419 vom 5. November 2020 E. 10.2.3). Als Auftraggeberin der Aufbewahrung kommt ihr ein obligatorisches Verhältnis zur Beklagten 2 und über diese zum Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ zu (HGer Urteil HE190419 vom

- 41 - 5. November 2020 E. 8.5). Aus welchen Gründen sie heute eine andere Rechtsstellung haben soll, wird weder substantiiert behauptet noch dokumentiert. Mit dem zweiten Massnahmeentscheid vom 8. Februar 2021 gegen die Beklagte 2 wurde die vorsorgliche Massnahme gegen die Beklagte 1 nicht aufgehoben. Vielmehr wurde im Entscheid festgehalten, dass die Beklagte 2 zu verpflichten sei, die streitgegenständlichen Fotoabzüge im Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ aufbewahren zu lassen (ob aufgrund einer internen Abrede mit der Beklagten 1 oder in Zusammenarbeit mit der Beklagten 1 sei unerheblich) (HGer Urteil HE200435-O vom 8. Februar 2021 E. 8.3.2). Die streitgegenständlichen Fotoabzüge befinden sich nach der Verkehrsanschauung noch immer in der Einflussphäre der Beklagten 1 und ihrem Willen entsprechend im Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_. Damit übt die Beklagte 1 ihre indirekte Sachherrschaft mit oder über die Beklagte 2 aus und ist mittelbare Besitzerin der streitgegenständlichen Fotoabzüge. 5.5.2.8. Die Beklagte 2 bringt vor, sie dürfe abgesehen von direkten Instruktionen der Eigentümer der Fotoabzüge diese bloss mit (vorheriger pauschaler) Zustimmung der Eigentümer zu Ausstellungszwecken herausgeben und sonst nicht über die Fotoabzüge verfügen (der Kunde behalte die Hoheit). Insofern sei ihr Herausgaberecht gegenüber der Lagerbetreiberin limitiert. Sie, die Beklagte 2, habe somit – wenn überhaupt – nur eingeschränkten mittelbaren Besitz an den streitgegenständlichen Fotoabzügen. Das Zollfreilager (bzw. deren Betreiber) sei nicht befugt, ihr die Fotoabzüge zu anderen Zwecken herauszugeben (act. 10 Rz. 9, 98, 171). Die Beklagte 2 anerkennt damit, – wenn auch eingeschränkten – mittelbaren Besitz an den streitgegenständlichen Fotoabzügen zu haben. Darauf ist sie zu behaften. Aufgrund der Aufbewahrung der streitgegenständlichen Fotoabzüge in ihrem Mietbereich (act. 1 Rz. 14; act. 46 Rz. 142; vgl. act. 10 Rz. 98 [pauschale, ungenügende Bestreitung]; act. 57 Rz. 120 [keine Bestreitung]), mit ihrem Willen, hat die Beklagte 2 die Sachherrschaft über die streitgegenständlichen Fotoabzüge inne. Überdies ist auch bei ihr von einem obligatorischen Verhältnis zwischen ihr und dem Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ auszugehen, da sie die streitgegenständlichen Fotoabzüge in ihrem Mietbereich aufbewahrt und die Kosten für die Aufbe-

- 42 - wahrung trägt (HGer Urteile HE190419 vom 5. November 2020 E. 10.2.4, HE200435 vom 8. Februar 2021 E. 8.2.2.3; vgl. HGer Verfügung HE200435 vom 23. November 2020 E. 11, 13.5). Sowohl eine Mieterin von Lagerräumlichkeiten als auch eine Hinterlegerin einer beweglichen Sache in einem Lager haben den Anspruch, die von ihr im Lager gelagerten / hinterlegten Gegenstände herauszunehmen / zurückzufordern. Sie hat gegenüber den Lagerhaltern einen Herausgabeanspruch (Art. 268 OR e contrario; Art. 475 OR; Art. 479 OR). Indem die Beklagte 2 geltend macht, das Zollfreilager sei nicht befugt, ihr die Fotoabzüge zu anderen Zwecken als Ausstellungszwecken herauszugeben, macht die Beklagte 2 eine rechtshemmende Tatsache (nicht durchsetzbares Recht) geltend. Dafür trägt sie die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast (WALTER, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Band I, Einleitung und Personenrecht, 2012, Art. 8 N. 279; BGE 125 III 78 E. 3.b). Die Vorbringen der Beklagten 2 sind bereits nicht schlüssig (Behauptungsebene), weshalb sie damit nicht zu hören ist: Während sie in act. 10 Rz. 9 von einem Herausgaberecht der Beklagten 2 bei Zustimmung der Kunden spricht, was sich auf einen Vertrag zwischen der Beklagten 2 und ihren Kunden zu beziehen scheint, erwähnt sie in act. 10 Rz. 98 und 171 eine (ohne Zustimmung der Eigentümerinnen) fehlende Befugnis des Zollfreilagers zur Herausgabe, was eine vertragliche Verpflichtung des Zürcher Freilagers J.\_\_\_\_\_ gegenüber den Eigentümerinnen impliziert. Sodann widerspräche die von der Beklagten 2 behauptete

Limitierung des Herausgaberechts diametral der Parteivereinbarung, die zur Aufbewahrung im Freilager J.\_\_\_\_\_ führte. Darin kamen die Parteien vorbehaltlos überein, dass sie sich nach Abschluss des Verfahrens der rechtskräftigen Entscheidung der Schweizer Gerichte unterwerfen (act. 46 Rz. 107, 142; act. 3/17). Dass mit einer solchen auch eine Einziehung angeordnet werden könnte, war absehbar. Darüber hinaus verstiesse sie gegen die angeordneten vorsorglichen Massnahme, welche die Beklagte 2 nicht ermächtigt, ihre Verfügungsrechte an den Fotoabzügen aufzugeben bzw. einzuschränken, und ihr explizit verboten, Dritten ihren Lagerort mitzuteilen sowie Dritten direkt oder indirekt zu ermöglichen, in ihren Besitz zu gelangen (HGer Urteil HE200435 vom

## E. 8

Februar 2021 Dispositiv-Ziffer 1). Auch allfällige Eigentümer sind Dritte; diese

- 43 - dürften von einer Aufbewahrung der Fotoabzüge im Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ keine Kenntnis haben. Da die Beklagte 2 selbst festhält, einen künftigen Urteilspruch zu beachten (act. 57 Rz. 203), ist nicht davon auszugehen, dass sie (gegen Treu und Glauben) die Parteivereinbarung und den erwähnten Massnahmenentscheid verletzen wollte und einen Herausgabeanspruch limitierende Vereinbarung mit dem Zollfreilager oder den Eigentümern abgeschlossen hat. Neben der Schlüssigkeit der Behauptungen fehlte es auch an substantiierten Behauptungen zur Einschränkung des Besitzes / Limitierung der Herausgabe, obwohl sich die Klägerin auf die Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Fotoabzüge durch die Beklagte 2 beruft (vgl. act. 46 Rz. 55, 141 ff.). Die Beklagte 2 legt nicht dar, gestützt auf welche Vereinbarung mit welcher Partei die Fotoabzüge nicht herausgegeben werden dürften (vgl. act. 46 Rz. 141). Solche fehlende Behauptungen lassen sich weder durch eine Parteibefragung noch durch ein Zeugnis ersetzen, kann doch mit einer Parteibefragung bzw. einer Zeugeneinvernahme nur bewiesen werden, was vorab behauptet wurde (siehe Ziffer 2.1). Daher entfielen eine Beweisabnahme selbst dann, wenn von schlüssigen Behauptungen ausgegangen würde. Darüber hinaus reichte die Beklagte 2 keine schriftlichen Vereinbarungen mit dem Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ (es gebe keine, es werde auf der Basis von Lagerscheinen und Rechnungen gearbeitet; act. 57 Rz. 119) und/oder allfälligen Eigentümerinnen der Fotoabzüge ein. Folglich sind die Beklagten als Besitzerinnen auch hinsichtlich des Einziehungsbegehrens grundsätzlich passivlegitimiert.

### 5.6. Urheberrechtsverletzungen 5.6.1. Struktur Die Klägerin macht

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

- 44 - 5.6.4), bevor auf die beklagten Argumente betreffend Sachenrecht und guter Glaube (Ziffer 5.6.5) eingegangen wird.

### - 45 - 5.6.2. Prüfung von Verletzungen nach Art. 9 und 10 URG 5.6.2.1. Parteistandpunkte

5.6.2.1.1. Die Klägerin bringt vor, die Beklagten hätten die Werke ohne Erlaubnis von A.\_\_\_\_\_ und der Klägerin verwendet und daher deren Rechte nach Art. 10 URG verletzt (act. 1 Rz. 30, 42, 71 f., 85 f.). Konkret behauptet sie folgende Verletzungen: Beklagte 1: – Ausstellung: Die Beklagte 1 habe die Fotografien in ihren Geschäftsräumen in I.\_\_\_\_\_ ausgestellt (29. August - 1. November 2019) (act. 1 Rz. 9, 17, 19). – Präsentation der Fotografien auf der Website: Die streitgegenständlichen Fotoabzüge könnten auf der

Website der Beklagten 1 (<[https://de.B.\\_\\_\\_\\_\\_.org/A.\\_\\_\\_\\_\\_](https://de.B._____.org/A._____)>) auch heute noch einzeln betrachtet und heruntergeladen werden (act. 1 Rz. 10). – Anbieten der Fotografien zum Verkauf: Die Beklagte 1 biete die Fotoabzüge mindestens bis heute (Klageeinreichung) zum Kauf an und verletze damit seit August 2019 die Urheberrechte der Klägerin (act. 1 Rz. 9, 17, 19; act. 46 Rz. 101). Beklagte 2: – Einfuhr in die Schweiz: Die Fotoabzüge seien durch die Beklagte 2, oder von Q.\_\_\_\_\_ und die R.\_\_\_\_\_ AG in Absprache mit der Beklagten 2, in die Schweiz eingeführt worden (act. 46 Rz. 40, 47; act. 1 Rz. 19, 85, 97). – Verkauf: Die Beklagte 2 habe die Fotoabzüge an Kunden in Deutschland weiterverkauft, wobei die Fotoabzüge im Zollfreilager in N.\_\_\_\_\_ gelagert hätten (act. 46 Rz. 40, 46; act. 1 Rz. 41, 19, 85, 97). – Lieferung der Fotografien an die Beklagte 1: Die Beklagte 2 habe der Beklagten 1 die Fotografien für die Ausstellung zur Verfügung gestellt (act. 1 Rz. 15, 19, 97; act. 46 Rz. 41, 48).

- 46 - – Mitwirkung an den Verletzungshandlungen der Beklagten 1: Die Beklagte 2 habe an der öffentlichen Präsentation (Galerie und Internet) der Fotoabzüge und am Kaufangebot der Beklagten 1 mitgewirkt (act. 1 Rz. 41, 97; act. 46 Rz. 44, 49). Beklagte 1 und 2: Darüber hinaus bestreitet die Klägerin, dass die von den Beklagten verwendeten, streitgegenständlichen Fotoabzüge durch A.\_\_\_\_\_ oder mit seiner Zustimmung hergestellt worden sind, und damit deren Echtheit (act. 1 Rz. 22 ff., 30, 41 f., 55 ff., 61 ff., 69 ff., 71 f., 80, 85; act. 46 Rz. 8-11, 29 f., 177, 182, 215 f.), 278 ff.). Die Herstellung von Fotoabzügen falle unter das Vervielfältigungsrecht nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG (act. 1 Rz. 85; act. 46 Rz. 68). 5.6.2.1.2. Die Beklagte 1 bestreitet das Vorliegen einer Urheberrechtsverletzung, inklusive das Herstellen (act. 13 Rz. Zu 17, 21, 77, 90, 98-102; act. 55 Rz. 91). Hinsichtlich der einzelnen Vorwürfe argumentiert sie wie folgt: – Ausstellung: Die Ausstellung habe stattgefunden (act. 55 Rz. 52). Sie habe die Ausstellung im Auftrag der Beklagten 2 bzw. der rechtmässigen Eigentümer organisiert (act. 13 Rz. Zu 9, 19; act. 55 Rz. 15, 53). Die Fotografien seien schon an diversen Ausstellungen präsentiert worden (act. 13 Rz. Zu 25). – Präsentationen der Fotografien auf der Website: Auf der Website der Beklagten 1 fänden sich keine Fotografien (act. 13 Rz. Zu 9). – Anbieten der Fotografien zum Verkauf: Nach gegenteiligen Ausführungen in der Klageantwort (act. 13 Rz. Zu 17, 98-102, 103) erklärt die Beklagte 1 in der Duplik, den Auftrag von der Beklagte 2 gehabt zu haben, die Fotografien zum Verkauf anzubieten (act. 55 Rz. 15). Ebenso bestätigt sie, S.\_\_\_\_\_ eine Preisliste zur Verfügung gestellt zu haben (wenn auch nicht via Download auf der Website, sondern durch Zusenden eines Links per E-Mail für ein Dokument in einer Cloud). Dieser habe aber kein ernsthaftes Interesse an den Fotografien gehabt, sondern sei von der Klägerin beauftragt worden, diese Liste zu beschaffen (act. 55 Rz. 28). Im Gegensatz da-

- 47 - zu bestreitet sie in act. 55 Rz. 100 abermals, die streitgegenständlichen Fotoabzüge zum Verkauf angeboten zu haben. 5.6.2.1.3. Die Beklagte 2 anerkennt, die streitgegenständlichen Fotoabzüge gekauft und in der Folge sukzessive an Kunden in Deutschland weiterverkauft zu haben, wobei die Fotoabzüge im Zollfreilager in N.\_\_\_\_\_ gelagert hätten (act. 10 Rz. 30 ff.). Die Einfuhr der Fotoabzüge bestreitet sie nicht (vgl. act. 57 Rz. 94; act. 10 Rz. 101, 155, 167). Auch, dass sie die Fotoabzüge der Beklagten 1 zwecks Ausstellung zur Verfügung stellte, anerkennt sie ausdrücklich (act. 57 Rz. 95). Sie habe sie ihr kostenlos ausgeliehen (act. 57 Rz. 100). Allerdings habe sie die Beklagte 1 nicht beauftragt, die Fotoabzüge zum Kauf anzubieten. Die Preisliste habe sie nicht genehmigt (act. 10 Rz. 93, 116; act. 57 Rz. 97). Weiter habe sie an der öffentlichen Präsentation und am Verkaufsangebot nicht mitgewirkt (act. 57 Rz. 102). Sie habe vom

öffentlichen Kaufangebot und der Preisliste der Beklagten 1 nichts gewusst (act. 57 Rz. 97).  
5.6.2.2. Rechtliches 5.6.2.2.1. Der Urheber, und damit auch die Rechteinhaberin als Rechtsnachfolgerin, hat unter anderem das ausschliessliche Recht zu bestimmen: – ob, wann, wie und unter welcher Urheberbezeichnung das eigene Werk erstmals veröffentlicht werden soll (Art. 9 Abs. 2 URG). – ob, wann und wie das Werk verwendet wird (Art. 10 URG). 5.6.2.2.2. Veröffentlichungsrecht (Art. 9 Abs. 2 URG): Ein Veröffentlichungsrecht besteht dann, wenn die berechtigte Person zugestimmt hat. Eine Veröffentlichung ohne Zustimmung des Urhebers / der Rechteinhaberin oder gegen deren Willen gilt als nicht geschehen. Zum Veröffentlichungsrecht gehört bei Kunstwerken auch das Recht der Erstaussstellung (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 9 N. 12). 5.6.2.2.3. Vervielfältigungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG; körperliche Verwertung): Urheber haben das Recht, Werkexemplare auf einem dauerhaften Material

- 48 - festzuhalten (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 10 N. 16). Vervielfältigung liegt vor bei jeder selbständigen, gegenständlichen Fixierung des Werks, welche unmittelbar oder mittelbar der Wahrnehmung des Werks durch die menschlichen Sinne dient oder diese in irgendeiner Weise ermöglicht (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 9). Das Vervielfältigungsrecht ist übertragbar; wird es ohne gleichzeitiges Änderungsrecht übertragen, können sich Urheber gegen jede Änderung zur Wehr setzen (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 10 N. 17 f.). Dieses Recht unterliegt nicht der Erschöpfung (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 1). 5.6.2.2.4. Verbreitungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG; körperliche Verwertung): Dem Urheber kommt das Recht zu, Werkexemplare anzubieten, zu veräussern oder sonst wie zu verbreiten. Es bezieht sich auf Originale wie auch (autorisierte oder nicht autorisierte hergestellte) Werkexemplare (HILTY, Urheberrecht, 2. A., 2020, N. 307). Das Recht betrifft die Zurverfügungstellung von Werkexemplaren ausserhalb der durch Schranken begünstigten Kreise (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 11). Insbesondere zählen der Verkauf und die Schenkung dazu (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 10 N. 20). Als Vorbereitungshandlung fällt bereits das Anbieten unter diese Bestimmung. Ein Angebot kann in Prospekten oder im Internet erfolgen. Es bedarf dafür der einseitigen Erklärung der Bereitschaft zur Überlassung an Einzelne oder eine Vielzahl auch unbestimmter Personen. Erfasst wird auch die Einfuhr in bzw. eine Ausfuhr aus der Schweiz (HILTY, a.a.O., N. 307). Nur die Erstverbreitung jedes Exemplars ist dem Urheber vorbehalten; hat der Rechteinhaber ein Werkexemplar veräussert, so sind die weiteren Verbreitungshandlungen daran zufolge Erschöpfung grundsätzlich frei (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 11 f.). Nicht unter das Verbreitungsrecht von Art. 10 Abs. 2 URG fällt gemäss Lehre die Ausstellung eines Werkexemplars (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 15; HILTY, a.a.O., N. 342). Umstritten ist, ob auch Gebrauchsüberlassungen von Werkexemplaren unter das Verbreitungsrecht fallen, solange dieses nicht durch Veräusserung erschöpft ist. HILTY hält das Verleihen von Werkexemplaren ohne weiteres für zulässig (HIL-

- 49 - TY, a.a.O., N. 308). BARRELET/EGLOFF sprechen sich entgegen dem Gesetzeswortlaut aus gesetzessystematischen Gründen für eine enge Auslegung von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG aus, in dem Sinn, dass sich das Verbreitungsrecht nur auf definitive Veräusserungshandlungen und nicht auf Vermietung und Leihe beziehe (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 10 N. 20). Auch PFORTMÜLLER scheint dieser Ansicht zu sein (PFORTMÜLLER, in: MÜLLER/OERTLI [Hrsg.], Stämpfli

Handkommen- tar [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz (URG), 2. A. 2012, Art. 10 N. 7 f.). Dagegen er- achten REHBINDER/HAAS/UHLIG das Verbreitungsrecht für anwendbar. Das Erst- verbreitungsrecht biete auch allgemeinen Schutz gegen Vermietung und Verleih von Werkexemplaren, die nicht mit Einwilligung des Rechteinhabers veräussert worden seien. Das sei durchaus relevant, etwa im Fall von Raub- oder Privatko- pien. Der Grundsatz von Art. 10 Abs. 1 URG, der Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG sowie Art. 12 und 13 URG sprächen für ein umfassendes Verbreitungsrecht. Das Recht, nicht in Verkehr gesetzte Werkexemplare zum Gebrauch zu überlas- sen, sei demnach Teil des Ausschliesslichkeitsrechts. Mit diesem erschöpfe es sich am Werkexemplar bei dessen bewilligter Veräusserung (REHBIN- DER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 13). Schweizer höchstrichterliche Rechtspre- chung gibt es – soweit ersichtlich – zu dieser Frage noch keine. Art. 10 Abs. 2 lit. b URG bedarf der Auslegung (siehe zu den Ausle- gungsgrundsätzen Ziffer 5.5.2.5). Der Wortlaut der Bestimmung ist mit "Werk- exemplare anzubieten, zu veräussern oder sonst wie zu verbreiten" weit gefasst. Er konkretisiert die Generalklausel der Werkverwendung nach Art. 10 Abs. 1 URG nur in kleinem Masse. Mit dem Ausdruck "sonst wie zu verbreiten" kann jede Handlung gemeint sein, mit welcher sich ein Werk verbreiten lässt; dazu gehören auch die Vermietung und die Leihe. Ebenso weit gewählt ist der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 URG als Pendant ("Hat ein Urheber oder eine Urheberin ein Werk- exemplar veräussert oder der Veräusserung zugestimmt, so darf dieses weiter- äussert oder sonst wie verbreitet werden."). Der Ausdruck "Sonst wie verbreiten" nach Art. 12 URG umfasst auch die Gebrauchsüberlassung (PFORTMÜLLER, a.a.O., Art. 12 N. 4). Zu prüfen ist, ob der Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG den wahren Rechtssinn wiedergibt und nicht abweichend davon, wie in der Lehre teilweise vertreten wird, nur definitive Veräusserungshandlungen als Verbrei-

- 50 - tungshandlungen gelten sollen. Die historische Auslegung trägt nichts zur Klärung bei: Die Botschaft von 1989 erwähnt selbst, dass es unklar sei, ob nach dieser Schutzkonzeption das Ausleihen von Werken bzw. von Werkexemplaren dem Ur- heber als ausschliessliches Recht vorbehalten ist (BBl 1989 II 477, S. 529). Wei- ter wurden die Vermietung und die Ausleihe zwar im Gesetzgebungsprozess dis- kutiert, der Fokus lag aber auf der Frage der Entgeltlichkeit (BBl 1984 III 173, S. 211). Systematisch fällt zwar auf, dass das Recht, Computerprogramme zu vermieten, in Art. 10 Abs. 3 URG explizit statuiert wird. Würde Art. 10 Abs. 1 und 2 URG das Recht zur Vermietung bereits für alle Werke vorsehen, schiene dieser Absatz auf den ersten Blick unnötig, was jedoch nicht der Fall ist: Die rechtmässi- ge Veräusserung von Programmexemplaren bedeutet nicht, dass der Erwerber das Programm auch vermieten oder verleihen darf (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 35; Art. 12 Abs. 2 URG). Bei Computerprogrammen besteht an- ders als bei den übrigen Werken ein selbständiges Vermietrecht des Urhebers fort, welches die Erschöpfung des Verbreitungsrechts überdauert. Weiter ergibt sich kein Indiz für eine Beschränkung des Verbreitungsrechts auf definitive Ver- äusserungshandlungen aus der Regelung der Vergütungspflicht bei der Vermie- tung von Werkexemplaren in Art. 13 URG und des Verzichts auf deren Ausdeh- nung auf die Ausleihe. Art. 13 URG dient dazu, Urheber, die ein Werkexemplar veräussern und deren Recht damit erschöpft ist, an Erträgen zu beteiligen, die durch die Vermietung erzielt werden. Dies sagt hingegen nichts darüber aus, ob ein Urheber das Recht haben soll, über die erste Verwendung des Werks im Sin- ne einer Vermietung zu bestimmen. Entscheidend sind letztlich der Sinn und Zweck der Bestimmung: Der Urheber soll entscheiden dürfen, ob, wann und wie das Werk erstmalig verwendet wird. Primär haben

die Rechte zwar eine vermögensrechtliche Natur, doch allerdings kommt ihnen auch eine ideelle Komponente zu. Sie ermöglichen dem Urheber, ihm nicht genehme Nutzerkreise von der Werkverwendung auszuschliessen oder Nutzungen zu verunmöglichen (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 10 N. 2). Dieser Zweck der Bestimmung kann nur erreicht werden, wenn das Bestimmungsrecht unabhängig von der Art und Weise der Werkverwendung und damit auch für Gebrauchsüberlassungen gilt. Bei der Verneinung der Anwendbarkeit des Verbreitungsrechts auf Gebrauchsüberlassung

- 51 - wäre bei einem Werkexemplar, das ohne Zustimmung des Urhebers veräussert wurde, die Ausleihe des Werks an nicht genehme Nutzerkreise zulässig. Damit könnte der Urheber gerade nicht über den initialen Nutzerkreis oder die initiale Nutzung bestimmen. Folglich ist die Anwendbarkeit des Verbreitungsrechts auf Gebrauchsüberlassungen zu bejahen. Nach der rechtmässigen Erstveräusserung des Werkexemplars ist eine Ausleihe – analog einer weiteren Veräusserung – durch den Erwerber jedoch ohne Einschränkung (unentgeltlich) zulässig. 5.6.2.2.5. Recht zum Zugänglichmachen (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG; unkörperliche Wiedergabe): Zum Recht der Werkverwendung gehört auch das Recht, das Werk direkt oder mit irgendwelchen Mitteln vorzuführen, anderswo wahrnehmbar oder so zugänglich zu machen, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben. Wird kein Werkexemplar weitergegeben, sondern nur der Inhalt in unkörperlicher Form wiedergegeben oder Information übermittelt und entgegengenommen, ist der Urheber bzw. die Rechteinhaberin über Art. 10 Abs. 2 lit. c URG geschützt. Die Bereitstellung von Werk- und Datensätzen zum Download ist Zugänglichmachen auf Abruf (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 14, 18; PFORTMÜLLER, a.a.O., Art. 10 N. 10). Dazu gehört auch das Gewähren des Zugriffs auf eine Cloud an Dritte (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 19). Vorausgesetzt für den Zugang ist die Möglichkeit des Zugriffs auf einen Datensatz (das Werkexemplar), der die Wiedergabe des Werks und damit seine Wahrnehmung ermöglicht. Nicht relevant ist der tatsächliche Abruf und die tatsächliche Wahrnehmung (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 20). Zugänglich macht, wer den Zugang für andere einrichtet und beherrscht (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 22). Dieses Recht unterliegt keiner Erschöpfung, überdauert also die Veröffentlichung des Werks ebenso wie die Veräusserung eines Werkexemplars oder dessen Zugänglichmachung an anderer Stelle (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 17). 5.6.2.2.6. Die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast hinsichtlich einer ihr Urheberrecht verletzenden Verhaltens obliegt der Klägerin (Art. 8 ZGB).

- 52 - 5.6.2.3. Würdigung 5.6.2.3.1. Die Beklagte 1 erklärt (nach anfänglichem Bestreiten des Anbietens der Fotoabzüge zum Kauf, siehe Ziffer 5.6.2.1.2), den Auftrag gehabt zu haben, Fotoabzüge zum Verkauf anzubieten (act. 55 Rz. 15). Zwar bestreitet sie (act. 13 Rz. Zu 9, 10; act. 55 Rz. 28) die klägerische Behauptung, dass die Preisliste für Werke über die Website der Beklagten 1 verlangt werden konnte (act. 1 Rz. 10). Doch die von der Klägerin eingereichten Ausdrucke zeigen dies auf (act. 3/13; 18. Januar 2021 "request the price list"). Eine solche Preisliste liess die Beklagte 1 Herrn S.\_\_\_\_\_ denn auch unbestrittenermassen per E-Mail mit einem Link zukommen (act. 46 Rz. 100-105; act. 55 Rz. 28). Unerheblich ist, ob S.\_\_\_\_\_ kaum ernsthaft an einem Kauf interessiert gewesen sein dürfte (act. 55 Rz. 28). Durch das Zurverfügungstellen der Preisliste per E-Mail und vor allem des Buttons "request the price list" auf der Website, mit welcher die Preisliste verlangt werden konnte, erklärte die Beklagte 1 die Bereitschaft zur Überlassung an eine Vielzahl auch

unbestimmter Personen und bot sie die Fotoabzüge zum Verkauf an. Eine solche Handlung stellt eine Verletzung des Verbreitungsrechts im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG dar, sollten die Urheberrechte nicht erschöpft sein. Da der entsprechende Button auf der Website (<[https://de.B.\\_\\_\\_\\_.org/A.\\_\\_\\_\\_](https://de.B.____.org/A.____)>, zuletzt abgerufen am 21.11.2023) nicht mehr vorhanden ist, ist erstellt, dass die Verletzung nicht mehr andauert. Die Beklagte 1 gibt sodann zu, dass sie eine Ausstellung der streitgegenständlichen Fotoabzüge durchgeführt hat. Wie vorstehend ausgeführt, fällt das Ausstellen von Werkexemplaren jedoch nicht unter das Verbreitungsrecht. Auch ist die Ausstellung – entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 1 Rz. 85) – kein Anwendungsfall des Vortrags-, Aufführungs- und

Vorführungsrechts (Recht zum Zugänglichmachen; Art. 10 Abs. 2 lit. c URG), regelt dieses doch das Zugänglichmachen unkörperlicher Werke (siehe Ziffer 5.6.2.2.5). Eine Verletzung des Rechts auf Erstaussstellung nach Art. 9 Abs. 2 URG wird seitens der Klägerin nicht geltend gemacht. Zwar erfolgt die Rechtsanwendung von Amtes wegen, doch fehlt es vorliegend an entsprechenden Tatsachenbehauptungen. So hätte es der Klägerin obliegen, substantiiert zu behaupten, dass die Werkexemplare bisher nie mit  
- 53 - ihrer Zustimmung ausgestellt worden sind. Dies hat sie nicht getan (vgl. act. 46 Rz. 125); dass die Fotoabzüge bereits früher ausgestellt wurden, hat die Beklagte 1 aber ausdrücklich behauptet (act. 13 Rz. Zu 25). Entsprechend liegt aufgrund des Ausstellens der streitgegenständlichen Fotoabzüge an sich keine Urheberrechtsverletzung vor. Allerdings hat die Beklagte 1 die Fotoabzüge für die Ausstellung von der Beklagten 2 ausgeliehen erhalten (act. 1 Rz. 15, 19, 97; act. 46 Rz. 41, 48; act. 55 Rz. 16) und die Beklagte 1 hätte – durch die Vornahme der Provenienzabklärungen vor der Ausstellung (und nicht erst währenddessen oder danach, act. 55 Rz. 40) – wissen können und müssen, dass sie mit ihrer Mitwirkung daran urheberrechtsverletzende Handlungen der Beklagten 2 förderte. Dadurch hat die Beklagte 1 an der Verletzung des Verbreitungsrechts im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG mitgewirkt, sollten die Urheberrechte nicht erschöpft sein. Weiter bestreitet die Beklagte 1 zwar, dass Fotografien auf ihrer Website präsentiert werden (act. 13 Rz. Zu 9; vgl. auch act. 10 Rz. 94). Die Klägerin belegt mit act. 3/13 jedoch, dass am 18. Januar 2021, kurz vor Klageeinreichung, einzelne streitgegenständliche Fotografien auf der Website der Beklagten 1 (<[https://de.B.\\_\\_\\_\\_.org/A.\\_\\_\\_\\_](https://de.B.____.org/A.____)>) betrachtet werden konnten. Notorisch ist weiter, dass alle streitgegenständlichen Fotoabzüge ausser die beiden nachfolgend abgedruckten auf der Website der Beklagten 1 (<[https://de.B.\\_\\_\\_\\_.org/A.\\_\\_\\_\\_](https://de.B.____.org/A.____)>; zuletzt abgerufen am 16.11.2023) noch immer betrachtet und heruntergeladen werden können: ... [Foto 11, Häuser] ... [Foto 12, Mann mit Katze] Damit stellt die Beklagte 1 Werke und Datensätze zum Download bereit. Dies erfüllt den Tatbestand der Verletzung des Rechts zum Zugänglichmachen der Klägerin (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG). Die Verletzung dauert noch immer an. 5.6.2.3.2. Die Beklagte 2 hat durch den (anerkannten) Weiterverkauf der streitgegenständlichen, in der Schweiz lagernden Fotoabzüge sowie die (anerkannte) Einfuhr der Fotoabzüge in die Schweiz das Verbreitungsrecht im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG verletzt, sollten die Urheberrechte nicht erschöpft sein.

- 54 - Da die Beklagte 1 mit der Ausstellung selbst keine Urheberrechte verletzt hat, kann der Beklagten 2 keine Urheberrechtsverletzung infolge Mitwirkung daran angelastet werden, setzt ein Anspruch gegenüber einer Teilnehmerin doch eine rechtswidrige Haupttat voraus (BGE 145 III 72 E. 2.2.2). Allerdings hat die Beklagte 2 die Fotoabzüge der Beklagten 1 für die Ausstellung ausgeliehen (act. 57 Rz. 100; act. 1 Rz. 15, 19, 97; act. 46

Rz. 41, 48). Dadurch hat die Beklagte 2 das Verbreitungsrecht im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG verletzt, sollten die Urheberrechte nicht erschöpft sein. Zu verneinen ist eine Urheberrechtsverletzung (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) seitens der Beklagten 2 betreffend die Mitwirkung an der Präsentation der streitgegenständlichen Fotografien auf der Website der Beklagten 1. Die Klägerin behauptet die Mitwirkung der Beklagten 2 trotz deren Bestreitung (act. 57 Rz. 102) nur pauschal (act. 46 Rz. 49) und begründet sie allein mit der Lieferung der Fotoabzüge an die Beklagte 1. Damit fehlt es zum einen an substantiierten Behauptungen hinsichtlich der Mitwirkung der Beklagten 2, insbesondere eines konkreten rechtlich relevanten Tatbeitrags. Zum anderen ist die Zugänglichmachung der streitgegenständlichen Fotografien auf der Website der Beklagten 1 keine adäquat kausale Folge der Lieferung der streitgegenständlichen Fotoabzüge für eine Ausstellung. Teilnahmehandlungen, die lediglich irgendwie von förderndem Einfluss sind, jedoch nicht in hinreichend engem Zusammenhang mit der Tat selbst stehen, genügen nicht (vgl. BGE 145 III 72 E. 2.2.1, 2.3.1). Bei der Einlieferung von Fotoabzügen für eine Ausstellung muss nicht zwingend davon ausgegangen werden, dass sie auf einer Website aufgeschaltet und zum Herunterladen bereit gestellt werden. Ausstellungshäuser und Museen sehen im Zusammenhang mit aktuellen oder bevorstehenden Ausstellungen jeweils davon ab, eine Vielzahl von Fotoabzügen online aufzuschalten. Ebenso wenig liegt eine Urheberrechtsverletzung seitens der Beklagten 2 betreffend die Mitwirkung am Anbieten der Fotoabzüge zum Verkauf durch die Lieferung der Fotoabzüge vor (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG). Die Klägerin behauptet die Mitwirkung der Beklagten 2 trotz deren Bestreitung (act. 10 Rz. 4, 93, 150; act. 57 Rz. 97 f., 102) lediglich pauschal (act. 1 Rz. 41, 97; act. 46 Rz. 44, 49,

- 55 - 135 f.). Beweismittel offeriert sie keine. Sie begründet die Behauptung lediglich mit der generellen Funktionsweise von Galerien (act. 46 Rz. 135) und damit, dass die Beklagte 2 das öffentliche Kaufangebot geduldet habe (act. 46 Rz. 44, 136). Die Beklagte 2 bestreitet die Kenntnis des Verkaufsangebots der Beklagten 1 (act. 57 Rz. 97) und einen Auftrag an die Beklagte 1 zum Verkauf der streitgegenständlichen Fotoabzüge (act. 10 Rz. 93; act. 57 Rz. 99). Die Erteilung eines solchen ergibt sich im Übrigen auch nicht aus dem von der Beklagten 1 eingereichten WhatsAppChat (act. 56/5). Substantiierte Behauptungen der Klägerin hinsichtlich eines konkreten rechtlich relevanten Tatbeitrags der Beklagten 2 fehlen. Sodann ist die Lieferung der Fotoabzüge für eine Ausstellung in einer Galerie nicht adäquat kausal für das Anbieten der Werkexemplare zum Verkauf. Die Lieferung begünstigt zwar die Handlung, doch muss eine solche Lieferung nicht zwingend zu einem Anbieten zum Verkauf führen und muss der Lieferant auch nicht damit rechnen. 5.6.2.3.3. Das Vervielfältigungsrecht nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG (act. 1 Rz. 21, 85; act. 46 Rz. 68) wird von der Klägerin zwar erwähnt und sie bestreitet die Herstellung/Veränderung der Fotoabzüge durch bzw. mit Zustimmung von A.\_\_\_\_\_, allerdings ist nicht erkennbar, dass sie den Beklagten konkrete Art. 10 Abs. 2 lit. a URG verletzende Handlungen vorwirft, geschweige denn welche (vgl. insb. act. 1 Rz. 21, 85 f.; act. 46 Rz. 35 ff., 38 ff., 46 ff., 6; vgl. act. 1 Rz. 55 ff., 70 ff.): Die Klägerin erklärt, dass nicht entscheidend sei, wer die streitgegenständlichen Fotoabzüge herstellt, signiert und zugeschnitten habe, sondern dass die Beklagten durch Verwendung der streitgegenständlichen Fotoabzüge an der Verletzung mitgewirkt hätten (act. 46 Rz. 36 f., 45, 50; act. 1 Rz. 86), ohne die Mitwirkung aber weiter auszuführen. Notwendig wäre eine Verletzungshandlung der Beklagten zur Vervielfältigung, d.h. eine Handlung mit engem Zusammenhang zur Tat; eine beliebige Handlung, die irgendwie fördernden Einfluss haben könnte, reicht dagegen nicht (vgl. BGE

145 III 72 E. 2.3.1). Welche Handlungen der Beklagten die behauptete unrechtmässige Vervielfältigung wie gefördert haben sollen und dass die Beklagten davon gewusst hätten oder hätten wissen müssen, legt die Klägerin jedoch nicht dar. Entsprechend fehlt es – trotz Bestreitungen der Beklagten, insbesondere betreffend die Fälschungsvorwürfe (act. 10 Rz. 82, 116,

- 56 - 130 ff., 144, 156; act. 57 Rz. 91, 101, 102, 105, 132, 149 ff., 162, 169, 183, 185, 200; act. 13 Rz. Zu 21, 81-89; act. 55 Rz. 69, 91 f.) – an diesbezüglichen substantiierten Behauptungen der Klägerin. (Bestrittene) Ausführungen zu Merkmalen der Fotoabzüge, die laut Klägerin dagegen sprechen würden, dass die Fotoabzüge von A.\_\_\_\_\_ oder mit seiner Zustimmung hergestellt worden seien (act. 1 Rz. 42 ff.; 70 ff.; vgl. act. 10 Rz. 81, 117 ff., 143, act. 13 Rz. Zu 42-76; act. 46 Rz. 11, 29 ff.; 33; vgl. act. 55 Rz. 55 ff.; act. 57 Rz. 71., 87 ff.), reichen nicht aus, um eine durch die Beklagten selbst erfolgte Verletzung des Vervielfältigungsrechts aufzuzeigen. Im Übrigen liesse sich anhand der klägerischen Darlegung auch nicht beweisen, dass es sich bei den streitgegenständlichen Fotoabzügen um unautorisierte Vervielfältigungen (Fälschungen) handelt: Das in der Klage angebotene Gutachten ist nicht genügend mit (substantiierten) Behauptungen verknüpft (act. 1 Rz. 70 ff.), die streitgegenständlichen Fotoabzüge und "Originalbilder" wurden zu den entsprechenden Behauptungen nicht als Beweismittel angeboten und eine Bestätigung der Kuratorin der Klägerin (act. 1 Rz. 71-73) als Parteibehauptung kann nicht als Beweis der behaupteten Fälschungen dienen. In der Replik wird in Zusammenhang mit den angebotenen Gutachten auf die Nennung konkreter streitgegenständlicher Fotoabzüge und sich auf solche beziehende substantiierte Behauptungen (act. 46 Rz. 11, 29 ff., 33) und auf das Anbieten vom jeweiligen originalen Werk/-exemplar zum Vergleich verzichtet (act. 46 Rz. 29 ff., 160, 198). In Bezug auf die Themen Zuschneiden und "Signaturen" ist zudem auf nachfolgende Ausführungen in Ziffer 5.6.4 zu verweisen. 5.6.2.4. Zwischenfazit 5.6.2.4.1. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Fotoabzügen sowohl die Beklagte 1 (durch Anbieten zum Verkauf sowie Teilnahme an der Ausleihe) als auch die Beklagte 2 (durch den Verkauf, die Einfuhr und die Ausleihe) Urheberrechte der Klägerin verletzt hat, sollten die Urheberrechte Art. 10 Abs. 2 lit. b URG nicht erschöpft sein. Die Erschöpfung ist nachfolgend zu prüfen (siehe Ziffer 5.6.3). Die Beklagte 1 hat durch die Präsentation / das Zugänglichmachen von streitgegenständlichen Fotoabzü-

- 57 - gen auf ihrer Website zudem Urheberrechte nach Art. 10 Abs. 2 lit. c URG verletzt, welche nicht der Erschöpfung unterliegen. 5.6.3. Prüfung der Erschöpfung der Rechte nach Art. 10 Abs. 2 lit. b URG 5.6.3.1. Parteistandpunkte 5.6.3.1.1. Beide Beklagte berufen sich auf die Erschöpfung (act. 10 Rz. 82 ff., 116, 119, 128, 150, 155, 158, 160; act. 13 Rz. Zu 11; act. 55 Rz. 84, 98, 103; act. 57 Rz. 43, 85, 102, 106, 155, 162, 187, 192, 194). 5.6.3.1.2. Laut der Beklagten 2 liegt eine Erschöpfung der urheberrechtlichen Ansprüche der Klägerin aus folgenden drei Gründen vor: i. Erschöpfung bestätigt durch "Signatur" (act. 10 Rz. 83): Zwölf der Fotoabzüge seien auf der Vorderseite von A.\_\_\_\_\_ signiert worden. Mit seiner "Signatur" habe A.\_\_\_\_\_ unstrittig der Veräusserung von Fotoabzügen zugestimmt (act. 10 Rz. 83, 119, 123). Die Klägerin führe selbst aus, dass A.\_\_\_\_\_ Fotoabzüge für Sammler mit seiner Unterschrift freigegeben habe (act. 10 Rz. 39, 41, 43, 120, 123). Die "Signaturen" seien echt (act. 57 Rz. 24, 92, 101, 105, 132, 160 ff.). ii. Erschöpfung bestätigt aufgrund allgemeiner Umstände (act. 10 Rz. 84): Es müsse aufgrund folgender Umstände davon ausgegangen werden, dass A.\_\_\_\_\_ auch die nicht signierten

Fotoabzüge zu Lebzeiten veräußert bzw. deren Veräußerung zugestimmt habe: 1) A.\_\_\_\_\_ habe diverse Fotoabzüge in den Markt gegeben, die von den von der Klägerin behaupteten Merkmalen abweichen würden bzw. mit den streitgegenständlichen Fotoabzügen vergleichbar seien. 2) Die enge Bekanntschaft von T.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_. 3) Die Menge an gleichen oder gleichartigen Fotoabzügen im Markt. Es sei nicht ersichtlich, wie diese Fotoabzüge hätten hergestellt werden sollen und wie sie folglich in den Markt gekommen seien, wenn nicht mit der Zustimmung von A.\_\_\_\_\_ (act. 10 Rz. 84, 128).

- 58 - iii. Erschöpfung durch (stillschweigende) Zustimmung (act. 10 Rz. 85): Selbst wenn die streitgegenständlichen Fotoabzüge nicht bereits durch A.\_\_\_\_\_ veräußert worden seien, habe die Klägerin – aufgrund ihres Verhaltens ab dem Jahr 2009 eingebettet in den Gesamtkontext (das allgemeine klägerische Verhalten bzw. Dulden hinsichtlich vergleichbarer Fotoabzüge im Markt bis heute) – mit ihrer stillschweigenden Zustimmung zum Verbleib der streitgegenständlichen Fotoabzüge im Markt und der freien Weiterveräußerung die Erschöpfung herbeigeführt (act. 10 Rz. 85, 45 ff., 49 ff., 81, 128, 158; act. 57 Rz. 10 ff., 36 ff.). Die Klägerin habe die streitgegenständlichen Fotoabzüge wissentlich (spätestens) von 2009 bis 2019 im Markt geduldet, obwohl sie die Möglichkeit gehabt hätte, hiergegen vorzugehen (act. 10 Rz. 116). Hinsichtlich der Duldung der streitgegenständlichen Fotoabzüge im Markt macht die Beklagte 2 Ausführungen zu einer Ausstellung von T.\_\_\_\_\_ 2008, einer Auktion durch U.\_\_\_\_\_ 2010 und Verkaufsangebote durch T.\_\_\_\_\_ auf eBay (u.a. act. 10 Rz. 45 ff.; act. 57 Rz. 194). Sodann sei die Klägerin auch betreffend die Ausstellung der streitgegenständlichen Fotoabzüge durch die Beklagte 1 anfänglich untätig geblieben. Die Geschäftsführerin der Beklagten 1 habe am 7. Februar 2019 die Klägerin besucht und sie anlässlich dieses Besuchs sowie danach per E-Mail über die Ausstellung informiert. Die Klägerin habe sich erst nach der Durchführung der Ausstellung gemeldet (act. 57 Rz. 38 ff.). 5.6.3.1.3. Konkret zur Herkunft der streitgegenständlichen Fotoabzüge erklärt die Beklagte 2, die Fotoabzüge stammten aus der Sammlung T.\_\_\_\_\_, wohnhaft in V.\_\_\_\_\_ [südeuropäische Stadt] (act. 10 Rz. 11; act. 57 Rz. 34). T.\_\_\_\_\_ habe Fotoabzüge von A.\_\_\_\_\_ gesammelt und zusammengetragen (act. 10 Rz. 11). Er habe sich mit ihm auch persönlich getroffen und die beiden hätten sich gegenseitig wertgeschätzt (act. 10 Rz. 11). T.\_\_\_\_\_ habe gegenüber der Klägerin am 31. August 2010 erklärt, dass seine Fotoabzüge mit der Zustimmung von A.\_\_\_\_\_ veräußert worden seien (act. 10 Rz. 28). 2018 hätten Q.\_\_\_\_\_ und die Kunstsammlung R.\_\_\_\_\_, über deren Inhaber W.\_\_\_\_\_, die streitgegenständlichen Fo-

- 59 - toabzüge aus der Sammlung von T.\_\_\_\_\_ erworben, mit der Absicht, diese später an die Beklagte 2 zu veräußern. Der Verkauf sei über AA.\_\_\_\_\_ GbR an die Beklagte 2 erfolgt (act. 10 Rz. 30 f.). Die Beklagte 2 habe die streitgegenständlichen Fotoabzüge in der Folge sukzessive an Kunden in Deutschland weiterverkauft (act. 10 Rz. 33). Die Beklagte 2 verlangt wegen Beweisnot die Möglichkeit der Gewährung einer Beweiserleichterung. Die Forderung der Klägerin, sie habe eine lückenlose Veräußerungskette nachzuweisen, ignoriere die Realität des Kunstmarktes. Dementsprechend liege eine Beweisnot im Sinne der Rechtsprechung vor (act. 57 Rz. 42, 33, 199). Gleichzeitig hält die Beklagte 2 fest, die Veräußerungskette bewiesen/aufgezeigt zu haben (act. 57 Rz. 34, 195). 5.6.3.1.4. Betreffend Erschöpfung schließt sich die Beklagte 1 den Ausführungen der Beklagten 2 in Ziff. 87-88 der Klageantwort an (act. 55 Rz. 103). Der sich teilweise auf den Fotoabzügen befindende Hinweis, wonach der Fotoabzug nur für den privaten Gebrauch bestimmt sei und keine Urheberrechte übertragen würden (act. 46 Rz. 19; act. 3/49), ändere nichts daran,

dass eine Veräusserung eines Werkexemplars durch den Urheber oder eine Zustimmung zu einer Veräusserung zur Erschöpfung der Urheberrechte am Werkexemplar führe (act. 55 Rz. 84). So- dann gibt sie zu bedenken, dass sich Werkexemplare nicht im Eigentum von Agenturen und gleichzeitig im Eigentum der Klägerin befinden konnten (act. 55 Rz. 84). Weiter beruft sich die Beklagte 1 darauf, dass sie nach dem Vertrauens- prinzip von einer Erschöpfung habe ausgehen können (act. 55 Rz. 98). Damit scheint sie auf ihre Ausführungen zum tadellosen Ruf der Beklagten 2 sowie auf die Behauptungen Bezug zu nehmen, dass ihre Geschäftsführerin die Klägerin vor der Ausstellung am 7. Februar 2019 aufgesucht und dieser am 4. August 2019 eine E-Mail gesendet habe (act. 55 Rz. 26, 34, 52 ff.). 5.6.3.1.5. Die Klägerin bestreitet, dass die streitgegenständlichen Fotoabzüge von A.\_\_\_\_\_ oder mit seiner Zustimmung veräussert wurden (act. 1 Rz. 30, 80; act. 46 Rz. 227) und damit die Erschöpfung. Die Beklagten würden nicht behaupten, sub- stantiierten und belegen, wo wann, durch wen und an wen die jeweils bestimmten streitgegenständlichen Fotoabzüge veräussert worden seien und ebenso wenig

- 60 - entsprechende bestimmte Zustimmungen von A.\_\_\_\_\_ gegenüber bestimmten Personen zu bestimmten Zeiten an bestimmten Orten (act. 1 Rz. 41, 88; act. 46 Rz. 218, 231, 233, 237). Die Beklagten müssten eine lückenlose Kette gültiger Transaktionen von A.\_\_\_\_\_ bis zu den heutigen angeblichen Eigentümern bewei- sen. Im Vordergrund stehe die erste und urheberrechtlich entscheidende Ver- äusserung der Fotoabzüge durch A.\_\_\_\_\_, wozu Behauptungen fehlten (act. 1 Rz. 41). Eine solche könne aufgrund der in act. 1 Rz. 42 ff. aufgezeigten diversen Unstimmigkeiten der Fotoabzüge jedoch ausgeschlossen werden (act. 1 Rz. 88); es gebe Hinweise auf eine fehlende Veräusserung (act. 46 Rz. 6 ff.). 5.6.3.1.6. Zu den von der Beklagten 2 vorgebrachten Gründen führt die Klägerin aus: i. "Signaturen" liessen keinen Schluss auf die Veräusserung der Fotoabzüge zu (act. 46 Rz. 185 f.). Sie habe in act. 1 Ziff. 43 hinsichtlich der elf nicht signierten streitgegenständlichen Fotoabzüge lediglich festgehalten, dass Fotoabzüge für Sammler von A.\_\_\_\_\_ immer signiert worden seien und die fehlende "Signatur" einer von mehreren Umständen darstelle, der dagegen spreche, dass die Fotoabzüge von A.\_\_\_\_\_ oder mit seiner Zustimmung hergestellt und veräussert worden seien (act. 46 Rz. 182). Die "Signaturen" seien zudem gefälscht (act. 1 Rz. 48; act. 46 Rz. 234). ii. Die Fiktion unbestimmter Veräusserungen begründe keine Erschöpfung (act. 46 Rz. 233, 237). Die Beklagte 2 behaupte auch nicht, T.\_\_\_\_\_ habe die streitgegenständlichen Fotoabzüge von A.\_\_\_\_\_ erworben (act. 46 Rz. 145). Für eine Schenkung bestünden keinerlei Anhaltspunkte (act. 46 Rz. 220). Weiter habe zwischen A.\_\_\_\_\_ und T.\_\_\_\_\_ keine innige Be- kanntschaft bestanden. Selbst die unzutreffende Annahme einer innigen Bekanntschaft lasse nicht erfahrungsgemäss den Schluss zu, A.\_\_\_\_\_ ha- be unbekanntem Veräusserungen von Fotoabzügen zugestimmt (act. 46 Rz. 219). iii. Es liege keine stillschweigende Zustimmung der Klägerin zu Veräusserun- gen vor. Für einen solchen Schluss seien keine Gründe ersichtlich, zumal

- 61 - die Parteien bisher keinen Kontakt gehabt hätten und sich die Klägerin ge- genüber T.\_\_\_\_\_ und dem Auktionshaus U.\_\_\_\_\_ wiederholt und explizit gegen den Verkauf der Sammlung T.\_\_\_\_\_ ausgesprochen habe (act. 46 Rz. 192 f.). Schliesslich lege die Beklagte 2 nicht dar, warum die Klägerin auf ihre Rechte hätte einseitig und ohne Gegenleistung verzichten sollen. Darauf laufe die pauschal behauptete Zustimmungserklärung hinaus. Ein einseitiger Rechtsverzicht wäre faktisch eine Schenkung, für die keinerlei Anhaltspunkte bestünden (act. 46 Rz. 193). 5.6.3.2. Rechtliches 5.6.3.2.1. Wie in Ziffer 5.6.2.2 erwähnt,

hat der Urheber das ausschliessliche Recht, Werkexemplare anzubieten, zu veräussern oder sonst wie zu verbreiten (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG). Dieses Recht wird eingeschränkt durch den Erschöpfungsgrundsatz. Dieser besagt, dass wenn ein Urheber/eine Rechteinhaberin ein konkretes Werkexemplar veräussert oder dessen Veräusserung zugestimmt hat, dieses (beliebig) weiterveräussert oder sonst wie verbreitet werden darf (Art. 12 URG; HILTY, a.a.O., N. 23). Mit Veräusserung seitens oder mit Zustimmung des Urhebers ist allein die definitive Veräusserung, also die Übereignung des Werkexemplars durch Verkauf, Tausch und Schenkung gemeint; eine Gebrauchsüberlassung genügt nicht (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 12 N. 1; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 12 N. 11; PFORTMÜLLER, a.a.O., Art. 12 N. 3). 5.6.3.2.2. Der Urheber/die Rechteinhaberin verliert mit der Veräusserung des konkreten Werkexemplars zwar nicht das Urheberrecht, wohl aber das Verbreitungsrecht für das betreffende Exemplar (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 12 N. 1). Nur das Verbreitungsrecht unterliegt der Erschöpfung (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG), nicht etwa das Recht auf Zugänglichmachen (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) oder das Vervielfältigungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG) (PFORTMÜLLER, a.a.O., Art. 12 N. 8). Die Erschöpfung trifft auch nicht andere – legal oder illegal angefertigte – Vervielfältigungsstücke desselben Werks (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 12 N. 2). Die unerlaubte Erstellung einer Kopie oder die Veräusserung von Piraterieprodukten lassen die Rechte des Urhebers/der Rechteinhaberin unberührt

- 62 - (PFORTMÜLLER, a.a.O., Art. 12 N. 5). Dies gilt ebenso für Werkkopien, die zum Eigengebrauch hergestellt wurden (PFORTMÜLLER, a.a.O., Art. 12 N. 9). 5.6.3.2.3. In der Schweiz gilt das Prinzip der internationalen Erschöpfung (BGE 124 III 321 E. 2): Ist ein Werkexemplar an einem beliebigen Ort auf der Welt mit Einwilligung des Rechteinhabers in Verkehr gesetzt worden, darf es auch in der Schweiz gehandelt werden (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 12 N. 3). 5.6.3.2.4. Die Beweislast für die Erschöpfung trifft diejenige Partei, die sich darauf beruft (Art. 8 ZGB; vgl. Entscheid KGer SG ZZ.2006.36 vom 17. Juli 2007 E. IV.3.ccc; THOUVENIN/DORIGO, in: NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar, Markenschutzgesetz (MSchG), 2. A., 2017, Art. 13 N. 141). Normalerweise ist dies diejenige, welcher die Verletzung von Urheberrechten vorgeworfen wird. Vorliegend tragen die Beklagten die Beweis- und somit auch die Behauptungs- und Substantiierungslast für die Erschöpfung. 5.6.3.3. Würdigung 5.6.3.3.1. Die Klägerin bestreitet die Erschöpfung. Sie weist zurecht darauf hin, dass keine der beiden Beklagten konkrete Behauptungen hinsichtlich Veräusserungen der einzelnen streitgegenständlichen Fotoabzüge durch A.\_\_\_\_\_ bzw. die Klägerin oder der konkreten Zustimmung zur konkreten Veräusserung der konkreten streitgegenständlichen Fotoabzüge (Werkexemplare) aufstellt (wer veräussert wann welchen konkreten Fotoabzug an wen bzw. stimmte der konkreten Veräusserung zu). Eine Veräusserungskette beginnend mit der ersten und entscheidenden Veräusserung legen beide Beklagte nicht dar. Sie kommen somit ihrer Substantiierungslast nicht nach, weshalb von keiner Erschöpfung ausgegangen werden kann. Eine Beweisabnahme entfällt. Die Erläuterungen der Beklagten 2 (act. 57 Rz. 42, 33, 199) zur Beweisabnahme sind nicht einschlägig, käme eine solche doch erst im Fall einer Beweisabnahme zum Zug. Eine Beweismasserleichterung führt nicht zu einem Wegfall der Behauptungs- und Substantiierungslast oder zu einer Reduktion derselben. Darüber hinaus käme eine Beweismasserleichterung vorliegend auch

- 63 - deshalb nicht in Frage, da eine Beweisnot (Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des strikten Beweises) nicht hinreichend dargetan wurde. Die Beklagte 2 legt keine (erfolglosen) Provenienznachforschungsbemühungen dar (die Beklagte 1 begnügt sich mit der Behauptung, die Beklagte 2 habe sie über Veräusserungskette und Provenienz informiert, act. 55 Rz. 58). Die Beklagte 1 erwähnt in der Duplik bloss eine nach der Kontaktaufnahme der Klägerin im September 2019 erfolgte Aufnahme von Abklärungen der Provenienz, welche ergeben hätten, dass die Fotoabzüge aus fünf verschiedenen Sammlungen stammten, ohne ins Detail zu gehen (act. 55 Rz. 40). Ebenso vermögen die Beklagten aus dem Vorbringen der Klägerin, wonach gemäss den Terms and Conditions von O.\_\_\_\_\_ Photos Licensing die physischen Fotoabzüge im Eigentum der Agentur O.\_\_\_\_\_ geblieben seien (vgl. act. 55 Rz. 84; act. 46 Rz. 20), nichts zu ihren Gunsten ableiten, wurde doch von keiner Partei vorgebracht, die streitgegenständlichen Fotoabzüge seien von der Klägerin bzw. A.\_\_\_\_\_ an die Agentur veräussert worden (vgl. act. 1 Rz. 67).

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

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

bare Merkmale aufweisen sollten, was offen bleiben kann, – vermögen die Erschöpfung am konkreten Werkexemplar nicht zu begründen, tritt diese doch allein durch die Veräusserung des fraglichen Werkexemplars

- 65 - durch den Urheber bzw. der Rechteinhaberin oder mit seiner/ihrer Zustimmung ein. Die allgemeinen Umstände führen auch nicht zur Vermutung, dass die Urheberrechte nach Art. 10 Abs. 2 lit. b URG aller Werkexemplare eines Urhebers erschöpft sind. Sodann ersetzen die – seitens der Klägerin bestrittenen (act. 46 Rz. 219) – Behauptungen der Beklagten 2 zur engen Bekanntschaft zwischen A.\_\_\_\_\_ und T.\_\_\_\_\_ die fehlenden Behauptungen hinsichtlich der erstmaligen Veräusserungen der jeweiligen Fotoabzüge oder der Zustimmung von A.\_\_\_\_\_ dazu nicht (vgl. act. 46 Rz. 230, 232). Im Übrigen legt die Beklagte 2 nicht dar, wie T.\_\_\_\_\_ in den Besitz der streitgegenständlichen Fotoabzüge gelangte. Insbesondere behauptet sie nicht, A.\_\_\_\_\_ habe diese an T.\_\_\_\_\_ veräussert (vgl. act. 46 Rz. 145; vgl. act. 57 Rz. 121). Eine Bekanntschaft mit einem Urheber lässt nicht darauf schliessen, dieser habe eine Vielzahl von Werkexemplaren an den Bekannten veräussert oder einer Veräusserung an denselben zugestimmt. iii. Eine Erschöpfung ist ebenfalls nicht durch stillschweigende Zustimmung der Klägerin eingetreten: Ob eine stillschweigende Zustimmung des Urhebers bzw. der Rechteinhaberin zur Veräusserung eines Werkexemplars per se möglich ist, kann offen gelassen werden. Wäre sie möglich, könnte sie jedenfalls nicht leichthin angenommen werden. Im Regelfall ist rein passives Verhalten (Nichtstun bzw. Schweigen) nicht als Willensäusserung zu werten (BGE 30 II 298 E. 3; 123 III 53 E. 5.a; BGer Urteile 4C.228/2002 vom 18. Oktober 2002 E. 1.5; 4C.206/2002 vom 1. Oktober 2002 E. 2.1); es bedarf genügend sicherer, eindeutiger Anhaltspunkte für einen hinter dem Verhalten stehenden Willen (WIEGAND/HURNI, in: HONSELL [Hrsg.], Kurzkomentar Obligationenrecht, 2014, Art. 1 N. 5). Eine stillschweigende Willensäusserung kann daher nur dann gegeben sein, wenn objektiv allein aus dem eindeutigen Verhalten einer Person deren (bestimmter) Wille abgeleitet werden kann (GAUCH/SCHLUEP/

- 66 - SCHMID, OR AT, 11. A., 2020, N. 190a; BGE 123 III 53 E. 5.a). Es müssen von der bestimmten Person zu vertretende äussere, schlüssige, tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die es erlauben, nach dem Vertrauensgrundsatz in guten Treuen auf ihren Willen zu schliessen (MÜLLER, Berner Kommentar, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2018, Art. 1 N. 39, 44; ZELLWEGE-GUTKNECHT, in: WIDMER LÜCHINGER /OSER [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. A., 2020, Art. 1 N. 17). Vorliegend zeigt die Beklagte 2 keine Anhaltspunkte auf, die erlauben, aus dem Schweigen der Klägerin auf eine bewusste und gewollte Willensäusserung im Sinne einer Zustimmung zu Veräusserungen der streitgegenständlichen Fotoabzüge zu schliessen. Die Willensäusserung muss zudem den geforderten Erklärungsinhalt decken (ZELLWEGE-GUTKNECHT, a.a.O., Art. 1 N. 17). Eine stillschweigende Zustimmung zur Veräusserung würde demnach Kenntnis von einer bestimmten Veräusserung eines bestimmten Werkexemplares voraussetzen. Die Notwendigkeit einer Zustimmung zu einer konkreten Veräusserung anerkennt auch die Beklagte 2 (act. 57 Rz. 164). Sie beschränkt sich trotzdem darauf, auf das allgemeine klägerische Verhalten bzw. Dulden hinsichtlich vergleichbarer Fotoabzüge im Markt bis heute und den Verbleib der streitgegenständlichen Fotoabzüge im Markt zu verweisen (act. 10 Rz. 85) und daraus eine Zustimmungsfiktion zu kreieren (act. 57 Rz. 164), statt substantiierte Behauptungen betreffend Zustimmung zu

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

- 67 - legung des Verhaltens der Klägerin als Zustimmung entgegen. Sie zeigen auf, dass die Klägerin mit der Verwendung und Veräußerung von Werkexemplaren gerade nicht einverstanden war und die Beklagte 2 in guten Treuen nicht von einer Zustimmung zu Veräußerungen der streitgegenständlichen Fotoabzüge ausgehen durfte. Eine stillschweigende Zustimmung der Klägerin zur Veräußerung lässt sich alsdann auch nicht aus dem von der Beklagten 1 thematisierten Vertrauensprinzip und dem Ruf der Beklagten 2 ableiten: Der Ruf Dritter kann der Klägerin nicht angerechnet werden. Weiter berufen sie und die Beklagte 2 sich auf ein Aufsuchen der Klägerin und eine E-Mail seitens der Beklagten 1, mit welcher die Klägerin vor der Ausstellung in I.\_\_\_\_\_ informiert worden sei (act. 55 Rz. 26, 34, 52; act. 57 Rz. 38 ff., 57, 95). Eine Ausstellung eines Werkexemplars führt nicht zum Erschöpfen des diesbezüglichen Verbreitungsrechts, handelt es sich dabei doch nicht um eine definitive Veräußerung. Auch kann nicht zwangsläufig davon ausgegangen werden, dass Exponate veräußert werden. Die Beklagte 2 erklärte selbst, dass sie mit Blick auf die Ausstellung in I.\_\_\_\_\_ nicht mit Kaufangeboten gerechnet habe oder hätte rechnen müssen (act. 57 Rz. 98). Zudem könnte selbst aus einer vorzeitigen Kenntnis der Klägerin von der Ausstellung nicht auf ihre generelle Zustimmung zur Veräußerung der streitgegenständlichen Fotoabzüge geschlossen werden. Dass die Klägerin vorab Kenntnis davon hatte, welche Fotoabzüge ausgestellt würden, wird von den Beklagten 1 und 2 nämlich nicht behauptet (siehe auch Ziffer 5.8.3). Dieselben Überlegungen gelten auch für die laut der Beklagten 2 von T.\_\_\_\_\_ im Jahre 2008 durchgeführte Ausstellung. Die Beklagte 2 behauptet diesbezüglich zwar ebenfalls das Angebot der streitgegenständlichen Fotoabzüge zum Verkauf anlässlich der Ausstellung (act. 10 Rz. 15), aber Kenntnis der Klägerin nur von der Ausstellung und trotz Bestreitung nicht substantiiert des Verkaufsangebots (act. 10 Rz. 15 f., 18, vgl. act. 46 Rz. 150, 165; act. 57 Rz. 165, 192). Vor allem aber ist

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

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

5.6.4. Prüfung von Verletzungen nach Art. 11 URG

5.6.4.1. Parteistandpunkte 5.6.4.1.1. Die Klägerin wirft den Beklagten 1 und 2 die Verletzung von Art. 11 Abs. 1 lit. a URG vor. Die Beklagten hätten die Werkintegrität durch Mitwirkung verletzt, indem sie Fotoabzüge importiert, ausgestellt und zum Kauf angeboten hätten, welche die originalen Fotonegative nicht unverändert, sondern durch das Zuschneiden der Fotoabzüge verändert abbildeten (act. 1 Rz. 86, 59, 70 f.; act. 46 Rz. 37, 50). A.\_\_\_\_\_ sei gegen das Zuschneiden der Fotoabzüge gewesen (act. 1 Rz. 55 ff.). Die Klägerin behauptet Kriterien und Merkmale für dessen Fotoabzüge wie einen schwarzen Rand, welcher habe

sicherstellen sollen, dass nicht zugeschnitten wird (act. 1 Rz. 55 ff., 63; act. 46 Rz. 29 f., 31). Im Gegensatz dazu seien fast alle streitgegenständlichen Fotoabzüge zugeschnitten und würden keinen schwarzen Rand aufweisen (act. 1 Rz. 59, 70; act. 46 Rz. 33). Das Zuschneiden der Fotoabzüge sei ein Eingriff in die Bildkomposition. Das Filmnegativ (Original) habe das vollendete Werk gezeigt, das nach Art. 11 Abs. 1 lit. a URG von Dritten nicht verändert werden dürfen (act. 46 Rz. 37, 50). Zudem hätten laut Klägerin die Beklagten auch durch die Verwendung von Fotoabzügen mit gefälschten "Signaturen" Art. 11 Abs. 1 lit. a URG verletzt (act. 46 Rz. 32 ff., 45, 50; act. 1 Rz. 63, 70 ff.). Sie moniert konkret eine "Signatur" auf der Vorderseite mit Bleistift [AB.\_\_\_\_\_, Mexiko [Foto 8]], eine auf der rechten

- 69 - Seite angebrachte vertikale "Signatur" mit Tinte bei gleichzeitiger zweiter "Signatur" mit Bleistift auf der Rückseite [AC.\_\_\_\_\_, Türkei [Foto 10]] sowie eine "Signatur" mit Tinte auf der Vorderseite und eine mit Bleistift auf der Rückseite [AD.\_\_\_\_\_, Jugoslawien [Foto 11]] (act. 1 Rz. 48 ff., 70; act. 46 Rz. 33, 268). Die "Signatur" sei ein wesentliches individuelles Element eines Bildes; gefälschte "Signaturen" seien kein Eingriff untergeordneter Natur (act. 46 Rz. 36, 50). Die Beklagten hätten die Echtheit zu beweisen, sie beriefen sich auf die Fotoabzüge als Urkunden (act. 46 Rz. 32). Die Privatgutachten der Beklagten 2 seien Parteibehauptungen, (sinngemäss) zum Beweis untauglich; ein blosser Verweis darauf reiche nicht (act. 46 Rz. 157 ff.). 5.6.4.1.2. Die Beklagte 1 bestreitet die Ausführungen der Klägerin betreffend die ihr vorgeworfenen Urheberrechtsverletzungen, insbesondere auch die von der Klägerin umschriebene Art und Weise, wie A.\_\_\_\_\_ signiert haben soll (act. 55 Rz. 67-71, 77, 94 f.). Die Klägerin behaupte selbst, dass A.\_\_\_\_\_ Fotoabzüge zugeschnitten habe (act. 55 Rz. 77 mit Verweis auf Ziff. 57 der Klage). Die geltend gemachten Eingriffe seien untergeordnet bzw. würden sich auf Elemente nicht individueller Natur beziehen (act. 55 Rz. 77, 94 f.). Die Klägerin bestätige mit den Ausführungen in Ziffer 81-83 der Klage zur Individualität, dass diese sich aus den Negativen und nicht aus den Abzügen ergebe und dass die Veränderung des Formats der Fotografie, das Zuschneiden und das Entfernen eines schwarzen Randes keine Eingriffe in das Urheberrecht darstellten (act. 55 Rz. 89). 5.6.4.1.3. Die Beklagte 2 bestreitet die Urheberrechtsverletzungen sowie die von der Klägerin behaupteten Unstimmigkeiten/Kriterien, insbesondere bezüglich Format, Zuschneiden (act. 10 Rz. 72, 101, 143, 130, 156) bzw. die Geltung des Standards eines schwarzen Rands zur Sicherstellung des fehlenden Zuschnitts und des Formats von 30 x 40 cm vor 1968 (act. 57 Rz. 89, 87). Die Klägerin liefere für die Behauptungen keinen Beweis (act. 10 Rz. 131, 143). Ohnehin seien die streitgegenständlichen Fotoabzüge vor 1968 bzw. 1973 angefertigt worden, die behaupteten Kriterien könnten für diese Fotoabzüge daher nicht gelten (act. 10 Rz. 130). Zudem handle es sich teilweise um Presseprints, die ein anderes Format aufwiesen (act. 57 Rz. 88). Ob die Fotoabzüge zugeschnitten seien oder

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

gleichbar seien, im ICP bzw. würden derzeit bei renommierten Galerien zum Kauf angeboten (act. 10 Rz. 60). Die Beklagte 2 stellt sich weiter auf den Standpunkt, die "Signaturen" seien echt (act. 10 Rz. 20 ff., 35 f., 42, 83, 136, 144, 162; act. 57 Rz. 92, 101, 132, 162, 183). Sie beruft sich auf zwei von T.\_\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_\_ in Auftrag gegebene Schriftgutachten (act. 10 Rz. 20-22, 35 f., 42) und verweist auf ein Gutachten von AG.\_\_\_\_\_ (act. 10 Rz. 32). Die Klägerin lege weder die Relevanz der Unterschriftenposition dar, noch liefere sie einen Beweis für ihre Behauptung der Fälschung (act. 10 Rz. 78, 123, 143). Irrelevant sei, dass es in der Sammlung der Klägerin keine Fotoabzüge mit Bleistiftunterschriften oder mit "Signatur" vertikal rechts oben mit Tinte sowie zweite Unterschrift auf der Rückseite mit Bleistift gebe, da sie keine umfassende Kenntnis des Werks von A.\_\_\_\_\_ habe (act. 10 Rz. 143).

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

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

5.6.4.3. Würdigung 5.6.4.3.1. Allgemeines 5.6.4.3.1.1. Damit die seitens der Klägerin behaupteten und von den Beklagten bestritten Verletzungen von Art. 11 URG bejaht werden könnten, müsste zum einen unbestritten oder bewiesen sein, dass die "Signaturen" auf den zwölf streitgegenständlichen Fotoabzügen nicht echt, also gefälscht sind und/oder die streitgegenständlichen Fotoabzüge nicht durch A.\_\_\_\_\_ bzw. ohne dessen Erlaubnis zugeschnitten worden sind. Zum anderen müsste eine Teilnahme/Mitwirkung der Beklagten 1 und 2 an den behaupteten Verletzungshandlungen unbestritten oder bewiesen sein.

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

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

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

Art. 8 ZGB abweichenden Beweislastverteilung. 5.6.4.3.2. Zuschneiden 5.6.4.3.2.1. Das Zuschneiden und das allenfalls damit verbundene Ändern eines Formats bei Fotoabzügen im Vergleich zum Werk könnte an sich eine Urheberrechtsverletzung darstellen. Notwendig wären konkrete Ausführungen zum jeweiligen (Original-)Werk/Werkexemplar und welche Änderungen die streitgegenständlichen Fotoabzüge im Vergleich zu dieser aufweisen. Die Klägerin beschränkt ihre Ausführungen trotz Bestreitungen der Beklagten allerdings mehrheitlich darauf, ihre Sicht der Dinge in allgemeiner Weise vorzutragen, ohne in die Details zu gehen. So behauptet die Klägerin generelle, von A.\_\_\_\_\_ gemachte Vorgaben/Kriterien betreffend Sammlerabzüge ab 1968 trotz Bestreitungen der Beklagten (vgl. insb. act. 10 Rz. 129-133, 136; act. 57 Rz. 87-89; act. 55 Rz. 77) bloss pauschal (vgl. insb. act. 1 Rz. 55 ff., 63, 70; act. 46 Rz. 29-31, 33). Die Werke (nicht die von ihr bezeichneten Originalbilder) datiert die Klägerin selbst allesamt vor 1968 (act. 1 Rz. 70). Konkrete Ausführungen zu den einzelnen Formaten der von der Klägerin als Originalbilder bezeichneten Fotografien fehlen. Das Abbilden von Fotografien (act. 1 Rz. 38, 70) in den Rechtsschriften vermag solche Ausführungen genauso wenig zu ersetzen (ist das Format anhand dieser doch nicht erkennbar) wie allgemeine Ausführungen zum generell ab 1932 verwendeten Format 24x36 mm (Negativ) (act. 1 Rz. 57; vgl. act. 10 Rz. 131) oder betreffend Formate der für Sammler bestimmten Fotoabzüge (act. 46 Rz. 29). Immerhin sind auch andere Fotoabzüge erstellt worden, wie z.B. Presse-Abzüge (vgl. act. 1 Rz. 71). Ob und gegebenenfalls weshalb die "Originalbilder" (act. 1 Rz. 70) jeweils das Originalwerk darstellen sollen bzw. was sie damit meint, erläutert die Klägerin trotz einem Hinweis der Beklagten 2 auf die Unklarheit (act. 10 Rz. 143) ebenfalls nicht. Sie erklärt einzig, dies seien Fotoabzüge aus ihrer Sammlung (act. 46 Rz. 286). Die Frage, wozu das Originalwerk jeweils besteht, stellt sich

- 73 - umso mehr, als das Negativ laut Klägerin das vollendete Werk darstellen soll (act. 46 Rz. 37, 50; vgl. act. 1 Rz. 34); davon sind mehrfache Abzüge möglich, welche nur dann selbst Werke darstellen, wenn sie individuell gestaltet sind (ansonsten sind sie Werkexemplare). Im Widerspruch zu den behaupteten Kriterien hat die Klägerin im Übrigen nicht bestritten, in der vorprozessualen Korrespondenz und der Klage anerkannt zu haben, dass es die unterschiedlichsten Formate von Fotoabzügen von A.\_\_\_\_\_ gibt (act. 10 Rz. 49 ff.; vgl. act. 46 Rz. 194). Mit ihren Ausführungen zu einem 1968 bestimmten Standard unterscheidet sie zudem selbst Fotoabzüge von vor und nach 1968 (act. 1 Rz. 56) und gibt zu, dass mit Erlaubnis von A.\_\_\_\_\_ zugeschnittene Fotoabzüge («AE.\_\_\_\_\_» und «AH.\_\_\_\_\_») existieren (act. 1 Rz. 57). Trotz Bestreitungen (act. 10 Rz. 129-133, 136, 143; act. 57 Rz. 91; act. 13 Rz. Zu 42-76; act. 55 Rz. 77, 79) hat die Klägerin es sodann unterlassen, konkret zu behaupten, inwieweit welcher streitgegenständliche Fotoabzug wie zugeschnitten wurde (Behauptung: "zugeschnittenes Bild"; act. 1 Rz. 70, 38; act. 46 Rz. 33) bzw. in welcher Hinsicht das jeweilige Format unüblich ist (act. 46 Rz. 33, 198). Sie zählt die Formate der streitgegenständlichen Fotoabzüge lediglich beispielhaft auf ("17,8 x 24 cm, 18 x 24 cm, 14,7 x 8,9 cm etc."; act. 46 Rz. 30) und erwähnt ein unübliches quadratisches Format betreffend "AF.\_\_\_\_\_" (act. 1 Rz. 70), wobei die Beklagte 2 bestreitet, dass der streitgegenständliche Fotoabzug ein quadratisches Format aufweist (act. 10 Rz. 143). Auch die Beklagte 1 weist darauf hin, dass nicht ersichtlich sei, inwiefern sich die in Ziffer 38 der Klage dargestellten Fotografien von den streitgegenständlichen Fotografien unterscheiden würden (act. 55 Rz. 48). Tatsachen sind im Falle von Bestreitungen substantiiert zu behaupten (siehe Ziffer 2.1), durch ein Abdrucken der Fotografien in den Rechtsschriften (act. 1 Rz. 70) bzw. auf Beilagen (act. 47/47) kann dies

wie erwähnt nicht ersetzt werden. Zudem sind die Details anhand der Abbildungen nicht erkennbar, weil diese wiederum Fotografien sind und die Winkel und die Nähe der Aufnahmen variieren. Sodann wird die Klägerin auch nicht durch die Zugabe der Beklagten 2, dass streitgegenständliche Fotoabzüge teilweise ein anderes Format aufweisen, als das von der Klägerin behauptete Format der für Sammler bestimmten Fotoabzüge (act. 57 Rz. 88) vom Aufstellen konkreter Behauptungen entbun-

- 74 - den. Nicht alle Fotoabzüge waren Sammlerabzüge (vgl. act. 10 Rz. 144; act. 57 Rz. 88) und auch Fotoabzüge, die ursprünglich nicht für Sammler bestimmt waren, sind auf dem Markt (vgl. act. 46 Rz. 197). Es ist damit nicht ausreichend dargetan, dass und welche Änderungen (an Zuschnitt, Format) die streitgegenständlichen Fotoabzüge gegenüber (welchen?) Originalwerken aufweisen und dass A.\_\_\_\_\_ diese nicht herstellte bzw. diese nicht in dieser Form mit seiner Zustimmung hergestellt wurden. Mangels substantiierter Behauptungen entfällt eine Beweisabnahme. Die fehlenden Behauptungen lassen sich weder durch ein Gutachten noch durch einen Augenschein noch durch eine Parteibefragung oder Beweisaussage ersetzen, kann doch damit nur bewiesen werden, was vorab behauptet wurde (siehe Ziffer 2.1). 5.6.4.3.2.2. Selbst im Falle der Annahme einer genügenden Substantiierung wäre aus folgenden Gründen von einer Beweisabnahme abzusehen: Zum Erfordernis formgerechter Beweisangebote gehört, dass den einzelnen Sachvorbringen die jeweiligen einzelnen Beweisangebote eindeutig zugeordnet werden (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO; BRÖNNIMANN, a.a.O., Art. 152 N. 23; LEUENBERGER, a.a.O., Art. 221 N. 51; vgl. u.a. BGer Urteile 4A\_381/2016 vom 29. September 2016 E. 3.3; 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4; 4A\_452/2013 vom 31. März 2014 E. 2.1). Vorliegend verknüpft die Klägerin das offerierte Gutachten nicht rechtsgenügend mit entsprechenden Tatsachenbehauptungen: So wird das Gutachten nach einem Abschnitt mit einer Vielzahl von Behauptungen offeriert, womit es an einer genügenden Beweisverbindung fehlt (act. 1 Rz. 56 f., 63, 70; act. 46 Rz. 31, 33, 198). Auch fehlt es mitunter bei der Stelle, wo das Gutachten angeboten wird, an genügend konkreten Behauptungen betreffend das Zuschneiden, dessen Verbot und die streitgegenständlichen Fotoabzüge (act. 1 Rz. 55, 58 f.; act. 46 Rz. 31, 33, 198). Demzufolge ist unklar, was mit dem offerierten Gutachten bewiesen werden soll. Für ein Gutachten zum Beweis des Zuschnitts der Fotoabzüge und des Fehlens eines Randes wären die streitgegenständlichen Fotoabzüge zudem zu diesen Behauptungen zugeordnet zum Beweis anzubieten

- 75 - (Edition) gewesen. Dies hat die Klägerin nur teilweise gemacht (Format, act. 46 Rz. 30); teilweise aber auch wieder mangelhaft verknüpft (act. 46 Rz. 33, 198). Eine solche Offerte fehlt aber insbesondere bei den relevanten Stellen in act. 1 Rz. 59 und 70. Das Anbieten von Beweismitteln an einer beliebigen anderen Stelle (so z.B. act. 46 Rz. 31) genügt nicht. Überdies bietet die Klägerin für die Gutachtenserstellung auch keine Vergleichsobjekte an. Das vorstehend Ausgeführte gilt auch für die beantragten Augenscheine, Parteibefragungen und Beweisaussage sowie die Urkunde act. 3/31. Auch diese Beweismittel wurden nicht rechtsgenügend mit Tatsachenbehauptungen verknüpft, oder es fehlt bereits an den Behauptungen (act. 1 Rz. 56 f., 63; act. 46 Rz. 31, 33, 198; act. 3/31), bzw. ist die behauptete Tatsache zu allgemeiner Natur und nicht rechtserheblich (act. 1 Rz. 55, 58). Ferner wäre der Beweiswert von Parteibefragungen oder Beweisaussagen von Vertretern der Klägerin ohnehin gering. Teilweise sind diese offerierten Beweismittel auch untauglich, und zwar insofern als Vertreter der Klägerin dem Urheber im Entstehungszeitpunkt der Fotoabzüge kaum so nahe gewesen sein konnten, dass sie

umfassende und un- mittelbare Kenntnisse über den Entstehungsprozess aller Fotoabzüge bzw. dar- über, was A.\_\_\_\_\_ 1968 bestimmte, gehabt haben könnten. Wie die Beklagte 2 sodann richtig festhält (act. 10 Rz. 132), sind Terms & Conditions of O.\_\_\_\_\_ Photos Licensing vom 28. Oktober 2019 nicht geeignet, zu beweisen, dass die streitgegenständlichen Fotoabzüge verbotener- weise zugeschnitten wurden. Dies gilt ebenso für einen Wikipedia-Artikel, ist ein solcher doch leicht abänderbar (act. 1 Rz. 55; act. 10 Rz. 129). 5.6.4.3.2.3. Eine Verletzung von Art. 11 Abs. 1 lit. a URG durch die Beklagten 1 und 2 ist zu verneinen. Bei diesem Ergebnis erübrigen sich Ausführungen zur Mitwirkung. 5.6.4.3.3. Gefälschte/unechte "Signaturen" 5.6.4.3.3.1. Die klägerischen Behauptungen zu gefälschten "Signaturen" auf zwölf der streitgegenständlichen Fotoabzüge bleiben trotz Bestreitungen der Beklagten

- 76 - (act. 10 Rz. 20-22, 35, 39-43, 78, 122-124, 136, 143; act. 57 Rz. 7-9, 91 f., 183; act. 55 Rz. 67-70) unsubstantiiert, weshalb eine Beweisabnahme entfällt: In act. 1 Rz. 70 bezeichnet die Klägerin die "Signaturen" auf zwölf der streitgegenständlichen Fotoabzüge jeweils pauschal als gefälscht. Wieso sie die- se "Signaturen" als gefälscht erkennen will, führt die Klägerin trotz Bestreitungen der Beklagten 1 (act. 13 Rz. Zu 42-76, 77) und 2 (act. 10 Rz. 143, 39 ff.) lediglich zu drei Fotoabzügen aus (act. 1 Rz. 70): i. AB.\_\_\_\_\_, Mexiko: Die "Signatur" auf der Vorderseite sei mit Bleistift er- folgt (während alle Fotoabzüge der Sammlung der Klägerin seien auf der Vorderseite mit Tinte signiert seien). ii. AC.\_\_\_\_\_, Türkei: Dieses weise zwei Unterschriften auf, eine vertikale "Signatur" rechts oben mit Tinte auf der Vorderseite und eine zweite "Sig- natur" mit Bleistift auf der Rückseite (währenddem von allen Fotoabzügen, die sich im Besitz der Klägerin befänden [mehr als 30'000] und auf dem Markt ermittelt worden seien, keines von A.\_\_\_\_\_ auf diese Weise signiert worden sei). iii. AD.\_\_\_\_\_, Jugoslawien: Eine "Signatur" befinde sich mit Tinte auf der Vor- derseite und eine mit Bleistift auf der Rückseite, was untypisch sei. Zuvor bezeichnete die Klägerin auf der rechten Seite angebrachte ver- tikale "Signaturen" als unüblich und deshalb als gefälscht (act. 1 Rz. 48; act. 46 Rz. 33, 268). A.\_\_\_\_\_ habe auch nie sowohl auf der Vorder- wie auch auf der Rückseite signiert (act. 1 Rz. 48). Konkret führt sie allerdings dazu einzig aus, P.\_\_\_\_\_ habe 2007 die New Yorker Galerie AI.\_\_\_\_\_ aufgefordert, Fotoabzüge aus dem Verkehr zu ziehen mit dem Hinweis, dass A.\_\_\_\_\_ nie auf diese Weise signiert habe (auf der rechten Seite vertikal) und die "Signatur" nicht derjenigen entspreche, welche auf den Werken der Sammlung der Klägerin ersichtlich sei (act. 1 Rz. 48 f.). Obwohl die Beklagten die Ausführungen bestreiten (act. 13 Rz. Zu 42-76; act. 10 Rz. 123) und die Beklagte 2 ausdrücklich darauf hinweist, dass (i) die Klägerin die Relevanz der Unterschriftenposition nicht darlege, (ii) Be-

- 77 - hauptungen von P.\_\_\_\_\_ gegenüber der Galerie AI.\_\_\_\_\_ im Jahr 2007 irrelevant seien, (iii) ebenso irrelevant sei, dass es in der Sammlung der Klägerin keine Fo- toabzüge mit Bleistiftunterschriften oder mit "Signatur" vertikal rechts oben mit Tinte sowie eine zweite Unterschrift auf der Rückseite mit Bleistift gebe, da sie doch keine umfassende Kenntnis des Werks von A.\_\_\_\_\_ habe, (iv) die Klägerin lediglich unsubstantiierte Behauptungen aufstelle (act. 10 Rz. 123, 143) und die Beklagte 2 Privatgutachten einreicht (act. 10 Rz. 20-22; act. 12/11-12), macht die Klägerin in der Replik keine detaillierteren Ausführungen. Fehlende substantiierte Behauptungen lassen sich nicht durch Beweisof- ferten wie Gutachten, Parteibefragung, Beweisaussage oder Augenschein erset- zen. Die Tatsachen, welche mit diesen Beweismitteln bewiesen werden sollen, sind bereits in der Rechtsschrift konkret darzulegen. Vorliegend fehlen solche Ausführungen. Eine

Beweisabnahme entfällt. 5.6.4.3.3.2. Selbst unter der Prämisse einer genügenden Substantiierung wäre auch aus folgenden Gründen keine Beweisabnahme zur behaupteten Fälschung/Unechtheit der "Signaturen" vorzunehmen: Vorliegend verknüpft die Klägerin das offerierte Gutachten nicht rechtsgenügend mit entsprechenden Tatsachenbehauptungen: Entweder wird das Gutachten nach einem Abschnitt mit einer Vielzahl von Behauptungen offeriert (vgl. insb. act. 1 Rz. 48, 63, 70; act. 46 Rz. 33, 156-160), oder es fehlt im entsprechenden Textabschnitt an einer Behauptung hinsichtlich Fälschung/Unechtheit der "Signaturen" auf den streitgegenständlichen Fotoabzügen (vgl. insb. act. 1 Rz. 49 f.; act. 46 Rz. 1160, 85). Entsprechend ist unklar, was mit dem offerierten Gutachten bewiesen werden soll. Überdies offeriert die Klägerin keine Vergleichsobjekte, welche zur Gutachtenserstellung beigezogen werden könnten, obwohl sie die von der Beklagten 2 eingereichten Privatgutachten (act. 46 Rz. 156 ff.) bestreitet und bemängelt, dass zum Vergleich Originaldokumente aus der Zeit vor 1968 zu verwenden und im vorliegenden Verfahren einzureichen gewesen wären (act. 46 Rz. 160).

- 78 - Auch die offerierten Parteibefragungen, Beweisaussagen und Augenscheine hat die Klägerin nicht ausreichend mit den rechtserheblichen Tatsachenbehauptungen verknüpft (vgl. insb. act. 1 Rz. 48 ff., 63; act. 46 Rz. 33, 160). Ein Augenschein seitens des Gerichts wäre überdies kein taugliches Beweismittel, fehlt es dem Gericht doch naturgemäss an der zur Beurteilung der Echtheit von "Signaturen" notwendigen Sachkunde. Sodann vermöchte auch das Schreiben von P.\_\_\_\_\_ an die AI.\_\_\_\_\_ Galleries Inc. vom 16. Mai 2007 (act. 3/30; act. 1 Rz. 48) nicht zu beweisen, dass am rechten Rand angebrachte, vertikale "Signaturen" Fälschungen sind. Aus dem Schreiben geht nämlich nicht einmal hervor, welche Art und Weise der "Signatur" gemeint ist ("A.\_\_\_\_\_ never signed in this way"). Zudem ist der Beweiswert des Schreibens in der Nähe einer Parteibehauptung zu verorten.

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

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

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

- 79 - 5.6.5.2. Mangels eines durch Besitz oder Registereintrag begründeten Rechtscheins können gutgläubig keine Urheberrechte vom nicht oder nicht mehr Berechtigten erworben werden (BGE 117 II 463 E. 3). Das Urheberrecht wirkt absolut, d.h. gegenüber jedermann. Es bildet eine Schranke für die Ausübung der Eigentumsrechte (Art. 641 Abs. 1 ZGB). Urheberrechtliche Befugnisse beschränken die Verwendungsmöglichkeiten des sachenrechtlichen Inhabers eines Werkexemplars (HILTY, a.a.O., N. 22). Die Übertragung des Eigentums am Werkexemplar bewirkt nicht die Übertragung der Urheberrechte (Art. 16 Abs. 3 URG). Sachenrechtliche Argumente, welche nach Ansicht der Beklagten Urheberrechtsverletzungen entgegen stehen sollen, greifen daher nicht.

5.6.5.3. Im Übrigen greift auch im Sachenrecht die Vermutung des guten Glaubens bei der Übertragung einer bewegliche Sache zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht (Art. 933

ZGB) nur dann, wenn derjenige, der sich auf den guten Glauben beruft, den Nachweis dafür erbringt, den Umständen entsprechend aufmerksam gewesen zu sein (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Namentlich wenn konkrete Verdachtsgründe vorliegen sowie beim Handel mit Kunst- und mit Occasionsgegenständen trifft den Käufer die Obliegenheit abzuklären, ob der Verkäufer auch tatsächlich befugt ist, über die Sache zu verfügen (u.a. BGer Urteil 5A\_71/2022 vom 14. September 2022 E. 3.3.2). Vorliegend handelt es sich um Kunstgegenstände. In einem solchen Kontext würde das Vertrauen in eine andere Person, worauf sich die Beklagte 1 beruft (act. 55 Rz. 53 f., 58), ebenso wenig ausreichen wie das seitens der Beklagten 1 behauptete Abklären der Provenienz nach Beginn der Ausstellung aufgrund Kontaktaufnahme durch die Klägerin (act. 55 Rz. 40; vgl. GLAUS/STUDER, a.a.O., S. 130). Ebenso wenig würde ein Verweis auf T.\_\_\_\_\_ und die Schriftgutachten allein, womit sich die Beklagten 2 jedenfalls im vorliegenden Verfahren begnügt, als Provenienzabklärung ausreichen (vgl. act. 10 Rz. 34 ff.; act. 57 Rz. 121). 5.6.6.

Zwischenfazit

- 80 - Zusammengefasst ist festzuhalten, dass i. die Beklagte 1 durch das Anbieten zum Verkauf sowie die Teilnahme an der Ausleihe (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG) und durch das Zugänglichmachen auf der Website (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) sowie ii. die Beklagte 2 durch den Verkauf, die Einfuhr und die Ausleihe (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG) der streitgegenständlichen Fotoabzüge die Urheberrechte der Klägerin verletzt haben. Erschöpfung, sachenrechtliche Aspekte und guter Glaube stehen den Urheberrechtsverletzungen nicht entgegen. Hingegen liegen keine Verletzungen von Art. 11 Abs. 1 lit. a URG vor. 5.7. Einzelne Ansprüche / Rechtsbegehren 5.7.1. Rechtsbegehren 1 (Unterlassung und Beseitigung) 5.7.1.1. Parteistandpunkte 5.7.1.1.1. Die Klägerin verlangt mit Rechtsbegehren 1, dass den Beklagten zu verbieten sei, die streitgegenständlichen Fotoabzüge in die Schweiz einzuführen, von der Schweiz auszuführen, in der Schweiz auszustellen, anzubieten, zu verkaufen, anderweitig in Verkehr zu bringen oder zu diesem Zweck zu lagern oder bei einer dieser Handlungen mitzuwirken. Sie begründet das Rechtsbegehren damit, dass sie die Urheberrechtsverletzungen durch die Beklagten – welche teilweise noch immer andauerten – bewiesen habe (act. 1 Rz. 10, 77, 99). Die Beklagten hätten die Rechtsverletzung bestritten und es im Rahmen der Vergleichsverhandlungen abgelehnt, eine Erklärung der Klägerin entgegenzunehmen, in der sie ernsthafte Zweifel an der Echtheit der Fotoabzüge äussere und festhalte, dass die Fotoabzüge nicht verkauft werden dürften (act. 1 Rz. 77, 99). Da die Beklagten die Ansprüche der Klägerin auch im vorliegenden Verfahren bestreiten würden, bestehe eine erhebliche Wiederholungsgefahr (act. 46 Rz. 94 f., 100, 106, 115, 255, 290, 300 f.). Insbesondere, dass nicht nur die Beklagte 1, sondern auch die Beklagte 2 erneut versuchen werde, die streitgegenständlichen Fotoabzüge

- 81 - zu verkaufen (act. 1 Rz. 77). Die Beklagte 2 verwalte die Fotoabzüge und werde diese weiterhin verwenden, sofern sie nicht aus dem Verkehr gezogen würden (act. 46 Rz. 255). Zudem könne sie die Rechte der Klägerin auch dadurch weiterhin verletzen, dass sie die Fotoabzüge an andere Galerien für Ausstellungen liefere (act. 46 Rz. 290). 5.7.1.1.2. Beide Beklagten stellen neben Urheberrechtsverletzungen (siehe Ziffer 5.6) eine künftige Verletzungs-/Wiederholungsgefahr aus verschiedenen Gründen in Abrede (act. 55 Rz. 83, 109; act. 10 Rz. 150, 168 f.; act. 57 Rz. 63, 104, 203). Die Beklagte 1 führt aus, die Fotografien würden nicht zum Kauf angeboten (act. 13 Rz. Zu 98-102; act. 55 Rz. 100). Sie befänden sich im Zollfreilager J.\_\_\_\_\_. Deren Verkauf durch sie sei ausgeschlossen

(act. 55 Rz. 111). Zudem habe sie ihre Geschäftstätigkeit praktisch beendet (act. 55 Rz. 99). Die Beklagte 2 erklärt, es bestehe keine Gefahr, dass sie die streitgegenständlichen Fotoabzüge veräussere, sei sie doch nicht deren Eigentümerin (act. 10 Rz. 168). Sollte sie entgegen jeglicher Erwartungen tatsächlich insoweit unterliegen, als das Gericht auf eine Verletzung von Urheberrechten erkennen sollte, würde sie selbstverständlich den Urteilspruch beachten (act. 57 Rz. 203).

5.7.1.2. Rechtliches 5.7.1.2.1. Voraussetzung für ein Verbot einer drohenden Verletzungshandlung nach Art. 62 Abs. 1 lit. a URG (Unterlassung) ist ein besonderes Rechtsschutzinteresse, welches nur bei einer hinreichend realen, konkreten Gefährdung des Schutzrechts vorliegt. Indiz für eine Gefährdung kann die Tatsache sein, dass gleichartige Rechtsverletzungen in der Vergangenheit stattgefunden haben und eine Wiederholung zu befürchten ist (Wiederholungsgefahr) oder Verhaltensweisen des Anspruchsgegners oder konkrete Anhaltspunkte indizieren, dass erstmalige künftige Verletzungen unmittelbar drohen (Erstbegehungsgefahr) (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 62 N. 14 f.; EGLOFF/HEINZMANN, a.a.O., Art. 62 N. 6; BGE 128 III 96 E. 2e; 124 III 72 E. 2a). Die Wiederholungsgefahr darf regelmässig angenommen werden, wenn die Beklagte die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens bestreitet, ist doch dann zu vermuten, dass sie es im Vertrauen auf dessen Rechtmässigkeit weiterführen wird (BGE 128 III 96 E. 2e; OBERHAMMER, - 82 - a.a.O., Art. 84 N. 10 m.H.). Das trifft etwa zu, wenn die Verletzerin zwar im Hinblick auf den Prozess das beanstandete Verhalten eingestellt hat, in den Rechtsvorträgen aber nach wie vor ihr Verhalten als rechtmässig verteidigt (BGE 128 III 96 E. 2e). Die Verletzerin kann diese Vermutung widerlegen, indem sie Umstände dartut, die eine Wiederholung im konkreten Fall ausschliessen oder zumindest unwahrscheinlich erscheinen lassen (vgl. BGer Urteil 4C.28/2002 vom 6. Mai 2002 E. 5.1). So kann die Annahme einer Wiederholungsgefahr nach erfolgter Verletzung unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände bei einer Verzichts- und Unterwerfungserklärung ausgeschlossen werden, falls sie ohne Anerkennung einer Rechtspflicht bzw. trotz Bestreitung der Widerrechtlichkeit erfolgt und soweit sie bedingungslos und unzweideutig ist. Eine solche Erklärung ist formfrei möglich; auch ein gleich zu gewichtender Tatbeweis reicht (OGer ZH Entscheid LL100003 vom 20. Januar 2011, sic! 2011 S. 509 E. 2.1; vgl. HGer ZH, ZR 111 (2012) Nr. 62; BGer Urteil 4A\_109/2011 vom 21. Juli 2011 E. 6.2.2). Naturgemäss lässt sich künftiges Verhalten nie mit letzter Sicherheit beweisen, so dass es genügen muss, eine Vermutung darzutun (BGE 97 II 97 E. 5.b). In welcher Intensität eine Gefahr vorhanden sein muss, um einen Unterlassungsanspruch bejahen zu können, ist eine Rechtsfrage. Für die tatsächlichen Gegebenheiten, aus denen sich eine Gefahr der dargelegten Art ergeben soll, trägt die klagende Partei die Behauptungs-, (und im Bestreitungsfall) die Substantiierungs- und Beweislast (BGer Urteile 4A\_250/2018 vom 1. Oktober 2018 E. 3.2; 5A\_228/2009 vom 8. Juli 2009 E. 4.1).

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

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

- 83 - vorangehenden Massnahmeverfahren den Verkauf eingestellt hat und die streitgegenständlichen Fotoabzüge inzwischen im Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ eingelagert sind

(act. 45 in HE190419-O; act. 11 in HE200435-O), ist eine Wiederholungsgefahr anzunehmen. Die Beklagte 1 bestreitet die Widerrechtlichkeit ihres Verhaltens (act. 13 Rz. Zu 9, 11, 77, 98-102), weshalb zu vermuten ist, dass sie das gleiche, ihres Erachtens nicht widerrechtliche Verhalten wieder aufnehmen könnte. Die derzeitige Aufbewahrung im Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ schliesst eine zukünftige Wiederholung nicht aus, geschah diese doch allein wegen des Massnahmeverfahrens (siehe Ziffer B.a) und kommt der Beklagten 1 als mittelbare Besitzerin der streitgegenständlichen Fotoabzüge noch immer Verfügungsmacht (zumindest zusammen mit der Beklagten 2) zu (siehe Ziffer 5.5.2.7). Die fehlende Eigentümerschaft der Beklagten 1 schloss in der Vergangenheit die genannten Urheberrechtsverletzungen nicht aus; Entsprechendes gilt auch für die Zukunft. Verzicht- und Unterwerfungserklärungen wurden seitens der Beklagten 1 sodann keine abgegeben. Damit ist eine hinreichend konkrete Gefährdung der Urheberrechte der Klägerin (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG) durch Verkauf und potentiell konnexen Handlungen wie Anbieten und Ausfuhr sowie anderweitiges in Verkehr Bringen (z.B. Ausleihe) und einer Mitwirkung daran gegeben. Folglich ist ein Unterlassungsanspruch der Klägerin zu bejahen. Sodann dauert, wie in Ziffer 5.6.2.3.1 ausgeführt, das Zugänglichmachen von 21 der 23 streitgegenständlichen Fotoabzüge auf der Website der Beklagten 1 noch immer an, womit auch ein andauernder rechtsverletzender Zustand (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) vorliegt. Die Beklagte 1 hat weiterhin digitalen Zugriff auf die präsentierten Fotoabzüge, weshalb Urheberrechtsverletzungen auch zukünftig praktisch realisierbar sind. Sodann ist davon auszugehen, dass ihr auch die beiden verbleibenden Fotografien elektronisch vorliegen, stammen die Fotoabzüge gemäss Rechtsbegehren 1 doch unstrittig von einer anderen Website der Beklagten 1 (<[https://www.B.\\_\\_\\_\\_\\_.org/exhibition-A.\\_\\_\\_\\_\\_](https://www.B._____.org/exhibition-A._____)>, nicht mehr abrufbar) (act. 46 Rz. 6, vgl. act. 57 Rz. 66 und act. 55). Ein Andauern der Urheberrechtsverletzung ist auch zu bejahen bzw. droht eine konkrete künftige Gefährdung von Urheberrechten (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG), dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Bestreitens der Verletzung durch die Beklagte 1 und in Ermange-

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

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