

# ZH\_OBERGERICHT PP250004 vom 30. April 2025

ZH Obergericht, 2025-04-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PP250004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PP250004)

FR: ZH\_OBERGERICHT PP250004 du 30 avril 2025

IT: ZH\_OBERGERICHT PP250004 del 30 aprile 2025

## Erwägungen

### E. 1

Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Mit Eingabe vom 29. April 2022 (act. 6/2/1) machte die Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Winterthur (nachfolgend: Vorinstanz) im vereinfachten Verfahren – unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C.\_\_\_\_\_ sowie weiteren Unterlagen (act. 6/2/2-3) – eine Klage wegen unrechtmässiger Verwendung von Bildern des Fotomodells D.\_\_\_\_\_ durch die Beklagte und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) anhängig. Diese enthielt folgende Rechtsbegehren: "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 2'053.45 zuzüglich 5 % Zins seit 6. März 2022 sowie eine Umtriebsentschädigung von CHF 200.00 zu bezahlen.

#### E. 1.2

Die Vorinstanz führte das Verfahren (mit der Geschäfts-Nr. FV220023) durch (vgl. act. 5 E. I./1) und konnte keine Einigung zwischen den Parteien erzielen. Mit Urteil vom 13. Juli 2023 (act. 6/2/16) wies die Vorinstanz die Klage bezüglich obgenanntem Rechtsbegehren Ziffer 1 ab und trat bezüglich Rechtsbegehren Ziffer 2 auf die Klage nicht ein.

#### E. 1.3

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin bei der Kammer Beschwerde. Mit Urteil vom 28. November 2023 (act. 6/1 = act. 6/2/22; nachfolgend: Rückweisungsurteil) hob die Kammer das Urteil vom 13. Juli 2023 – bis auf den nicht angefochtenen Nichteintretensentscheid bezüglich Rechtsbegehren Ziffer 2 der Klage – auf, und wies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück. Die Regelung der Prozesskosten (Verlegung der zweitinstanzlichen Entscheidungsbüher von Fr. 460.–) behielt die Kammer der Vorinstanz vor (vgl. a.a.O. Dispositiv-Ziffern 1-5). Dieses Rückweisungsurteil blieb unangefochten.

- 3 -

#### E. 1.4

Nach erfolgter Rückweisung hiess die Vorinstanz das Protokollberichtigungsbegehren der Beschwerdeführerin vom 30. Dezember 2023 (act. 6/3) mit Verfügung vom 13. März 2024 (act. 6/5) in einem Punkt gut und wies dieses im Übrigen ab. Weiter stellte sie die unaufgefordert mit Eingabe vom 2. Juli 2024 (act. 6/9) von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen (act. 6/10/1-5) der Beschwerdegegnerin zur Kenntnisnahme zu (act. 6/11) und führte am 10. Juli 2024 eine Instruktionsverhandlung (Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht und Vergleichsgespräche) durch (vgl. Prot. Vi. S. 3 ff.).

### **E. 1.5**

Mit Urteil vom 16. Dezember 2024 (act. 6/19 = act. 3/1 = act. 5 [Aktenexemplar]) wies die Vorinstanz die Klage bezüglich Rechtsbegehren Ziffer 1 (Forderung über Fr. 2'053.45) erneut ab (a.a.O. Urteilsdispositiv-Ziffer 1), setzte die Entscheidegebühr auf Fr. 850.– fest (a.a.O. Urteilsdispositiv-Ziffer 2), auferlegte die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin, verrechnete diese mit dem von ihr geleisteten Vorschuss von Fr. 500.–, entschied, dass der Fehlbetrag von Fr. 350.– von der Beschwerdeführerin nachgefordert werde, und sprach der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zu (vgl. a.a.O. Urteilsdispositiv-Ziffern 3 und 5). Die mit Rückweisungsurteil vom 28. November 2023 für das (erste) Beschwerdeverfahren festgesetzte Entscheidegebühr von Fr. 460.– auferlegte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin und verrechnete diese mit dem von ihr im obergerichtlichen Verfahren geleisteten Vorschuss von Fr. 460.– (vgl. a.a.O. Urteilsdispositiv-Ziffer 4). Gleichzeitig merkte die Vorinstanz in der Verfügung vom 16. Dezember 2024 vor, dass Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils vom 13. Juli 2023 (Nichteintreten auf Rechtsbegehren Ziffer 2) mit dem Rückweisungsurteil (vgl. oben E. 1.3) nicht aufgehoben und damit rechtskräftig geworden sei (a.a.O. Verfügungsdispositiv-Ziffer 1). Zudem wies sie das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 14. November 2024 (act. 6/17) um Berichtigung des Protokolls ab (a.a.O. Verfügungsdispositiv-Ziffer 2).

### **E. 1.6**

Mit Eingabe vom 24. Januar 2025 (act. 2) erhebt die Beschwerdeführerin Beschwerde mit folgenden Anträgen: "1. Das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 16. Dezember 2024 (Geschäfts-Nr.: FV230048/U/ck) (Beilage 1) sei bezüglich Rechtsbegehren 1

- 4 - (Forderung über CHF 2'053.45, etc.) aufzuheben und die bisher angefallenen Entscheidegebühren seien zu korrigieren; 2. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin CHF 2'053.45 zuzüglich 5% Zins seit 6. März 2022 sowie eine symbolische Umtriebsentschädigung von CHF 200.00 zu bezahlen.

### **E. 1.7**

Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 6/1-20). Auf das Einholen einer Beschwerdeantwort kann verzichtet werden (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

### **E. 1.8**

Im Rahmen der Entscheidungsbegründung sind nur die wesentlichen Überlegungen darzulegen (vgl. BGE 142 III 433 E. 4.3.2 m.w.H.). Bei Unklarheiten entnimmt die Kammer der Beschwerdeschrift praxismässig das, was sie bei loyalen Verständnis daraus entnehmen kann. 2. Prozessuales

### **E. 2**

Die Beklagte sei anzuweisen, keine Bilder von Fotomodellen der Klägerin unerlaubt zu publizieren.

### **E. 2.1**

Am 1. Januar 2025 ist die revidierte Zivilprozessordnung in Kraft getreten. In übergangsrechtlicher Hinsicht sieht die Zivilprozessordnung vor, dass für Rechtsmittel jenes Recht gilt, das bei der Eröffnung des (angefochtenen) Entscheides in Kraft ist (Art.

405 Abs. 1 ZPO). Das angefochtene Urteil wurde der Beschwerdeführerin am 27. Dezember 2024 eröffnet (vgl. act. 6/20). Für das Beschwerdeverfahren gilt daher grundsätzlich die ZPO, wie sie vor der aktuellen Revision in Kraft war.

- 5 -

## **E. 2.2**

Erstinstanzliche Endentscheide sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten, wie hier, ist die Berufung jedoch nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Dies ist hier nicht der Fall; der Streitwert der Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin beträgt Fr. 2'053.45 (vgl. Art. 91 Abs. 1 ZPO; act. 5 E. IV./2). Deshalb ist einzig die Beschwerde zulässig.

## **E. 2.3**

Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich, dass die Beschwerde zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Die Beschwerdeinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist daher weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1).

## **E. 2.4**

Die Beschwerde wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist. 3. Materielles

## **E. 3**

Auf eine zweite Rückweisung an die Vorinstanz sei nach Möglichkeit zu verzichten bzw. die Sache sei direkt durch das Obergericht des Kantons Zürich abschliessend zu beurteilen;

### **E. 3.1**

Tragweite des Rückweisungsurteils (Bindungswirkung)

#### **E. 3.1.1**

Die Vorinstanz führte zur Tragweite des Rückweisungsurteils vorab aus, gemäss den darin enthaltenen, verbindlichen Erwägungen des Obergerichts fordere die Beschwerdeführerin mit ihrer Klage von der Beschwerdegegnerin die Herausgabe des objektiven Wertersatzes gemäss Art. 62 OR, also die Heraus-

- 6 - gabe jenen Betrages, den die Beschwerdegegnerin für die Einwilligung von D. \_\_\_\_\_ zur Verwendung der Bilder auf ihrer Homepage in der Zeit vom 1. März 2016 bis 30. Juni 2020 hätte bezahlen müssen (act. 5 E. III./1.1). Gemäss dem Rückweisungsurteil habe das Gericht in Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht (einzig) darauf hinzuwirken, dass die Beschwerdeführerin ihre Klage betreffend Umfang der Bereicherung ergänze, indem sie

ihre Behauptungen betreffend Anwendbarkeit des Tarifs "Upper", der Höhe des Tarifs und der Abgeltungsdauer genügend substantiierte und entsprechende Beweismittel dazu bezeichne (a.a.O. i.V.m. act. 6/1 E. 4.4.5.b ff.).

### **E. 3.1.2**

Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber im Wesentlichen geltend, das Obergericht habe in E. 4.2 im Rückweisungsurteil festgehalten, es gebe die Möglichkeit der Klage auf Herausgabe eines Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR). Gerade diesbezüglich hätte die Vorinstanz "tätig" werden sollen. Ungeachtet des obergerichtlichen Auftrags habe die Vorinstanz die "einschlägigen" Anspruchsgrundlagen aber nicht geprüft. Damit habe die Vorinstanz gegen Art. 57 ZPO (Rechtsanwendung von Amtes wegen) verstossen (vgl. act. 2 S. 4 f. lit. h und i). Wären ihre Ausführungen unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig gewesen, hätte die Vorinstanz ihre Fragepflicht (Art. 56 ZPO) ausüben müssen. Dies habe sie aber insbesondere in Bezug auf Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 419 ff. OR nicht getan (vgl. a.a.O. S. 5 f. lit. k). Die Vorinstanz habe es einmal mehr unterlassen, die Ansprüche des Fotomodells aus Persönlichkeitsverletzung als Geschäftsführung ohne Auftrag (anhand der diesbezüglich eingereichten Unterlagen) zu prüfen. Sie habe den Sachverhalt erneut unrichtig ermittelt und geltendes Recht "verworfen" (vgl. a.a.O. S. 12).

### **E. 3.1.3**

Zwar hatte die Kammer im Rückweisungsurteil in rechtlicher Hinsicht in Erwägung 4.2 erwogen, wenn der Geschäftsführer wie im vorliegenden Fall nicht mit Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn handle, liege eine (auch als Geschäftsanmassung bezeichnete) bösgläubige unechte Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 423 OR vor, bei welcher der Geschäftsherr bei gegebenen Voraussetzungen berechtigt sei, die sich aus der Führung seiner Geschäfte entsprin-

- 7 - genden Vorteile anzueignen (vgl. act. 6/1 E. 4.2). In der nachfolgenden Erwägung

### **E. 3.1.4**

Dass die untere Instanz, an welche die Sache zurückgewiesen wird, an die rechtlichen Erwägungen der oberen Instanz gebunden ist, ist laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung allgemein anerkannt. Dieser Grundsatz ergibt sich logisch aus der Hierarchie der Gerichte und ist im Falle der auf Berufung oder auf Beschwerde hin ausgesprochenen Rückweisung anwendbar. Wird – wie hier – eine Beschwerde erhoben gegen einen Entscheid, der infolge eines Rückweisungsentscheids erging, überprüft die Beschwerdeinstanz die Rechtsfragen nicht, die sie selbst in diesem Rückweisungsentscheid endgültig entschieden hat. Dieser Grundsatz ergibt sich aus dem Umstand, dass das höhere Gericht nicht Beschwerdeinstanz gegen seine eigenen Entscheide ist (vgl. BGE 140 III 466 E. 4.2.1 = Pra 104 [2015] Nr. 25 m.w.H.; ZK ZPO-FREIBURGHAUS/AFHELDT, 3. Aufl. 2016, Art. 327 N 13; BK ZPO-STERCHI, Bern 2012, Art. 327 N 11; STEINER, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPR Band/Nr. 31, Zürich 2019, § 12 N 650 f.). Die Vorinstanz war somit insbesondere an die Rechtsauffassung der Kammer gebunden, wonach die Beschwerdeführerin mit ihrer Klage – entgegen ihrer Ansicht (vgl. act. 2 S. 12) – keine Wertabschöpfung, sondern von der Beschwerdeführerin die Herausgabe des objektiven Wertersatzes gemäss Art. 62 OR verlange, mithin jenes Betrags, den die Beklagte für die Einwilligung von D. \_\_\_\_\_ zur Verwendung der Bilder auf der Homepage der Beklagten in der Zeit vom 1. März 2016 bis 30. Juni 2020 hätte bezahlen müssen.

Darauf hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerin bereits hingewiesen (vgl. act. 5 E. II./2.6; Prot. Vi. S. 3 ff.). Ge-

- 9 - mäss obergerichtlichem Auftrag hatte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin demnach (einzig) Gelegenheit zu geben, ihren Tatsachenvortrag zur oben beschriebenen, geltend gemachten Nutzungsentschädigung hinsichtlich der Anwendbarkeit des Tarifs Upper, der Höhe des Tarifs und der Abgeltungsdauer zu ergänzen bzw. mit geeigneten Fragen auf eine entsprechende Ergänzung ihres Tatsachenvortrags hinzuwirken (vgl. act. 6/1 E. 4.4.5.b i.V.m. E. 4.4.5.d). Der obergerichtliche Auftrag beinhaltete damit weder die Befragung der Beschwerdeführerin zu einem allfälligen Gewinn (der entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 419 ff. OR allenfalls hätte herausverlangt werden können) noch zu allfälligen anderen Ersparnisbereicherungspositionen als der geltend gemachten Nutzungsentschädigung (etwa zu Erstellungskosten für neue Bilder, vgl. act. 2 S. 10 lit. s). Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Beschwerdeführerin im ersten vorinstanzlichen Verfahren wie gesehen (vgl. oben E. 3.1.3) erklärt hatte, sie habe die von ihr eingeklagte Forderung von Fr. 2'053.45 berechnet, indem sie für einen Zeitraum von vier Jahren und vier Monaten, während der eine rechtswidrige Nutzung stattgefunden habe, den Tarif "Upper" von Fr. 440.– pro Jahr angesetzt habe, inkl. (recte: zzgl.) 7,7% Mehrwertsteuer, und hierzu explizit ausgeführt hatte, sie verlange "nur einen Ersatz für das, was jeder normale Benutzer dieses Bildes" hätte bezahlen müssen (vgl. Prot. Vi. S. 9 f. [FV220023]). Deshalb hatte die Vorinstanz von vornherein keine Veranlassung, die Beschwerdeführerin zu einem allfälligen Gewinn oder zu allfälligen anderen Ersparnisbereicherungspositionen als der geltend gemachten Nutzungsentschädigung zu befragen. Die gerichtliche Fragepflicht bezüglich Sachverhaltsangaben greift denn auch erst, wenn solche von den Parteien zumindest andeutungsweise in den Prozess eingebracht werden (vgl. DIKE ZPO-GLASL/GLASL, 3. Aufl. 2025, Art. 247 N 8). Es trifft zwar zu – wie die Beschwerdeführerin anmerkt (vgl. act. 2 S. 8 Fussnote 3) –, dass das Gericht den Parteien mit geeigneten Fragen in vereinfachten Verfahren wie dem vorliegenden "auf die Sprünge" zu helfen hat, damit die nötigen Angaben gemacht und die entsprechenden Beweismittel auch wirklich bezeichnet werden (vgl. Botschaft ZPO BBl 2006, S. 7221 ff., S. 7348). Dies bedeutet aber nicht, dass das Gericht durch seine Fragen den (entsprechenden) Sachvortrag der beweisbelasteten Partei ersetzen darf (vgl. zum Ganzen:

- 10 - OGer ZH PP180026 vom 15. Januar 2019 E. 3.3.2; PP180038 vom 11. März 2019 E. III./3.4.3.1; ZK ZPO-HAUCK, 3. Aufl. 2016, Art. 247 N 11; BSK ZPO-MA-ZAN, 3. Aufl. 2017, Art. 247 N 11 f.; DIKE ZPO-GLASL/GLASL, 3. Aufl. 2025, Art. 247 N 9 je m.w.H.). Wie im Rückweisungsurteil bereits festgehalten wurde (vgl. act. 6/1 E. 4.4.5.b und c), war es aufgrund des in diesem Verfahren geltenden Verhandlungsgrundsatzes grundsätzlich die Sache der Parteien, den Prozessstoff vorzutragen. Es war nicht an der Vorinstanz, den Sachverhalt zu "ermitteln" und sie durfte den Sachvortrag der Beschwerdeführerin zu einem allfälligen Gewinn oder zu allfälligen anderen Ersparnisbereicherungspositionen auch nicht ersetzen, indem sie die Beschwerdeführerin hierzu befragt. Die Beschwerdeführerin scheint in diesem Zusammenhang zudem zu übersehen, dass sie als Klägerin mit den erwähnten Ausführungen im ersten vorinstanzlichen Verfahren den Streitgegenstand bestimmt hatte, indem sie den Forderungsbetrag von Fr. 2'053.45 eingeklagt hat, welchem gemäss ihrer (damaligen) Darstellung der Tarif "Upper" von Fr. 440.– (pro Jahr) zugrunde liege (vgl. act. 2 S. 4 lit. e, S. 6 lit. m und S. 9 lit. r): Der in diesem Verfahren geltende Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO) besagt, dass die

Parteien über den Streitgegenstand bestimmen. Daraus folgt, dass das Gericht einer Partei nicht mehr oder anderes zusprechen darf, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat. Dabei ist das Gericht nicht nur an das Rechtsbegehren, sondern auch an den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt gebunden, da dieser zusammen mit dem Rechtsbegehren den Streitgegenstand bildet. Dementsprechend setzt die klagende Partei – hier die Beschwerdeführerin – mit ihren Rechtsbegehren und dem geltend gemachten Lebenssachverhalt die Grenzen, innerhalb derer sich die Gerichte bei der rechtlichen Beurteilung bewegen durften (vgl. zum Ganzen: BGE 149 III 268 E. 4.2 m.w.H.; BSK ZPO-MAZAN, 3. Aufl. 2017, Art. 247 N 4 und N 21 f.; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, 3. Aufl. 2021, Vor Art. 84-90 N 2). Daran änderte auch nichts, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde schriftlich gegen das (erste) Urteil der Vorinstanz vom 13. Juli 2023 (OGer ZH PP230036) in rechtlicher Hinsicht geltend gemacht hatte, die Verwendung von Bildern ohne Einwilligung des Modells stelle per se eine Geschäftsführung ohne Auftrag dar und die Vorinstanz hätte den Gewinn in analoger Anwendung von Art. 42

- 11 - Abs. 2 OR schätzen sollen, wenn sie einen solchen nicht im Rechnungsbetrag von Fr. 2'053.45 habe "erkennen" wollen (vgl. a.a.O. S. 7 unten und 8). Denn sie hatte – wie gesehen – explizit nur eine Nutzungsentschädigung nach Art. 62 OR verlangt und damit die Grenzen gesetzt, innerhalb derer sich die Gerichte bei der rechtlichen Beurteilung bewegen durften.

### **E. 3.1.5**

Nach dem Gesagten sind die diesbezüglichen Beanstandungen der Beschwerdeführerin unbegründet.

### **E. 3.2**

Novenrecht und Klageänderung nach Rückweisung

#### **E. 3.2.1**

Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Urteil weiter fest, nach der Rückweisung habe die Beschwerdeführerin ihren bisher eingeklagten Forderungsbeitrag neu anders geltend gemacht und mit Verweis auf ihre eingereichten Unterlagen erklärt, wegen der Persönlichkeitsverletzung sei ein Schadenersatz, eine Genugtuung und ein entgangener Gewinn im Sinne von Art. 423 OR zuzusprechen, der viel höher ausfalle, als ihre bisherige Forderung (act. 5 E. II./2.1 i.V.m. Prot. Vi. S. 4 ff.). Die Parteien hätten in der Hauptverhandlung bereits zwei Parteivorträge erstattet. Damit hätten sie die Tatsachen grundsätzlich abschliessend behauptet und Beweismittel dazu bezeichnet. Gemäss dem Rückweisungsurteil seien nicht etwa die Parteivorträge erneut zu erstatten, sondern das Gericht habe in Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht einzig darauf hinzuwirken, dass die Beschwerdeführerin ihre Klage betreffend Umfang der Bereicherung ergänze, indem sie ihre Behauptungen betreffend Anwendbarkeit des Tarifs "Upper", der Höhe des Tarifs und der Abgeltungsdauer genügend substantiiere und entsprechende Beweismittel dazu bezeichne (vgl. a.a.O. E. II./2.3 i.V.m. act. 2 und Prot. Vi. S. 6 ff.). In diesem Verfahrensstadium könne die Beschwerdeführerin keine Klageänderung mehr vornehmen und damit nicht mehr etwas anderes fordern, als sie bisher geltend gemacht habe (vgl. a.a.O. E. II./2.4 i.V.m. Prot. Vi. S. 3, 4, 6, 8 und 13 f.).

#### **E. 3.2.2**

Die Beschwerdeführerin hält dem im Wesentlichen entgegen, die Vorinstanz habe ihr nach der Rückweisung keine Gelegenheit gegeben, ihr Klagefundament überhaupt einmal vorzutragen, also detaillierte Behauptungen zur unge-

- 12 - rechtfertigten Bereicherung der Beschwerdegegnerin zu machen und entsprechende Beweismittel zu bezeichnen (vgl. act. 2 S. 6 lit. m). In der Instruktionshandlung hätte es um die Ersparnisbereicherung gehen müssen, welche die Beschwerdegegnerin widerrechtlich realisiert habe, indem diese keine Aufwendungen für ein hypothetisches Shooting zur Erstellung von Bild-Duplikaten mit einer Dauer von einem halben Tag gehabt habe (vgl. a.a.O. S. 10 lit. s i.V.m. act. 3/7). Sie habe der Vorinstanz insbesondere eine Kalkulation auf der Anspruchsgrundlage von Art. 28a ZGB, eine alternative Kalkulation auf der Anspruchsgrundlage von Art. 62 OR und eine Zusammenfassung der Bezifferung anhand des SBF-Leitfadens 2019 samt Details und dem Leitfaden eingereicht (vgl. a.a.O. S. 6 f. lit. m, S. 8 f. lit. n, S. 10 lit. t). Die Vorinstanz habe aber sämtliche diesbezüglichen Eingaben und Äusserungen von ihr als Noven angesehen (vgl. a.a.O. S. 7 lit. n), habe die von ihr im Einzelnen bezifferten Positionen zur Ersparnisbereicherung nach Art. 62 OR ohne weitere Begründung als prozessual nicht zulässig angesehen (vgl. a.a.O. S. 5 lit. i) und habe nur über den angeblich anwendbaren Modell-Tarif "diskutieren" wollen (vgl. a.a.O. S. 6 lit. m). Dabei habe sie (die Beschwerdeführerin) schon im vorgängigen Verfahren eine sog. Ersparnisbereicherung auf der Grundlage von Art. 28a Abs. 3 ZGB geltend gemacht, bei der es um die Vermeidung von Auslagen gehe, die sonst hätten getätigt werden müssen (vgl. a.a.O. S. 7 lit. n). Zudem habe sie entgegen der Vorinstanz den bisherigen Forderungsbetrag nicht als hinfällig bezeichnet, keinen neuen Forderungsbetrag beziffert und weder einen Schadenersatz noch eine Genugtuung noch einen entgangenen Gewinn gefordert (vgl. a.a.O. S. 10 lit. s). 3.2.3.1 Vorab ist festzuhalten, dass der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihr keine Möglichkeit gegeben, ihr Klagefundament vorzutragen bzw. detaillierte Behauptungen aufzustellen und entsprechende Beweismittel zu bezeichnen, unbegründet ist: Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin – in Nachachtung der Bindungswirkung des Rückweisungsurteils der Kammer – (mehrfach) aufgefordert, die von ihr (im ersten erstinstanzlichen Verfahren) geltend gemachte Nutzungsentschädigung (vgl. oben E. 3.1.4) hinsichtlich der Anwendbarkeit des Tarifs "Upper", der

- 13 - Höhe des Tarifs und der Abgeltungsdauer zu ergänzen. Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin unter anderem gefragt, weshalb ihrer Ansicht nach der Tarif von Fr. 440.– pro Jahr anzuwenden sei, ob darin Gebühren für das Shooting und das Nutzungsrecht enthalten seien, wie hoch die Forderung für das geltend gemachte Nutzungsrecht sei, wie sich diese zusammensetze und was das Recht am eigenen Bild von D.\_\_\_\_\_ während der Dauer von vier Jahren und vier Monaten für einen Wert habe (vgl. insb. Prot. VI. S. 4, 6, 8). Damit ist die Vorinstanz dem obergerichtlichen Auftrag im Rückweisungsurteil vollumfänglich nachgekommen. 3.2.3.2 Sinngemäss beanstandet die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe nach der Rückweisung Behauptungen und Beweismittel zu den erwähnten Erstellungskosten für neue Bilder nicht berücksichtigt. Es fragt sich somit, ob sie im zweiten vorinstanzlichen Verfahren unter dem Titel "ungerechtfertigte Bereicherung" als weitere Position auch noch Erstellungskosten für neue Bilder geltend machen durfte, nachdem sie im ersten vorinstanzlichen Verfahren unter dem Titel ungerechtfertigte Bereicherung einzig eine Nutzungsentschädigung behauptet und verlangt hatte (vgl. oben E. 3.1.3 f.): Eine Rückweisung kann zu unterschiedlichsten Zwecken erfolgen (z.B. auch zur

Wiederholung des gesamten Verfahrens). Daher muss sich die Zulässigkeit von sog. Noven und die Voraussetzungen, unter denen solche im wiederaufzunehmenden Verfahren nach der Rückweisung vorgebracht werden können, nach dem Stand richten, in welchem das Verfahren aufgrund der Aufhebung des angefochtenen Entscheids wiederaufzunehmen ist. Das erstinstanzliche Verfahren ist somit nach den für diesen Verfahrensstand geltenden Regeln weiterzuführen. Es ist deshalb grundsätzlich möglich, dass auch nach einer Rückweisung Noven vorgebracht werden können oder sogar noch eine Klageänderung erfolgen kann. Ist beispielsweise – so hier – der Sachverhalt in Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht zu ergänzen, müssen dadurch veranlasste (neue) Tatsachenbehauptungen der befragten Parteien sogar zulässig sein. Denn alles andere wäre mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht vereinbar (vgl. DIKE ZPO-GLASL/GLASL, 3. Aufl. 2025, Art. 56 N 27; OGer ZH LF200067 vom 11. März 2021 E. 4.6 m.w.H.). Noven und eine Klageänderung müssen sich jedoch im Rahmen des Rü-

- 14 - ckweisungsentscheids bewegen (vgl. zum Ganzen: ZPO-Rechtsmittel-HOFFMANN-NOWOTNY/STAUBER, Art. 327 N 16 i.V.m. Art. 318 N 22 m.w.H.; STEINER, a.a.O., § 12 N 649; MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZStV Band/Nr. 177, Zürich 2014, N 952 i.V.m. N 943; s.a. ZK ZPO-FREIBURGHAUS/AFHELDT, 3. Aufl. 2016, Art. 327 N 14). Hier war die Sache von der Kammer im ersten Beschwerdeverfahren (OGer ZH PP230036) an die Vorinstanz zurückgewiesen worden, damit diese im Rahmen ihrer verstärkten gerichtlichen Fragepflicht darauf hinwirkt, dass die Beschwerdeführerin die von ihr geltend gemachte Nutzungsentschädigung hinsichtlich der Anwendbarkeit des Tarifs Upper, der Höhe des Tarifs und der Abgeltungsdauer genauer substantiiert, und damit den Sachverhalt insoweit ergänzt, bevor sie neu entscheidet (vgl. oben E. 3.1.3). Die Behauptungen und Beweismittel der Beschwerdeführerin zu den erwähnten Erstellungskosten für neue Bilder gehen darüber hinaus und sind damit unzulässig. Dasselbe gilt für eine Gewinnherausgabe, welche die Beschwerdeführerin scheinbar ursprünglich hätte geltend machen wollen (vgl. act. 2 S. 12). Darauf hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerin bereits hingewiesen (vgl. Prot. Vi. S. 3 f., 4 f., 6, 8 und 13 f.). Diese Beanstandung der Beschwerdeführerin ist somit ebenfalls unbegründet.

### **E. 3.3**

#### **Klageabweisung**

##### **E. 3.3.1**

Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Urteil im Wesentlichen fest, die Beschwerdeführerin resp. deren Vertreter sei an der Verhandlung vom 10. Juli 2024 zur Anwendbarkeit des Tarifs "Upper", zur Höhe des Tarifs und der Abgeltungsdauer befragt worden (vgl. act. 5 E. III./2.2 i.V.m. Prot. Vi. S. 17 ff.). Auf wiederholte Nachfrage (Prot. Vi. S. 7 ff.) habe der Vertreter der Beschwerdeführerin zusammengefasst erklärt, es handle sich dabei um einen Schätzbetrag resp. um einen Betrag, der auf freundschaftlicher Basis bei Neuabschluss oder Verlängerung verlangt werde. Der Tarif "Upper" betrage Fr. 590.– (vgl. act. 5 E. III./4.2). Die Beschwerdeführerin habe sich damit bewusst mit der pauschalen Behauptung, der angewandte Tarif von Fr. 440.– sei ein üblicher Tarif, begnügt, und auf Nachfrage auch bewusst darauf verzichtet, für diese Behauptung Beweismittel einzureichen oder zu bezeichnen. Nachdem die Beschwerdegegnerin diese Entschädigung

- 15 - auch in der Verhandlung vom 10. Juli 2024 bestritten habe, hätte die Beschwerdeführerin substantiiert darlegen müssen, aus welchen Gründen die Beschwerdegegnerin für die Nutzung des Bildes von D.\_\_\_\_\_ eine Entschädigung von Fr. 440.– pro Jahr hätte bezahlen müssen. Darauf habe die Beschwerdeführerin verzichtet, obwohl sie vom Gericht – wie sie in ihrem Schreiben vom 14. November 2024 selber erwähne – wiederholt dazu aufgefordert worden sei (a.a.O. E. III./4.3). Zusammengefasst kam die Vorinstanz so zum Schluss, die Beschwerdeführerin habe nach wie vor nicht substantiiert dargelegt, weshalb sich der Betrag, den die Beschwerdegegnerin D.\_\_\_\_\_ für die Nutzungsberechtigung der Fotos während der Zeit vom 1. März 2016 bis 30. Juni 2020 hätte bezahlen müssen, nach ihrem Tarif bemessen, sich auf Fr. 440.– pro Jahr belaufen und insgesamt Fr. 2'053.45 betragen soll (vgl. a.a.O. E. III./4.4). Die Vorinstanz hielt weiter fest, selbst wenn eine Schätzung der Nutzungsentschädigung erfolgen könnte, wäre es Sache der Beschwerdeführerin gewesen, im Behauptungsverfahren alle ihr zugänglichen Umstände darzulegen, anhand derer das Gericht den Betrag allenfalls hätte abschätzen können. Die Beschwerdeführerin habe jedoch keine solchen Tatsachen oder Belege vorgebracht, auch nicht auf Frage des Gerichts in der Verhandlung vom 10. Juli 2024 (vgl. act. 5 E. III./4.5 mit Verweisen auf BGer 4A\_168/2023 E. 4.2 und Prot. S. 4 ff.).

### **E. 3.3.2**

Die Beschwerdeführerin hält dem im Wesentlichen entgegen, sie habe ihre Forderung bloss "übergangsweise" und "indikativ" beziffert und sei daran nicht gebunden (vgl. act. 2 S. 3 lit. b und S. 4 lit. e). Sie habe anhand der einzelnen bezifferten Positionen in der Kalkulation (vgl. act. 3/7 mit act. 6/10 = act. 6/13), welche sie der Vorinstanz eingereicht habe, dargelegt, dass ihre geltend gemachte Forderung nur etwa ein Fünftel der Ersparnisbereicherung betrage, welche sie "vom Wortlaut des Gesetzes her" hätte fordern können. Es sei unklar, weshalb ein Gericht den (den Kalkulationen) zugrundeliegenden Überlegungen nicht folgen und diese beispielsweise für eine eigene Schätzung benützen dürfe (vgl. act. 2 S. 10 lit. s).

### **E. 3.3.3**

Es scheint, als habe die Beschwerdeführerin nach der Rückweisung die Begründetheit ihrer geltend gemachten Forderung darlegen und deren Schätzung

- 16 - durch das Gericht zu ihren Gunsten beeinflussen wollen, indem sie vorträgt, dass namentlich die Erstellungskosten für neue Bilder und der (angeblich erzielte) Gewinn viel höher seien, als die von ihr eingeklagte Forderung (vgl. act. 2 S. 9 lit. p). Dabei hat sie übersehen, dass sie nicht diese Positionen, sondern die von ihr gestützt auf einen Tarif von Fr. 440.– pro Jahr berechnete Nutzungsentschädigung näher zu begründen und darzulegen gehabt hätte, wie sie auf diesen Betrag kommt. Dass sie dies laut Vorinstanz trotz wiederholter Nachfrage nicht gemacht habe, stellt sie nicht in Abrede. Auch bestreitet sie nicht, dass sie keine Tatsachen oder Belege vorgebracht habe, anhand derer die Vorinstanz den Betrag allenfalls hätte schätzen können. Sie bringt zwar vor, dass die Vorinstanz die von ihr eingereichten Beilagen (act. 6/10 = act. 6/13) mit der Zusammenfassung und den Details der Bezifferung anhand des SBF-Leitfadens zu Unrecht als Noven angesehen habe (vgl. act. 5 E. II./2.7; act. 2 S. 6 f. lit. m am Ende), und dass die Vorinstanz ihrer Ansicht nach die Nutzungsentschädigung hätte schätzen müssen (vgl. act. 2 S. 10 lit. s am Ende). Doch änderte dies nichts daran, dass die Voraussetzungen für eine Schätzung der Nutzungsentschädigung seitens der Vorinstanz insbesondere aus folgenden Gründen nicht

gegeben waren: Die Beschwerdeführerin führte vor Vorinstanz auf die entsprechenden Fragen hin weder aus, weshalb ihr Tarif von Fr. 440.– Anwendung finden soll, noch dass und inwiefern dieser einem Marktwert entsprechen soll. Auch konnte die Beschwerdeführerin auf entsprechende Frage hin keine Aktenstelle nennen, wo dieser Tarif dokumentiert gewesen wäre. Sie gab in ihrer Befragung zwar letztlich an, es handle sich nur um einen Schätzbetrag. Statt jedoch zu erläutern, auf welchen Parametern diese Schätzung beruht, stellte sie sich auf den Standpunkt, sie könne jeden beliebigen Betrag verlangen, den sie wolle (vgl. Prot. VI. S. 6 und 7 [FV230048]). Im Übrigen liessen sich die Parameter insbesondere auch der "Eingabe der Klägerin anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 10.07.2024 am Bezirksgericht Winterthur" (act. 6/13/7) nicht entnehmen, zumal für die Position "Verwendungshonorare für Archiv-/Stockbilder", welche am ehesten noch Anhaltspunkte für den Marktwert einer Nutzung bereits erstellter Bilder hätte liefern können, Fr. 0.– eingesetzt und dort auch lediglich auf Preisempfehlungen der Schweizerischen Arbeitsgemeinschaft der Bildagenturen und Archive (SAB) verwiesen

- 17 - wurde (vgl. act. 6/13/7 S. 6 ff.). Es wäre aber ohnehin nicht die Aufgabe der Vorinstanz (oder der Gegenseite) gewesen, aus diesen Beilagen die Sachdarstellung der Beschwerdeführerin zusammensuchen bzw. die Beilagen danach zu durchforsten, ob sich daraus etwas zu Gunsten der behauptungsbelasteten Beschwerdeführerin ableiten liesse (vgl. BGer 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5 m.w.H.). Liefert die beweisbelastete Person nicht alle im Hinblick auf die Schätzung notwendigen Angaben, ist eine der Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 OR nicht gegeben und die entsprechende Beweiserleichterung kommt nicht zum Zuge (vgl. BGE 144 III 155 E. 2.3). Es kann daher offen bleiben, ob Art. 42 Abs. 2 OR, welche die Schätzung eines nicht ziffernmässig nachweisbaren Schadens vorsieht, überhaupt (analog) auf die ungerechtfertigte Bereicherung anwendbar ist.

### **E. 3.4**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Damit bleibt es beim angefochtenen Urteil der Vorinstanz vom 16. Dezember 2024. 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 4**

Auf die Erhebung eines weiteren Kostenvorschusses sei vorliegend zu verzichten;

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin beantragt, der Kanton Zürich habe "nach Möglichkeit" einen Beitrag an die Kosten ihrer (ersten) Beschwerde vom 20. August 2023 (OGER ZH PP230036) zu leisten (vgl. act. 2 S. 2 Beschwerdeantrag Ziff. 5). Im Rückweisungsurteil vom 28. November 2023 wurde der Beschwerdeführerin für ihre Aufwendungen (inkl. Beschwerdeschrift) keine Parteientschädigung (im Sinne einer Umtriebsentschädigung nach Art. 95 Abs. 3 ZPO) zugesprochen. Das Rückweisungsurteil blieb unangefochten. Damit hat es sein Bewenden.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr für das vorinstanzliche Verfahren auf Fr. 850.– fest und auferlegte die Gerichtskosten vollumfänglich der Beschwerdeführerin (vgl. oben E. 1.5). Mit ihrem Beschwerdeantrag Ziff. 5 zielt die Beschwerdeführerin unter anderem darauf ab, diese ihr auferlegten Gerichtskosten teilweise auf den Kanton Zürich abzuwälzen, weil die Vorinstanz ihrer Ansicht nach einen Mehraufwand verursacht habe

(vgl. act. 2 S. 2). Da die Prozesskosten des ersten vorinstanzlichen Verfahrens mit dem Rückweisungsurteil vollumfänglich

- 18 - lich aufgehoben wurden (vgl. OGer ZH PP230036 S. 16 Dispositiv-Ziffer 1), stellen diese Gerichtskosten von vornherein keine Kosten für einen Mehraufwand dar, weshalb der Umstand der Rückweisung von vornherein eine solche Abwälzung nicht rechtfertigt.

#### **E. 4.3**

Für das Beschwerdeverfahren ist die Beschwerdeführerin kostenpflichtig, weil ihre Beschwerde abzuweisen ist (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebür ist auf Fr. 460.– festzusetzen (vgl. § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG) und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

#### **E. 4.4**

Umtriebs- oder Parteientschädigungen sind für das Beschwerdeverfahren keine zuzusprechen: der Beschwerdeführerin bereits deshalb nicht, weil sie mit ihrer Beschwerde unterliegt, und der Beschwerdegegnerin nicht, weil ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären. Mangels Zusprechung einer Entschädigung für das Beschwerdeverfahren erübrigen sich weitere Ausführungen zum Antrag der Beschwerdeführerin, der Kanton Zürich habe "nach Möglichkeit" einen Beitrag an die Kosten ihrer Beschwerde zu leisten (vgl. act. 2 S. 2 Beschwerdeantrag Ziff. 5).

- 19 - Es wird erkannt:

#### **E. 5**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. Auslagen und MWST zu Lasten der Beschwerdegegnerin, wobei bezüglich - der Beschwerde vom 20. August 2023 bzw. - der Instruktionsverhandlung vom 10. Juli 2024 sowie - der Beschwerde vom 25. Januar 2025 nach Möglichkeit der Kanton Zürich dazu beitragen müsse."

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