

**Obergericht
des Kantons Bern**

Handelsgericht

**Cour suprême
du canton de Berne**

Tribunal de commerce

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 03
Fax +41 31 634 50 53
handelsgericht.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

HG 22 35

Bern, 13. Februar 2023

Besetzung

Oberrichter Josi (Präsident), Handelsrichter Thomann und Handelsrichterin Meyer
Gerichtsschreiberin Zwahlen

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Kläger

gegen

C. _____ **AG**
Beklagte 1

D. _____
Beklagter 2
beide vertreten durch Rechtsanwalt E. _____

Gegenstand

Klage vom 11. April 2022



Regeste

Bedingte Klage

Unzulässigkeit einer subjektiven eventuellen Klagenhäufung bzw. eventuellen passiven Streitgenossenschaft (E. 12).

Vermutung der Urheberschaft

Keine Anwendung der Urheberrechtsvermutung nach Art. 8 Abs. 1 URG mangels Beweis der Vermutungsbasis (E. 18.1.1 f.).

Eingriffskondiktion

Die Beklagte 1 hat durch den Eingriff in die Urheberrechte des Klägers einen Vermögensvorteil erlangt, da sie sich die Kosten für die Herstellung bzw. Benutzung eines solchen Luftbilds eingespart hat (E. 20.4).

Lizenzanalogie

Die Lizenzanalogie, in der es darum geht, den objektiven Marktwert der Nutzung zu schätzen, kann bei der Bemessung des Vermögensvorteils aus einer ungerechtfertigten Bereicherung zur Anwendung kommen (E. 21).

Branchenempfehlungen

Branchenempfehlungen, wie den Preisempfehlungen der Schweizerischen Arbeitsgemeinschaft der Bild-Agenturen und –Archiven (SAB), kommt ohne Aufnahme in eine individuelle Vereinbarung keine rechtserhebliche Bedeutung zu. Sie dienen der Orientierung und können nur herangezogen werden, sofern sie vom Markt tatsächlich befolgt werden (E. 21.1.2).

Schätzung des Marktpreises

Für die Schätzung des Marktpreises gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ist der gesamte Prozessstoff heranzuziehen, unabhängig davon, wer die fragliche Tatsache vorgebracht und bewiesen hat (E. 21.1.3).

Verletzerzuschlag

Es liegt keine gesetzliche Grundlage für einen aus Präventionsgründen geschuldeten Verletzerzuschlag vor. Mangels vertraglicher Beziehung scheidet auch ein Verletzerzuschlag als vereinbarte Vertragsstrafe (Konventionalstrafe) aus (E. 22.2).

Erwägungen:

I.

1. Mit Klage vom 11. April 2022 (Eingang beim Handelsgericht am selben Tag) stellte der Kläger folgende Rechtsbegehren (pag. 1 ff.):
 1. Es sei die Beklagte 1 zu verpflichten, dem Kläger CHF 3'920.00 zuzüglich Zins zu 5% ab 21. Juni 2021 (eventualiter: ab 26. November 2021) zu bezahlen;
 2. eventualiter zu 1. seien die Beklagten zu verpflichten, dem Kläger folgende Beträge zuzüglich Zins zu 5% ab 21. Juni 2021 (eventualiter: ab 26. November 2021) zu bezahlen:

- a. die Beklagte 1 CHF 2'170.00,
 - b. der Beklagte 2 CHF 1'750.00;
 3. eventualiter zu 1. und 2. seien die Beklagte 1 und/oder der Beklagte 2 zu verpflichten, dem Kläger ein vom Gericht nach Art. 42 Abs. 2 OR geschätzter Schadensbetrag zu bezahlen;
 4. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten.
2. Die Beklagten reichten am 10. Juni 2022 (Eingang beim Handelsgericht am 13. Juni 2022) ihre Klageantwort ein. Sie stellten folgendes Rechtsbegehren (pag. 26 ff.):
- Die Klage sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.
3. Mit Verfügung vom 28. Juni 2022 (pag. 52 f.) wurde auf die Durchführung einer Instruktionsverhandlung verzichtet, dies unter Hinweis auf die Stellungnahme des Klägers vom 27. Juni 2022 (pag. 51), in welcher er festhält, dass der Abschluss eines Vergleichs nicht angestrebt werde.
4. Der Kläger reichte am 7. September 2022 (Eingang beim Handelsgericht am selben Tag) seine Replik ein und änderte die Rechtsbegehren 1 und 2 wie folgt (pag. 57 ff.):
1. Es sei die Beklagte 1 zu verpflichten, dem Kläger CHF 3'920.00 zuzüglich Zins zu 5% wie folgt zu bezahlen:
 - a. ab 21. Juni 2021 (eventualiter: ab 26. November 2021) auf CHF 3'510.00,
 - b. ab 11. April 2022 auf CHF 410.00;
 2. eventualiter zu 1. seien die Beklagten zu verpflichten, dem Kläger folgende Beträge zu bezahlen:
 - a. die Beklagte 1 CHF 2'170.00 zuzüglich Zins von 5% ab 21. Juni 2021 (eventualiter: ab 26. November 2021),
 - b. der Beklagte 2 CHF 1'750.00 zuzüglich Zins zu 5% ab 11. April 2022.

Zudem stellte er folgende prozessualen Anträge:

1. Es sei vom gemeinsamen Verzicht der Parteien auf die Hauptverhandlung Vormerk zu nehmen und den Parteien die Vorladung zur Hauptverhandlung auf den Montag, 28. November 2022, 8:30 Uhr, abzunehmen;
 2. es sei vom gemeinsamen Verzicht der Parteien auf die mündlichen Schlussvorträge Vormerk zu nehmen und den Parteien zu gestatten, schriftliche Parteivorträge einzureichen.
5. Die Beklagten reichten am 19. Oktober 2022 (Eingang beim Handelsgericht am 21. Oktober 2022) ihre Duplik ein, hielten fest, dass gegen die prozessualen Anträge des Klägers keine Einwände bestehen würden und konkretisierten ihre Rechtsbegehren wie folgt (pag. 71 ff.):
1. Auf die Rechtsbegehren gemäss Klage vom 11. April 2022 und gemäss Replik vom 7. September 2022 sei nicht einzutreten.
 2. Eventuell (zu Ziff. 1 oben): Die Rechtsbegehren gemäss Klage vom 11. April 2022 und gemäss Replik vom 7. September 2022 seien vollständig abzuweisen.
 3. Mehrforderungen bleiben vorbehalten.
 4. Die Verfahrenskosten seien dem Kläger zur Bezahlung aufzuerlegen.

5. Der Kläger sei zu verurteilen, den Beklagten alle entstandenen Prozesskosten (unter Einschluss der gesetzlichen Mehrwertsteuer) zu ersetzen.
6. Mit Verfügung vom 21. Oktober 2022 (pag. 97 f.) wurde davon Kenntnis genommen und gegeben, dass die Parteien übereinstimmend auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichten. Weiter wurde festgehalten, dass infolge Verzichts auf die Hauptverhandlung ein Beweisverfahren entfällt und das Gericht gestützt auf die eingereichten Urkunden entscheidet. Der Kläger wurde aufgefordert, innert 10 Tagen seit Zustellung dieser Verfügung mitzuteilen, ob er auf die Einreichung schriftlicher Parteivorträge verzichtet.
7. Mit Schreiben vom 3. November 2022 (pag. 99) teilte der Kläger mit, dass er auf die Einreichung schriftlicher Parteivorträge verzichte.
8. Mit Verfügung vom 4. November 2022 (pag. 105 f.) wurde die Hauptverhandlung vom 28. November 2022 abgesetzt und es wurde davon Kenntnis genommen und gegeben, dass die Parteien übereinstimmend auf die Einreichung schriftlicher Parteivorträge verzichtet haben.
9. Die Beklagten reichten am 9. November 2022 (pag. 107 ff.) und der Kläger am 22. November 2022 ihre Honorarnoten ein (pag. 111 ff.).

II.

10. Das Gericht tritt auf eine Klage ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob dies der Fall ist (Art. 60 ZPO).
11.
 - 11.1 Der Kläger macht gegenüber den Beklagten einen Anspruch aus Urheberrechtsverletzung geltend. Für Klagen aus unerlaubter Handlung ist gemäss Art. 36 ZPO das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig. Zu den unerlaubten Handlungen in diesem Sinne gehören auch Widerhandlungen gegen das Urheberrechtsgesetz (URG; SR 231). Der Kläger hat seinen Wohnsitz im Kanton Bern. Die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ist somit gegeben.
 - 11.2 Da es sich vorliegend um eine Streitigkeit im Zusammenhang mit geistigem Eigentum handelt, ist das Handelsgericht des Kantons Bern auch sachlich zuständig (Art. 5 Abs. 1 Bst. a und Art. 6 Abs. 4 Bst. a ZPO i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1]).
12.
 - 12.1 Das Hauptbegehren des Klägers (Rechtsbegehren 1) richtet sich gegen die Beklagte 1. Lediglich das Eventualbegehren (Rechtsbegehren 2) richtet sich auch gegen den Beklagten 2. Der Kläger führt aus, dass das gewählte Vorgehen sinnvollerweise

zulässig sein müsse, da es die Prozessökonomie gebiete (vgl. Rz. 12 der Replik, pag. 57). Die Beklagten machen geltend, dass der Kläger eine bedingte Klage erhoben habe, die sich gegen den Beklagten 2 richte und die prozessual unzulässig sei (vgl. Rz. 17 ff. der Klageantwort, pag. 29).

- 12.2 Die Klage gegen den Beklagten 2 (Rechtsbegehren 2) steht unter der Bedingung, dass das Rechtsbegehren 1, das sich nur gegen die Beklagte 1 richtet, abgewiesen wird. Der Kläger hat an dem bedingten Rechtsbegehren gegenüber dem Beklagten 2 festgehalten (vgl. Rz. 12 der Replik, pag. 57). Das Begehren gegenüber dem Beklagten 2 hat er nur eventuell gestellt, für den Fall, dass er mit seinem Rechtsbegehren 1 nicht durchdringt.
- 12.3 Es stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit einer derartigen bedingten Verknüpfung zweier Klagen.
 - 12.3.1 In der Literatur wird zwischen der alternativen und der eventuellen Streitgenossenschaft unterschieden. Eine alternative passive Streitgenossenschaft liegt vor, wenn mehrere Personen eingeklagt werden, wobei von vornherein klar ist, dass der Anspruch nur gegenüber einer einzigen Partei bestehen kann. Das Rechtsbegehren geht dahin, dass entweder A oder B zur Leistung zu verpflichten ist (SUTTER-SOMM/SEILER, in: CHK – Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, N 3 zu Art. 71 ZPO; GROSS/ZUBER, in: Berner Kommentar, 2012, N 6 f. zu Art. 71 ZPO; JEANDIN, in: Commentaire romand – Code de procédure civile, 2. Aufl. 2019, N 7 zu Art. 71 ZPO; MAY CANELLAS, in: Petit commentaire – Code de procédure civile, 2020, N 5 zu Art. 71 ZPO; mit gerade umgekehrter Terminologie bei RUGGLE, in: Basler Kommentar, 3. Aufl. 2017, N 8 zu Art. 71 ZPO). Demgegenüber zeichnet sich die eventuelle Streitgenossenschaft dadurch aus, dass die Klage gegen eine Hauptpartei gerichtet ist und die Klage gegen die weitere Partei nur beurteilt werden soll, wenn die Hauptklage nicht durchdringt. Das Rechtsbegehren lautet auf Verurteilung der Partei A eventualiter der Partei B. Prozessual zeigt sich der Unterschied zwischen den beiden Klagen darin, dass bei der alternativen Streitgenossenschaft die Gutheissung der Klage gegen A die Abweisung derjenigen gegen B zur Folge hat, während bei gleichem Prozessausgang bei der eventuellen Streitgenossenschaft das Verfahren gegen B als gegenstandslos abzuschreiben ist (RUGGLE, a.a.O., N 8 zu Art. 71 ZPO; anders BGE 113 Ia 104 E. 2c). Eine bedingte Klage liegt demnach nur bei der eventuellen Streitgenossenschaft vor, während bei der alternativen Streitgenossenschaft die Rechtsbegehren gegen sämtliche Streitgenossen zu beurteilen sind. Da zwei unbedingte Klagen nebeneinanderstehen, die grundsätzlich unabhängig voneinander zu beurteilen sind, kann an der Zulässigkeit der alternativen Streitgenossenschaft kein Zweifel bestehen (vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl. 2000, Art. 36 N 1g). Dass sie sich gegenseitig ausschliessen, ist dem materiellen Recht geschuldet und hat keine prozessualen Auswirkungen. Anders verhält es sich hingegen bei der eventuellen Streitgenossenschaft. Hier ist die Klage gegen die weitere Partei nur bedingt erhoben.
 - 12.3.2 Im vorliegenden Fall steht eine eventuelle passive Streitgenossenschaft zur Diskussion. In der Literatur wird die eventuelle Streitgenossenschaft überwiegend ausdrücklich oder stillschweigend für zulässig erachtet (GROSS/ZUBER, a.a.O., N 6 zu

Art. 71 ZPO; RUGGLE, a.a.O., N 8 zu Art. 71 ZPO; SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O., N 3 zu Art. 71 ZPO; HAHN, in: SHK – Stämpfli Handkommentar, 2010, N 3 zu Art. 71 ZPO; JEANDIN, a.a.O., N 7 zu Art. 71 ZPO; MAY CANELLAS, a.a.O., N 5 zu Art. 71 ZPO; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2016, Rz. 3.44; HOHL FABIENNE, Procédure civile – Tome I – Introduction et théorie générale, 2. Aufl. 2016, Rz. 850; a.M. DOMEJ, in: KUKO ZPO, 3. Aufl. 2021, N 1a zu Art. Art. 71 ZPO), da sie der Gefahr widersprüchlicher Urteile vorbeuge und der Durchsetzung des materiellen Rechts diene (GROSS/ZUBER, a.a.O., N 6 zu Art. 71 ZPO).

- 12.3.3 Das Bundesgericht ist in seiner Rechtsprechung zum alten Recht implizit von der Zulässigkeit der eventuellen Streitgenossenschaft ausgegangen (vgl. BGE 113 Ia 104 E. 2c). Unter der Geltung der eidgenössischen Zivilprozessordnung hat es die Frage bisher offengelassen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_23/2018 vom 8. Februar 2019 E. 2.1.1; 4A_262/2022 vom 5. September 2022 E. 3.3). Soweit sich die kantonale Rechtsprechung dazu geäußert hat, lehnt sie deren Zulässigkeit ab. Begründet wird dies damit, dass die Zivilprozessordnung nur für die Streitverkündungsklage ein Dreiparteienverfahren vorsehe. Wäre eine eventuelle subjektive Klagenhäufung zulässig, käme es dadurch zu einem ebenfalls aus zwei Klagen (Klage gegen den Beklagten sowie Klage gegen den «eventualiter Beklagten») bestehenden Dreiparteien-Gesamtverfahren mitsamt den damit verbundenen und zur Streitverkündungsklage analogen Komplikationen. Dadurch würde die vom Gesetzgeber bewusst restriktiv ausgestaltete Regelung eines ausnahmsweise zulässigen Dreiparteien-Gesamtverfahrens umgangen (Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG160059 vom 20. Mai 2016 E. 3.4).
- 12.3.4 Nach Art. 71 Abs. 1 ZPO können unter den darin genannten Voraussetzungen mehrere Personen «klagen» oder «beklagt» werden. Der Wortlaut deutet darauf hin, dass gegen die Personen tatsächlich geklagt werden muss, ohne dass aber eine nur bedingte Klage ausdrücklich ausgeschlossen wäre. Im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen der ZPO wird jedoch deutlich, dass die eventuelle Streitgenossenschaft mit der Zivilprozessordnung nicht vereinbar ist. Gemäss Art. 65 ZPO kann, wer eine Klage zurückzieht, gegen die gleiche Partei über den gleichen Streitgegenstand keinen zweiten Prozess mehr führen, sofern das Gericht die Klage der beklagten Partei bereits zugestellt hat. Diese unter dem Begriff der Fortführungslast bekannte Regelung führt dazu, dass die klagende Partei ihren Anspruch faktisch verwirkt, wenn sie nach Zustellung der Klage auf die weitere Rechtsverfolgung verzichtet. Wer eine Person nur bedingt ins Recht fasst, zieht hingegen die Klage für den Fall, dass die Bedingung sich nicht erfüllen sollte, gleichsam präventiv zurück, ohne dass er befürchten muss, seinen Anspruch zu verlieren. Denn mangels Bedingungseintritt bleibt die Klage unbeurteilt und das Verfahren wird ohne Sachentscheid erledigt (vgl. DOMEJ, a.a.O., N 1a zu Art. 71 ZPO). Umgekehrt muss sich die beklagte Partei gegen die Klage verteidigen, ohne dass sie sicher ist, dass die Streitsache endgültig geregelt wird. Eine solche Klage steht somit im Widerspruch zu Art. 65 ZPO. Es ist ausserdem ein ungeschriebener Grundsatz des Prozessrechts, dass Prozesshandlungen nicht unter eine Bedingung gestellt werden können. Das Gericht und die Parteien sollen klaren Verhältnissen gegenübergestellt werden. Eine Ausnahme besteht nur insoweit, als Tatsachen zu Bedingungen erhoben werden, deren

Eintritt oder Nichteintritt sich im Verlauf des Verfahrens ohne weiteres ergibt, so dass durch die Bedingung keine Unklarheit entsteht (BGE 134 III 332 E. 2.2; vgl. im Zusammenhang mit der eventuellen Streitgenossenschaft auch Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG160059 vom 20. Mai 2016 E. 3.3). Wie bereits ausgeführt, wird bei der eventuellen Streitgenossenschaft der Prozessgegner darüber im Ungewissen gelassen, ob die Streitsache überhaupt beurteilt wird. Um keine Nachteile zu erleiden, muss er sich verteidigen, ohne sicher zu sein, dass über das streitige Rechtsverhältnis Rechtssicherheit geschaffen wird. Eine solche Unsicherheit ist ihm unzumutbar, weshalb eine Ausnahme von dem Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit von Prozesserkklärungen abzulehnen ist. Die eventuelle passive Streitgenossenschaft erweist sich als unzulässig.

- 12.3.5 Prozesserkklärungen sind auszulegen. Zu ermitteln ist, ob der Kläger vorliegend tatsächlich eine bedingte Klage erheben wollte oder dem Gericht eine blossere Prüfungsreihenfolge zweier unbedingter Klagen vorschlagen wollte. Im Hauptstandpunkt verlangt der Kläger die Verurteilung der Beklagten 1 zur Bezahlung eines Betrages von CHF 3'920.00. «Eventualiter», d.h. nach dieser Wortwahl nur für die Verwerfung des Hauptstandpunkts, verlangt er die Verurteilung der Beklagten 1 und des Beklagten 2 zu je unterschiedlichen Beträgen, die zusammen wiederum den Klagebetrag von CHF 3'920.00 ergeben. Der Wortlaut «eventualiter» legt somit eine bedingte Klage nahe. Die Beklagten ihrerseits haben in der Klageantwort ausführlich dargelegt, dass sie von einer bedingten Klage ausgehen (pag. 29, Rz. 17 ff.). Dem setzt der Kläger in der Duplik nichts entgegen; vielmehr nimmt er die Auffassung der Beklagten, wonach es sich um eine bedingte Klage handle, auf und wendet bloss ein, es gebe keine gesetzliche Grundlage gegen ein solches Vorgehen, das aus prozessökonomischen Gründen zulässig sei. Somit ist davon auszugehen, dass der Kläger die Klage gegen den Beklagten 2 tatsächlich nur als bedingt gestellt betrachtet. Eine Konversion in zwei unbedingte Klagen, die auch unabhängig voneinander zum Gegenstand von getrennten Verfahren gemacht werden können, ist bei dieser Ausgangslage nicht möglich.
- 12.4 Die subjektive eventuelle Klagenhäufung bzw. eine eventuelle passive Streitgenossenschaft erweist sich als unzulässig. Demzufolge ist auf das Rechtsbegehren 2 nicht einzutreten. Ergänzend ist im Sinne einer Eventualbegründung festzuhalten, dass selbst wenn auf das Rechtsbegehren 2 einzutreten wäre, dieses mangels Passivlegitimation des Beklagten 2 abgewiesen werden würde (vgl. E. IV.16.2 unten).
13. Die weiteren Prozessvoraussetzungen sind erfüllt. Mit Ausnahme des Rechtsbegehrens 2 ist auf die Klage einzutreten.

III.

14.

- 14.1 Die Beklagte 1, die C._____ AG, bezweckt die Beratung von Unternehmen, Vermittlung und Verwaltung von Liegenschaften und die Erbringung aller damit direkt und indirekt zusammenhängenden Dienstleistungen (Klagebeilage [KB] 1).

- 14.2 Der Beklagte 2, D._____, ist Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates der Beklagten 1 mit Einzelunterschrift (KB 1).
- 14.3 Der Kläger, A._____, ist als Fotograf nicht im Handelsregister eingetragen. Er betreibt die Website www.F_____.ch (Rz. 9 der Klage, pag. 3; Rz. 45 der Klageantwort, pag. 34).
15. Vorliegend geht es um die auf Seite 4 der Klage abgebildete Fotografie, eine Luftaufnahme des Ortes G._____ (pag. 4). Das Foto wird auf der Website des Klägers unter «Portfolio» in der Rubrik «H._____» gezeigt (Rz. 16 der Klage, pag. 5; Rz. 50 der Klageantwort, pag. 34; Klageantwortbeilage [KAB] 3).
- 15.1 Die Flugaufnahme von G._____ wurde Anfang Oktober 2021 in der Verkaufsdokumentation eines von der Beklagten 1 zum Verkauf angebotenen Grundstücks am I._____ in G._____ verwendet (KB 10). Um auf das Verkaufsobjekt aufmerksam zu machen, veröffentlichten die Beklagte 1 und der Beklagte 2 das Inserat des Verkaufsobjekts mit der Luftaufnahme auch auf ihren Instagram- und Facebook-Accounts «J._____» sowie «K._____» (KB 6 – 9). Eine Anfrage an den Kläger erfolgte nicht (vgl. Rz. 22 ff. der Klage, pag. 6; Rz. 59 ff. der Klageantwort, pag. 36).
- 15.2 In dem von den Beklagten verwendeten Bild wurde zusätzlich das Wasserzeichen «L._____» eingefügt (vgl. Rz. 25 der Klage, pag. 6; Rz. 62 der Klageantwort, pag. 36).
- 15.3 Der Kläger hat am 11. Oktober 2021 mit einem Mitarbeiter der Beklagten 1, M._____, und am 15. Oktober 2021 mit dem Beklagten 2 telefoniert. Nach den beiden Telefonaten wurde die umstrittene Fotografie von den Beklagten nicht mehr verwendet und die entsprechenden Posts gelöscht (vgl. Rz. 26 f. der Klage, pag. 7; Rz. 63 f. der Klageantwort, pag. 36).
- 15.4 Der Kläger stellte der Beklagten 1 am 19. Oktober 2021 eine Rechnung vom 13. Oktober 2021 zu, mit einem Rechnungsbetrag von CHF 3'500.00 (KB 11 und 12). Mit E-Mail vom 26. Oktober 2021 liess der Kläger der Beklagten 1 einen Auszug aus den Preisempfehlungen der Schweizerischen Arbeitsgemeinschaft der Bild-Agenturen und –Archiven (SAB) zukommen (KB 12). Am 9. November 2021 stellte der Kläger der Beklagten 1 eine Mahnung zu (KB 14). Der Zentralsekretär des Berufsverbandes «N._____», bei welchem sich der Kläger zur Unterstützung meldete, forderte die Beklagte 1 mit E-Mail vom 15. November 2021 (KB 15) zur Bezahlung der vom Kläger gestellten Rechnung auf (Rz. 28 ff. der Klage, pag. 7 f.; Rz. 65 der Klageantwort, pag. 36 f.).
- 15.5 Die Rechnung des Klägers wurde nicht bezahlt (vgl. Rz. 34 der Klage, pag. 8; Rz. 75 der Klageantwort, pag. 38).

IV.

16. Die vom Kläger geltend gemachte Verletzung der Urheberrechte soll durch die Veröffentlichung der Fotografie, einer Luftaufnahme des Ortes G._____, in der Verkaufsdokumentation für ein von der Beklagten 1 angebotenes Grundstück und auf den Instagram- und Facebook-Accounts der Beklagten 1 und des Beklagten 2 sowie

durch das Einfügen des Wasserzeichens «L. _____» in die Aufnahme erfolgt sein.

- 16.1 Zweck der Beklagten 1 ist die Vermittlung von Liegenschaften, dazu gehört die Erstellung der Verkaufsdokumentation und die Anpreisung des Verkaufsobjekts. Die Beklagte 1 ist passivlegitimiert.
- 16.2 Auf das Rechtsbegehren 2, das sich gegen den Beklagten 2 richtet, ist nicht einzutreten. Im Sinne einer Eventualbegründung ist anzumerken, dass auch wenn die Werbung für das Verkaufsobjekt über die persönlichen Accounts des Beklagten 2 erfolgten, offensichtlich ist, dass er in diesem Zusammenhang als Verwaltungsrat der Beklagten 1 handelte und nicht als Privatperson. Es ist nicht ungewöhnlich, dass ein Verwaltungsrat auch über seine privaten Accounts Werbung für Produkte der Gesellschaft macht, um möglichst viele Leute zu erreichen. Wie KB 9 entnommen werden kann, wird zudem auf die Immobilien Agentur hingewiesen. Der Beklagte 2 wäre folglich nicht passivlegitimiert.
- 17. Werke sind, unabhängig von ihrem Wert oder Zweck, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben (Art. 2 Abs. 1 des Urheberrechtsgesetzes [URG; SR 231.1]).
 - 17.1 Dazu gehören auch fotografische Werke (Art. 2 Abs. 2 Bst. g URG). Nach Art. 2 Abs. 3^{bis} URG, der seit dem 1. April 2020 in Kraft steht, gelten fotografische Wiedergaben und mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte als Werke, auch wenn sie keinen individuellen Charakter haben.
 - 17.2 Die vorgebrachten Verletzungshandlungen erfolgte 2021, d.h. nach Inkrafttreten des Art. 2 Abs. 3^{bis} URG. Die vorliegend umstrittene Fotografie genießt demzufolge Urheberrechtsschutz, ungeachtet ihres individuellen Charakters.
- 18. Urheber oder Urheberin ist die natürliche Person, die das Werk geschaffen hat (Art. 6 URG).
 - 18.1 Der Kläger macht geltend, dass er das Werk geschaffen habe und es mit einem Copyright-Vermerk versehen sei, so dass die Vermutung der Urheberschaft nach Art. 8 Abs. 1 URG greife (Rz. 41 f. der Klage, pag. 9). Die Beklagte 1 bestreitet die Urheberschaft des Klägers (Rz. 23 ff. der Klageantwort, pag. 30).
 - 18.1.1 Solange nichts anderes nachgewiesen ist, gilt als Urheber oder Urheberin, wer auf den Werkexemplaren oder bei der Veröffentlichung des Werks mit dem eigenen Namen, einem Pseudonym oder einem Kennzeichen genannt wird (Art. 8 Abs. 1 URG). Diese gesetzliche Vermutung bewirkt eine Umkehr der Beweislast. Die Vermutung vermag ihre Wirkung aber erst zu entfalten, wenn bestimmte Voraussetzungen (Vermutungsbasis) erfüllt sind. Die Vermutungsbasis ist vom Vermutungsbegünstigten, d.h. vorliegend vom Kläger, zu beweisen, deren blosser Behauptung genügt nicht (vgl. LIENHARD, Beweislast und Beweislastumkehr im Schweizer Privatrecht, in: ZZZ 53/2021 S. 398 f.).

- 18.1.2 Damit die Urheberrechtsvermutung nach Art. 8 Abs. 1 URG zur Anwendung gelangt, hat der Kläger somit die Vermutungsbasis zu beweisen, d.h. dass er auf dem Werkexemplar mit seinem Namen genannt wird. Als Beleg für den behaupteten Copyright-Vermerk auf dem Werk hat er einen Screenshot aus dem Bildbearbeitungsprogramm «Lightroom» eingereicht (KB 2). In dem Bildbearbeitungsprogramm, das sich auf dem Speichermedium des Klägers befindet, ist der Kläger als Ersteller aufgeführt. Dass ein entsprechender Vermerk mit seinem Namen oder Kennzeichen auf dem Werk selber, auch ausserhalb des Bildbearbeitungsprogramms, aufgeführt ist, wird vom Kläger weder behauptet noch belegt. Er legt auch nicht dar, inwiefern es sich bei Informationen eines Bildbearbeitungsprogramms um eine Urhebernennung auf einem Werkexemplar handelt. Die Nennung des Urhebers müsste auf dem Bild selbst enthalten sein bzw. in den elektronischen Bilddaten, die dem Bild zugrunde liegen, derart angelegt sein, dass ein Bild entsteht, das die Nennung enthält. Mangels Beweis der Vermutungsbasis gelangt die Urheberrechtsvermutung nach Art. 8 Abs. 1 URG nicht zur Anwendung.
- 18.2 Nach Art. 178 ZPO hat die Partei, die sich auf eine Urkunde beruft, deren Echtheit zu beweisen, sofern die Echtheit von der anderen Partei bestritten wird; die Bestreitung muss ausreichend begründet werden. Als Urkunden gelten Dokumente wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen, die geeignet sind rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen (Art. 177 ZPO).
- 18.2.1 Der Kläger hat einen Screenshot der Luftaufnahme aus seinem Bildbearbeitungsprogramm «Lightroom» als Beweismittel eingereicht. Auch ein Screenshot kann als Beweis dienen, d.h. geeignet sein, um rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_395/2015 vom 2. November 2015 E. 3). Aus dem Screenshot (KB 2) geht hervor, dass das Bild am 25. September 2017 um 16:44:16 Uhr erstellt worden ist und als Ersteller der Kläger aufgeführt ist. Die Beklagte 1 bestreitet nicht, dass der Screenshot das fragliche Bild wiedergibt und der Kläger zu dem angegebenen Zeitpunkt im Besitz der fraglichen Bilddateien war. Sie stellt allein die Beweiskraft des Screenshots für die Urheberschaft in Frage. Auch bei einer Bilddatei handelt es sich indessen um eine Urkunde. Deren Bestand hat der Kläger durch den Screenshot bewiesen und die Bilddaten zum Augenschein angeboten. Wer die Echtheit einer Urkunde bestreitet, bestreitet nicht deren Bestand, sondern deren Urheber. Nachdem der Kläger bewiesen hat, dass er im Besitz des fraglichen Bildes und der Bilddateien 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. Eine Bestreitung vorsorglicher Art oder mit sog. Nichtwissen führt nicht dazu, dass die Echtheit der Urkunde überprüft werden müsste (MÜLLER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2016, N 5 zu Art. 178 ZPO).
- 18.2.2 Die Beklagte 1 behauptet nicht, dass die Bilddatei nicht echt oder manipuliert worden sei und sie bringt keine konkreten Umstände vor, die Zweifel an der Authentizität des Bildes zu wecken vermögen. Sie bestreitet auch den Inhalt, der dem Screenshot entnommen werden kann, bzw. die Urheberschaft des Klägers lediglich pauschal. Sie bringt vor, dass er den Nachweis nicht erbracht habe und der Screenshot kein

Beweis dafür sei. Die Urheberschaft des Klägers werde mit Nichtwissen bestritten (Rz. 23 und 86 der Klageantwort, pag. 30 und 39; Rz. 57 ff. der Duplik, pag. 85). Konkrete Bestreitungen, die dagegen sprechen, dass der Kläger der Ersteller der umstrittenen Fotografie ist, bringt die Beklagte 1 nicht vor. Sie räumt denn auch ein, dass die Aufnahme auf der Seite des Klägers (F._____.ch) unter «H._____» gespeichert ist und hat einen Screenshot davon eingereicht (KAB 3). Dem von der Beklagten 1 eingereichten Screenshot kann entnommen werden, dass die fragliche Aufnahme unter der Rubrik «Portfolio» des Klägers zu finden ist. Die Beklagte 1 bringt zwar vor, dass ihr ehemaliger Mitarbeiter, der die Verkaufsdokumentation erstellt habe, das Luftbild von G._____ «auf dem Internet» gefunden habe. Auf welcher Seite er das Foto gefunden habe, lasse sich nicht mehr rekonstruieren. Er habe es «anderswo gefunden» und nicht auf der Seite des Klägers (vgl. Rz. 7 und 61 der Klageantwort, pag. 27 f. und 36; Rz. 96 der Duplik, pag. 89). Die Beklagte 1 macht keine näheren Ausführungen dazu, auch nicht in Bezug auf den ehemaligen Mitarbeiter, der die Aufnahme «anderswo im Internet» gefunden habe und bei dem es sich nicht um M._____ handeln soll (vgl. Rz. 63 der Klageantwort, pag. 36), sie reicht auch keine Belege dafür ein, die aufzeigen würden, dass die Fotografie auch «anderswo im Internet» zu finden ist. Der Kläger hat einen Ausdruck der Trefferliste der Google Bildersuche eingereicht (KB 4). Darauf ist in Bezug auf die Luftaufnahme der Hinweis auf «F._____.ch» enthalten. Die Beklagte 1 hat ebenfalls eine Trefferliste für die Bildsuche «luftaufnahme G._____» eingereicht (KAB 7). Auf dieser Liste ist die Aufnahme nicht zu finden, auch nicht auf einer anderen Seite als «F._____.ch». Weder hat die Beklagte die Echtheit der Bilddatei ausreichend bestritten noch liegen Umstände vor, welche die Behauptung des Klägers, Urheber der Bilddatei zu sein, unglaublich erscheinen liessen. Er hat damit so oder anders bewiesen, dass er die fragliche Bilddatei hergestellt hat.

- 18.3 Demzufolge ist die Urheberschaft des Klägers an der Fotografie, die auf Seite 4 der Klage abgebildet ist, zu bejahen.
19. Das Urheberrecht räumt dem Urheber das ausschliessliche Recht ein, zu bestimmen, ob, wann und wie sein Werk verwendet (Art. 10 Abs. 1 URG) oder geändert (Art. 11 Abs. 1 Bst. a) wird. Dem Urheber steht das ausschliessliche Verbreitungsrecht zu (Art. 10 Abs. 2 Bst. b). Er hat das Recht, Dritten die Nutzung und Verwertung des Werks zu untersagen, es handelt sich um ein absolutes Recht. Eine Urheberrechtsverletzung begeht, wer ohne Einwilligung des Urhebers dieses Recht beansprucht oder verwendet.
 - 19.1 Die Beklagte 1 bestreitet die mehrfache Verwendung der Fotografie in den sozialen Medien sowie in der Verkaufsdokumentation nicht. Sie bestreitet auch nicht, dass automatisch ein Wasserzeichen in die Fotografie eingefügt worden ist (vgl. Rz. 88 f. der Klageantwort, pag. 39).
 - 19.2 Es liegt somit eine Urheberrechtsverletzung der Beklagten 1 vor. Demzufolge kann der Kläger einen Entschädigungsanspruch gegenüber der Beklagten 1 geltend machen.

20. Wer in seinem Urheberrecht verletzt ist, dem stehen gemäss Art. 62 Abs. 2 URG die Klagen nach dem Obligationenrecht auf Schadenersatz, auf Genugtuung sowie Herausgabe des Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu. Die Aufzählung der vorbehaltenen Klagen ist nicht abschliessend; es ist auch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung möglich (vgl. EGLOFF/HEINZMANN, Das neue Urheberrecht – Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl. 2020, N 16 und 23 zu Art. 62 URG).
- 20.1 Zwischen den Parteien besteht kein Vertragsverhältnis, in Frage kommt deshalb ein Anspruch des Klägers aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR), aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR) oder aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR).
- 20.2 Eine Haftung nach Art. 41 OR setzt einen Schaden voraus. Vorliegend liegt kein Schaden vor. Ein solcher entspräche nach der Differenztheorie der Differenz zwischen dem gegenwärtigen – mit dem schädigenden Ereignis festgestellten – Vermögensstand und dem (hypothetischen) Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 142 III 23 E. 4.1). Die unbefugte Verwendung eines Immaterialguts schädigt den Inhaber nicht konkret in seinem Vermögen (vgl. JENNY, Die Eingriffskondiktion bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, in: ZStP 189, 2005, Rz. 138). Im vorliegenden Fall liegt die unerlaubte Handlung in der Nutzung einer urheberrechtlich geschützten Fotografie. Mit deren Nutzung allein hat der Kläger aber keine Vermögenseinbusse erlitten. Weder haben sich seine Aktiven verringert noch haben sich seine Passiven erhöht. Entgangen ist ihm allein der Gewinn, den er erzielt hätte, wenn die Beklagte 1 für die Nutzung der Fotografie eine Gebühr bezahlt hätte. Ohne die unerlaubte Handlung hätte er aber keinen solchen Gewinn erzielt. Mit anderen Worten muss man sich hier die widerrechtliche Handlung erst hinzudenken und nicht wegdenken, um zu einem entgangenen Gewinn zu kommen. Der Kläger irrt somit, wenn er im entgangenen Gewinn einen Schaden erblickt.
- 20.3 Nach Art. 423 Abs. 1 OR ist der Geschäftsherr berechtigt, die aus der Führung seiner Geschäfte entspringenden Vorteile sich anzueignen, wenn die Geschäftsführung nicht mit Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn unternommen wurde. Diese Bestimmung ist vorliegend ebenfalls nicht anwendbar, weil sie auf die Abschöpfung des Gewinns zielt, der beim Geschäftsführer eingetreten ist, die Beklagte 1 aber keinen solchen Gewinn erzielt hat. Der Kläger geht selbst nicht davon aus, dass die Beklagte 1 durch die Verwendung der Fotografie einen Gewinn erzielt hat. Dass die Fotografie erst den Kaufentschluss des Käufers geweckt hätte oder dass sich die Liegenschaft mit der Fotografie zu einem höheren Preis hätte verkaufen lassen als ohne, steht somit nicht zur Diskussion und wäre ohnehin nicht anzunehmen. Mangels Gewinn bleibt auch nichts abzuschöpfen, weshalb die Anwendung von Art. 423 Abs. 1 OR ausser Betracht fällt.
- 20.4 Zu prüfen ist demnach ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 Abs. 1 OR. Nach dieser Bestimmung hat die Bereicherung zurückzuerstatten, wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist.

- 20.4.1 Dass der Vorteil, der mit dem Eingriff in ein absolutes Rechtsgut verbunden ist, eine Bereicherung darstellen kann, ist seit langem anerkannt (vgl. BGE 119 II 437 E. 3b/cc; 129 III 422 E. 4; SCHULIN/VOGT, in: Basler Kommentar, 7. Aufl. 2020, N 19 zu Art. 62 OR). Dieser als Eingriffskondition bezeichnete Ausgleichsanspruch setzt voraus, dass unbefugt in ein fremdes Recht eingegriffen wird, das dem Rechtsinhaber zur alleinigen Nutzung zugewiesen ist (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020 Rz. 57.01 f.), und dieser unbefugte Eingriff der handelnden Person einen Vermögensvorteil verschafft. Dieser Vorteil kann auch in der Ersparnis von Auslagen bestehen, die üblicherweise bei der Nutzung des fraglichen Rechts angefallen wären (sog. Ersparnisbereicherung). Eine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen dem Rechtsinhaber und dem unbefugten Nutzer ist hingegen nicht vorausgesetzt; es genügt, dass dieser den Vermögensvorteil auf Kosten des anderen (vgl. den französischen Wortlaut von Art. 62 Abs. 1 OR: «au dépens d'autrui») erlangt hat (BGE 129 III 646 E. 4.2; BGE 129 III 422 E. 4; SCHULIN/VOGT, a.a.O., N 23 zu Art. 62 OR; JENNY, a.a.O., Rz. 448). Ebenso wenig ist ein Verschulden vorausgesetzt (BGE 129 III 422 E. 4; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., Rz. 57.10).
- 20.4.2 Im vorliegenden Fall liegt eine Urheberrechtsverletzung vor. Das Urheberrecht ist ein absolutes Recht, das dem Urheber zur alleinigen Nutzung zugewiesen ist (Art. 10 URG). Indem die Beklagte 1 das Luftbild benutzte, griff sie in die Urheberrechte des Klägers ein. Die Beklagte 1 hat dadurch einen Vermögensvorteil erlangt, da sie sich die Kosten für die Herstellung bzw. die Benutzung eines solchen Luftbildes erspart hat. Unbehelflich ist das Argument, dass sie auf Verwendung des Bildes verzichtet hätte; wesentlich ist, was sie getan hat und nicht was sie getan hätte, wenn sie die Kosten gekannt hätte.
- 20.5 Dem Kläger steht somit ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegenüber der Beklagten 1 zu.
21. Massgebend für die Bemessung des Ausgleichsanspruchs ist der objektive Wert des Erlangten, d.h. der Marktwert. Bei unberechtigter Nutzung einer Sache ist das ein angemessener Miet- oder Pachtzins, bei unberechtigter Nutzung eines Immaterialgüterrechts eine angemessene Lizenzgebühr (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., Rz. 58.10). BGE 132 III 379 ist vorliegend nicht einschlägig. Dort wurde für die konkrete Schadensberechnung eine Lizenzanalogie verworfen, weil diese darauf hinausgelaufen wäre, einen Schaden zu fingieren und es nicht angezeigt war, einen Schaden mittels Lizenzanalogie zu schätzen, wenn die Erteilung einer Lizenz ausgeschlossen war (BGE 132 III 379 E. 3.3). Hier geht es aber nicht um die Schadenersatzbemessung nach Art. 41 Abs. 1 OR, sondern um die Bemessung des Vermögensvorteils aus einer ungerechtfertigten Bereicherung gemäss Art. 62 Abs. 1 OR. Zudem steht fest, dass im vorliegenden Fall ein Lizenzvertrag hätte abgeschlossen werden können, der Kläger mithin das Bild gegen eine Gebühr zur Verfügung gestellt hätte. Mit dem erwähnten Entscheid schloss das Bundesgericht die Lizenzanalogie für die Eingriffskondition gerade nicht aus, in der es darum geht, den objektiven Marktwert der Nutzung zu schätzen. Der Marktwert lässt sich ziffernmässig nicht strikt beweisen, weshalb der Richter den Marktwert in sinngemässer Anwendung von

Art. 42 Abs. 2 OR aufgrund einer Schätzung als ausgewiesen erachten darf (vgl. BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2 betreffend Art. 423 OR).

21.1 Vorliegend ist somit auf den objektiven Wert der Nutzung der Fotografie abzustellen.

21.1.1 Der Kläger macht für die Nutzung der Fotografie einen Wert von CHF 2'820.00 geltend und stützt sich für die Berechnung auf die Preisempfehlungen 2017 der Schweizerischen Arbeitsgemeinschaft der Bild-Agenturen und –Archive (SAB-Empfehlungen, vgl. Rz. 61 ff. der Klage, pag. 12 f.; KB 17). Die Beklagte 1 bestreitet, dass die vom Kläger in Rechnung gestellten Preise den Marktpreisen entsprechen würden (vgl. Rz. 30 und 66 f. der Klageantwort, pag. 32 und 37). Der Kläger wiederum bestreitet, dass es sich nicht um Marktpreise handle und führt aus, dass er sich auch sonst bei der Stellung von Rechnungen an den SAB-Empfehlungen orientiere (vgl. Rz. 20 der Replik, pag. 63).

21.1.2 Ohne Aufnahme in eine individuelle Vereinbarung kommt solchen Branchenempfehlungen, wie denjenigen der SAB, keine rechtserhebliche Bedeutung zu (vgl. DAVID/REUTTER, Schweizerisches Werberecht, 3. Aufl. 2015, N 1585). Sie dienen allein der Orientierung und sie können nur herangezogen werden, sofern sie vom Markt tatsächlich auch befolgt werden. Die Beklagte 1 bestreitet, dass es sich dabei um Marktpreise handelt. Die gegenteilige Behauptung des Klägers ist nicht belegt. Er macht keine konkreten Ausführungen dazu und hat als Nachweis dafür, dass er sich an die SAB-Tarife hält, eine, wie er ausführt, nach dem Zufallsprinzip ausgewählte Rechnung eingereicht (vgl. Rz. 50 und 66 der Replik, pag. 63 f.). In der eingereichten Rechnung (KB 16) findet sich kein Hinweis auf die SAB-Tarife bzw. es geht daraus nicht hervor, inwieweit die Berechnung sich darauf stützt. Der Kläger führt dies in seinen Eingaben auch nicht näher aus. Zudem behauptet er nicht, dass die SAB-Tarife in der Branche allgemein befolgt werden. Er führt dazu lediglich aus, dass der Verband «N. _____» für die Berechnung der Publikation von Archivbildern die SAB-Tarife empfehle (vgl. Rz. 41 der Replik, pag. 61). Es ist somit weder behauptet noch belegt, dass die SAB-Tarife in der Branche tatsächlich befolgt werden und es sich somit um Marktpreise handelt. Die Beklagte 1 belegt zudem, dass die auf der Seite «www.F. _____» abrufbaren «Allgemeinen Geschäftsbedingungen» des Klägers nicht auf die SAB-Tarife verweisen (vgl. Rz. 54 der Klageantwort, pag. 35). Darin wird festgehalten, dass die Honorare den im Gesamtarbeitsvertrag 2000 für Journalistinnen/Journalisten und das technische Redaktionspersonal vorgesehenen Mindestentgelten für Fotografen entsprechen würden (KAB 6). Die auf der Website des Klägers publizierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelangen mangels eines Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien zwar nicht zur Anwendung. Sie widerlegen jedoch die Behauptung des Klägers, dass er sich tatsächlich an den SAB-Tarifen orientiert. Der Kläger hat demzufolge nicht nachgewiesen, dass die SAB-Tarife den Marktpreisen entsprechen, er hat dies lediglich pauschal behauptet. Die Beklagte 1 hat dies bestritten. Die Marktpreise sind somit zu beweisen.

21.1.3 Für die Schätzung des Marktpreises gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ist ein Gutachten nicht erforderlich und wäre unverhältnismässig. Je tiefer der zur Diskussion stehende Betrag, desto tiefere Anforderungen sind an die Schätzungsgrundlagen zu stellen.

Insbesondere in einfachen Verhältnissen genügen Preisabfragen, Preiskataloge, Offerten und Rechnungen. Heranzuziehen ist dabei aber der gesamte Prozessstoff, unabhängig davon, wer die fragliche Tatsache vorgebracht und bewiesen hat.

- 21.1.4 Der Kläger hat keine Ausführungen zu den Marktpreisen gemacht und keine Belege dazu eingereicht. Die Beklagte 1 hat jedoch diverse Beweismittel im Zusammenhang mit dem Preis einer solchen Aufnahme vorgelegt (vgl. Rz. 66 f. und 109 der Klageantwort, pag. 37 und 42). Sie hat eine Offerte der O._____ SA eingereicht (KAB 8). In der Offerte werden acht individuelle Drohnenaufnahmen für CHF 299.00 angeboten. Weiter hat sie Online-Angebote für Luftbilder eingereicht. Daraus geht hervor, dass solche Bilder in einer Preisspanne von CHF 12.00 bis CHF 49.00 angeboten werden (KAB 10). Weiter führt sie aus, dass auf der Seite «P._____ch» eine Luftaufnahme von G._____ zum Preis von CHF 10.00 angeboten werde (vgl. Rz. 56 der Klageantwort, pag. 35).
- 21.1.5 Die von der Beklagten 1 vorgelegten Beweismittel belegen zum einen, dass der Markt sich nicht an die Branchenempfehlungen der SAB hält. Der Kläger hat zudem eine Rechnung vorgelegt, aus der hervorgeht, dass er selber tiefere Preise für Bilder verlangt und nicht auf die SAB-Tarife verweist (KB 16). Zum anderen zeigen die Beweismittel, dass auf dem Markt solche Bilder zu sehr viel tieferen Preisen als in der Branchenempfehlung angeboten werden. Sie erlauben eine Schätzung der Vergütung des Klägers.
- 21.1.6 Seinen Einwand, dass es sich dabei um qualitativ nicht vergleichbare Bilder handle, belegt der Kläger nicht. Er macht geltend, dass man bei O._____ SA den Fotografen zunächst instruieren müsse und dann auf die Bilder warte (vgl. Rz. 50 der Replik, pag. 63). Nicht nachvollziehbar ist, wieso eine bereits vorhandene Fotografie teurer sein soll, als eine solche, die auf Kundenwunsch erst noch aufgenommen werden muss und somit mit zusätzlichem Aufwand verbunden ist, und zwar unabhängig davon, dass man bei einer Lizenzierung eines Bildes bereits im Voraus weiss, was man bekommt. Ebenso wenig ist ein Zusammenhang zwischen Pixel und Preis nachvollziehbar, zumal der Kläger nicht geltend macht, dass die Kosten für die Herstellung eines Bildes mit hoher Auflösung höher seien, als für eines mit tieferer Auflösung.
- 21.2 Bei der Schätzung der angemessenen Entschädigung kann nicht von dem Preis für acht individuell erstellte Drohnenaufnahmen ausgegangen werden. Vielmehr geht es um das Entgelt für die Nutzung einer bereits bestehenden Luftaufnahme. Die in KAB 8 und 10 aufgeführten Preise für die Nutzung bereits vorhandener Bilder bewegen sich in einer Preisspanne von CHF 10.00 bis CHF 99.00. Mangels weiterer Angaben zur konkreten Preisbestimmung erscheint es sachgerecht, die Gebühr auf den Durchschnittspreis festzulegen (gerundet auf den nächsten Franken). Die Beklagte 1 hat daher dem Kläger für die Verwendung der Bilddatei eine Entschädigung von CHF 55.00 zu bezahlen.
22. Die vom Kläger geltend gemachte pauschale Umtriebsentschädigung von CHF 100.00 und der Verletzerzuschlag von CHF 1'000.00 sind vorliegend nicht zu berücksichtigen.

- 22.1 Unklar ist, gestützt auf welche rechtliche Grundlage der Kläger eine pauschale Umtriebsentschädigung geltend machen will. Er führt dazu lediglich aus, dass diese in der Rechnung enthalten sei und macht keine weiteren Ausführungen dazu (vgl. Rz. 66 der Klage, pag. 13). Mangels Substanziierung ist darauf nicht weiter einzugehen.
- 22.2 Das Bundesgericht hat die Zulässigkeit eines pauschalen Verletzerzuschlags verneint (BGE 122 III 462 E. 5). Nicht beurteilt werden musste, ob ein pauschalisierter Verletzerzuschlag im Tarif der Verwertungsgesellschaften bundesrechtskonform ist, sich insbesondere aus der besonderen Struktur dieser Gesellschaften und der Natur der von ihnen zu verwaltenden Rechte begründen lässt (BGE 122 III 462 E. 5). In dem vom Kläger zitierten Urteil des Bundesgerichts 4A_539/1996 vom 20. Juni 1997 E. 6a ging es um einen im Tarif der Verwertungsgesellschaften vorgesehenen Verletzerzuschlag. Dies ist offensichtlich nicht mit dem vorliegenden Fall vergleichbar. Es liegt keine gesetzliche Grundlage für einen aus Präventionsgründen geschuldeten Verletzerzuschlag vor. Da keine vertragliche Beziehung zwischen den Parteien bestand, scheidet auch ein Verletzerzuschlag als vereinbarte Vertragsstrafe (Konventionalstrafe) aus.
23. Der Kläger macht einen Zins von 5% ab dem 21. Juni 2021 (Tag der Urheberrechtsverletzung, vgl. Rz. 72 der Klage, pag. 14), eventualiter ab dem 26. November 2021, auf CHF 3'510.00 und ab dem 11. April 2022 auf CHF 410.00 geltend.
- 23.1 Er führt aus, dass auch bei der Eingriffskondiktion Verzugszinsen geschuldet seien, Die Forderung sei abgemahnt worden (KB 14). Der Verzugszins könne sich nur auf den gemahnten Betrag beziehen. Verzugszinse würden nunmehr nur noch auf dem abgemahnten Betrag eingefordert, auf den anderen Beträgen erst ab Klageanhebung (vgl. Rz. 24 der Replik, pag. 60).
- 23.2 Die Beklagte 1 führt aus, dass der Kläger Zins ab 21. Juni 2021 verlange, obwohl keine entsprechende Mahnung aktenkundig sei und obwohl die Rechnung (nicht: Mahnung) erst am 13. Oktober 2021 gestellt worden sei (vgl. Rz. 136 der Duplik, pag. 93)
- 23.3 In Frage kommen vorliegend ein Bereicherungs- oder Verzugszins. Die beiden Zinsen können nicht kumuliert werden. Mit Klageeinreichung löst der Verzugszins den Bereicherungszins ab (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_59/2009 vom 7. September 2009 E. 5.3.3.2).
- 23.3.1 Ein Bereicherungszins ist konkret nachzuweisen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_59/2009 vom 7. September 2009 E. 5.3.3.2; BGE 130 V 414 E. 5.2). Der Kläger hat keinen Bereicherungszins beantragt bzw. keine Ausführungen dazu gemacht.
- 23.3.2 Verzugszinsen können bei Inverzuggeraten des Bereicherungsschuldners nach Art. 104 OR verlangt werden (vgl. SCHULIN/VOGT, a.a.O., N 4b zu Art. 64 OR; WEBER/EMMENEGGER, in: Berner Kommentar, 2. Aufl. 2020, N 45 zu Art. 104 OR). Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er nach Art. 104 Abs. 1 und 2 OR Verzugszinse in der vereinbarten Höhe, mindestens jedoch von 5%, zu bezahlen. Voraussetzung des Verzugs ist, dass die Forderung fällig ist und der Schuldner gemahnt wurde (Art. 102 OR). Mit Schreiben vom 9. November 2021 hat der Kläger die Beklagte 1 gemahnt und eine Zahlungsfrist von 10 Tagen angesetzt

und mit E-Mail vom 15. November 2021 wurde eine Zahlungsfrist bis am 25. November 2021 gesetzt (KB 14 und 15). Die Beklagte 1 bestreitet dies nicht (vgl. Rz. 75 und 137 der Duplik, pag. 87 und 93). Damit ist die Beklagte 1 seit dem 26. November 2021 in Verzug und hat einen Verzugszins von 5% zu bezahlen.

24. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem Kläger gegenüber der Beklagten 1 ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung in der Höhe von CHF 55.00 nebst Verzugszins von 5% seit 26. November 2021 zusteht. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden konnte.

V.

25.

- 25.1 Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO).
- 25.2 Im vorliegenden Fall ist der Kläger gegenüber dem Beklagten 2 vollständig und gegenüber der Beklagten 1 betragsmässig nahezu vollständig unterlegen. Der Kläger ist einzig im Umfang von CHF 55.00 mit seinem Begehren durchgedrungen. Dies entspricht 1.4% des Streitwerts von CHF 3'920.00. In Anbetracht dessen ist vorliegend eine verhältnismässige Kostenteilung trotz des (geringfügigen) Unterliegens der Beklagten 1 nicht angezeigt (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_364/2013 vom 5. März 2014 E. 18 und 4A_207/2015 vom 2. September 2015 E. 3.1). Es ist gerechtfertigt, den Kläger als gesamthaft unterliegend zu betrachten und entsprechend ihm die Prozesskosten vollumfänglich aufzuerlegen.
- 25.3 Die Prozesskosten setzen sich aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO).

26.

- 26.1 Die Gerichtskosten beschränken sich im vorliegenden Fall auf die Pauschale für den Entscheid (Entscheidgebühr; Art. 95 Abs. 2 Bst. b ZPO). Diese bemisst sich anhand des Streitwerts und richtet sich nach den kantonalen Tarifen (Art. 91 Abs. 1 und Art. 96 ZPO und Art. 42 Abs. 1 des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]).
- 26.2 Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 3'920.00. Die Pauschalen für den Entscheid bewegen sich bei einem Streitwert von weniger als CHF 50'000.00 gemäss Art. 42 Abs. 1 Bst. a VKD zwischen CHF 1'000.00 und CHF 15'000.00. Innerhalb dieses Rahmens bemessen sich die Gebühren gemäss Art. 5 VKD anhand des gesamten Zeit- und Arbeitsaufwands, der Bedeutung des Geschäfts und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Parteien. Erhöhungs- oder Reduktionsgründe i.S.v. Art. 6 und 7 VKD liegen keine vor. Weist ein Fall keine nennenswerten Besonderheiten auf, ist er mithin weder als unter- noch als überdurchschnittlich einzustufen. Zu berücksichtigen ist, dass keine mündliche Parteiverhandlung und kein Beweisverfahren stattgefunden haben, so dass Zeit- und Arbeitsaufwand vorliegend als unterdurchschnittlich einzustufen sind. Die Bedeutung des Geschäfts entspricht ihrem

Streitwert, welcher im unteren Bereich des anwendbaren Tarifr Rahmens liegt. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien ist als durchschnittlich zu betrachten. Die Gerichtsgebühren (Art. 95 Abs. 2 Bst. b ZPO) werden in Anbetracht des vorangehend Gesagten auf CHF 1'000.00 festgesetzt. Sie werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Gerichtskostenvorschuss von CHF 1'000.00 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

27.

- 27.1 Weiter sind die Parteikosten zu bestimmen. Der Parteikostenersatz besteht aus dem Honorar und den notwendigen Auslagen (Art. 2 der Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]).
- 27.2 Die Höhe der Parteientschädigung ist dabei unter Beachtung von Art. 5 Abs. 1 PKV festzusetzen. Bei einem Streitwert unter CHF 8'000.00 sieht Art. 5 Abs. 1 PKV für ordentliche Verfahren eine Bandbreite des Honorars zwischen CHF 100.00 und CHF 3'000.00 vor. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 des kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]).
- 27.3 Wie bereits bezüglich der Gerichtsgebühren ausgeführt (vgl. Ziff. V.26.2 oben), ist das Verfahren als unterdurchschnittlich zu bewerten; die dortigen Ausführungen treffen hier ebenfalls zu. Bezüglich der Schwierigkeit der Streitsache handelt es sich um ein durchschnittlich anspruchsvolles Verfahren. Die Bedeutung der Streitsache entspricht ihrem Streitwert. Dieser liegt im unteren Bereich des anwendbaren Tarifr Rahmens.
- 27.4 Der Kläger macht ein Honorar von CHF 5'096.00 geltend, sowie eine Kleinspesenpauschale von 3% und Mehrwertsteuer von 7.7% (vgl. drei Honorarnoten, pag. 112 ff.).
- 27.5 Die Beklagten machen ein Honorar von CHF 6'000.00 geltend, sowie Auslagen von CHF 354.50 und Mehrwertsteuer von 7.7%. Sie machen einen Zuschlag von 100% nach Art. 9 PKV geltend (pag. 107 ff.).
- 27.6 Die Beklagten begründen den Zuschlag von 100% damit, dass der Kläger ein Grundsatzurteil habe erwirken wollen und die Beklagten faktisch dazu gezwungen habe, sich aufwändig zu verteidigen. Es sei Aufwand entstanden, der dem Streitwert eigentlich nicht angemessen gewesen sei (vgl. pag. 107). Der Kläger begründet den Zuschlag auf dem Honorar nach Art. 5 Abs. 1 PKV nicht.
- 27.7 Nachdem das Verfahren nur durchschnittlich aufwändig war, rechtfertigt sich kein Zuschlag. Dass der tiefe Streitwert zu einem tiefen Honorar führt, das in einem ungünstigen Verhältnis zum zeitlichen Aufwand steht, ist der streitwertabhängigen Honorarordnung geschuldet und rechtfertigt keinen Zuschlag gemäss Art. 9 PKV. Der Aufwand ist als durchschnittlich zu werten, während das Interesse des Klägers an einem Grundsatzentscheid trotz des tiefen Streitwerts nicht unerheblich ist. Insgesamt erscheint es angemessen, den Tarifr Rahmen zu 60% auszuschöpfen, was ein Honorar von CHF 1'840.00 ergibt.

- 27.8 Zusätzlich zu entschädigen sind die Auslagen. Die Höhe der von den Beklagten geltend gemachten Auslagen von CHF 354.50 scheint angemessen zu sein. Es ist somit von einem Honorar, inkl. Auslagen, von CHF 2'194.50 auszugehen.
- 27.9 Da der Beklagte 2 nicht mehrwertsteuerpflichtig ist, ist zudem die Mehrwertsteuer von CHF 168.95 (7.7% auf CHF 2'194.50) geschuldet.
- 27.10 Damit hat der Kläger den Beklagten CHF 2'363.45 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) als Parteientschädigung zu entrichten.

Das Handelsgericht entscheidet:

1. Die Beklagte 1 wird verurteilt, dem Kläger CHF 55.00 nebst Zins zu 5% seit 26. November 2021 zu bezahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
3. Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 1'000.00, werden dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von CHF 1'000.00 verrechnet.
4. Der Kläger wird verurteilt, den Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 2'363.45 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Zu eröffnen (Einschreiben):
 - den Parteien

Bern, 13. Februar 2023

Im Namen des Handelsgerichts

Der Präsident:

Oberrichter Josi

Die Gerichtsschreiberin:

Zwahlen

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Hinweis: Das Bundesgericht hat die gegen den Entscheid erhobene Beschwerde mit Urteil vom 21. April 2023 (4A_168/2023) abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde.