

Christoph Schütz

# Wenn der Dieb den Wert des Diebesgutes diktiert

Diskussionsbeitrag zum Entscheid des BGer vom 21. April 2023, 4A\_168/2023

Lange 18 Jahre nach dem Meili-Entscheid<sup>1</sup> liegt wieder einmal ein Bundesgerichtsentscheid zu Urheberrechtsverletzungen mit Fotografien vor. Das Interesse dieses Falles liegt dabei weniger an der erstmaligen Anwendung von Art. 2 Abs 3<sup>bis</sup> URG, sondern an der Art und Weise, wie der Marktwert einer Fotografie berechnet worden ist. Der Beitrag zeigt auf, dass es zur Erzielung eines sinnvollen Resultats neben den juristischen Abhandlungen auch einen kritischen, an der Praxis des Bildermarktes geschulten Blick auf die Problematik gebraucht hätte. Weil das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz in allen Punkten bestätigt hat, diese naturgemäss aber weniger detailliert diskutiert hat, werden hier primär die Erwägungen des Handelsgerichts einer kritischen Betrachtung unterzogen. Der Autor hatte Einsicht in alle Prozessakten und kann deshalb auch aufzeigen, mit welchen Tricks und welchen Fehlleistungen die beiden Parteivertreter dieses Resultat herbeigeführt haben. Ein Kapitel beschäftigt sich mit dem Verletzerzuschlag als Möglichkeit, Urheberrechtsverletzungen weniger attraktiv zu machen.

Dix-huit ans après l'arrêt Meili<sup>2</sup>, le Tribunal fédéral a rendu un nouvel arrêt concernant des violations du droit d'auteur en lien avec des photographies. L'intérêt de cette affaire réside moins dans la première application de l'art. 2 al. 3<sup>bis</sup> LDA que dans la manière dont la valeur marchande d'une photographie a été calculée. L'article montre que pour obtenir un résultat pertinent, il aurait fallu, outre une analyse des aspects juridiques, un regard critique sur la problématique, porté par une personne formée à la pratique du marché de l'image. Comme le Tribunal fédéral a confirmé en tous points la décision de l'instance précédente, et l'a donc naturellement discutée de manière moins détaillée, ce sont principalement les considérations du tribunal de commerce qui sont soumises ici à un examen critique. L'auteur a eu accès à tous les actes de procédure et peut donc également mettre en évidence quelles astuces et quelles erreurs commises par les représentants des deux parties ont permis d'aboutir à ce résultat. Un chapitre est consacré à la possibilité d'introduire un supplément forfaitaire pour violation des droits d'auteur afin de rendre celle-ci moins attrayante.

## I. Zusammenfassung des Falls

## II. Wie beweist man die Autorenschaft einer Fotografie?

1. Urheberschaftsvermutung verneint
2. Wie beweist man die Urheberschaft?
3. Die Beweislastumkehr als Schlüssel zur Anerkennung der Urheberschaft

## III. Auf welcher Basis erfolgt die Schadensberechnung?

## IV. Branchentarife scheiden bei ausservertraglicher Nutzung aus

## V. Hürden bei der Ermittlung des Marktpreises

1. Zur Vergleichbarkeit von Fotografien
2. Marktpreise von Archivbildern versus Offerten für die Erstellung von Aufnahmen
3. Sind offerierte auch praktizierte Preise?
4. Mangelhafte Qualität der Beweise, auf die sich das Gericht gestützt hat
5. Fehlleistungen diverser Akteure

6. Kostet ein Bild mit vielen Pixeln mehr als eines mit wenigen?

7. Das ungenügend beachtete Beweismittel des Klägers

## VI. Verletzerzuschlag

1. Die aktuelle Situation privilegiert Rechtsverletzer
2. Die Gerichte sehen den Handlungsbedarf beim Gesetzgeber
3. Die Richtlinie 2004/48 EG
4. Wo der Verletzerzuschlag schon praktiziert wird
5. Den Appetit auf illegale Nutzungen einschränken

## VII. Strafrechtlich oder zivilrechtlich klagen?

## VIII. Verfahrens- und Parteikosten

## IX. Fazit

CHRISTOPH SCHÜTZ, lic. rer. Soc., Fribourg.

1 BGE 130 III 714 ff.

2 ATF 130 III 714 ss.



Abbildung 1 (Original in Farbe): Drohnenfotografie von Port, Autor: A. Boillat

## I. Zusammenfassung des Falls

Eine Schweizer Immobilienfirma hat eine Drohnenaufnahme, welche die am Bielersee gelegene Ortschaft Port zeigt, ohne Erlaubnis genutzt, um eine dort gelegene Liegenschaft zu bewerben. Zusätzlich zur unerlaubten Nutzung hat sie auch den Namen des Fotografen nicht genannt, sondern gleich ihr eigenes Wasserzeichen ins Bild eingefügt. Weil die Immobilienfirma den nachträglich in Rechnung gestellten Betrag für die diversen Nutzungen der Fotografie nicht hat bezahlen wollen, hat sich der Fotograf an seinen Berufsverband *impressum* gewandt, dieser hat ihn bei der nachfolgenden juristischen Auseinandersetzung unterstützt.

Der Anwalt der beklagten Immobilienfirma hat zwar zu bestreiten versucht, dass der Fotograf überhaupt der Urheber der Fotografie sei. Obwohl er vor Gericht damit gescheitert ist, ist die Frage, wie die Urheberschaft einer Fotografie nachgewiesen werden kann, dennoch nicht so trivial und wird zu Beginn des Beitrags thematisiert.

Die Frage, ob die betreffende Fotografie überhaupt urheberrechtlich geschützt sei, war hingegen unbestritten, dies als Folge des seit dem 1. April 2020 gültigen Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> URG, der in der Schweiz sämtliche Fotografien von dreidimensionalen Objekten unabhängig ihrer Individualität unter Schutz stellt. Wäre diese Fotografie vor Inkrafttreten des revidierten Urheberrechtsgesetzes vor dem Richter gelandet, wäre ihr aufgrund ihrer fehlenden individuellen Gestaltung der Schutz ziemlich sicher verwehrt worden.

Im Kern ging es in diesem Verfahren um die Frage, wieviel ein Bilderdieb einem Autoren für schon erfolgte Nutzungen zu bezahlen hat. Der Fotograf hat sich bei der Preisberechnung für die diversen Nutzungen auf die sogenannten SAB-Tarife gestützt, dies sind die in der Schweiz am besten bekannten Preisempfehlungen für die Nutzung von Fotografien, herausgegeben von der Schweizerischen Arbeitsgemeinschaft der Bild-Agenturen und -Archive (SAB). Zusätzlich zum verlangten Bildhonorar von 800.– Franken für insgesamt 4 digitale Nutzungen auf Instagram und Facebook

hat der Fotograf folgende Zuschläge in Rechnung gestellt: 800.– Zuschlag für Luftaufnahmen (gemäss SAB-Tarif), 800.– Zuschlag für fehlenden Urhebernachweis, 1'000.– Zuschlag für das unrechtmässige Einfügen eines Wasserzeichens resp. die unautorisierte Abänderung des Bildes sowie 100.– als Umtriebsentschädigung, hinzu kamen noch 420.– für eine Nutzung desselben Bildes in gedruckten Verkaufsunterlagen, total 3'920.– Franken.

Bei der Beschwerde vor Bundesgericht wurde dann das Begehren auf 2'820.– reduziert, weil die ursprüngliche Forderung nach einem Verletzerzuschlag und der Bezahlung einer Umtriebsentschädigung chancenlos war: Das Bundesgericht hat in ständiger Praxis einen Verletzerzuschlag als pönales Element in Zivilverfahren abgelehnt.<sup>3</sup>

Die Gegenseite hat die Urheberrechtsverletzung eingestanden, für die Berechnung des Schadensausgleichs jedoch die Preisempfehlungen der SAB als nicht den Marktwert widerspiegelnd taxiert und als Beweis diverse Angebote von Agenturen ins Feld geführt, die angeblich vergleichbare Bilder entweder aus dem Archiv liefern oder herstellen könnten, dies zu Preisen im zweistelligen Frankenbereich pro Flugaufnahme. Die geforderten Zuschläge für fehlenden Urhebernachweis, das unrechtmässige Einfügen eines Wasserzeichens sowie die Umtriebsentschädigung hat sie bestritten.

Das erstinstanzliche Berner Handelsgericht ist der Argumentation der Nutzerseite praktisch auf der ganzen Linie gefolgt und hat schliesslich den Marktwert der Fotografie auf 55.– Franken festgelegt, weil die Kläger keine konkreten Beweismittel vorgelegt hätten, mit denen die vorgebrachten SAB-Tarife als tatsächlich im Markt auch praktizierte Preise hätten bewiesen werden können. Das Bundesgericht hat dieses Urteil bestätigt und die Beschwerde vollumfänglich abgewiesen.

Im Zentrum dieses Beitrags wird deshalb die Frage stehen, wie der Marktpreis für Fotografien bestimmt werden kann und welche Beweismittel im vorliegenden Fall geeignet waren und welche nicht, diesen zu evaluieren.

Im Weiteren ging es in diesem Streitfall auch um diverse prozessuale Fragen, z.B. ob eine Klage mit einem Eventualbeklagten überhaupt zulässig ist (was das Gericht abgelehnt hat) und auf welcher gesetzlichen Grundlage der Fotograf seinen Anspruch überhaupt geltend machen kann. Dies war schliesslich Art. 62 OR.

Weil der Fotograf bei seinen monetären Forderungen nur mit 1.4% durchgedrungen ist, hat ihm das Berner Handelsgericht 100% der Verfahrens- und Parteikosten auferlegt. Auch diesen Entscheid hat das Bundesgericht bestätigt, es ist in diesem Punkt nicht auf die Beschwerde eingetreten, weil diese zu wenig substantiiert war.

Unter dem Strich resultierte dieses Verfahren also in einem finanziellen Fiasko für den Kläger: Eine lächerliche Entschädigung für die Nutzung seiner Fotografie und Übernahme sämtlicher Verfahrens- und Parteikosten. Allerdings hat das Handelsgericht der Gegenpartei nur knapp einen

3 BGE 122 III 463 ff. E. 5.

Drittel ihrer verlangten Parteikosten zugesprochen, 4'480.– Franken musste die Beklagte selber übernehmen. Letztlich hat sie die illegale Nutzung dieses Drohnenbildes also auch sehr teuer bezahlt.

## II. Wie beweist man die Autorenschaft einer Fotografie?

Die Beklagte hat in ihrer Klageantwort sämtliche Register gezogen: Sie hat den Berufsfotografen als jemanden zu diskreditieren versucht, der wohl eher als Freizeitbeschäftigung fotografieren würde und ihm die Urheberschaft an seinem Drohnenbild abgesprochen, weil auf dem illegal verwendeten Bild kein Urhebarnachweis vorhanden gewesen sei, zudem könne ein Screenshot aus einem Bildbearbeitungsprogramm (in dem der Name des Fotografen als Urheber sichtbar ist) nicht als Beweis gelten und der Kläger hätte es unterlassen aufzuzeigen, aus welchen Eigenschaften der Bilddatei sich seine Urheberschaft ableiten liesse. Das Berner Handelsgericht musste sich also zuerst zur Frage äussern, ob die behauptete Urheberschaft überhaupt bewiesen ist oder angenommen werden kann.

### 1. Urheberschaftsvermutung verneint

Das Handelsgericht führt zuerst einmal aus, dass die Urheberschaftsvermutung (*sic!*) gemäss Art. 8 Abs. 1 URG nur greife, wenn der Kläger beweisen kann, dass sein Name oder ein Kennzeichen auf dem Werkexemplar genannt werden. Der Kläger habe jedoch weder behauptet noch belegt, dass sein Name auch ausserhalb des Bildbearbeitungsprogramms auf einem Werkexemplar zu sehen sei: «Die Nennung des Urhebers müsste auf dem Bild selber enthalten sein, bzw. in den elektronischen Bilddaten, die dem Bild zugrunde liegen, derart angelegt sein, dass ein Bild entsteht, das die Nennung enthält.»<sup>4</sup> Entsprechend gelange die Urheberschaftsvermutung (*sic!*) gemäss Art. 8 Abs. 1 URG nicht zur Anwendung. Folgt man dieser Argumentation, fielen sämtliche publizierten Fotografien, bei denen der Name des Urhebers neben und nicht in der Fotografie zu lesen ist, bei dieser Prüfung ebenfalls durch. Das Gericht hat leider keine Erklärung geliefert, inwiefern ein *im* Bild sichtbarer Autorenhinweis beweiskräftiger für eine Urheberschaft sein soll, als einer *neben oder unter* dem Bild. Ehrlicher Weise muss man sich eingestehen, dass beide Varianten untauglich sind, um eine Autorenschaft zu beweisen. Auch ein in einem Bild oder auf dessen Rückseite angebrachter Name, beweist noch nicht, wer das Bild tatsächlich fotografiert hat.

### 2. Wie beweist man die Urheberschaft?

Welche Alternativen gäbe es also? Bei analogen Fotografien könnte man sich z.B. auf den Besitz der Negative oder Diapositive beziehen und diese vorweisen. Aber auch ein solcher Nachweis hat einen Haken: Vielleicht hat man einen Nachlass inkl. aller Negative gekauft, Inhaber der Urheberrechte wird man dadurch jedoch nicht. Eine andere Möglichkeit wäre die Vorlage einer Aufnahmeserie, aus der das

betreffende Bild stammt, aber auch hier bleiben Zweifel, ob diese Serie tatsächlich von jener Person fotografiert worden ist, die das Urheberrecht behauptet. Der wohl belastbarste Beweis wäre eine Zeugenaussage oder ein Dokument, das die Anwesenheit des Fotografen am betreffenden Aufnahmeort plausibel erscheinen lässt, also z.B. ein Auftrag einer Firma, an einem bestimmten Tag an einem bestimmten Ort ein bestimmtes Sujet zu fotografieren. Auf die Drohnenaufnahme von Port bezogen, hätte sich ev. auch mit Flugdaten aus der Drohne oder mit einer behördlichen Bewilligung für diesen Drohnenflug ein gutes Beweismittel ergeben.

### 3. Die Beweislastumkehr als Schlüssel zur Anerkennung der Urheberschaft

Nachdem also Abs. 1 von Art. 8 URG ausgeschieden war, prüfte das Gericht, ob denn die Argumente der Beklagten als Nachweis genügten, um dem Fotografen die Urheberschaft am Drohnenbild abzuerkennen. Die Beklagte bestritt die Tauglichkeit des eingereichten Screenshots als Beweis. Dem hielt das Gericht einen Bundesgerichtsentscheid entgegen, der Screenshots als Beweise zulies.<sup>5</sup>

Da der Fotograf also mit dem Screenshot gemäss Handelsgericht bewiesen hatte, «dass er im Besitz des fraglichen Bildes und der Bilddatei ist, wäre es demnach an der Beklagten 1 gewesen, im Sinne von Art. 178 Abs. 1 ZPO ausreichend zu begründen, dass der Kläger *nicht* der Urheber der Bilddatei ist.» Die Urheberschaft werde von der Beklagten jedoch nur pauschal und mit Nichtwissen bestritten. Die Beklagte hätte damit die Echtheit der Bilddatei nicht ausreichend bestritten, noch lägen Umstände vor, welche die Behauptung des Klägers, Urheber der Bilddatei zu sein, unglaubhaft erscheinen liessen. Das Gericht schliesst dieses Kapitel mit einer Feststellung, die juristisch kaum befriedigen kann: «Er (der Kläger) hat damit so oder anders bewiesen, dass er die fragliche Bilddatei hergestellt hat.»

Zusammenfassend bleibt die Erkenntnis, dass es bei einer Bestreitung der Urheberschaft für Autoren schwierig sein kann, diese eindeutig zu beweisen. Da es aber für die Gegenpartei noch viel schwieriger zu beweisen ist, weshalb jemand *nicht* der Autor eines bestimmten Bildes sein kann, können die Gerichte dank diverser Indizien und mangels Gegenbeweis die Urheberschaft vermuten und so anerkennen. Anzufügen bleibt, dass es für den Tatbestand der Urheberrechtsverletzung keine Rolle spielt, ob ein Urhebarnachweis im oder neben einer Fotografie vorhanden ist und ob der Urheber seine Urheberschaft beweisen kann oder nicht; geschützt ist das Bild so oder so, eine unbekannte Urheberschaft ist kein Freipass, um Bilder ungefragt zu nutzen.

4 HGer Bern vom 13. Februar 2023, HG 22 35, E. 18.1.2.

5 BGer vom 2. November 2015, 4A\_395/2015, E. 3.

### III. Auf welcher Basis erfolgt die Schadensberechnung?

Nachdem also die Urheberschaft für das Gericht geklärt und die Urheberrechtsverletzungen unbestritten waren, ging es um die Berechnung des Ausgleichsschadens. Dass dieser auf Basis von Art. 62 OR berechnet wurde und nicht als Schaden gemäss Art. 41 ff. OR oder nach Art. 423 Abs. 1 OR, macht Sinn: Bei einer unerlaubten Nutzung von Immaterialgütern entsteht dem Urheber kein Vermögensschaden, weil ihm materiell nichts abhanden kommt, ein Nutzungsausfall stellt keinen Schaden dar.<sup>6</sup> Ebenso wenig hat die Immobilienfirma mit dem Bild Geld verdient, Gewinnherausgabe war also ebenfalls zu verneinen. Weil der Nutzer jedoch die Kosten für das Bild eingespart hat, hat dieser einen Vermögensvorteil erhalten.<sup>7</sup> Dieser Vermögensvorteil soll über das Instrument des Ausgleichsanspruchs (Art. 62 OR) kompensiert werden. Massgebend für die Bemessung dieses Ausgleichsanspruchs sei schliesslich der objektive Wert des Erlangten, d.h. der Marktwert.

### IV. Branchentarife scheiden bei ausservertraglicher Nutzung aus

Der Kläger machte geltend, er hätte sich bei der Rechnungsstellung an die Immobilienfirma auf die Tarife der Schweizerischen Arbeitsgemeinschaft für Bild-Archive und -Agenturen (SAB) gestützt, diese Preisempfehlungen könnten als übliche und angemessene Gebrauchschädigung gelten. Nicht nachvollziehbar ist sodann, weshalb der klägerische Anwalt mit BGE 122 III 463 zwar darauf hinweist, dass das Bundesgericht einen Fall hierzu zu *beurteilen* hatte, bei dem die *Vorinstanz* den Schaden aufgrund der SAB-Preisempfehlungen festgelegt hat, dann jedoch nicht erwähnt, dass eben dieser BGE die SAB-Preisempfehlungen explizit als Berechnungsgrundlage für die Lizenzanalogie *bestätigt* hat: «Schadensbestimmung nach der Methode der Lizenzanalogie anhand einer branchenüblichen Vergütung für die Verwendung des urheberrechtlich geschützten Werks ist unstrittig.»<sup>8</sup>

Ein späterer Entscheid des Kantonsgerichtes St. Gallen hat die SAB-Tarife für die Lizenzanalogie ebenfalls ohne Widerspruch angewendet<sup>9</sup> und hätte den Beizug der SAB-Tarife für die Lizenzanalogie zusätzlich stützen können, dieser Entscheid findet sich in der Klageschrift jedoch nicht.

Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, dass allein der Marktpreis entscheidend sei, diese SAB-Tarife also unbeachtlich seien, zudem hätte der Kläger nirgends belegt, dass er diese Tarife auch sonst tatsächlich anwenden würde. Schliesslich fänden diese SAB-Tarife gemäss deren Geschäftsbedingungen nur Anwendung, wenn der Bildanbieter keine eigenen Tarife nenne, dies sei jedoch beim Fotografen der Fall, da er auf seiner Homepage für die Berechnung von Bildhonoraren explizit auf den Gesamtarbeitsvertrag 2000 für Journalistinnen und Journalisten verweise.

Das Handelsgericht folgte im Wesentlichen dieser Argumentation: «Ohne Aufnahme in eine individuelle Vereinbarung kommt solchen Branchenempfehlungen, wie

denjenigen der SAB, keine rechtserhebliche Bedeutung zu. (...) Sie dienen allein der Orientierung und sie können nur herangezogen werden, sofern sie vom Markt tatsächlich auch befolgt werden.»<sup>10</sup> Der Kläger habe es jedoch unterlassen, zu beweisen, dass diese Tarife den Marktpreisen entsprechen würden.

Tatsächlich findet sich in dessen Beweisunterlagen keine einzige Rechnung irgendeines Fotografen oder Bildanbieters, aus der ersichtlich wäre, dass sie sich auf die SAB-Tarife stützten. Es ist deshalb nicht zu bemängeln, dass das Gericht zur Ermittlung des Marktpreises die zahlreichen Beweise der Beklagten herangezogen hat. Dass diese Beweise zwar vorgebracht, in der Substanz jedoch ebenfalls zur Ermittlung des Marktpreises ungeeignet waren, wird im Kapitel 6.1 aufgezeigt. Und dass das Berner Gericht eine Rechnung des Fotografen, die sich zur Ermittlung des Marktpreises sehr wohl geeignet hätte, hierfür nicht beachtet und das Bundesgericht die fadenscheinige Begründung des Handelsgerichts hierzu auch noch durchgewunken hat, hat wesentlich zum aus Fotografensicht desaströsen Resultat der Lizenzgebühr von 55.– Franken für insgesamt 5 Nutzungen dieser Fotografie geführt.

Die Branchenverbände wie die SAB täten also gut daran, mit eigenen Marktanalysen aufzuzeigen, inwieweit ihre Preisempfehlungen in der Praxis auch tatsächlich Anwendung finden, solche Analysen könnten dann in einem nächsten Konfliktfall von den Gerichten als genügend substantiiertes Beweismittel zur Berechnung des Marktpreises berücksichtigt werden.

### V. Hürden bei der Ermittlung des Marktpreises

Die Beklagte hat insgesamt 6 Beweise eingebracht, mit denen sich belegen liesse, dass der Marktwert des Drohnenbildes aus Port im zweistelligen Frankenbereich liege: Eine Flugaufnahme von Port, die für 10.– Franken bei «www.kartenplanet.ch» erworben werden könne, eine Flugaufnahme der Stadt Bern, die beim Bildanbieter «www.shutterstock.com» für 49.– Franken zu haben sei, je eine Flugaufnahme des Bielersees und der Stadt Biel mit Schweizeralpen bei Sonnenuntergang für je 12.– Franken bei «www.istock.com» zu haben, eine Flugaufnahme des Bieler Fussballstadions, angeboten von der Bildagentur «www.imago-images.ch» für 99.– Euro, sowie ein Kostenvoranschlag der Vermittlungsplattform Backbone, 8 Drohnenaufnahmen der Gemeinde Port für den Preis von 299.– Franken zu realisieren, was zu einem Preis für eine Aufnahme von 37.40 Franken führe.

Bevor diese Beweismittel im Einzelnen auf ihre Tauglichkeit geprüft werden, gilt es einige allgemeine Überlegungen zum Marktwert einer Fotografie anzustellen.

6 BGE 126 III 392 ff. E. 11a.

7 HGer Bern vom 13. Februar 2023, HG 22 35, E. 20.4.1.

8 BGE 122 III 463 ff. E. 5 b.

9 KG St. Gallen, sic! 1999, 631, «Logo I».

10 HGer Bern vom 13. Februar 2023, HG 22 35, E. 21.1.2.



## 1. Zur Vergleichbarkeit von Fotografien

Der Marktpreis einer Fotografie ist nicht wie jener z.B. eines Kilos Kartoffeln zu bestimmen. Jede Fotografie zeigt erstens ein bestimmtes Sujet und zweitens hängt der Preis meistens auch von der Anzahl der im Markt angebotenen Bilder genau dieses Sujets ab. Die Strategie der Beklagten bestand darin, im Internet nach möglichst preisgünstigen x-beliebigen Flugaufnahmen aus dem Raum Biel zu suchen. Eigentlich erstaunlich, dass die Beklagte nicht einen Marktpreis von 0.– Franken gefordert hat, denn man findet Tausende von Flugaufnahmen zur kostenfreien Nutzung im Internet, so z.B. auch eine schöne Flugaufnahme des Bielersees bei wikimedia commons.<sup>11</sup> Oder anders formuliert: Natürlich sind heute im Internet Millionen von Fotografien – und dabei nicht etwa nur schlechte – gratis oder für zweistellige Frankenbeträge erhältlich, das ist eine Realität auf dem Bildermarkt. Das heisst aber eben noch nicht, dass sich diese Preise auf alle Fotografien übertragen lassen. Das genutzte Bild der Gemeinde Port war das absolut einzige im Internet auffindbare, das für die Immobilienfirma in Frage kam (weshalb das andere Drohnenbild von Port für 10.– Franken nicht in Frage kam, wird weiter unten aufgezeigt).

Es gab deshalb im engeren Sinn aufgrund des Sujets keine vergleichbaren Angebote. Wenn man der Immobilienfirma ein im Internet für 1.5 Mio Franken angebotenes Einfamilienhaus stehlen könnte, würde man dann im Streitfall den Marktpreis ebenfalls aus Billigstangeboten von anderen Einfamilienhäusern herleiten? Wohl kaum. Die Unvergleichbarkeit aufgrund der unterschiedlichen Sujets war ein Argument des Klägers, das Handelsgericht liess es nicht gelten.

Und das Bundesgericht schreibt dazu in Erwägung 4.2: «Ohnehin hat sich schon die Vorinstanz mit seinem Einwand, dass es sich dabei um qualitativ nicht vergleichbare Bilder handle, befasst, ihn aber mit überzeugenden Erwägungen verworfen.»

## 2. Marktpreise von Archivbildern versus Offerten für die Erstellung von Aufnahmen

Diese «überzeugenden Erwägungen» waren folgende: Der Kläger würde nicht belegen, dass es sich bei den von der Beklagten vorgelegten Bildern um «nicht vergleichbare Bilder» handle.<sup>12</sup> Der Kläger hat jedoch in seiner Replik hierzu zwei wesentliche Aspekte festgehalten: Er führte gegen die Offerte von *Backbone* (jene Vermittlungsagentur, die keine Bilder sondern Dienstleistungen zum Erstellen gewünschter Drohnenaufnahmen anbietet) ins Feld, die Preise zwischen Archivbildern einerseits und noch zu erstellenden Aufnahmen andererseits liessen sich nicht vergleichen.

Bei noch zu erstellenden Aufnahmen müsse man auf die Bilder warten, was je nach Wetterlage und Jahreszeit dauern könne, zweitens kenne man das Resultat nicht und vielleicht seien drittens die gewünschten Aufnahmen gar nicht realisierbar. Demnach könne man den Marktwert eines bestehenden Bildes nicht per se mit einem noch zu

realisierenden vergleichen. Dem ist zuzustimmen. Man stelle sich z.B. den Wunsch eines Immobilienhändlers vor, eine schöne Drohnenaufnahme eines schmackhaften Wohnquartiers im Grünen zu erhalten, wenn dort aktuell gerade die ganze Strasse aufgerissen wird. Oder der Immobilienhändler möchte ein Bild des Stadtpräsidenten bei seiner Ansprache am Neujahrsapéro des Hauseigentümergebietes für seine Kundenzeitschrift. Diese Bilder sind nur in Archiven von Fotografen und Agenturen aufzutreiben. Das muss nicht heissen, dass Bilder aus Archiven zwingend mehr oder auch weniger kosten, aber sehr gut möglich ist das je nach Sujet und Verfügbarkeit im Markt eben schon.

Die Erwägung des Handelsgerichts, dass es «nicht nachvollziehbar» sei, wieso eine bereits vorhandene Fotografie teurer sein soll, als eine solche, die auf Kundenwunsch erst noch aufgenommen werden muss, taugt schon deshalb nicht, weil das der Kläger gar nie behauptet hat. Er hat lediglich grundsätzlich die Vergleichbarkeit von Preisen für Archivbilder mit Offerten für zu erstellende Aufnahmen in Frage gestellt mit dem Ziel, dass die Offerte von *Backbone* zur Ermittlung des Marktpreises eines Archivbildes nicht beachtet werden soll.

Trotz seiner eigenen Erwägung, hat das Handelsgericht in seiner weiteren Erwägung 21.1 die Offerte von *Backbone* mit dem Argument der Klägerin (Unvergleichbarkeit) schliesslich doch nicht beachtet und sich nur auf die Preisofferten für bestehende Bilder bezogen.

## 3. Sind offerierte auch praktizierte Preise?

Eine weitere grundsätzliche Frage zu den von der Beklagten vorgebrachten Beweisen für den Marktpreis mag zwar spitzfindig erscheinen, sie hätte aber zum Argumentationsstil der Beklagten gepasst: Beweisen im Internet publizierte Offerten für Nutzungslizenzen, dass diese im Markt auch Anwendung finden? Was wäre gewesen, wenn der Kläger Offerten für Drohnenaufnahmen im Internet zum Preis von 1'500.– pro Bild gefunden hätte? Oder anders formuliert: Das Handelsgericht hätte sämtliche Beweise der Beklagten zurückweisen können, weil nur behauptet und nicht bewiesen worden ist, dass die publizierten Preise im Markt auch zur Anwendung kommen. Der einzige Beweis, der belegte, welcher Preis für eine einzelne Nutzung bezahlt worden ist, war die Rechnung des Klägers für die Nutzung von 4 Bildern für 900.–. Diese wird im Kapitel 6.8 näher erörtert.

## 4. Mangelhafte Qualität der Beweise, auf die sich das Gericht gestützt hat

Zurück zu den Beweisen der Beklagten: Kein einziges der drei von der Beklagten bemühten Bilder der Agentur *iStock* zeigt eine Luftaufnahme der Gemeinde Port, sondern es sind x-beliebige Luftaufnahmen: Das Bundeshaus in Bern

11 <https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Bielersee-Seeland.png>, zuletzt besucht am 4. September 2023.

12 HGer Bern vom 13. Februar 2023, HG 22 35, E. 21.1.6.

mit Altstadt, die Bielerseebucht mit der Stadt Biel sowie eine Fernansicht der Schweizer Alpen mit der Stadt Biel bei Sonnenuntergang. Ihre Vergleichbarkeit erschöpft sich in der Tatsache, dass es alles Luftaufnahmen sind. Für den Immobilienhändler, der ein Bild der Gemeinde Port gesucht hat, wären sie alle unbrauchbar gewesen.

Die Beklagte hat zudem auch im Internet gefundene Bilder als Beweismittel vorgebracht, die für die Immobilienfirma nicht nur aufgrund des Sujets, sondern auch aufgrund der Lizenzbedingungen zum behaupteten Preis gar nicht nutzbar gewesen wären: Die Flugaufnahme eines Fussballstadions in Biel der Bildagentur Imago hätte nur für die *redaktionelle* Nutzung 99.– Euro gekostet; bei einer kommerziellen Nutzung in Print und digital, wie von der Immobilienagentur vorgenommen, hätte sich der Preis auf über 400.– Euro belaufen, der Autor dieses Artikels hat bei IMAGO im Juni 2023 eine entsprechende Offerte eingeholt. Der klägerische Anwalt hat es offenbar unterlassen, das 99-Euro-Angebot genau zu studieren.

Dass man Kläger und Gerichte noch unverschämter an der Nase herumführen kann, zeigt das als Beilage 8 eingereichte Beweismittel der Beklagten: Es handelt sich um die einzige Flugaufnahme von Port (ausser der genutzten), sie wäre auf den ersten Blick daher tatsächlich vergleichbar gewesen. Doch die Aufnahme zeigt Port vermutlich etwa in den 1970er-Jahren(!). Was man zudem für 10.– Franken im Internet bei [www.kartenplanet.ch](http://www.kartenplanet.ch) kaufen kann, ist eine alte, vergilbte Postkarte ohne jegliches Nutzungsrecht an diesem Bild.<sup>13</sup> Auch dies hat der klägerische Anwalt verkannt.

Ausgerechnet auf diese zwei letzten Beispiele, die für den angebotenen Preis entweder gar keine Lizenz (Postkarte für 10.– Franken) oder nur eine für einen anderen Zweck vergaben (nur eine einzige und *redaktionelle* Nutzung für das Stadionbild von IMAGO) stellte das Gericht schliesslich ab, weil sie die Preisspanne markierten: Es errechnete den Durchschnitt von 10.– + 99.– Franken und rundete grosszügig auf 55.– Franken auf. Dass das Berner Handelsgericht sich überhaupt nicht dafür interessiert hat, welcher Nutzungsumfang denn mit dem offerierten Preis überhaupt verbunden war, zeugt entweder von dessen mangelhafter Kenntnis des Bildermarktes oder seiner Voreingenommenheit. Bei der Lektüre dieses Urteils wird man den Eindruck nicht los, dass das Berner Handelsgericht dem Anwalt der Beklagten so ziemlich alles abgenommen hat und viele berechtigte Argumente des klägerischen Anwalts hat ins Leere laufen lassen.

## 5. Fehlleistungen diverser Akteure

Dass die oben erwähnten Schummeleien der Beklagten mit ihren Beweismitteln vom klägerischen Anwalt nicht aufgedeckt worden sind, hat er sich jedoch selber zuzuschreiben. Mindestens nach Eingang der Klageantwort, in der der auf den SAB-Tarifen basierte Marktpreis mit Gegenbeispielen bestritten worden ist, hätte der Kläger in seiner Replik diese Beweismittel zerpflücken und seinerseits mit mehreren konkreten Beispielen zum Marktpreis einer vergleich-

baren Nutzung kontern müssen. Das Handelsgericht Bern hat sich von der Anzahl der von der Beklagten eingereichten Preisvergleiche und den konkreten Angaben in Franken blenden lassen, eine kritische Überprüfung der Beweismittel hat es nicht vorgenommen. Wenn das Gericht in seiner Erwägung 21.1.4 schreibt, «wieviel ein Bild kostet», lässt es völlig ausser Acht, dass der Preis bei Lizenzierungen nicht *pro Bild* sondern *pro Nutzung* berechnet wird. Wie sich der Klageantwort entnehmen lässt, kennt sich der Anwalt der Beklagten entweder darin ebenfalls nur oberflächlich aus, oder aber er hat das Handelsgericht mit ebensolchen Formulierungen auf die von ihm gewünschte Spur zu bringen versucht: Wenn er schreibt, aufgrund der vom Kläger vorgebrachten Rechnung (Nutzung von 4 Bildern zum Preis von 900.– Franken) käme man auf einen Preis pro Bild von 225.– Franken, und das sei nur ein Bruchteil von den in Rechnung gestellten 3'920.– Franken für die Nutzung des Drohnenbildes, so unterschlägt er, dass das Drohnenbild für insgesamt 5 Nutzungen verwendet worden ist (4 x digital, 1 x Print), die 4 Bilder für 900.– Franken aber einzig für eine gedruckte Publikation lizenziert worden sind. Zudem setzt sich der Betrag von 3'920.– Franken nur zu 2020.– Franken aus den Nutzungslizenzen zusammen, die restlichen 1'900.– Franken wurden mit dem Verletzerzuschlag, der fehlenden Namensnennung und einer Umtriebsentschädigung begründet.

## 6. Kostet ein Bild mit vielen Pixeln mehr als eines mit wenigen?

Fern jeglicher Praxis konnte das Handelsgericht in der Erwägung 21.1.6 auch keinen Zusammenhang zwischen Preis und Anzahl Pixel erkennen. Es argumentierte, der Kläger hätte nicht geltend gemacht, dass die Kosten für die Herstellung eines Bildes mit hoher Auflösung höher seien, als für eines mit tieferer Auflösung. Diese Argumentation zielt ins Leere, weil die Lizenzgebühren vom Nutzen abhängen und nicht vom Aufwand für die Erstellung einer Aufnahme. Ein Blick in die Preisstaffelungen von Bildagenturen hätte genügt, um festzustellen, dass oft sehr wohl ein direkt proportionaler Zusammenhang zwischen Anzahl Pixel eines Bildes und dem Preis für eine Nutzungslizenz besteht.<sup>14</sup>

## 7. Das ungenügend beachtete Beweismittel des Klägers

Dass das Bundesgericht die Erwägungen der Vorinstanz gestützt hat, ohne sich damit tiefer auseinanderzusetzen, ist bedauerlich. Wenn in E. 4.2 das Bundesgericht behauptet, der Beschwerdeführer hätte nicht aufgezeigt, inwiefern die vorinstanzliche Würdigung willkürlich sein soll, ist das schlicht falsch. Der Beschwerdeführer hat detailliert aufgezeigt, dass die Vorinstanz Tatsachen berücksichtigt habe,

13 [www.kartenplanet.ch/schweiz/bern/60964/port-flugaufnahme?c=13](http://www.kartenplanet.ch/schweiz/bern/60964/port-flugaufnahme?c=13), zuletzt besucht am 4. September 2023.

14 <https://tw-photomedia.de/kataloge/web.pdf>, zuletzt besucht am 4. September 2023.

die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen (nicht statthafte Preisvergleiche mit nicht vergleichbaren Angeboten) und indem sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen habe, die hätten beachtet werden müssen (Empfehlungen SAB, Tarif *Pro Litteris*, frühere Rechnung des Beschwerdeführers, ...). Insbesondere die Tatsache, dass das Handelsgericht Bern die vom Kläger vorgebrachte Rechnung für eine andere, früher erfolgte Bildlizenzierung einer anderen Drohnenaufnahme bei der Bezifferung des Ausgleichsanspruchs unbeachtet gelassen hat, deutet darauf hin, dass die Vorinstanz ihre Erwägungen sehr zielorientiert zusammengestellt hat.

Der Beschwerdeführer schreibt in Ziffer 31 dem Bundesgericht, dass sich die Vorinstanz bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs von Faktoren habe leiten lassen, welche willkürlich und der gegebenen Situation nicht angemessen seien und umgekehrt nahe liegende Bemessungsfaktoren unberücksichtigt gelassen hätte. Diesem Fazit ist zuzustimmen und vom Bundesgericht hätte hier eine deutliche Korrektur erwartet werden dürfen.

In der besagten als Beweismittel eingereichten Rechnung hat der Fotograf für 4 Bilder (davon eine Drohnenaufnahme) für die Nutzung in einer gedruckten Publikation (also ohne jegliche digitalen Nutzungen) pauschal 900.– Franken in Rechnung gestellt. Gestützt auf den SAB-Tarif 2021 hätten für diese Nutzung eigentlich 1'250.– Franken verrechnet werden können: 250.– pro Bild + einen 100%-Zuschlag von 250.– für das Drohnenbild. Das Handelsgericht hat deshalb zu Recht festgestellt, dass der Fotograf mit seiner Rechnung über 900.– Franken unter den SAB-Tarifen geblieben ist. Es hat jedoch zu Unrecht diese Rechnung nicht als Beispiel herangezogen, um den Marktpreis für die erfolgte Nutzung eines Drohnenbildes zu bestimmen. Aufgrund dieser Rechnung hätte dieser für die fragliche Nutzung (1x Print + 4x digital) wie folgt ermittelt werden können: Wenn für die vier Bilder nur für eine Print-Nutzung 900.– Franken bezahlt worden sind, liegt man für das Drohnenbild allein für die Printnutzung bei 360.– Franken (drei «normale» Bilder à 180.– Franken, ein Drohnenbild mit 100%-Zuschlag à 360.– Franken). Da die Nutzung im vorliegenden Streitfall neben einer gedruckten Publikation auch noch vier digitale Publikationen umfasste, wäre hier ein entsprechender Zuschlag angemessen. Auf Nachfrage bei der SAB, welche Lizenzgebühr für die erfolgten Nutzungen des Drohnenbildes durch die Immobilienfirma ohne Streitfall in etwa angemessen gewesen wären, lautete die Auskunft 500.– Franken +/- 10%.

Wenn das Bundesgericht erwägt, die betreffende Rechnung sei von der Vorinstanz berücksichtigt worden, sie hätte in ihr aber in willkürfreier Würdigung gerade umgekehrt einen Beleg dafür gesehen, dass der Beschwerdeführer seine Bilder selber zu tieferen Preisen als zu den SAB-Empfehlungen, auf die er sich für seine Klageforderung stützte, anbot, trifft das zwar zu. Diese richtige Feststellung ist jedoch kein Grund, deshalb dieses Beweismittel nicht genauso für die Ermittlung des Marktpreises beizuziehen, wie die von der Gegenpartei vorgebrachten Beweismittel. Wenn gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ein «ziffernmässig nicht nachweisbarer

Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge» ermittelt werden muss, hat dies die Vorinstanz unterlassen und das Bundesgericht hat diese Unterlassungssünde mit dem Hinweis gedeckt, eine Verletzung von Art. 4 ZGB und von Art. 42 Abs. 2 OR sei nicht dargetan.

Insbesondere in Bezug auf diese frühere Rechnung des Fotografen, die die Vorinstanz nicht als Bemessungsgrundlage für ein realistisches Bildhonorar hat beiziehen wollen, müssen sich beide Instanzen den Vorwurf gefallen lassen, dass sie ein wichtiges Beweismittel des Klägers einfach unter den Tisch gewischt haben. Das Bundesgericht schreibt in der Erwägung 4.1: «Mangels klägerischer Behauptungen und Belegen zu den Marktpreisen ging die Vorinstanz von den Beweismitteln aus, welche die Beschwerdegegnerin für die Marktpreise eingereicht hat.»

## VI. Verletzerzuschlag

Auch wenn dieses abschliessende Urteil des Bundesgerichts von der Fotografengemeinde als «katastrophal» und beim Journalistenverband *impressum* das zugestandene Bildhonorar als «lächerlich»<sup>15</sup> betitelt worden sind, hat es immerhin den Verdienst, schonungslos aufzuzeigen, was bei einer Urheberrechtsverletzung in einem Zivilfahren aufgrund der aktuellen Gesetzeslage und Rechtsprechung resultieren kann: Zuerst bedient man sich im Internet illegal mit Fotografien, nennt natürlich den Bildautor nicht, sondern fügt vielmehr noch sein eigenes Logo ins Bild ein und rechnet danach einem klagenden Urheber vor, dass sein Bild nicht mehr wert sei, als einigermaßen ähnliche Bilder, die man im Internet zum tiefstmöglichen Preis gefunden hat. Dass dieses Urteil eine Einladung für Urheberrechtsverletzungen darstellt, wie von ETIENNE COQUOZ in *medialex*<sup>16</sup> beklagt, ist leider nicht von der Hand zu weisen.

### 1. Die aktuelle Situation privilegiert Rechtsverletzer

Der Staat erlässt Gesetze, um unerwünschtes Verhalten zu sanktionieren. Wenn die geltende Rechtsordnung für eine dreifache Urheberrechtsverletzung eine Bezahlung von 55.– Franken vorsieht, motiviert das nicht, das Urheberrecht zu respektieren. Das Zürcher Obergericht hat im Entscheid BGE 122 III 463 zu dieser Problematik festgehalten, die aktuelle Methode der Lizenzanalogie bei Urheberrechtsverletzungen stelle rechtmässige und widerrechtliche Benutzungen eines geschützten Werks vergütungsmässig gleich und privilegiere damit den Rechtsverletzer.<sup>17</sup> Und bei EGLOFF ist nachzulesen, dass die aktuelle Rechtslage dazu führe, dass Personen, die Werke oder andere immaterielle

15 E. COQUOZ, Une épine dans le pied des photographes professionnels?, *medialex* 05/2023, <<https://medialex.ch/2023/06/06/une-epine-dans-le-pied-des-photographes-professionnels/>>, zuletzt besucht am 4. September 2023.

16 COQUOZ (Fn. 16).

17 BGE 122 III 463 ff.

Leistungen unrechtmässig nutzen, genau gleichgestellt sind mit denjenigen, die sich korrekt um einen Nutzungserlaubnis bemühen.<sup>18</sup>

VOGT forderte in einem profunden Aufsatz bereits 1997 die Einführung eines Sonderzivilrechts für Immaterialgüterverletzungen, unter anderem weil das Privatrecht nur die vermögensrechtlichen Konsequenzen aus einer Urheberrechtsverletzung behandelt, nicht jedoch die immateriellen Benachteiligungen durch eine solche.<sup>19</sup> Auch er schlug die Einführung eines Verletzerzuschlags als «notwendiges Element eines Sonderzivilrechts für Immaterialgüterrechtsverletzungen» vor. Der Verletzer sei gegenüber einem Lizenznehmer besser gestellt, das zeuge nicht von Kohärenz in einem Rechtssystem, das eine «wertungsmässige Kongruenz von Rechtsmacht und Verletzungsfolge» anstrebe.<sup>20</sup> VOGT sieht im Verletzerzuschlag denn auch nicht ein pönales Element, sondern ein ergänzendes, das dem auf Lizenzanalogie basierenden Ausgleich des materiellen Schadens hinzugefügt wird und so auch einen präventiven Charakter entfalten könne.

Und JENNY hat mit seinem Beitrag in der sic! 2004<sup>21</sup> aufgezeigt, dass mit dem Fehlen eines Verletzerzuschlags in der Schweiz eine rechtspolitische Lücke besteht, die nicht de lege lata mit schlecht begründeten Gerichtsentscheiden gefüllt werden dürfe. Diese Lücke bestehe nicht nur aufgrund des technologischen Fortschritts, der Urheberrechtsverletzungen sehr einfach gemacht habe (hielt er vor 19 Jahren fest), sondern auch, weil das Strafrecht nur bei Vorsatz greife. Ein solcher ist jedoch bei der unautorisierten Nutzung von immateriellen Gütern nur selten gegeben und noch schwieriger zu beweisen.

## 2. Die Gerichte sehen den Handlungsbedarf beim Gesetzgeber

Dass auch die Gerichte dem Gesetzgeber eine Änderung in diesem Sinn nahelegen, lässt sich zwei Bundesgerichtsentscheiden entnehmen: In BGE 122 III 463 wird auf ein Postulat von Theo Fischer hingewiesen, der schon im Jahre 1961 den an einer angemessenen Vergütung zu messenden Schaden bei widerrechtlicher Benutzung eines geschützten Werks allenfalls höher ansetzen wollte als eine vergleichbare Lizenzgebühr.<sup>22</sup> Und Alois Troller hätte gefordert, in Urheberrechtssachen sei, wenn einmalige Benutzungen mit verhältnismässig geringem Entgelt zur Diskussion stünden, ein Zuschlag von 100% zur normalen Grundgebühr zuzulassen, er hielte hierfür aber eine gesetzliche Grundlage für notwendig.<sup>23</sup>

Auch BGE 132 III 379 (2005) setzte sich mit der Problematik auseinander und argumentierte, dass die autonome Übernahme in Schweizer Recht der Richtlinie 2004/48 EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums vom 9. März 2004 helfen würde.

## 3. Die Richtlinie 2004/48 EG

Art. 13 dieser Richtlinie lautet unter dem Titel «Schadenersatz» wie folgt:

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte auf Antrag der geschädigten Partei anordnen, dass der Verletzer, der wusste oder vernünftigerweise hätte wissen müssen, dass er eine Verletzungshandlung vornahm, dem Rechtsinhaber zum Ausgleich des von diesem wegen der Rechtsverletzung erlittenen tatsächlichen Schadens angemessenen Schadensersatz zu leisten hat.

Bei der Festsetzung des Schadensersatzes verfahren die Gerichte wie folgt:

a) Sie berücksichtigen alle in Frage kommenden Aspekte, wie die negativen wirtschaftlichen Auswirkungen, einschliesslich der Gewinneinbußen für die geschädigte Partei und der zu Unrecht erzielten Gewinne des Verletzers, sowie in geeigneten Fällen auch andere als die rein wirtschaftlichen Faktoren, wie den immateriellen Schaden für den Rechtsinhaber,

oder

b) sie können stattdessen in geeigneten Fällen den Schadensersatz als Pauschalbetrag festsetzen, und zwar auf der Grundlage von Faktoren wie mindestens dem Betrag der Vergütung oder Gebühr, die der Verletzer hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des betreffenden Rechts des geistigen Eigentums eingeholt hätte.

(2) Für Fälle, in denen der Verletzer eine Verletzungshandlung vorgenommen hat, ohne dass er dies wusste oder vernünftigerweise hätte wissen müssen, können die Mitgliedstaaten die Möglichkeit vorsehen, dass die Gerichte die Herausgabe der Gewinne oder die Zahlung von Schadensersatz anordnen, dessen Höhe im Voraus festgesetzt werden kann.

Dass ein Verletzerzuschlag mit Erfolg und auch europarechtskonform praktiziert wird, zeigen die Erfahrungen z.B. aus Deutschland.<sup>24</sup>

## 4. Wo der Verletzerzuschlag schon praktiziert wird

Dass ein solches Instrument auch in der Schweiz methodologisch nichts Neues und deshalb ein logischer Schritt wäre, zeigen z.B. die Tarifverordnungen von Pro Litteris und vielen anderen Verwertungsgesellschaften, die einen Verletzerzuschlag zum Teil ihrer Geschäftsbedingungen gemacht haben. Es ist stossend, wenn ein legaler Nutzer, der z.B. mit

18 D. BARRELET/W. EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 4. Aufl., Bern 2020, URG 62 N 19.

19 H.-U. VOGT, Sonderzivilrecht für Immaterialgüter – dargestellt anhand der vermögensrechtlichen Folgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen, recht 1997, 231 ff.

20 VOGT (Fn. 20), 250.

21 R. M. JENNY, Zum Verletzerzuschlag im schweizerischen Urheberrecht, sic! 2004, 651.

22 BGE 122 III 463 ff. E. 5cc.

23 BGE 122 III 463 ff. E. 5cc.

24 <www.lhr-law.de/magazin/urheber-designrecht/verdopplung-des-lizenzschadenersatzes-bei-nichtnennung-des-urhebers-mit-europa-recht-vereinbar>, zuletzt besucht am 4. September 2023.



Pro Litteris in einer Geschäftsbeziehung steht, im Fall einer Urheberrechtsverletzung eine Konventionalstrafe hierfür schuldet, ein anderer Nutzer, der Bilder von Pro Litteris illegal nutzt, für dasselbe Vergehen nichts schuldet, weil er keine Geschäftsbeziehung mit dieser Verwertungsgesellschaft eingegangen ist. Gewohnt ist man sich zudem hierzulande auch, dass wenn man die Nutzungslizenz für einen Parkplatz nicht bezahlt hat, nicht nur den Preis für ein normales Parkticket (Lizenzanalogie), zu bezahlen hat, sondern wesentlich mehr. Dasselbe gilt für den Ladendiebstahl: Man bezahlt nicht nur die entwendete Ware, sondern eine meist als Umtriebsentschädigung deklarierte Pauschale dazu.

### 5. Den Appetit auf illegale Nutzungen einschränken

Es geht dem Autor bei diesem Plädoyer zur Einführung eines Verletzerzuschlags ins Schweizer Rechtssystem nicht darum, Fotografen zu mehr Einnahmen zu verhelfen, sondern darum, Verstösse gegen das Urheberrecht weniger attraktiv zu machen. Sollte ein Verletzerzuschlag eingeführt werden, sollte dieser nicht nur nach einem festgelegten Prozentsatz des ermittelten Marktpreises des Bildes, sondern auch abgestuft nach Anzahl und Schwere der Urheberrechtsverletzungen festgelegt werden.<sup>25</sup>

Im hier diskutierten Rechtsfall hat das Handelsgericht gestützt auf BGE 122 III 463 den vom Kläger geforderten Verletzerzuschlag *de lege lata* zu Recht verneint. Seit dieser Entscheid ist mehr als ein Vierteljahrhundert ins Land gezogen, Fotografen arbeiten mittlerweile mit Drohnen und der Bildermarkt hat sich aufgrund der Digitalisierung und damit einhergehenden Internationalisierung total und zu Gunsten der Nutzer verändert: Ein besseres Angebot zu tieferen Preisen. Es wäre nichts als logisch, wenn der Gesetzgeber diese längst fällige Einführung des Verletzerzuschlags vornehmen und damit den immer noch weit verbreiteten Appetit auf illegale Bildernutzung wenigstens etwas einschränken könnte.

### VII. Strafrechtlich oder zivilrechtlich klagen?

Künftige Kläger wären vermutlich besser beraten, wenn über ein Strafverfahren zuerst sämtliche Aspekte der Urheberrechtsverletzung geklärt und die Täter bestraft würden. Sollten sich Letztere aufgrund des Verdikts immer noch weigern, (vernünftig hoch) angesetzte Lizenzgebühren zu bezahlen, müsste zwar noch ein zivilrechtliches Verfahren geführt werden. Ein solches würde aber mit Sicherheit weniger Verfahrens- und Parteikosten generieren. Die Kostenverteilung hat in diesem Verfahren den vermeintlichen Sieger zum Verlierer gemacht. Dieser musste mit 9459.– Franken die Gerichtskosten, die eigenen Anwaltskosten und die Parteientschädigung bezahlen, das ist 172 mal mehr als die zugestandene Entschädigung von 55.– Franken für die illegalen Bildnutzungen. Wie es soweit kommen konnte, wird im nächsten Kapitel beschrieben.

Noch sinnvoller als jegliche Klagen vor Gericht, erachtete der Autor die Möglichkeit, solche Konflikte mit relativ kleinen Streitsummen vor einer kostenlosen Schlichtungsstelle (wie z.B. im Mietrecht) ausfechten zu können. Es ist schade, dass diese Möglichkeit im Rahmen der letzten ZPO-Revision nicht aufgenommen worden ist. Vielleicht nehmen die betroffenen Berufsorganisationen diesen Faden wieder einmal auf und bieten eine Ombudsstelle an.

### VIII. Verfahrens- und Parteikosten

Weil der Fotograf bei seinen monetären Forderungen nur mit 1.4% der Streitsumme durchgedrungen ist, hat ihm das Berner Handelsgericht 100% der Verfahrens- und Parteikosten auferlegt.

Die bundesrichterliche Bestätigung dieser vorinstanzlichen Kostenverteilungsverfügung bedeutet im Ergebnis für die Geschädigten bei Urheberrechtsverletzungen: Trotz gerichtlicher Anerkennung sogar mehrfacher Urheberrechtsverletzungen riskiert ein Kläger die volle Verfahrenskostenübernahme. Dies kommt einer störenden Benachteiligung der rechtmässigen Urheber gegenüber den unrechtmässigen Nutzern gleich.

Bezüglich der Kostenverteilung hat der Kläger in seiner Beschwerdebeurteilung ans Bundesgericht die Verletzung von Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO gerügt und gefordert, dass die Vorinstanz einen Grossteil der Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin auferlegen und dem Beschwerdeführer eine reduzierte Parteientschädigung hätte zusprechen müssen.

Das Bundesgericht hat diesen Beschwerdepunkt des Klägers als unzulässig erklärt: «weder den Beschwerdeanträgen noch der Beschwerdebeurteilung lässt sich ein hinreichend bestimmter materieller Antrag auf Abänderung der vorinstanzlichen Prozesskostenregelung entnehmen.»<sup>26</sup> Auch wenn dieser Standpunkt durch Bundesgerichtsentscheide<sup>27</sup> abgesichert ist, so ist dieser Vorwurf befremdend: Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO legt fest, dass die Prozesskostenverteilung im Ermessen des Gerichts liegt, entsprechend hat der Beschwerdeführer nur verlangt, dass dieses Ermessen auch angewendet wird. Und immerhin hat er in seiner Beschwerdeschrift zwei klare Hinweise gegeben, woran sich dieses Ermessen hätte orientieren können: Die klägerische Partei habe in mehreren Punkten des Streitfalls obsiegt (Urheberrechtsverletzung, fehlende Namensnennung, Einfügen des Wasserzeichens), ein Grossteil der Gerichtskosten müssten deshalb der Beschwerdegegnerin auferlegt und dem Beschwerdeführer wenigstens eine reduzierte Parteientschädigung zugesprochen werden.

25 Vgl. OGer Zürich vom 13. November 1995, LK950008, M.B. gegen G.M., 8.

26 BGer vom 21. April 2023, 4A\_168/2023.

27 BGE 143 III 111 ff. E. 1.2; BGer vom 22. Dezember 2022, 4A\_510/2022, E. 4.3; BGer vom 1. Dezember 2011, 4A\_398/2011, E. 2.2.4; BGer vom 10. November 2011, 4A\_164/2011, E. 1.3.2.

Letztlich bleibt Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO jedoch eine Kann-Formulierung, das Bundesgericht hätte sich als Ablehnungsgrund also auch darauf beziehen und argumentieren können, dass es nicht in diese Kompetenz des Handelsgerichts habe eingreifen wollen.

## IX. Fazit

Eine zu hoch veranschlagte Forderung des Fotografen, ein Glaube des Klägers an die Durchsetzbarkeit von Preisempfehlungen, ein keck agierender Gegenanwalt, fehlende Beweise des Klägers, ein Handelsgericht, das die Beweismittel

der Beklagten zum Grossteil ungeprüft in seine Erwägungen übernommen hat und mindestens eines der Klägerin unbeachtet liess, eine Kostenverteilung, die nicht nachvollziehbar ist und ein Bundesgericht, das dieses unschöne Urteil bestätigt hat.

Es ist am nächsten Kläger, in Kenntnis dieses Falles ein wesentlich besseres Resultat für den Urheber zu erzielen. Und es ist am Gesetzgeber dafür zu sorgen, dass unrechtmässige Nutzer gegenüber den ehrlichen nicht bevorteilt werden und mindestens ein wenig mehr zu erwarten haben, als nur jene Lizenzgebühr bezahlen zu müssen, die bei rechtmässiger Nutzung angefallen wäre.

## Zusammenfassung

Das Bundesgericht hat im April 2023 ein Urteil des Berner Handelsgerichts bestätigt, das einem Fotografen für die 5-fache illegale und kommerzielle Nutzung seines Drohnenbildes 55.– Franken zugestanden und ihm alle Verfahrenskosten auferlegt hat. Im Beitrag wird aufgezeigt, dass – neben vielen richtigen Erwägungen – dieses im Resultat fragwürdige Urteil diversen Fehlleistungen sämtlicher Beteiligten, insbesondere einer mangelnden Kenntnis der Praxis des Bildermarktes zuzuschreiben ist. Wie dieser Fall exemplarisch aufzeigt, werden zudem Bilderdiebe gegenüber legalen Nutzern für ihr Verhalten letztlich belohnt. Um diesen unerwünschten Effekt zu mindern, schlägt der Autor die Einführung des in den umliegenden Ländern und in den Geschäftsbedingungen von vielen Schweizer Verwertungsgesellschaften schon lange praktizierten Verletzerzuschlags vor.

## Résumé

En avril 2023, le Tribunal fédéral a confirmé un jugement du Tribunal de commerce de Berne accordant 55 francs à un photographe pour l'utilisation illégale et commerciale à 5 reprises d'une photographie prise à l'aide d'un drone tout en le condamnant à tous les frais de procédure. L'article montre que, bien qu'il comporte de nombreuses considérations correctes, ce jugement au résultat discutable découle de diverses erreurs commises par toutes les parties impliquées, notamment en raison d'une méconnaissance de la pratique du marché de l'image. Comme ce cas l'illustre de manière exemplaire, les voleurs d'images sont en fin de compte récompensés pour leur comportement et avantagés par rapport aux utilisateurs légaux. Afin d'atténuer cet effet indésirable, l'auteur propose d'introduire un supplément forfaitaire pour violation des droits d'auteur, une disposition déjà présente dans la législation des pays voisins ainsi que dans les conditions générales de nombreuses sociétés de gestion suisses.