

**HOR.2011.22 / AS**

Art. 175

**Urteil vom 29. August 2012**

\_\_\_\_\_  
Besetzung      Oberrichter Dubs, Vizepräsident  
                    Ersatzrichter Boner  
                    Handelsrichter Friedli  
                    Gerichtsschreiber Schöb  
                    Gerichtsschreiber-Stv. Häfeli

\_\_\_\_\_  
Kläger            **X**

\_\_\_\_\_  
Beklagte        **Y. AG**

\_\_\_\_\_  
Gegenstand    Ordentliches Verfahren betreffend Forderung

---

## **Das Handelsgericht entnimmt den Akten:**

### **1.**

Der Kläger ist freischaffender Fotograf mit Wohnsitz in Z. Er war ab 1990 mehrere Jahre lang für die Beklagte tätig.

### **2.**

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Z. Sie hat alle Tätigkeiten im Medienbereich und in der Informationsvermittlung zum Zweck und verlegt unter anderem die wöchentlich erscheinende Publikumszeitschrift "XY".

### **3.**

In den XY-Ausgaben 10/1995 und 28/1997 wurden zwei vom Kläger für die XY gemachte Fotografien von N. abgedruckt (AB 38, 39).

### **4.**

#### **4.1.**

Anlässlich des Todes von N. kontaktierte M., Bildredaktor der Beklagten, den Kläger am 1. Juli 2010 via SMS und E-Mail und ersuchte um die Weitergabe eines Dias mit einem Foto von N. (RB 8, 9). In seiner E-Mail vom 1. Juli 2010 lehnte der Kläger die Anfrage ab (RB 10).

#### **4.2.**

Am 5. Juli 2010 erschien in der XY (XY-Ausgabe 27/2010) ein Bericht über N. illustriert mit den beiden Fotografien des Klägers (KB 5).

#### **4.3.**

Am 10. August 2010 überwies die Beklagte dem Kläger ein Honorar in Höhe von Fr. 600.00 (zzgl. Fr. 45.60 für MwSt.) für "2 Bilder N. XY 27" (AB 36).

### **5.**

In der Folge gelangte der Kläger an den Friedensrichter des Kreises Z. An der Vermittlungsverhandlung vom 18. Oktober 2010 konnte keine Einigung erzielt werden (KB 6).

### **6.**

Am 16. Januar 2011 reichte der Kläger beim Bezirksgericht Z. Klage gestützt auf Urheberrecht ein und stellte die folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

Die Beklagte sei zur Zahlung von CHF 23'000.-- zu verpflichten, zuzüglich Zins von 5% seit dem 15.08.2010.

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Zur Begründung führte der Kläger im Wesentlichen aus, die Fotos von N. seien durch die Beklagte ohne seine Zustimmung verwendet worden. Dadurch sei ihm ein Schaden entstanden, der ihm zu ersetzen sei.

**7.**

Mit Klageantwort vom 21. März 2011 stellte die Beklagte die folgenden Rechtsbegehren:

" Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen,

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWSt.) zu Lasten des Klägers."

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, das Bezirksgericht sei sachlich unzuständig. Ob eine Einlassung bei sachlicher Unzuständigkeit möglich sei, habe das angerufene Gericht zu entscheiden. Der wiederholte Abdruck der beiden Bilder sei rechtens gewesen. Die Beklagte habe hierfür dem Kläger ein Archivbildhonorar bezahlt.

**8.**

Nachdem das angerufene Gericht mit Verfügung vom 29. April 2011 die Frage der sachlichen Zuständigkeit aufgeworfen hatte, ersuchte der Kläger mit Eingabe vom 14. Juni 2011 um Überweisung des Prozesses an das Handelsgericht des Kantons Aargau. Nach Durchführung des Meinungsaustauschs i.S.v. § 176 Abs. 2 ZPO AG erachtete sich das Handelsgericht für die Beurteilung der Streitsache als zuständig.

**9.**

Mit Replik vom 18. August 2011 änderte der Kläger seine Rechtsbegehren wie folgt:

" 1.

Die Beklagte sei zu verpflichten, innert einer gerichtlich festgesetzten Frist sämtliche noch existierenden Werkexemplare der "XY" Nr. 27 vom 05. Juli 2010 zu vernichten.

2.

Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger den durch die Urheberrechtsverletzung entstandenen Schaden in gerichtlich festzusetzender Höhe zu ersetzen, zuzüglich Zins zu 5 % seit wann rechtens.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

**10.**

Mit Eingabe vom 5. September 2011 teilte der Kläger dem Handelsgericht mit, dass sich der Höchstbetrag im Sinne von § 168 Abs. 2 ZPO AG auf Fr. 23'000.00 belaufe.

**11.**

Mit Duplik vom 28. September 2011 hielt die Beklagte an ihren gestellten Rechtsbegehren fest.

**12.**

Am 29. Februar 2012 fand eine Instruktionsverhandlung statt, anlässlich welcher die Zeugen M. und N. einvernommen und die Parteien befragt wurden. Zudem reichte der Kläger weitere Unterlagen zu den Akten. Die anschliessende Vermittlungsverhandlung verlief ergebnislos.

**13.**

Am 10. März 2012 reichte der Kläger eine Noveneingabe zu den Akten.

**14.**

Mit Eingabe vom 18. April 2012 nahm die Beklagte zur Noveneingabe des Klägers Stellung.

**18.**

Mit Verfügung vom 20. Juni 2012 wurde die Streitsache an das Handelsgericht überwiesen.

**19.**

Am 29. August 2012 fand eine Hauptverhandlung statt, anlässlich welcher sich die Parteien zum Beweisergebnis und zur Rechtslage äussern konnten. Im Rahmen seines Vortrags änderte der Kläger sein Rechtsbegehren-Ziffer 2 und begründete seine Noveneingaben. Die Beklagte nahm dazu im Rahmen ihres Vortrags Stellung. Im Anschluss an die Hauptverhandlung fällte das Handelsgericht das Urteil.

---

**Das Handelsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

Am 1. Januar 2011 ist die schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Sie ersetzt die bisherige Zivilprozessordnung des Kantons Aargau (ZPO AG). Gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 404 Abs. 1 ZPO werden die bei Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung bereits hängigen Verfahren nach bisherigem Verfahrensrecht zu Ende geführt.

Ob sich die Frage der Rechtshängigkeit nach altem kantonalen oder neuem eidgenössischen Prozessrecht beurteilt, ist in der Lehre umstritten (für die Anwendung kantonalen Zivilprozessrechts: SUTER-SOMM/SEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich et. al 2010, Art. 404 N. 8; SCHWANDER, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 404 N. 27; für die Anwendung eidgenössischen Zivilprozessrechts: BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 404 N. 8). Im Falle des Kantons Aargau kann die Frage aber offen gelassen werden, da sowohl nach kantonalen als auch nach eidgenössischer Zivilprozessordnung ein Streitgegenstand mit der Einreichung des Gesuchs auf Einleitung des Vermittlungsverfahrens (§ 140 Abs. 1 ZPO AG) bzw. der Einreichung eines Schlichtungsgesuchs (Art. 62 Abs. 1 ZPO) rechtshängig wird. Ein Schlichtungsverfahren ist nicht als Instanz i.S.v. Art. 404 Abs. 1 ZPO zu qualifizieren, sofern die Behörde nicht verbindlich entscheidet, sondern lediglich feststellt, dass keine Einigung zustande gekommen ist (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 404 N 11; a.M. SUTER-SOMM/SEILER, a.a.O., Art. 404 N. 9, wonach die Schlichtungsbehörde eine eigene "Instanz" darstelle).

Vorliegend gelangte der Kläger am 6. September 2010 an den Friedensrichter des Kreises Z. (KB 6). Anlässlich der Vermittlungsverhandlung vom 18. Oktober 2010 konnte keine Einigung erzielt werden, weshalb das Verfahren nicht zu einem Abschluss i.S.v. Art. 404 Abs. 1 ZPO gebracht worden ist. Da innerhalb von drei Monaten nach Zustellung des Weisungsscheins beim Bezirksgericht Z. Klage erhoben wurde (§ 150 ZPO AG), gelangen die Vorschriften der ZPO AG für das vorliegende Verfahren zur Anwendung.

## **2.**

### **2.1.**

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem neuen Recht (Art. 404 Abs. 2 ZPO CH). Soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht, ist für Klagen gegen eine juristische Person das Gericht an deren Sitz zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO CH). Der Kläger macht eine Verletzung seiner Urheberrechte geltend. Die Verletzung von Immaterialgüterrechten gilt als unerlaubte Handlung i.S.v. Art. 36 ZPO CH (HILTY, Urheberrecht, Bern 2011, § 32 N. 409). Art. 36 ZPO CH stellt der geschädigten Partei vier Gerichtsstände zur Verfügung: den Sitz oder Wohnsitz der beklagten Partei, den Handlungsort, den Erfolgsort oder den eigenen Sitz oder Wohnsitz. Die geschädigte Partei hat die freie Wahl, wo sie die Klage einreichen möchte (BSK ZPO-HEMPEL, Art. 36 N. 18). Vorliegend reichte der Kläger seine Klage am Sitz der Beklagten in Z. im Kanton Aargau ein. Folglich ist die örtliche Zuständigkeit der aargauischen Gerichte gestützt auf Art. 36 ZPO CH i.V.m. Art. 404 Abs. 2 ZPO CH gegeben.

## **2.2.**

Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts für die Beurteilung der urheberrechtlichen Streitigkeit ergibt sich aus § 404 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 ZPO AG. Folglich ist das Handelsgericht des Kantons Aargau für die Beurteilung der Streitsache örtlich und sachlich zuständig.

## **2.3.**

Das Handelsgericht setzt sich in Streitsachen, in denen der Streitwert die für die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht vorgeschriebene Höhe nicht erreicht, aus dem Präsidenten, dem Vizepräsidenten und einem Handelsrichter zusammen (§ 402 Abs. 2 ZPO AG). Gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ist die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert Fr. 30'000.00 übersteigt. In der Klage vom 16. Januar 2011, welche den Streitwert bestimmt (§ 16 ZPO AG), wurde die geforderte Geldleistung auf Fr. 23'000.00 festgesetzt (§ 168 Abs. 1 ZPO AG; § 18 Abs. 2 ZPO AG). Folglich wird der Streitwert für die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht nicht erreicht und die Streitsache ist in Dreierbesetzung zu entscheiden.

## **3.**

Indem der Kläger in der Replik vom 18. August 2011 und im Vortrag vom 29. August 2012 seine in der Klage vom 16. Januar 2011 gestellten Rechtsbegehren abänderte (act. 052 ff., 168 ff.), liegt eine zweimalige Klageänderung vor. Die Beklagte bestreitet deren Zulässigkeit (act. 067 ff., 184 f.).

### **3.1.**

Gemäss § 185 Abs. 1 ZPO AG können die mit der Klage gestellten Begehren im Rahmen der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts in der Weise geändert werden, dass gestützt auf den gleichen Sachverhalt mehr oder anders verlangt wird. Auf den gleichen Sachverhalt stützt sich eine abgeänderte Klage, wenn aus dem gleichen Lebensvorgang ein anderer Anspruch gestellt wird (EDELHANN, in: Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau 1998, § 185 N. 7). Eine Klageänderung ist in jedem Stadium des Verfahrens zulässig. Jedoch sind bezüglich neuer Tatsachen zur Begründung der Klageänderung die Schranken des Novenrechts zu beachten (EDELHANN, in: Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., § 185 N. 14).

### **3.2.**

Der Klage vom 16. Januar 2011 wie auch den in der Replik vom 18. August 2011 gestellten Rechtsbegehren liegt derselbe Lebensvorgang zu Grunde. Die Beklagte verwendete gegen den Willen des Klägers zwei Fotografien von N. und druckte sie in der XY vom 5. Juli 2010 ab. Diese Klageänderung stützt sich im Wesentlichen auf den bereits in der Klage vor-

gebrachten Sachverhalt. Dass der Kläger in der Replik vom 18. August 2011 andere Rechtsbegehren (Vernichtung von Werkexemplaren, unbefizferten Schadenersatz) stellte, ist nicht zu beanstanden, lässt doch § 185 Abs. 1 ZPO AG ausdrücklich zu, mehr oder *anderes* zu verlangen. Da die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts erhalten blieb, ist diese Klageänderung als zulässig zu betrachten.

### **3.3.**

Mit Vortrag vom 29. August 2012 änderte der Kläger zusätzlich das in der Replik vom 18. August 2011 gestellte Rechtsbegehren-Ziffer 2, indem er die Schadensfestsetzung nicht mehr in das richterliche Ermessen stellte, sondern den Betrag von maximal Fr. 23'000.00 verlangte. Auch diese Klageänderung stützt sich auf den gleichen Lebensvorgang, wahrt die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts und ist im Rahmen der Hauptverhandlung als zulässig zu betrachten.

### **4.**

Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 29. Februar 2012 gab der Kläger einen Vertrag zwischen der Beklagten und einem Fotografen (Name geschwärzt) vom 13. Dezember 1996 zu den Akten (Protokoll der IV vom 29. Februar 2012, Protokollnotiz, S. 14 [act. 105]). Mit Eingabe vom 10. März 2012 reichte er dem Gericht weitere Beweismittel ein (Beilagen B15 - B38). Zur Begründung führte er aus, es fänden sich bei den eingereichten Urkunden Beweismittel, von denen er keine Kenntnis gehabt habe. Zudem würdigte er die anlässlich der Instruktionsverhandlung gemachten Zeugenaussagen. An der Hauptverhandlung vom 29. August 2012 erhob er dazu weitere Behauptungen.

Die Beklagte beantragte in ihrer Stellungnahme vom 18. April 2012, die Eingabe bzw. die Beilagen seien aus dem Recht zu weisen, da der Schriftenwechsel abgeschlossen sei. Anlässlich der Hauptverhandlung hielt sie daran fest.

### **4.1.**

Für den Prozess vor Handelsgericht sind kraft des Verweises in § 353 ZPO AG für die Berücksichtigung allfälliger Noven die §§ 183 f. ZPO AG massgebend (BÜHLER, Das Novenrecht im neuen aargauischen Zivilprozessrecht, Zürich 1986, S. 9 ff.). Gegenstand des erstinstanzlichen Novenrechts bilden namentlich Tatsachenbehauptungen, Beweismittel und Beweisanträge (BÜHLER, Novenrecht, a.a.O., S. 15). Die Duplik markiert das Ende des Behauptungsverfahrens, worin alle Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen sind (§ 183 ZPO AG). Nach dessen Abschluss können gemäss § 184 Abs. 1 ZPO AG neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur noch in den Prozess eingeführt werden, wenn die Verspätung als entschuldbar erscheint.

Mit dem Begriff der Entschuldbarkeit schliesst das Gesetz das Novenrecht aus, wenn die Verspätung auf Absicht oder Fahrlässigkeit beruht (BÜHLER, Novenrecht, a.a.O., S. 25). Die Entschuldbarkeit kann auf objektiven oder subjektiven Gründen beruhen (EDELDMANN, in: Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., § 184 N. 9). Objektive Unmöglichkeit ist dann anzunehmen, wenn Angriffs- und Verteidigungsmittel sich erst nach Abschluss des Behauptungsverfahrens verwirklichen oder entdeckt werden, und diese erst nachträgliche Kenntnis nicht auf Nachlässigkeit der Partei oder ihres Vertreters zurückzuführen ist (BÜHLER, Novenrecht, a.a.O., S. 30). An die Entschuldbarkeit sind im Interesse eines inhaltlich gerechten Urteils keine überspannten Anforderungen zu stellen (BÜHLER, Novenrecht, a.a.O., S. 25 f.).

Zur Einbringung von Noven in einen Prozess ist ein Novengesuch erforderlich (BÜHLER, Novenrecht, a.a.O., S. 64 f.). Dieses hat sowohl die neuen Tatsachen und Beweismittel als auch den Verspätungsgrund zu substantiieren (BÜHLER, Novenrecht, a.a.O., S. 66 f.). Über das Novengesuch entscheidet das für den Endentscheid zuständige Gericht (EDELDMANN, in: Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., § 184 N. 12).

#### **4.2.**

Die Beweismittel, die vom Kläger anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 29. Februar 2012 und mit Eingabe vom 10. März 2012 eingebracht wurden, wurden nach Abschluss des Behauptungsverfahrens zu den Akten gereicht. Damit sind sie nur zu berücksichtigen, falls die Verspätung als entschuldbar erscheint (§ 184 Abs. 1 ZPO AG). Soweit sich der Kläger auf die schweizerische Zivilprozessordnung (insb. Art. 226 ZPO) beruft, ist diese vorliegend nicht anwendbar (vgl. dazu: E. 1).

Der Kläger begründete weder anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 29. Februar 2012 noch mit Eingabe vom 10. März 2012, weshalb die Vielzahl von Beweismitteln erst nach Abschluss des Behauptungsverfahrens vorgebracht wurde. Er nahm lediglich auf den Vertrag von R. und den E-Mail-Verkehr betreffend Preisgestaltung Bezug, ohne näher auszuführen, weshalb er von diesen Beweismitteln vorgängig keine Kenntnis hatte. Der Kläger - im damaligen Zeitpunkt noch anwaltlich vertreten - führt folglich den Verspätungsgrund ungenügend aus. Demnach sind die eingereichten Noven nicht zu berücksichtigen. Soweit der Kläger an der Hauptverhandlung vom 29. August 2012 weitere Verspätungsgründe vorbrachte, ist zu beachten, dass diese Ausführungen ihrerseits verspätet - mehr als fünf Monate nach Einreichung der entsprechenden Beweismittel - erfolgten und somit nicht zu hören sind.

Selbst wenn man die Substantiierung des Novengesuchs genügen lassen würde, so müsste dieses abgewiesen werden. Es wäre dem Kläger ohne weiteres zumutbar gewesen, die eingereichten Beweismittel während des



Behauptungsverfahrens beizubringen. Dass der Kläger bzw. sein Rechtsvertreter an der verspäteten Beibringung schuldlos gewesen wäre, ist nicht erstellt. Hinzu kommt, dass mit der Vielzahl von eingereichten Beweismitteln keine genügenden Behauptungen verbunden oder verspätet erhoben wurden. Da es nicht Aufgabe des Gerichts ist, aus verschiedenen Urkunden den geltend gemachten Sachverhalt zu ermitteln, hätten die eingereichten Beweismittel ohnehin unberücksichtigt zu bleiben.

#### **4.3.**

Nach dem Gesagten ist das Novengesuch abzuweisen, weshalb die verspätet eingereichten Beweismittel (Vertrag zwischen der Beklagten und einem Fotografen [Name geschwärzt] vom 13. Dezember 1996 sowie Beilagen B15 - B38) nicht zu berücksichtigen sind. Dahingegen sind die Ausführungen des Klägers in der Eingabe vom 10. März 2012 zur Beweiswürdigung nicht dem Novenrecht unterworfen (vgl. § 412 Abs. 3 ZPO AG; EDELMANN, in: Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., § 183 N. 7).

#### **5.**

An der Hauptverhandlung vom 29. August 2012 erhob der Kläger weitere neue Behauptungen. Da den Parteien nach Abschluss des Schriftenswechsels an der Hauptverhandlung lediglich ein Vortrag für Rechtserörterungen und für die Beweiswürdigung zusteht (§ 412 Abs. 3 ZPO AG), sind diese zusätzlichen Vorbringen im Rahmen des Vortrags nicht zu hören, soweit sie sich nicht auf die Beweiswürdigung oder rechtliche Erörterungen beziehen.

#### **6.**

Der Kläger macht eine Urheberrechtsverletzung geltend und verlangt u.a. Schadenersatz in gerichtlich festzusetzender Höhe bzw. in der Höhe von maximal Fr. 23'000.00. Die Beklagte beantragt die Abweisung des klägerischen Begehrens und bringt vor, der Kläger sei bereits bei der Erstpublikation der Bilder honoriert worden. Ausserdem sei dem Kläger 2010 ein Archivbildhonorar ausbezahlt worden.

Vor dem Hintergrund urheberrechtlicher Bestimmungen ist zu prüfen, ob die klägerische Forderung begründet ist.

#### **6.1.**

Das Urheberrechtsgesetz regelt u.a. den Schutz der Urheber von Werken der Literatur und Kunst (Art. 1 Abs. 1 lit. a URG). Werke sind - unabhängig von ihrem Wert oder Zweck - geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben (Art. 2 Abs. 1 URG). Darunter fallen insbesondere fotografische, filmische und andere visuelle oder audiovisuelle Werke (Art. 2 Abs. 2 lit. g URG).

## **6.2.**

Der Urheber ist gemäss Art. 6 URG die natürliche Person, die das Werk geschaffen hat. Der Urheber hat gestützt auf Art. 9 Abs. 1 URG das ausschliessliche Recht am eigenen Werk und das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft. So steht ihm ein Erstveröffentlichungsrecht zu (Art. 9 Abs. 2 URG). Art. 10 URG umschreibt sodann vermögensrechtliche Aspekte des Rechts am eigenen Werk. Nach Abs. 1 darf der Urheber bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet werden soll. Schranken des Urheberrechtsschutzes ergeben sich aus den Art. 19 ff. URG.

## **6.3.**

Sämtliche dem Rechteinhaber vorbehaltenen Verwendungsformen des Werks führen im Fall unautorisierter Handlungen Dritter zu zivilrechtlichen Abwehrmöglichkeiten (Art. 61 ff. URG). So stehen dem Rechteinhaber die Bestandesklage, die Verletzungsklage sowie vertragliche Klagen zur Verfügung. Verletzungsklagen umfassen die Unterlassungsklage, die Beseitigungsklage, die Klage auf Auskunftserteilung sowie Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe (HILTY, a.a.O., § 32 N. 394 ff.). Eine besondere Form der Beseitigungsklage bildet Art. 63 URG, wonach der Zivilrichter die Einziehung, Verwertung oder Vernichtung widerrechtlich hergestellter Gegenstände anordnen kann. Im Rahmen der Verletzungsklage besteht die Möglichkeit auf Schadenersatz und - bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen - auf Genugtuung zu klagen (Art. 62 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 41 Abs. 1 OR bzw. Art. 49 Abs. 1 OR; MÜLLER, in: Müller/Oertli, Urheberrechtsgesetz [URG], Bern 2006, Art. 62 N. 6).

## **7.**

Zur Geltendmachung von Schadenersatz legitimiert ist der Inhaber von Urheberrechten; passivlegitimiert sind natürliche und juristische Personen, welche die Urheberrechtsverletzung verursachen.

### **7.1.**

Als Erstes ist mit Blick auf Bild 1 zu prüfen, ob der Kläger Träger von Urheberrechten ist. Um dies zu bejahen, müsste es sich bei Bild 1 um ein Werk i.S.v. Art. 2 URG handeln.

#### **7.1.1.**

Ein geschütztes Werk ist eine Schöpfung der Literatur oder Kunst mit einem individuellen Charakter (CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, a.a.O., Art. 2 N. 1). Fotografische Werke sind in Art. 2 Abs. 2 lit. g URG aufgeführt. In BGE 130 III 168 (Bob Marley) hielt das Bundesgericht fest, massgebend für das Zusprechen der Werkeigenschaft sei das erzielte Ergebnis, das für sich selbst der Anforderung gerecht werden muss, Ausdruck einer Gedankenäusserung mit individuellem Charakter zu sein (E. 5.1). Somit ist nicht jede banale Fotografie urheberrechtlich geschützt (VON BÜREN/

MEER, in: SIWR II/1, 2. Aufl., S. 120; CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, a.a.O., Art. 2 N. 58).

Pressefotos kommt dann urheberrechtlicher Schutz zu, wenn das zu fotografierende Objekt nicht bloss abgelichtet, sondern in einmaliger Weise vom Fotografen gestaltet wird. In BGE 130 III 714 (Christoph Meili) hat das Bundesgericht einer journalistischen Aufnahme von Wachmann Meili samt Folianten den urheberrechtlichen Werkcharakter abgesprochen. Der Schutz hänge davon ab, dass die Wahl des Objekts als Gestaltungselement dazu verwendet wird, der Fotografie individuellen Charakter zu verleihen, unabhängig davon, ob das abgebildete Objekt als historisch einmalig angesehen werden kann (E. 2.3). Das Bundesgericht kommt zum Schluss, die Fotografin habe den an sich bestehenden Gestaltungsspielraum beim Fotografieren von Meili weder in fototechnischer noch in konzeptioneller Hinsicht ausgenutzt, sondern die Fotografie so gestaltet, dass sie sich vom allgemein Üblichen nicht abhebt (E. 2.3).

#### **7.1.2.**

Bild 1 ist eine Fotografie von N., der aus dem Fenster seiner Suite im 28. Stock des Hotels UN Plaza lehnt. Er macht mit dem Zeige- und Mittelfinger seiner rechten Hand das Victory-Zeichen; eine Geste, die im Hotelfenster gespiegelt wird. Im Hintergrund sind Gebäudekomplexe der Vereinten Nationen in New York zu sehen. Das UN Hauptquartier ist in der Mitte des Bildes abgelichtet und wird rechts vom Ausschnitt des Hotels UN Plaza, aus dem N.'s Kopf und rechter Arm herauschaut sowie links von einem UN-Hochhaus umrandet (KB 5).

Bild 1 stellt ein Werk i.S.v. Art. 2 Abs. 2 lit. g URG dar. Die Anordnung der einzelnen Bildkomponenten und der Rahmen, den sie im Verhältnis zueinander bilden, ebenso wie die Verteilung von Licht und Schatten tragen zur individuellen Gestaltung der Fotografie bei. Die Schutzvoraussetzung des Wirkens eines menschlichen Gestaltungswillens ist erkennbar. Dieser manifestiert sich in der Wahl des Bildausschnitts und dem Zeitpunkt des Auslösens der Bildaufnahme während N. eine bestimmte Geste macht. Diese Geste - das Victory-Zeichen - wird in der Hotelfassade gespiegelt, was dem Bild einen besonderen optischen Effekt verleiht. Aus diesen Gründen ist die vom Kläger aufgenommene Fotografie als urheberrechtlich geschütztes Werk - als geistige Schöpfung der Kunst mit individuellem Charakter i.S.v. Art. 2 URG - zu qualifizieren (vgl. BGE 130 III 168, E. 5.2).

#### **7.2.**

Die Haftungsvoraussetzungen nach Art. 62 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 41 Abs. 1 OR sind Schaden, Widerrechtlichkeit des Verhaltens des Schädigers, Kausalzusammenhang zwischen widerrechtlichem Verhalten und

Schaden sowie ein Verschulden. Im Folgenden sind diese Voraussetzungen bezüglich Bild 1 zu prüfen.

#### **7.2.1.**

Als Schaden gilt in diesem Zusammenhang die auf eine Urheberrechtsverletzung zurückzuführende Einbusse des Vermögens im Sinne einer Verminderung der Aktiven bzw. Vermehrung der Passiven oder eines entgangenen Gewinns (MÜLLER, in: Müller/Oertli, a.a.O., Art. 62 N. 9).

#### **7.2.2.**

Gemäss § 75 Abs. 1 ZPO AG haben die Parteien dem Richter die Tatsachen, auf die sie ihre Rechtsbegehren stützen, darzulegen und ihre Beweismittel anzugeben. Die Behauptungslast bestimmt, zuungunsten welcher Partei zu entscheiden ist, wenn rechtserhebliche Tatsachen nicht behauptet worden sind. Die Behauptungen haben genügend substantiiert zu erfolgen. Ungenügend substantiierte Behauptungen führen zu denselben prozessualen Folgen wie nicht bewiesene (BÜHLER, in: Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., § 75 N. 4). Unter der Substantiierungslast wird das Erfordernis verstanden, Tatsachenbehauptungen so in Einzeltatsachen aufzugliedern, dass darüber Beweis abgenommen werden kann und die Rechtsanwendung möglich wird (BÜHLER, in: Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., § 75 N. 7). Wie weit die anspruchsbegründenden Tatsachen dabei inhaltlich zu substantiieren sind, damit sie unter die massgeblichen Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden können, ergibt sich aus dem materiellen Bundesrecht. Die jeweiligen Anforderungen hängen einerseits von den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei ab. Tatsachenbehauptungen müssen dabei so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, kann diese gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (Urteil 4C.180/2002 des Bundesgerichts vom 26. August 2002, E. 2.4).

#### **7.2.3.**

Art. 42 Abs. 2 OR enthält eine bundesrechtliche Beweisvorschrift, die dem Geschädigten den Schadensnachweis erleichtern soll. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Art. 42 Abs. 2 OR nicht nur bei Unmöglichkeit des ziffernmässigen Nachweises der Schadenshöhe, sondern auch dann anwendbar, wenn sich nicht strikte beweisen lässt, dass überhaupt ein Schaden eingetreten ist. Art. 42 Abs. 2 OR sieht aber lediglich eine Beweiserleichterung vor und entbindet den Geschädigten nicht davon, alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu

behaupten und zu beweisen. Die vom Geschädigten vorgebrachten Umstände müssen geeignet sein, den Bestand des Schadens hinreichend zu belegen und seine Grössenordnung fassbar werden zu lassen (BGE 122 III 221, E. 3a; HILTY, a.a.O., § 32 N. 401).

#### **7.2.4.**

Der Kläger behauptet zur Geltendmachung seines Schadens, die XY habe mit der Publikation der Bilder in der Ausgabe vom 5. Juli 2010 die Exklusivität seines Bildmaterials *"zunichte gemacht und ein kleineres Vermögen umgehend vernichtet"* (act. 003). In der Praxis lägen die Preise zwischen Fr. 5'000.00 und Fr. 50'000.00 (act. 005). Durch die Veröffentlichung der Bilder unmittelbar nach dem Tod von N. sei es ihm nicht mehr möglich gewesen, die Bilder einem Dritten anzubieten. Dadurch habe er einen erheblichen Schaden erlitten. Er gehe davon aus, dass er ohne Veröffentlichung der Bilder diese mehrmals an andere Zeitschriften oder Zeitungen hätte verkaufen können (act. 058).

#### **7.2.5.**

Damit die Haftungsvoraussetzung des Schadens erfüllt ist, hat der Kläger eine bei ihm eingetretene Vermögensverminderung zu beweisen. Macht er entgangenen Gewinn geltend, so hat er nachzuweisen, dass er in der Lage gewesen wäre, den entgangenen Gewinn zu erzielen. Nur soweit er zu belegen vermag, dass ihm als Folge der Handlung der Beklagten eine Nutzungsgebühr wahrscheinlich abhanden gekommen ist, handelt es sich um entgangenen Gewinn. Art. 42 Abs. 2 OR entbindet nicht davon, die Wahrscheinlichkeit des entgangenen Gewinns nachzuweisen (BGE 132 III 379, E. 3.4).

In seinen Behauptungen zeigt der Kläger nicht auf, dass ihm wahrscheinlich ein Gewinn entgangen ist. Er führt nicht aus, welchen Medien er das Bild angeboten hätte und zu welchen Konditionen dies geschehen wäre. Auch konkretes Interesse durch Dritte an der Nutzung des Bildes 1 macht er nicht geltend. Vielmehr stellt er pauschal die Behauptung auf, es wäre ihm mehrfach möglich gewesen, das Bild 1 zu verkaufen. Dass tatsächlich Nutzungsgebühren in Aussicht gestanden hätten, legt er nicht dar. Zudem führt er eben gerade nicht aus, dass der entgangene Gewinn in der Nutzungsgebühr der Beklagten gelegen hätte.

Hinzu kommt, dass der Kläger nebst den Behauptungen den Beweis über die Wahrscheinlichkeit des entgangenen Gewinns schuldig bleibt. Die hierfür angerufenen Beweismittel aus den Jahren 1997 und 1998 (RB 13 - 16) zeigen nicht auf, dass dem Kläger mutmasslich ein Gewinn für den Verkauf des Bildes 1 entgangen ist. Sie belegen lediglich die Rechnungsstellung für ein Bild von Martina Hingis an verschiedene Adressaten, wobei unklar bleibt, ob diese bezahlt wurden. Weitere Beweismittel wurden vom Kläger hierzu nicht angerufen, wobei anzufügen ist, dass das Be-

weismittel "die bisher genannten" aufgrund der fehlenden Beweisverbindung nicht ausreicht. Eine bloss allgemeine Bezugnahme auf eingereichte Akten genügt nach herrschender Lehre nicht für eine ausreichende Substantiierung (BÜHLER, in: Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., § 75 N. 15). Ungenügend substantiierte Behauptungen aber führen zu denselben prozessualen Folgen wie nicht bewiesene (vgl. vorne E. 7.2.2 mit Hinweis). Folglich fehlt es am Nachweis des entgangenen Gewinns.

#### **7.2.6.**

Wenn man den Nachweis des entgangenen Gewinns genügen lassen würde, so führt der Kläger für die Schadensbemessung als "*Gesamtkosten bis dato*" einen Rechnungsbetrag in Höhe von Fr. 23'000.00 auf (act. 009). Dieser Betrag ergibt sich aus der Rechnung vom 1. August 2010, welche die Rechnung vom 12. Juli 2010 über Fr. 15'250.00 ersetzt (vgl. KB 1). Es handelt sich um folgende Posten: Fr. 5'000.00 (1 Bild Kategorie: Exklusiv: 1-A-plus/International N. in New York) und Fr. 2'500.00 (1 Bild Kategorie: Exklusiv: 1-B-plus/International N. und Frauen-Familie in Antibes/Gruppenbild). Hinzu kommen Fr. 15'000.00 für "*nicht gewünschte, nicht autorisierte und nicht bewilligte Nutzung: Diebstahl des Copyrights*" mit einem Zuschlag von 200%, "*Bearbeitungsgebühr alt*" (Fr. 250.00) und "*Bearbeitungsgebühr neu*" (Fr. 250.00).

Der vom Kläger in Rechnung gestellte Betrag von Fr. 15'000.00 könnte ungeachtet eines Nachweises nicht zugesprochen werden: Das Bundesgericht lehnt den pauschalisierten Verletzerzuschlag im ausservertraglichen Bereich ab (so ausdrücklich für das Urheberrecht: BGE 122 III 463). Mit der Zusprechung eines Verletzerzuschlags würde ein pönales Element (im Sinne von "punitive damages") in das geltende Recht eingeführt, welches den allgemeinen Prinzipien der Schadens- und Ersatzbemessung im ausservertraglichen Haftpflichtrecht, auf welche Art. 62 Abs. 2 URG ausdrücklich verweist, widerspricht (E. 5c). Bezüglich Bild 1 verbliebe somit eine mögliche Schadenssumme von Fr. 5'000.00. Das vom Kläger Vorgebrachte ist jedoch nicht geeignet, die behauptete Grössenordnung von Fr. 5'000.00 hinreichend fassbar werden zu lassen. Der Kläger hätte alle ihm zugänglichen Tatsachen darlegen müssen, aus denen das Gericht den Schaden hätte abschätzen können. Hierzu gehörten Vergleiche mit andern Zweitpublikationen oder Belege darüber, wie viele Dritte bezahlt hätten. Es wäre ihm zumutbar gewesen, Richtgrössen hierfür beizubringen. Er hätte nach der Lizenzanalogie beispielsweise die Höhe der Vergütung behaupten und beweisen müssen, die von vernünftigen Vertragspartnern vereinbart worden wäre (vgl. zum Ganzen: BGE 132 III 379, E. 3.2).

#### **7.2.7.**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass mangels Nachweis eines Schadens und seiner Grössenordnung dem Kläger kein Schaden-

ersatz zugesprochen werden kann. Eine Prüfung der weiteren Schadenersatzvoraussetzungen (Widerrechtlichkeit, Kausalität, Verschulden) erübrigt sich.

### **7.3.**

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 29. August 2012 führte der Kläger aus, dass er seinen Anspruch auf eine von der Beklagten vorgenommene Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.v. Art. 423 OR stütze und die Herausgabe des der Beklagten entstandenen Vorteils verlange. Hierzu finden sich jedoch keine Anhaltspunkte, zumal der Kläger es in seinen Rechtschriften gänzlich unterlässt, das entsprechende Anspruchsfundament zu behaupten.

## **8.**

### **8.1.**

Sodann ist mit Blick auf Bild 2 zu prüfen, ob der Kläger Träger von Urheberrechten ist. Um dies zu bejahen, müsste es sich bei Bild 2 um ein Werk i.S.v. Art. 2 URG handeln.

#### **8.1.1.**

Auf Bild 2 ist N. am Poolrand seiner südfranzösischen Villa sitzend zu sehen. Links von ihm sitzt seine Frau Marianne, rechts seine Tochter Nayla. Im Hintergrund ist die Villa mit zugehörigem Garten zu sehen (KB 5).

Zwar ist die Fotografie durch die Belichtung und Ausrichtung insgesamt ansprechend; es fehlt aber am Ausdruck einer Gedankenäusserung mit individuellem Charakter. Der Kläger hat den an sich bestehenden Gestaltungsspielraum beim Fotografieren von N. mit seinen Frauen weder in fototechnischer noch in konzeptioneller Hinsicht ausgenutzt. Die Anordnung ist naheliegend und die Fotografie hebt sich nicht vom allgemein Üblichen ab. Würde diesem Bild Werkcharakter zugestanden, müsste jedes gelungene Familienfoto unter den Werkbegriff fallen.

#### **8.1.2.**

Der Kläger beruft sich auf den von ihm getriebenen Aufwand und seine *"profunde und private Freundschaft mit N."*, die dieses Bild erst ermöglichten (act. 005). Jedoch ist die Werkqualität hinsichtlich des Merkmals der Individualität unabhängig von der Entstehungsgeschichte, also auch unabhängig vom getätigten materiellen oder geistigen Aufwand zur Herstellung der Fotografie, zu beurteilen (BGE 130 III 168, E. 5.1; BGE 130 III 714, E. 2.2). Alleine die Tatsache, sich zur richtigen Zeit am richtigen Ort zu befinden, reicht nicht aus (CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, a.a.O., Art. 2 N. 58). Demnach ist die Vorgeschichte, wie es dem Kläger möglich war, das Bild 2 aufzunehmen, für die Beurteilung der Werkqualität unbeachtlich.

### **8.1.3.**

Aus alledem folgt, dass der individuelle Charakter und die Schöpfungshöhe von Bild 2 für die Zusprechung urheberrechtlichen Schutzes nicht genügen.

### **8.2.**

Mangels Werkqualität von Bild 2 stehen dem Kläger keine Urheberrechte zu. Folglich ist er zur Geltendmachung von Schadenersatz oder Gewinnherausgabe nicht legitimiert.

### **9.**

Der Kläger stellt in seiner Replik vom 18. August 2011 sodann folgendes Vernichtungsbegehren: *"Die Beklagte sei zu verpflichten, innert einer gerichtlich festgesetzten Frist, sämtliche noch existierende Werkexemplare der "XY" Nr. 27 vom 5. Juli 2010 zu vernichten."*

Nach Art. 62 Abs. 1 lit. b URG kann, wer in seinem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzt oder gefährdet wird, vom Gericht verlangen, eine bestehende Verletzung zu beseitigen. Als besondere Form der Beseitigungsklage steht die Klage auf Einziehung und Vernichtung nach Art. 63 URG zur Verfügung.

#### **9.1.**

Die Anordnung einer Einziehung und Vernichtung setzt einen entsprechenden Parteiantrag voraus (MÜLLER, in: Müller/Oertli, a.a.O., Art. 63 N. 6). Vorliegend hat der Kläger einen Antrag *zur Vernichtung* sämtlicher noch existierender Werkexemplare der XY Nr. 27 vom 5. Juli 2010 gestellt.

Anträge sind nach Treu und Glauben auszulegen, d.h. der Richter darf nicht beim reinen Wortlaut stehen bleiben. Massgebend ist der durch Auslegung zu ermittelnde objektive Sinn, wobei darauf abzustellen ist, welche Bedeutung den Rechtsbegehren im Gesamtzusammenhang, insbesondere anhand der Klagebegründung zukommt (BÜHLER, in: Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., § 75 N. 24). Da das Gesetz bereits die Einziehung der zu vernichtenden Gegenstände erfasst, ist das klägerische Rechtsbegehren nach Treu und Glauben dahingehend zu verstehen, dass mit dem Antrag auf Vernichtung auch die Einziehung verlangt wird. So verstanden kann auf den Antrag eingetreten werden.

#### **9.2.**

##### **9.2.1.**

Art. 63 URG ermächtigt das Gericht zwecks Beseitigung einer bestehenden Urheberrechtsverletzung, widerrechtlich hergestellte Gegenstände einzuziehen. Der Kläger macht geltend, die Beklagte habe das klägerische Recht verletzt, zu bestimmen, ob, wann und wie sein Werk verwen-



det werde. Dies, obwohl der Kläger der Beklagten deutlich zu verstehen gegeben habe, dass er eine Veröffentlichung seiner Bilder in der XY ablehne. Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob eine zu beseitigende Urheberrechtsverletzung durch die Beklagte erfolgt ist.

#### **9.2.1.1.**

Aus dem Urheberrecht fliesst nicht nur das Recht auf Veröffentlichung gemäss Art. 9 URG, sondern insbesondere auch das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird (Art. 10 Abs. 1 URG). In Art. 10 Abs. 2 URG finden sich dem Rechteinhaber als Ausschliesslichkeitsrechte vorbehaltene Verwendungsarten des Werks, u.a. das Vervielfältigungs- und das Verbreitungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. a und lit. b URG).

##### **9.2.1.1.1.**

Art. 10 Abs. 2 lit. a URG umfasst jede Nutzungshandlung, bei welcher eine Vorlage dazu verwendet wird, um eine weitere, von dieser Vorlage unabhängige Wahrnehmung des Werks zu erlauben (HILTY, a.a.O., § 13 N. 156; BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Bern 2008, Art. 10 N. 12). Dabei ist nicht erforderlich, dass die Vorlage ein Original darstellt; auch das Resultat einer vorgängigen - gegebenenfalls auch unautorisierten - Vervielfältigung kann als Vorlage dienen, die nachfolgend nicht ohne Einwilligung des Rechteinhabers für weitere Vervielfältigungen verwendet werden darf (HILTY, a.a.O., § 13 N. 156).

##### **9.2.1.1.2.**

Das Verbotsrecht des Rechteinhabers umfasst nebst der unautorisierten Vervielfältigung auch die Verbreitung solchermassen hergestellter Exemplare durch Handel (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG). Nicht nur der Übereignungsakt an sich bzw. das Anbieten von Vervielfältigungsexemplaren als Vorbereitungshandlung zu jenem, sondern auch deren Einfuhr in die bzw. Ausfuhr aus der Schweiz fallen unter den Verbreitungsbegriff (HILTY, a.a.O., § 13 N. 159). Den Verbreitungsformen gemeinsam ist, dass sie an einen physisch vorhandenen Träger anknüpfen (Leinwand, Papier, Datenträger, etc.), wodurch dem Empfänger bei Besitzerwechsel dieses Trägers ermöglicht wird, den Zeitpunkt und den Ort seines Werkgenusses individuell zu bestimmen (HILTY, a.a.O., § 13 N. 159 m.w.H.).

##### **9.2.1.2.**

Das Urheberrechtsgesetz schränkt die ausschliesslichen Verwertungsrechte des Urhebers in gewissen Aspekten ein (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 19 N. 2 ff.). Einige Verwendungsarten von urheberrechtlich geschützten Werken sind demnach ohne Zustimmung des Rechteinhabers erlaubt. Genannt sei in diesem Zusammenhang die Nutzung zum Eigengebrauch (Art. 19 und 20 URG), das Anfertigen von Archivierungsexemplaren (Art. 24 Abs. 1 URG) oder das Zitierrecht (Art. 25 URG).

Vorliegend ist keine Schrankenbestimmung anwendbar. So fällt die Anfertigung eines Archivierungsexemplars nach Art. 24 URG ausser Betracht: Die Herstellung eines solchen ist nur zwecks Erhaltung eines Werks erlaubt (HILTY, a.a.O., § 19 N. 244). Ein Exemplar muss in einem der Allgemeinheit nicht zugänglichen Archiv aufbewahrt und als Archivexemplar gekennzeichnet werden (Art. 24 Abs. 1 URG).

### **9.2.1.3.**

Der Urheber kann die Rechte an seinem Werk vollständig oder teilweise einem Dritten mittels Vertrags abtreten oder eine Lizenz einräumen (VON BÜREN/MEER, in: SIWR II/1, 2. Aufl., S. 240 f.). Werden die Urheberrechte abgetreten, hat der Erwerber das Recht, diese fortan zu verwerten; erfolgt eine Rechtseinräumung (Lizenz), steht dem Berechtigten einzig deren Nutzung zu. Die Übertragung von Urheberrechten hat dingliche Wirkung gegenüber allen, während die Lizenz bloss schuldrechtlicher Natur ist (DE WERRA, in: Müller/Oertli, a.a.O., Art. 16 N. 7).

#### **9.2.1.3.1.**

Grundsätzlich untersteht die Übertragung des Urheberrechts (d.h. der Vermögensrechte) keinem Formzwang (DE WERRA, in: Müller/Oertli, a.a.O., Art. 16 N. 33). Sie kann auch stillschweigend erfolgen. Uneinigkeiten über den Bestand, die Natur und den Umfang von Rechtseinräumungen müssen daher mittels Auslegung der Parteiwillen im Einzelfall aufgelöst werden (DE WERRA, in: Müller/Oertli, a.a.O., Art. 16 N. 36; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 16 N. 4). Dabei sind die in Art. 16 Abs. 2 und 3 URG statuierten Auslegungsregeln sowie die Zweckübertragungstheorie zu beachten. Nach Letzterer wird im Zweifelsfall der Umfang einer Urheberrechtsübertragung nach dem Zweck des zugrunde liegenden Übertragungsvertrags bestimmt (DE WERRA, in: Müller/Oertli, a.a.O., Art. 16 N. 36).

#### **9.2.1.3.2.**

Vorliegend wird die vertragliche Grundlage für die Übertragung von Urheberrechten von den Parteien nicht schlüssig dargetan. Der Kläger führt aus, er habe der Beklagten das jeweilige Nutzungsrecht für die einmalige Verwendung der Fotografien in der XY abgetreten. Allfällige Vertragsbestimmungen oder die Anwendbarkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen (KB 3, 4) legt er nicht näher dar. Er macht geltend, dass er keine weiteren Nutzungsrechte an die Beklagte abgetreten habe (act. 055 ff.). Die Beklagte ihrerseits führt aus, die erneute Verwendung von Bildern habe der jahrelang geübten Praxis zwischen den Parteien entsprochen und sei branchenüblich. Sie sei berechtigt gewesen, die Bilder, welche in ihrem Auftrag entstanden seien, nochmals abzudrucken (act. 018 ff., 070 ff.).

Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 29. Februar 2012 legte der Zeuge M. den üblichen Ablauf dar, wenn ein Bild eines Fotografen in einem späteren Zeitpunkt erneut verwendet wird. Jedoch konnte er über die vertragliche Situation mit dem Kläger keine näheren Angaben machen (Protokoll der IV vom 29. Februar 2012, Zeugenaussage von M., S. 3 und S. 5 [act. 094, 096]). Ebenfalls nur die Usanz aufzeigen konnte der Zeuge N. (Protokoll der IV vom 29. Februar 2012, Zeugenaussage von N., S. 7 ff. [act. 098]). Der Kläger führte in der Parteibefragung seinen Standpunkt aus, dass er der Erstpublikation, jedoch keiner Zusatznutzung zugestimmt habe (Protokoll der IV vom 29. Februar 2012, Parteibefragung des Klägers, S. 10 ff. [act. 101]). Dabei verwies er mehrfach auf einen Vertrag mit der Beklagten, der aber keinen Eingang in die Akten gefunden hat (Protokoll der IV vom 29. Februar 2012, Parteibefragung des Klägers, S. 13 [act. 104]; der aus dem Recht gewiesene Vertrag zwischen der Beklagten und einem Fotografen [Name geschwärzt] vom 13. Dezember 1996 ist ohnehin nicht unterzeichnet und datiert nach der Aufnahme des Bildes 1; ebenso im Übrigen die aus dem Recht gewiesene Vereinbarung zwischen dem Kläger und der Beklagten [B15], welche nach der Aufnahme des Bildes 1 unterzeichnet wurde). S. von der Beklagten konnte keine Auskunft über die konkreten Abmachungen mit dem Kläger bezüglich der Zweitpublikation geben (Protokoll der IV vom 29. Februar 2012, Parteibefragung der Beklagten, S. 17 f. [act. 108]).

Folglich gehen beide Parteien davon aus, dass die Erstpublikation der Bilder in den XY-Ausgaben 10/1995 und 28/1997 rechtmässig erfolgte. Dass bei dieser ursprünglichen Übertragung der Nutzungsrechte vereinbart wurde, die Beklagte dürfe die Bilder erneut publizieren, lässt sich nicht erstellen. Gemäss Art. 16 Abs. 2 URG schliesst die Übertragung eines im Urheberrecht enthaltenen Rechts die Übertragung anderer Teilrechte nur mit ein, wenn dies vereinbart ist. Die in Art. 16 Abs. 2 URG aufgestellte Vermutung gilt unter Vorbehalt einer gegenteiligen Vereinbarung, welche vorliegend von der Beklagten nachzuweisen wäre. Diesen Nachweis erbringt sie jedoch nicht. Von einer gültigen und dauerhaften Übertragung der Urheberrechte auf die Beklagte ist mangels Nachweises seitens der Beklagten nicht auszugehen. In der erstmaligen Veröffentlichung der Bilder in den Ausgaben 10/1995 und 28/1997 ist keine Zustimmung des Klägers zum Wiederabdruck in der Ausgabe 27/2010 zu erblicken. Das Recht zur Erstpublikation umfasst nicht das Recht auf eine Folgepublikation.

#### **9.2.1.4.**

Nach Ansicht der Beklagten wurden allfällige Ansprüche des Klägers mit einem (Archiv-)Bildhonorar abgegolten (act. 020). Dabei sei der Kläger usanzgemäss nicht vorher angefragt, sondern nachträglich entschädigt worden (act. 23).

Es trifft zu, dass die Beklagte eine Usanz für die nachträgliche Entschädigung mit Archivbildhonoraren aufzeigen kann (vgl. Protokoll der IV vom 29. Februar 2012, Zeugenaussage von M., S. 3 [act. 094] und Zeugenaussage von N., S. 8 [act. 099]). Auch aus den AB 1-35 geht für gewisse Positionen durch den Zusatz "Archiv" hervor, dass die Beklagte dem Kläger zwischen 2002 und 2007 für Archivbilder (erneuter Abdruck bereits zuvor publizierter Bilder) entschädigt hat. Vorliegend wurde jedoch anders verfahren. Der Kläger wurde vor der erneuten Publikation kontaktiert, um das Foto zu erwerben (RB 8). Die Beklagte bat ihn, ein Dia von Bild 1 weiterzugeben (RB 9), und erklärte, für die Recherche "ein anständiges Angebot" zu machen (RB 11). Obwohl der Kläger die Zusammenarbeit klar ablehnte und die Wiederbelebung der Geschäftsbeziehung verweigerte (RB 10, 12), druckte die Beklagte die fraglichen Fotos in der XY-Ausgabe 27/2010 dennoch ab. Eine Zustimmung des Klägers zum erneuten Abdruck der Bilder lässt sich deshalb nicht erstellen. Die nachträgliche Ausrichtung eines Archivbildhonorars ändert an diesem Umstand nichts, da die Beklagte aufgrund der klägerischen Äusserungen davon ausgehen musste, dass der Kläger einer erneuten Publikation nicht zustimmt.

#### **9.2.1.5.**

Indem die Beklagte ohne Zustimmung des Klägers das Bild 1 publiziert hat, hat sie das ausschliessliche Verwendungsrecht des Klägers als Urheber des Werks verletzt. Insbesondere hat sie gegen das Recht des Klägers als Urheber auf Reproduktion der Fotografie gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a URG verstossen. Eine Urheberrechtsverletzung ist zu bejahen.

#### **9.2.2.**

Die Einziehung nach Art. 63 URG setzt die Berechtigung des Klägers voraus, das eingeklagte Recht oder Rechtsverhältnis geltend zu machen (MÜLLER, in: Müller/Oertli, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 61-66 N. 47). Die Passivlegitimation eines Antrags auf Einziehung wird durch die Prozessbeteiligten bestimmt und damit auch eingeschränkt (MÜLLER, in: Müller/Oertli, a.a.O., Art. 63 N. 8).

Der Kläger ist als Urheberrechtsträger im Zusammenhang mit Bild 1 berechtigt, einen Einziehungsantrag zu stellen. Die Beklagte ist als Eigentümerin und/oder selbständige oder unselbständige Besitzerin der einzuziehenden Gegenstände passivlegitimiert. Eine Ausdehnung auf am Verfahren nicht beteiligte Drittpersonen ist mittels Antrag auf Herausgabe nicht möglich (MÜLLER, in: Müller/Oertli, a.a.O., Art. 63 N. 9). Ist ein am Verfahren unbeteiligter Dritter Eigentümer oder Besitzer der rechtsverletzenden Gegenstände, kann dieser nur mittels Streitverkündung einbezogen und damit die Möglichkeit eröffnet werden, die Gegenstände von diesem Dritten zur Einziehung zu erlangen (MÜLLER, in: Müller/Oertli, a.a.O., Art. 63 N. 9). Dies hat im Namen der Beklagten im Beseitigungsprozess

zu erfolgen. Der Verletzte selbst kann nur eine zusätzliche Verletzungsklage gegen den Eigentümer oder Besitzer der Streitsache anheben.

Der Einziehungsantrag kann sich somit nur auf diejenigen Gegenstände erstrecken, die im Eigentum oder Besitz der Beklagten sind. Eine Verletzungsklage gegenüber weiteren Eigentümern oder Besitzern der streitigen XY-Ausgabe wurde nicht erhoben.

### **9.2.3.**

Der Einziehungsanspruch setzt grundsätzlich kein Verschulden des Verletzers bzw. Eigentümers oder Besitzers der Verletzerware voraus (MÜLLER, in: Müller/Oertli, a.a.O., Art. 63 N. 10).

## **9.3.**

### **9.3.1.**

Wie aus dem Gesetzestext hervorgeht, bildet die Einziehung keine selbständige Massnahme, sondern es handelt sich lediglich um eine gerichtliche Vollstreckungshandlung zur Vorbereitung der Vernichtung (MÜLLER, in: Müller/Oertli, a.a.O., Art. 63 N. 12). Das Gericht ist bezüglich der Verwendung der eingezogenen Gegenstände an den Antrag des Rechteinhabers gebunden. Eine Einziehung soll nur angeordnet werden, wenn im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips der Beseitigungsanspruch nicht auf andere Weise durchgesetzt werden kann (MÜLLER, in: Müller/Oertli, a.a.O., Art. 63 N. 14). Die Einziehung darf nicht weiter gehen als zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustands nötig.

### **9.3.2.**

Vorliegend ist der Verhältnismässigkeit besondere Beachtung zu schenken. Der Kläger verlangt die Vernichtung sämtlicher noch existierender Werkexemplare der "XY" Nr. 27 vom 5. Juli 2010. Dabei handelt es sich um eine Zeitschrift, welche nicht nur den Abdruck des die Urheberrechte des Klägers verletzenden Bildes 1 enthält, sondern weitere Artikel und Bilder. Eine Einziehung und Vernichtung der ganzen Zeitschrift wäre unverhältnismässig, da das halbseitige Bild 1 im Vergleich mit den übrigen Artikeln und Bildern, welche mutmasslich rechtmässig erstellt wurden, lediglich einen kleinen Teil der Zeitschrift darstellt. Dies rechtfertigt keinen Eingriff in das - mit Ausnahme von Bild 1 - an sich rechtmässige Eigentum der Beklagten (gleicher Ansicht: Kantonsgericht St. Gallen, Entscheid vom 24. November 1999, E. 4b/bb, abgedruckt in: sic! 2000, S. 188). Die Interessenabwägung zwischen den Rechtsgütern Urheberrecht und Eigentum führt unter Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit zu einem für den Kläger negativen Resultat, zumal ihm die Klage auf ein Verbot der Verwendung oder Verbreitung offen gestanden wäre (vgl. dazu auch: Urteil 4A\_342/2008 des Bundesgerichts vom 20. Januar 2009, E. 3.5, abgedruckt in: sic! 2009, S. 345). Denkbar wäre allenfalls die Entfernung des Bildes 1 aus der betreffenden Zeitschrift oder dessen Unkenntlichma-

chung als mildere Form. Doch auch die damit verbundenen Aufwendungen erscheinen in der Gesamtbetrachtung als übermässig. Selbst der Kläger teilt diese Ansicht, indem er an der Hauptverhandlung ausführte, dass dieser Aufwand unnütz sei (Protokoll der HV vom 29. August 2012, S. 22 [act. 183]). Demnach ist auf die Einziehung und Vernichtung der streitgegenständlichen Zeitschrift zu verzichten.

Schliesslich ist zu beachten, dass es sich bei Art. 63 URG um eine Kann-Vorschrift handelt, die dem Richter selbst bei Vorliegen der darin erwähnten Voraussetzung ein gewisses Ermessen lässt. Da eine weitere Urheberrechtsverletzung zwar möglich, aber durch die bereits erstellten Werkexemplare der XY vom 5. Juli 2010 nicht wahrscheinlich ist, ist auch aus diesen Gründen auf die Einziehung und Vernichtung derselben zu verzichten (vgl. zum alten Recht: BGE 96 II 409, E. II).

#### **9.4.**

Soweit der Kläger in seiner Begründung die Entfernung der Bilder von der Website [www.XY.ch](http://www.XY.ch) verlangt, ist dies durch das in der Replik gestellte Rechtsbegehren-Ziffer 1 nicht abgedeckt. Die Bilder auf [www.XY.ch](http://www.XY.ch) sind kein Teil des Werkexemplars der XY vom 5. Juli 2010, weshalb dem Kläger in Beachtung der Dispositionsmaxime nicht mehr oder anderes zugesprochen werden kann, als er selber verlangt (§ 75 Abs. 2 ZPO AG). Dass auf der Website eine E-Paper-Ausgabe der XY vom 5. Juli 2010 angeboten würde, macht der Kläger nicht geltend.

#### **10.**

Bezüglich Bild 2 fehlt es an der Aktivlegitimation des Klägers, da der Kläger - mangels Werkqualität dieser Fotografie - nicht Träger von Urheberrechten ist. Eine Beseitigungsklage nach URG fällt hinsichtlich Bild 2 nicht in Betracht.

#### **11.**

Mangels Nachweises einer vertraglichen Vereinbarung können keine vertraglichen Ansprüche geltend gemacht werden. Solche sind denn auch nicht schlüssig behauptet.

#### **12.**

Zusammengefasst stellt Bild 1 ein Werk i.S.v. Art. 2 URG dar, während Bild 2 die erforderliche Schöpfungshöhe und Individualität nicht erreicht. Mangels Schadennachweises ist dem Kläger in Bezug auf Bild 1 kein Schadenersatz zuzusprechen. Das Einziehungs- und Vernichtungsbegehren ist aus Gründen der Verhältnismässigkeit abzuweisen.

#### **13.**

Der Streitwert der Klage beträgt Fr. 23'000.00 (E. 2.3 vorstehend; Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG). Da der Kläger vollständig unterliegt, ist er grundsätzlich

kosten- und entschädigungspflichtig (§ 112 Abs. 1 ZPO AG). Jedoch sah er sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst (§ 113 lit. b ZPO AG), da eine Urheberrechtsverletzung bejaht wurde und das Vernichtungsbegehren nur aus Gründen der Verhältnismässigkeit abzuweisen ist. Entsprechend ist von der Kostenverteilung gemäss § 112 ZPO AG abzuweichen und dem Kläger sind in Anwendung von § 113 lit. b ZPO AG lediglich  $\frac{9}{10}$  sowie der Beklagten  $\frac{1}{10}$  der Prozesskosten aufzuerlegen. Die Gerichtsgebühr beträgt Fr. 1'930.00 (§ 7 Abs. 1 VKD; in der bis 31. Dezember 2010 gültig gewesenen Fassung). Sodann hat der Kläger der Beklagten ausgangsgemäss vier Fünftel der richterlich festgesetzten Parteientschädigung in Höhe von Fr. 7'500.00, d.h. Fr. 6'000.00, zu bezahlen (§ 3 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 3 AnwT; in der bis 31. Dezember 2010 gültig gewesenen Fassung; praxisgemäss vorgenommene Erhöhung für die zusätzliche Rechtschrift und Verhandlung von je 20 % inkl. Kleinkostenpauschale).

---

### **Das Handelsgericht erkennt:**

**1.**

Die Klage wird abgewiesen.

**2.**

Die Gerichtskosten, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 1'930.00, den Kanzleigebüren und Auslagen von Fr. 580.00, insgesamt Fr. 2'510.00, werden dem Kläger zu neun Zehnteln, d.h. mit Fr. 2'259.00, und der Beklagten zu einem Zehntel, d.h. mit Fr. 251.00, auferlegt.

**3.**

Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten an ihre Parteientschädigung den richterlich festgesetzten Betrag von Fr. 6'000.00 zu bezahlen.

---

Zustellung an:  
den Kläger (mit Rechnung)  
die Beklagte (Vertreter; zweifach mit Rechnung)

---

**Rechtsmittelbelehrung** für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

---

Aarau, 29. August 2012

**Handelsgericht des Kantons Aargau**

1. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dubs

Schöb