

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190419-O

Z01/pz

Mitwirkend: Oberrichterin Nicole Klausner sowie
der Gerichtsschreiber Dr. Giulio Donati

Urteil vom 5. November 2020

in Sachen

Fondation A. _____,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X. _____

gegen

B. _____ GmbH,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Ursprüngliche Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2-14)

- "1. Es seien die bei der Gesuchsgegnerin an der ... [Adresse] ausgestellt oder befindlichen Fotografien von A. _____, insbesondere die in der Preisliste im Anhang sowie die nachfolgend abgebildeten, ohne vorherige Anhörung der Gesuchsgegnerin mit sofortiger Wirkung vorsorglich zu beschlagnahmen:

Bild 1

Bild 2

Bild 3

Bild 4

Bild 5

Bild 6

Bild 7

Bild 8

Bild 9

Bild 10

Bild 11

Bild 12

Bild 13

Bild 14

Bild 15

Bild 16

Bild 17

Bild 18

Bild 19

Bild 20

Bild 21

2. Es sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin Bildmaterial (einschliesslich Vor- und Rückseite) von allen bei der

Gesuchsgegnerin ausgestellten oder befindlichen Werken von A._____ zur näheren Prüfung zur Verfügung zu stellen;

3. Die Anordnungen gemäss Rechtsbegehren 1-2 sei mit der Androhung der Überweisung der Organe der Gesuchsgegnerin an den Strafrichter zur Bestrafung mit Busse nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie einer Ordnungsbusse von CHF 1000 für jeden Tag der Nichterfüllung nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO, mindestens aber CHF 5000 nach Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, zu verbinden;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin, zuzüglich Mehrwertsteuer."

Abgeänderte Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:

(act. 38 S. 2 f.)

- "1. In Bestätigung der superprovisorischen Massnahmen vom 16. Oktober 2019 und 26. November 2019 sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, die in Ziff. 2 der Verfügung vom 16. Oktober 2019 aufgeführten Fotografien bis auf weiteres auf Kosten der Gesuchsgegnerin im ... Freilager C._____, ... [Adresse], aufbewahren zu lassen, und es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, diese Fotografien ohne Zustimmung der Gesuchstellerin an Dritte herauszugeben.
2. Die Anordnungen gemäss Rechtsbegehren 1 seien mit der Androhung der Überweisung der Organe der Gesuchsgegnerin an den Strafrichter zur Bestrafung mit Busse nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie einer Ordnungsbusse von CHF 1000 für jeden Tag der Nichterfüllung nach Art. 343 Abs. 1 lit c ZPO, mindestens aber CHF 5'000 nach Art. 343 abs. 1 lit. b ZPO, zu verbinden.
3. Die Organe der Gesuchsgegnerin seien wegen der Widerhandlung gegen die Verfügungen des Gerichts vom 16. Oktober 2019 und 26. November 2019 an den Strafrichter zur Bestrafung mit Busse nach Art. 292 StGB zu überweisen;
4. Der Gesuchstellerin sei nach Art. 263 ZPO Frist zur Klage anzusetzen;
5. Sollte das Gericht die Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 28. September 2020 als Stellungnahme zum Massnahmegesuch vom 11. Oktober 2019 berücksichtigen, sei der Gesuchstellerin eine Frist zur diesbezüglichen Stellungnahme anzusetzen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin.

Ergänzte Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:

(act. 43 S. 2 f.)

- "1. a) Es seien die in Ziff. 2 der Verfügung vom 16. Oktober 2019 aufgeführten Fotografien, die im Namen der D._____ GmbH (... [Adresse], Deutschland), E._____ AG ... Services (C._____ 1, CH-...) und/oder B._____ GmbH (... [Adresse], oder c/o F._____, ... [Adresse]) im ... Freilager C._____, ... [Adresse], aufbewahrt werden, ohne vorherige Anhörung der Gesuchsgegnerin mit sofortiger Wirkung vorsorglich zu beschlagnahmen;
- b) Falls zurzeit nicht sämtliche der in Ziff. 2 der Verfügung vom 16. Oktober 2019 aufgeführten Fotografien auf Kosten der Gesuchsgegnerin im ... Freilager C._____, ... [Adresse], aufbewahrt werden, sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, die fehlenden Fotografien ins ... Freilager C._____, ... [Adresse], zu bringen oder durch die E._____ AG ... Services (C._____ 1, ...) verbringen zu lassen und das Gericht zuhanden der Gesuchstellerin entsprechend zu informieren; diese Fotografien seien anschliessend ebenfalls ohne vorherige Anhörung der Gesuchsgegnerin mit sofortiger Wirkung vorsorglich zu beschlagnahmen;
2. Eventualiter zu Rechtsbegehren 1:
- a) In Bestätigung der Massnahmen vom 16. Oktober 2019 und 26. November 2019 sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, die in Ziff. 2 der Verfügung vom 16. Oktober 2019 aufgeführten Fotografien bis auf weiteres auf Kosten der Gesuchsgegnerin im ... Freilager C._____, ... [Adresse], aufbewahren zu lassen, und es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, diese Fotografien ohne Zustimmung der Gesuchstellerin an Dritte herauszugeben;
- b) Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, dem Gericht zuhanden der Gesuchstellerin zu bestätigen (unter Beilage der schriftlichen Vereinbarung mit dem ... Freilager C._____), dass sämtliche der in Ziff. 2 der Verfügung vom 16. Oktober 2019 aufgeführten Fotografien bis auf weiteres auf Kosten der Gesuchsgegnerin im ... Freilager C._____, ... [Adresse], aufbewahrt werden und von der Gesuchsgegnerin ohne Zustimmung der Gesuchstellerin nicht an Dritte herausgegeben werden;
- c) Falls zurzeit nicht sämtliche der in Ziff. 2 der Verfügung vom 16. Oktober 2019 aufgeführten Fotografien auf Kosten der Gesuchsgegnerin im ... Freilager C._____, ... [Adresse], aufbewahrt werden, sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, die fehlenden Fotografien ins ... Freilager C._____, ... [Adresse], zu bringen oder durch die E._____ AG ... Services (C._____ 1, ...) verbringen zu lassen und das Gericht zuhanden der Gesuchstellerin entsprechend zu informieren;

3. Die Anordnungen gemäss Rechtsbegehren 1 - 2 seien mit der Androhung der Überweisung der Organe der Gesuchsgegnerin an den Strafrichter zur Bestrafung mit Busse nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie einer Ordnungsbusse von CHF 1000 für jeden Tag der Nichterfüllung nach Art. 343 Abs. 1 lit c ZPO zu verbinden, -
4. Die Organe der Gesuchsgegnerin seien wegen der Widerhandlung gegen die Verfügungen des Gerichts vom 16. Oktober 2019 und 26. November 2019 an den Strafrichter zur Bestrafung mit Busse nach Art. 292 StGB zu überweisen;
5. Der Gesuchstellerin sei nach Art. 263 ZPO Frist zur Klage anzusetzen;
6. Sollte das Gericht die Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 28. September 2020 als Stellungnahme zum Massnahme gesuch vom 11. Oktober 2019 berücksichtigen, sei der Gesuchstellerin eine Frist zur diesbezüglichen Stellungnahme anzusetzen;
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin.

Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:

1. Ausgangslage

1.1. Bei A._____ handelt es sich um einen bekannten französischen Fotografen und Künstler, der am tt.mm.2004 verstarb (act. 3/7). Nach dessen Tod und dem Tod seiner Ehefrau G._____ (act. 3/6) verfügt die Gesuchstellerin Fondation A._____ über sämtliche Urheberrechte an seinen Fotografien.

1.2. Die Gesuchsgegnerin B._____ GmbH führte im Oktober 2019 eine Ausstellung mit Werken von A._____ durch (act. 3/11).

1.3. Die Gesuchstellerin hegt Zweifel an der Echtheit der damals ausgestellt und A._____ zugeschriebenen Werke bzw. an einer durch den Künstler urheberrechtlich einwandfrei erfolgten ersten Rechtsübertragung und ist bestrebt, die Fotografien in dieser Hinsicht zu überprüfen und sie gegebenenfalls aus dem Verkehr zu ziehen.

2. Verfahrensablauf

2.1. Mit Eingabe vom 11. Oktober 2019 (Datum Poststempel; eingegangen am 15. Oktober 2019) stellte die Gesuchstellerin das Massnahmenbegehren mit den oben genannten Rechtsbegehren (act. 1). In teilweiser Gutheissung dieser Rechtsbegehren wurde die Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 16. Oktober 2019 im Sinne von superprovisorischen Massnahmen verpflichtet, die fraglichen Fotografien bei sich aufzubewahren bzw. ihr verboten, diese an Dritte herauszugeben. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin eine Frist bis zum 7. November 2019 angesetzt, um das Gesuch der Gesuchstellerin zu beantworten (act. 4).

2.2. Statt einer Stellungnahme der Gesuchsgegnerin, ging eine (weitere) Eingabe der Gesuchstellerin vom 7. November 2019 ein, mit welcher diese mitteilte, die Parteien seien daran, aussergerichtlich über eine einvernehmliche Lösung zu verhandeln. Sie hätten sich darauf geeinigt, dass die fraglichen Fotografien auch der E._____ AG, ... Services, zur Aufbewahrung im ... Freilager C._____ übergeben werden dürften. Die Gesuchstellerin stellte entsprechend den Antrag um Anpassung der angeordneten Massnahmen und um Sistierung des Verfahrens für die Dauer der aussergerichtlichen Vergleichsbemühungen (act. 7). Nach Einholung einer Stellungnahme der Gesuchsgegnerin, welche am 18. November 2020 einging (act. 13), wurde den Anträgen der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 26. November 2019 Folge geleistet, d.h. die am 16. Oktober 2019 getroffene Anordnung wurde abgeändert und das Verfahren sistiert (act. 16). Die Sistierung wurde sodann mit Verfügungen vom 24. Februar 2020 (act. 20), vom 26. Mai 2020 (act. 23) und vom 23. Juni 2020 (act. 28) jeweils verlängert, zuletzt bis am 28. September 2020.

2.3. Mit Eingabe vom 25. September 2020 teilte die Gesuchstellerin mit, es habe keine einvernehmliche Lösung gefunden werden können, weshalb das Verfahren nun fortzusetzen sei (act. 33). Mit Eingabe vom 28. September 2020 liess sich auch die Gesuchsgegnerin verlauten. Sie schickte voraus, keine Rechtsbeziehung zu den fraglichen Fotografien mehr zu haben und nicht mehr über diese verfügen zu können, weshalb sich der Rechtsstreit erledigt haben dürfte. Weiter nahm sie vorsorglich inhaltlich zum Gesuch der Gesuchstellerin Stellung (act. 34).

2.4. Mit Verfügung vom 30. September 2020 wurde die am 28. November 2019 erstmals angeordnete und seither mehrfach verlängerte Sistierung des Verfahrens aufgehoben und der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zur neuen Eingabe der Gesuchsgegnerin Stellung zu nehmen (act. 36). Hierauf erstattete die Gesuchstellerin eine Stellungnahme mit abgeänderten Rechtsbegehren (act. 38).

2.5. Nach Zustellung dieser Eingabe an die Gesuchsgegnerin reichte diese eine weitere Rechtsschrift vom 19. Oktober 2020 ein (act. 41). Die Gesuchstellerin wiederum reichte nach Kenntnisnahme dieser letzten Eingabe der Gesuchsgegnerin ebenfalls eine weitere Stellungnahme vom 30. Oktober 2020 mit ergänzten Rechtsbegehren, unter anderem superprovisorischen Anträgen, ein (act. 43).

2.6. Das Verfahren ist spruchreif; auf weitere Fristansetzungen ist zu verzichten.

3. Zuständigkeit und anwendbares Recht

3.1. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich für die Beurteilung des Massnahmebegehrens ist, wie bereits in der Verfügung vom 16. Oktober 2019 festgehalten, gegeben (Art. 2 Abs. 1 und 31 LugÜ, Art. 10, Art. 109 Abs. 2 Satz 1 und Art. 129 IPRG sowie Art. 5 Abs. 1 lit. a und lit. d ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG; Art. 5 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 45 lit. b GOG).

3.2. Die Gesuchstellerin stützt ihr Begehren mehrheitlich auf eine Verletzung ihres Urheberrechts und hinsichtlich eines Bildes auf unlauteren Wettbewerb. Gemäss Art. 110 Abs. 1 IPRG ist in materieller Hinsicht das Recht des Staats anwendbar, für welchen der Schutz der Immaterialgüter beansprucht wird, mithin ist Schweizer Recht anwendbar. Hinsichtlich der Lauterkeitsansprüche findet gemäss Art. 136 Abs. 1 IPRG grundsätzlich ebenfalls Schweizer Recht Anwendung. Weiter ist das Schweizer Prozessrecht anzuwenden.

4. Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen

4.1. Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 11 ZPO). Bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere bei Vereitelungsgefahr, kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen (Art. 265 Abs. 1 ZPO). Dabei handelt es sich um Ausnahmefälle, bei denen eine besondere Dringlichkeit vorliegen muss (ZÜRCHER in: BRUNNER / GASSER / SCHWANDER [HRSG.], Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2016, N 1 zu Art. 265 ZPO).

4.2. Das Massnahmeverfahren (Art. 261 ff. ZPO) ist summarischer Natur (Art. 248 lit. d ZPO) und insofern in Art. 252 ff. ZPO geregelt. Ferner gelten die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens analog (Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 220 ff. ZPO) sowie die allgemeinen prozessualen Bestimmungen (Art. 1 ff. ZPO). Gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO ist im summarischen Verfahren Beweis grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen. Weiter sieht das Gesetz im summarischen Verfahren keinen doppelten Schriftenwechsel vor (Art. 253 ZPO; vgl. JENT-SØRENSEN, in: OBERHAMMER / DOMEJ / HAAS [HRSG.], Kurzkomentar zur ZPO, 2. Aufl. 2014, N 7 zu Art. 252 ZPO). Die gesuchstellende Partei hat mithin ihr gesamtes Gesuchsfundament (substantiiertes Parteivortrag, Beweismittelnennung und – soweit möglich – Beweismittelvorlage) mit dem Massnahmenbegehren zu unterbreiten. Werden über den einfachen Schriftenwechsel hinaus Stellungnahmen eingeholt, dient dies in der Regel allein der Wahrung des rechtlichen Gehörs. Es geht dabei im Wesentlichen darum, zu sogenannten Noven (Parteibehauptungen, Urkunden) im Sinne von Art. 229 i.V.m. Art. 219 ZPO Stellung nehmen zu können (vgl. dazu KLINGLER, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER [HRSG.]; Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2016, N 9 f. zu Art. 253 ZPO; PAHUD, in: BRUNNER / GASSER / SCHWANDER [HRSG.], Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2016, N 27 zu Art. 229 ZPO; BGE 138 III 252 E. 2.1 = Pra 101 Nr. 109 m.w.H.). Ein eigentliches Replik- bzw. Duplikrecht ist dem summarischen Verfahren dagegen fremd.

4.3. Auf die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend nur soweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

5. Standpunkt der Gesuchstellerin

5.1. Die Gesuchstellerin begründete ihr Gesuch in ihrer ersten Rechtschrift zusammengefasst damit, damit betraut zu sein, den künstlerischen Nachlass von A._____ zu bewahren und Inhaberin von dessen Urheberrechten zu sein. Die Werke bzw. Fotografien von A._____ seien urheberrechtlich schutzfähig. Im Oktober 2019 habe die Gesuchsgegnerin in der Galerie an der ... [Adresse] Fotografien von A._____ ausgestellt. Sie (die Gesuchstellerin) hege Zweifel an deren Echtheit bzw. daran, dass es zu einer aus urheberrechtlicher Sicht einwandfreien Übertragung dieser Rechte an diesen Werken durch den Künstler gekommen sei. Ihre Kuratorin habe ihre Überzeugung, dass es sich teilweise sogar um Fälschungen handle, schriftlich bestätigt. Zu ihren Aufgaben gehöre die Prüfung der Echtheit der Fotografien. Sie führe diese kostenlos in Paris durch. Der Vertreter der angeblichen Eigentümerin der ausgestellten Fotos, Rechtsanwalt Y._____, habe mitunter zwar eine Erschöpfung des Urheberrechts der Gesuchstellerin geltend gemacht und behauptet, A._____ habe diese Werke selber veräussert. Diese Behauptungen seien indessen sehr pauschal und unbewiesen geblieben. Es sei vielmehr anzunehmen, dass die Fotografien zufolge Gebrauchsüberlassung von der von A._____ gegründeten Fotoagentur H._____ an Dritte gelangt und widerrechtlich nicht mehr zurückgegeben worden seien. Es würden denn auch Hinweise auf eine Veräusserung der fraglichen Werke fehlen. A._____ habe seine Fotografien nur wenigen Galerien veräussert. Es sei anzunehmen, dass es sich bei den von der Gesuchsgegnerin gezeigten um die gleichen Bilder handle, die 2010 in Barcelona von der Kunstgalerie I._____ angeboten und auf Intervention der Gesuchstellerin wieder zurückgezogen worden seien. Im Urheberrecht bestehe mangels eines Registers kein Gutgläubensschutz des Erwerbers. Beim Kauf von Kunstgegenständen seien immer hohe Anforderungen an die Sorgfaltspflicht zu verlangen. Es gelinge der Gesuchsgegnerin deshalb nicht, einen gültigen Rechtsenerwerb der Bilder und damit eine Erschöpfung der Urheberrechte zu beweisen. Mit der Ausstellung würde das Recht der Gesuchstellerin gemäss Art. 10 Abs. 1

und 2 lit. b URG verletzt, ausschliesslich zu bestimmen, ob, wann und wie die Fotos angeboten, veräussert oder auf andere Weise verbreitet werden sollen. Eines der ausgestellten Bilder werde zudem weder auf der Website der Fotoagentur H._____ noch in der Datenbank der Gesuchstellerin aufgeführt. Dennoch werde A._____ als Urheber angegeben. Die Gesuchsgegnerin habe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG unlauter gehandelt, indem sie diese nicht von A._____ stammende Fotografie trotzdem als seine zum Verkauf angeboten habe. In ihrem Gesuch führt die Gesuchstellerin ferner aus, die Werke würden während der Ausstellung der Gesuchsgegnerin womöglich verkauft bzw. anschliessend an die Eigentümer retourniert oder beiseite geschafft. Sie (die Gesuchstellerin) habe dann keine Möglichkeit mehr, diese zu beschlagnahmen und auf ihre Echtheit zu prüfen. Eine Beschlagnahme sei deshalb dringend und diene auch der Beweissicherung (act. 1).

5.2. Während die Gesuchstellerin gegen Ende der Verfahrenssistierung in ihrer Eingabe vom 25. September 2020 schlicht die Fortsetzung des Verfahrens beantragte (act. 33), hielt sie in ihrer folgenden Stellungnahme vom 9. Oktober 2020 daran fest, dass die Sistierung und die zwischenzeitlich aussergerichtlich geführten Vergleichsverhandlungen an der Ausgangslange insofern nichts geändert hätten, als es nach wie vor darum gehe, die Fotografien zur Beweissicherung sicherzustellen und die Gefahr zu bannen, dass das ordentliche Verfahren ins Leere laufe, weil auf die Fotografien nicht mehr zugegriffen werden könne. Die Aufbewahrung der Fotografien im Zollfreilager bis zu einem rechtskräftigen Entscheid im Massnahmeverfahren bzw. in einem ordentlichen Verfahren sei die Idee der Gesuchsgegnerin gewesen. Aufgrund der gerichtlichen Anordnungen und der Äusserungen der Parteien sei klar, dass die Fotografien im Zollfreilager aufzubewahren seien und von der Gesuchsgegnerin nicht an Dritte herauszugeben seien, bis die Angelegenheit geklärt sei. Die anderslautenden Behauptungen der Gesuchsgegnerin würden sowohl den gerichtlichen Verfügungen als auch der Vereinbarung der Parteien sowie Treu und Glauben widersprechen (act. 38 S. 4 ff.).

5.3. In ihrer Stellungnahme vom 30. Oktober 2020 setzte sich die Gesuchstellerin sodann vor allem mit den Andeutungen der Gesuchsgegnerin auseinander, die

Fotografien – statt sie auf eigene Kosten im ... Freilager C._____ aufbewahren zu lassen – der D._____ GmbH (fortan: D'._____ GmbH) übergeben zu haben sowie auch mit der Korrespondenz der Parteien und den Vorgängen nach der Sistierung (act. 43).

6. Standpunkt der Gesuchsgegnerin

6.1. Die Gesuchsgegnerin hat innert der ihr angesetzten Frist weder Stellung zum Gesuch der Gesuchstellerin genommen noch um Abnahme oder Erstreckung der ihr angesetzten Frist ersucht. Die Sistierung des Verfahrens erfolgte nicht etwa während laufender Frist zur Stellungnahme sondern erst danach, weshalb sie keinen Einfluss auf den Lauf bzw. den Ablauf der Frist für eine Stellungnahme der Gesuchsgegnerin hatte. In der Verfügung vom 8. November 2020 wurde denn auch ausdrücklich festgehalten, dass eine Sistierung des Verfahrens nichts am Ablauf der Frist zur Stellungnahme zum Massnahmegesuch ändern könne (act. 9 S. 2). Davon, dass der Gesuchsgegnerin, wie sie in ihrer Eingabe vom 28. September 2020 mehrfach erwähnte, die Frist zur Stellungnahme verlängert wurde (act. 34 S. 1), kann jedenfalls keine Rede sein. Mehrfach verlängert wurde einzig die Sistierung des Verfahrens. Die der Gesuchsgegnerin für die Stellungnahme angesetzte Frist war bereits vor Anordnung der Sistierung abgelaufen.

6.2. Vor diesem Hintergrund dürfen die Ausführungen der Gesuchsgegnerin in ihrer am 28. September 2020 – dem grundsätzlich letzten Tag der Sistierung des Verfahrens – datierenden Rechtsschrift (act. 34) nicht als Stellungnahme zum Gesuch der Gesuchstellerin beachtet werden. Die Gesuchsgegnerin machte zwar in der Folge pauschal geltend, ihr "Vortrag" sei nicht verspätet (act. 41 S. 2), legt jedoch nichts Nachvollziehbares dar, was diese Auffassung untermauern würde.

7. Neue Situation durch Absprachen der Parteien nach dem Dringlichkeitsentscheid vom 16. Oktober 2019

7.1. Mit Eingabe vom 7. November 2019 teilte die Gesuchstellerin mit, die Parteien hätten sich darauf geeinigt, dass die Gesuchsgegnerin die Fotografien, welche sie gemäss der Verfügung vom 16. Oktober 2020 weiter aufzubewahren habe, auch zur Aufbewahrung im ... Freilager C._____ an die E._____ AG ... Ser-

vices übergeben dürfe und ersuchte um entsprechende Anpassung der angeordneten Massnahmen (act. 7).

7.2. Die Gesuchsgegnerin bestätigte in ihrer Stellungnahme vom 15. November 2019, mit diesem Ersuchen der Gesuchstellerin einverstanden zu sein (act. 13). Gleichzeitig führte sie aus, die Parteien hätten einen Zwischenvergleich geschlossen, gemäss welchem die sachgemässe und kostengünstige Verwahrung durch die D'._____ GmbH für sie (die Gesuchsgegnerin) im Zollfreilager Zürich erfolge (act. 13 S. 2).

7.3. Entsprechend erfolgte am 26. November 2019 eine Anpassung der Massnahmen in dem Sinn, dass der Gesuchsgegnerin erlaubt wurde, die in Ziffer 2 der Verfügung vom 16. Oktober 2019 aufgeführten Fotografien der E._____ AG ... Services zu übergeben und auf ihre Kosten im ... Freilager C._____ aufbewahren zu lassen. Weiterhin blieb es der Gesuchsgegnerin verboten, die nämlichen Fotografien an Dritte herauszugeben (act. 16).

8. Hauptsachenprognose

8.1. Wie schon in der Verfügung vom 16. Oktober 2019 ausgeführt, ist glaubhaft, dass die Gesuchstellerin über die Urheberrechte an Fotografien von A._____ verfügt, dass diese Schutzrechte noch nicht abgelaufen sind und dass es sich bei den Fotografien von A._____ um Werke im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. c URG handelt. Die Gesuchstellerin wies nach, dass die Gesuchsgegnerin im Oktober 2019 Fotografien von A._____ ausstellte und damit in ihrer Galerie über diese Werke verfügte. Weiter besteht Grund zur Annahme, dass die in Ziffer 2 der Verfügung vom 16. Oktober 2019 aufgelisteten Fotografien, welche heute (noch) Gegenstand des Verfahrens bilden, insofern der Urheberschaft von A._____ zuzuordnen sind, als sie von der Gesuchstellerin explizit als dessen Fotografien angepriesen wurden. Nach wie vor vermag die Gesuchstellerin mit nachvollziehbaren Behauptungen glaubhaft darzulegen, dass Veräusserungen der Fotografien durch A._____ selten vorkamen, jedoch von ihm lediglich ausgeliehene Werke mitunter nicht mehr retourniert wurden (act. 3/20) und dieselben Fotografien, wie vorliegend betroffen, bereits in der Galerie I._____ in Barcelona ausgestellt, später

aber wieder zurückgezogen wurden. Schliesslich scheint aufgrund der Bestätigung der Kuratorin der Gesuchstellerin glaubhaft, dass die Fotografien in der Ausstellung der Gesuchsgegnerin im Format, in der Art des Papiers und der Bindung, im Zuschnitt sowie der Signature von den üblichen Massen und Merkmalen echter Fotografien von A._____ abweichen (act. 3/21). Ebenso legt die Gesuchstellerin nachvollziehbar dar, dass es sich bei einem Bild vermutungsweise ohnehin nicht um eines von A._____ handle (act. 1 Rz. 47 ff.; vgl. zum Ganzen act. 4 S. 15 ff.).

8.2. Wie erwähnt, reichte die Gesuchsgegnerin innert Frist keine Stellungnahme zum Massnahmegesuch ein, weshalb weiterhin auf diese glaubhaften Angaben abzustellen ist.

8.3. Allerdings rechtfertigt es sich, an dieser Stelle auf folgende Äusserungen der Gesuchsgegnerin einzugehen: Diese erklärte in ihrer Eingabe vom 28. September 2020, die streitgegenständlichen Bilder würden sich inzwischen im Freilager ... befinden. Sie könne "über diese Bilder inzwischen nicht mehr verfügen" (act. 34 S. 1), die Bilder würden "von einer deutschen Gesellschaft verwaltet und seien von dieser für die Eigentümer im Freilager ... untergebracht", "mit der Rückgabe der Bilder an das Freilager ... habe ihre Rechtsbeziehung zu den streitgegenständlichen Bildern geendet", sie habe "keinerlei vertragliche oder sonstige rechtliche Beziehung zu diesen Bildern mehr" (act. 34 S. 2), sie (die Gesuchsgegnerin) sei "Leihnehmerin der jeweiligen Eigentümer" gewesen und etwas anderes werde hier nicht behauptet (act. 34 S. 8), sie verfüge nicht mehr über die streitgegenständlichen Fotos und alle Beteiligten, die in einer Rechtsbeziehung zu den streitgegenständlichen Fotografien stehen würden, hätten erklärt, dass die Bilder im Freilager ... verbleiben würden (act. 34 S. 9). In ihrer nächsten Eingabe vom 19. Oktober 2020 führte die Gesuchsgegnerin auf Einwände der Gesuchstellerin aus, ihr Besitzesrecht habe mit der Rücklieferung der Bilder in das Zollfreilager Zürich geendet. Sie sei lediglich eine Galerie, welche die Bilder während der Ausstellung in Besitz haben dürfen. Ein darüber hinausgehendes schuldrechtliches Besitzesrecht habe nie bestanden. Unmittelbarer Besitzer sei nun das Zollfreilager Zürich bzw. die D'._____ GmbH, in deren Mietbereich die Bilder eingela-

gert seien (act. 41). Dies alles brachte die Gesuchsgegnerin vor, ohne ihre Behauptungen mit Urkunden oder anderen Beweisofferten zu versehen.

8.4. Wie unter Ziffer 7 der Erwägungen festgehalten, äusserte die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 15. November 2020 ihr Einverständnis mit dem damaligen Ersuchen der Gesuchstellerin, die angeordneten Massnahmen anzupassen, nachdem sich die Parteien darauf geeinigt hätten, dass die Gesuchsgegnerin die von ihr aufzubewahrenden Fotografien auch zur Aufbewahrung im ... Freilager C._____ an die E._____ AG ... Services übergeben dürfe (act. 13). Die Gesuchsgegnerin verwies damals sogar auf einen Zwischenvergleich, gemäss welchem die Verwahrung durch die D'._____ GmbH für die B._____ GmbH – somit also für die Gesuchsgegnerin – im Zollfreilager Zürich erfolge (act. 13 S. 2). Diese Äusserung, nämlich eine durch die Gesuchsgegnerin erfolgte Verwahrung, korrespondiert denn auch mit von dem von der Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 9. Oktober 2020 offengelegten Teil des Vorschlages des Rechtsvertreters der Gesuchsgegnerin, wonach die Bilder (auf Kosten der D'._____ GmbH) bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung oder einer Einigung der Parteien eingelagert würden und wonach sich die Parteien einer gerichtlichen Entscheidung oder eines Vergleichs unterwerfen würden (act. 38 Rz. 6; act. 39/22). Mit Verfügung vom 26. November 2019 wurde der Gesuchsgegnerin jedenfalls erlaubt, die in Ziffer 2 der Verfügung vom 16. Oktober 2019 aufgeführten Fotografien der E._____ AG ... Services zu übergeben und auf ihre Kosten im ... Freilager C._____ aufbewahren zu lassen. Weiterhin blieb es der Gesuchsgegnerin verboten, die nämlichen Fotografien an Dritte herauszugeben (act. 16).

8.5. Klar ist, dass die Gesuchsgegnerin als ausstellende und die Fotografien zum Verkauf anbietende Galerie die Fotografien in ihrer Verfügungsmacht hatte. Weshalb diese Verfügungsmacht alleine gestützt auf den zwischen den Parteien vereinbarten Akt, die Fotografien zur Aufbewahrung dem ... Freilager zu übergeben, dahingefallen sein sollte, ist nicht ersichtlich. Vielmehr sah sich die Gesuchsgegnerin selbst gemäss ihren damaligen Worten als diejenige Person, für welche die Fotografien im ... Freilager C._____ verwahrt werden würden, mithin als Auftraggeberin dieser Verwahrung. Aus welchen Gründen sie heute eine an-

dere Rechtsstellung haben und nicht mehr passivlegitimiert sein soll, wird von ihr weder plausibel dargelegt noch dokumentiert. Ferner ist daran zu erinnern, dass der Gesuchsgegnerin lediglich erlaubt wurde, besagte Fotografien der E._____ AG ... Services zu übergeben und im ... Freilager C._____ aufbewahren zu lassen. Was die Gesuchsgegnerin mit ihrer Bemerkung, auch nicht zu bestreiten, wegen etwaiger Rechtsverletzungen passivlegitimiert zu sein (act. 41 S. 2), zum Ausdruck bringen will, bleibt schleierhaft. Auch in dieser Hinsicht fehlt es somit an einem Anhaltspunkt, dass die Passivlegitimation der Gesuchsgegnerin dahingefallen sein könnte. Weiter sah sich die Gesuchsgegnerin gemäss dem Vorschlag ihres Rechtsvertreters seinerzeit in der Position, sich einem künftigen Gerichtsentscheid in dieser Angelegenheit unterwerfen zu können. Eine überzeugende Darstellung der Gesuchsgegnerin, weshalb ihr dies nun nicht mehr möglich sein soll, wird letztlich nicht vorgebracht. Insgesamt überzeugen diese Einwände der Gesuchsgegnerin nicht und sind daher keinesfalls geeignet, die überzeugende Darstellung der Gesuchstellerin zu erschüttern. Ob es sich dabei überhaupt um zulässige Noven handelt, ist daher offen zu lassen.

8.6. Damit und nachdem die Gesuchsgegnerin im Übrigen keine fristgerechte Stellungnahme einreichte, gelingt es der Gesuchstellerin nach wie vor, einen Anspruch in der Hauptsache, namentlich einen Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch gemäss Urheberrecht glaubhaft zu machen.

9. Nachteilsprognose

9.1. Im Weiteren ist glaubhaft, dass der Gesuchstellerin ohne Anordnung vorsorglicher Massnahmen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Es ist damit zu rechnen, dass möglicherweise unrechtmässig erworbene bzw. unechte, jedoch A._____ zugeschriebene Fotografien an Dritte (namentlich allfällige nicht näher bekannte Eigentümer bzw. Käufer oder an eine von der Gesuchsgegnerin nicht namentlich genannte "Verwalterin") herausgegeben werden und weiterhin im Umlauf sind. Da die Identität möglicher Empfänger nicht feststeht, ist ausgewiesen, dass ohne vorsorgliche Massnahmen weder eine spätere Vollstreckung eines Urteils in der Hauptsache (im Sinne einer Unterlassung oder Beseiti-

gung des rechtswidrigen Zustandes gemäss Urheberrecht) noch eine Beweissicherung gewährleistet wäre. Demzufolge ist die Nachteilsprognose zu bejahen.

10. Art der Massnahme/Verhältnismässigkeit

10.1. Vorbemerkungen

10.1.1. Gemäss Art. 262 ZPO kann grundsätzlich jede gerichtliche Massnahme vorsorglich angeordnet werden, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden. Insbesondere kann das Gericht ein Verbot (lit. a) oder die Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands anordnen (lit. b).

10.1.2. Ferner ist zu beachten, dass Immaterialgüterrecht, insbesondere aber das Urheberrecht in Art. 62 URG einen zivilrechtlichen Schutz vorsieht. Danach kann derjenige, der in seinen urheberrechtlichen Schutzrechten verletzt oder gefährdet wird, vom Gericht verlangen, dass eine drohende Verletzung verboten (Abs. 1 lit. a), eine bestehende Verletzung beseitigt (Abs. 1 lit. b) oder die beklagte Partei verpflichtet wird, Herkunft und Menge der in ihrem Besitz befindlichen Gegenstände, die widerrechtlich hergestellt oder in Verkehr gebracht worden sind, anzugeben und Adressaten sowie Ausmasse einer Weitergabe an gewerbliche Abnehmer und Abnehmerinnen zu ernennen (Abs. 1 lit. c). Gemäss Art. 65 URG können solche Massnahmen vorsorglich angeordnet werden, sofern eine Person darum ersucht, und zwar namentlich Massnahmen zur Beweissicherung und zur Ermittlung der Herkunft widerrechtlich hergestellter oder in Verkehr gebrachter Gegenstände angeordnet werden (Art. 65 lit. a und lit. b URG).

10.2. Beschlagnahme/Sicherung

10.2.1. Die Gesuchstellerin verlangte schon ursprünglich eine Beschlagnahme sowie eine Verpflichtung der Gesuchstellerin, ihr die Fotografien zur Verfügung zu stellen (act. 1, Rechtsbegehren Ziffer 1 und 2). Auf Ziffer 2 des ursprünglichen Rechtsbegehrens wurde bereits mit Verfügung vom 16. Oktober 2019 nicht eingetreten, weshalb darauf nicht mehr einzugehen ist. Sodann wurde statt der damals beantragten Beschlagnahme aus Verhältnismässigkeitsgründen und wegen un-

klarer gesetzlicher Rechtsgrundlage das bereits mehrfach erwähnte Verbot an die Gesuchstellerin, die Fotografien an Dritte herauszugeben, verfügt.

10.2.2. Mit ihrer letzten Eingabe verlangt die Gesuchstellerin nun abermals im Sinne eines Hauptbegehrens eine vorsorgliche Beschlagnahme, und zwar ohne vorgängige Anhörung der Gesuchsgegnerin (act. 43 Ziff. 1.a des Rechtsbegehrens). Sie führt aus, ein erheblicher Eingriff in Besitzes- und Eigentumsrechte Dritter durch eine solche Massnahme sei entgegen früherer Auffassung des Gerichts nicht ersichtlich, nachdem die Gesuchsgegnerin selber die Aufbewahrung der Fotografien im ... Freilager C._____ vorgeschlagen habe (act. 43 Rz. 4). Eine gesetzliche Grundlage bestehe aufgrund Art. 261 ff. ZPO sowie Art. 77 Abs. 1 lit. c PatG für das gesamte Immaterialgüterrecht. Die Beschlagnahme stelle die typische Massnahme zur Sicherstellung von Sachen dar und diene etwa der in Art. 63 URG vorgesehenen Einziehung, Verwertung oder Vernichtung widerrechtlich hergestellter Gegenstände oder den in Art. 65 URG vorgesehenen Handhaben, wenn mildere Massnahmen nicht geeignet seien. Die Gesuchsgegnerin habe durch ihre Ausführungen in ihren beiden letzten gerichtlichen Eingaben gezeigt, dass sie sich von Sanktionsandrohungen nicht beeindrucken lasse und gerichtliche Anordnungen nur insoweit Folge leiste, als es ihr und weiteren Beteiligten opportun erscheine. Da die von der Gesuchsgegnerin genannte D'._____ GmbH weder aufgrund einer Vereinbarung mit der Gesuchstellerin noch aufgrund der in diesem Verfahren ergangenen gerichtlichen Verfügungen verpflichtet sei, die Fotografien weiterhin im ... Freilager aufbewahren zu lassen, seien weniger einschneidende und trotzdem wirksame Massnahmen nicht ersichtlich. Damit bestehe nach wie vor erheblich Vereitelungsgefahr, weshalb die Beschlagnahme ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin anzuordnen und durchzuführen sei (act. 43 Rz 7 ff.).

10.2.3. Den Bedenken und der Verunsicherung der Gesuchstellerin ist angesichts der zum Teil bereits besprochenen fragwürdigen Äusserungen der Gesuchsgegnerin in ihren Eingaben vom 28. September 2020 und vom 19. Oktober 2020 Verständnis entgegen zu bringen. Insbesondere ist zu beachten, dass die Zustimmung zur Überführung der Fotografien in das ... Freilager C._____ letztlich auf

Vorschlag der Gesuchsgegnerin erteilt wurde. Es handelte sich um ein offensichtliches Entgegenkommen der Gesuchstellerin, war die Gesuchsgegnerin so doch nicht weiter gezwungen, die Bilder in ihrer Galerie zu behalten. Es wurde nicht zuletzt in den eigenen früheren Eingaben der Gesuchsgegnerin wie auch in der gerichtlichen Verfügung vom 26. November 2020 klar zum Ausdruck gebracht, dass die Verantwortung der Gesuchsgegnerin für den Verbleib der Fotografien mit der Ankunft im ... Freilager nicht etwa endete. Vielmehr durfte lediglich der Standort der Fotografien verändert werden, jedoch blieb der Gesuchsgegnerin weiterhin verboten, die Bilder herauszugeben. Mit anderen Worten wurde sie dadurch, dass ihr erlaubt wurde, die Fotografien in das ... Freilager zu bringen, nicht etwa ermächtigt, ihre Verfügungsrechte daran aufzugeben. Vor diesem Hintergrund befremdet die in den letzten beiden Eingaben verwendete, insgesamt diffuse Terminologie der Gesuchsgegnerin, die von Beendigung ihres Besitzrechts an bzw. der Rechtsbeziehung zu den Bildern, von Rückgabe oder Rücklieferung der Bilder, vom Fehlen einer unmittelbaren Sachherrschaft bzw. eines Verfügungsrechts, von einer Herausgabe der Bilder mit Zustimmung der D'._____ GmbH, von der Einlagerung der Bilder im Zollfreilager durch die D'._____ GmbH etc. spricht. Insofern sind ihre Äusserungen zwar mit zahlreichen Andeutungen gespickt, ohne dass sie klar darlegen, geschweige denn belegen würde, wie sich die Berechtigungen an den Fotografien aus ihrer Sicht tatsächlich darstellen. Die Gefahr, dass ein urheberrechtlicher Anspruch der Gesuchstellerin vereitelt werden könnte, wird durch diese unklaren und vagen Äusserungen der Gesuchsgegnerin nicht etwa ent-, sondern bekräftigt.

10.2.4. Nichtsdestotrotz ergibt sich aufgrund der Ausführungen beider Parteien immer klarer, dass nicht nur die beiden Parteien dieses Verfahrens, sondern auch Dritte von der Anordnung von Massnahmen betroffen sein könnten. Der Standortwechsel der Fotografien verdeutlicht eine solche Implikation zusätzlich. Nachdem keineswegs klar ist, wem die Fotografien gehören und sich diese im Oktober 2019 – so waren auch die Ausführungen der Gesuchstellerin in ihrem Gesuch zu verstehen – allem Anschein nach für nichts Anderes als eine Ausstellung bei der Gesuchsgegnerin befanden, ist praktisch ausgeschlossen, dass die Gesuchsgegnerin alleinige Rechteinhaberin ist. Die Mutmassung der Gesuchstellerin, dass die

Gesuchsgegnerin das Eigentum an den Fotografien beanspruchen könnte, sobald ihr dies opportun erscheine (act. 43 Rz. 13), ändert daran nichts. Immerhin betont die Gesuchstellerin selbst, dass die Fotografien gerade deswegen wirkungsvoller sichergestellt werden müssten, weil die von der Gesuchsgegnerin angeführte D'._____ GmbH weder aufgrund einer Vereinbarung mit ihr (der Gesuchstellerin) noch aufgrund der Verfügungen des Gerichts verpflichtet sei, die Fotografien im ... Freilager C._____ aufbewahren zu lassen. Weder könne die Gesuchsgegnerin rechtsverbindliche Erklärungen für die D'._____ GmbH abgeben, noch habe sich diese Gesellschaft gegenüber dem Gericht oder der Gesuchstellerin zu etwas verpflichtet (act. 43 Rz. 9). Ferner dürfte – wenn dies gemäss ausdrücklichem Hinweis auch nicht so in die Verfügung vom 26. November 2019 einfliessen konnte (act. 16 S. 2) – zwischen den Parteien immer klar gewesen sein, dass die D'._____ GmbH die Kosten der Lagerung der Fotografien im ... Freilager übernimmt. Dies ergab sich so aus ihrer Korrespondenz (act. 39/22). Ein eigenes Interesse der D'._____ GmbH an den Fotografien ist auch aus diesem Grund offenkundig.

10.2.5. Nachdem die Gesuchstellerin nach wie vor ausschliesslich die Gesuchsgegnerin ins Recht fasst, können sich vorsorgliche Massnahmen nur gegen diese richten. Grundsätzlich ist es zwar möglich, dass in einem solchen Rahmen auch an sich *unbeteiligte* Drittpersonen formell in eine Verfügung einbezogen werden, sofern deren Rechtsstellung dadurch *nicht beeinträchtigt* wird. Wird durch eine vorsorgliche Massnahme allerdings in die Rechtsposition einer Drittperson eingegriffen bzw. diese beeinträchtigt, muss die Gesuchstellerin ihr Gesuch (auch) gegen den so betroffenen Dritten richten (BSK ZPO-Sprecher, Art. 262 N 22 ff.). Mit einer Beschlagnahme soll gemäss den vorher wiedergegebenen Ausführungen der Gesuchstellerin vor allem ein Eingreifen der D'._____ GmbH verhindert werden. Daher spricht viel dafür, dass mit einer solchen Massnahme in einem Ausmass in die Rechtsposition der D'._____ GmbH eingegriffen würde, dem ihr Einbezug als blosse Dritte nicht gerecht würde. Insofern ist nicht (mehr) glaubhaft, dass nur die Gesuchsgegnerin durch eine Beschlagnahme in ihrer Rechtsstellung beeinträchtigt würde. Das Gesuch der Gesuchstellerin richtet sich allerdings nur gegen die Gesuchsgegnerin und nicht gegen eine weitere Partei, und es ist auch

nicht ersichtlich, dass es weitere von der Gesuchstellerin eingeleitete Massnahmeverfahren gegen "Dritte" gäbe, welche mit dem vorliegenden hätten vereinigt werden können. Demzufolge kann Ziffer 1.a der Rechtsbegehren der Gesuchstellerin gemäss ihrer Eingabe vom 30. Oktober 2020 nicht Folge geleistet werden.

10.2.6. Als nach wie vor geeignet und verhältnismässig erscheint dagegen die Sicherung der Fotografien in Form der mit Verfügungen vom 16. Oktober 2019 und 26. November 2019 gegen die Gesuchsgegnerin angeordneten Massnahmen.

10.3. Weitere Massnahmen

10.3.1. Die Gesuchstellerin verlangte mit ihrer Eingabe vom 30. Oktober 2020 in Ziffer 1.b und 2.b sowie 2.c zusammengefasst, die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, (1.) Bestätigungserklärungen abzugeben, dass sich sämtliche Fotografien gemäss Ziffer 2 der Verfügung vom 16. Oktober 2019 im ... Freilager aufbewahrt werden, (2.) allenfalls fehlende Fotografien (wieder) ins ... Freilager verbringen zu lassen und (3.) das Gericht zuhanden der Gesuchstellerin entsprechend zu informieren.

10.3.2. Soweit ersichtlich führt sie zur Begründung dieser neuen Anträge einzig an, dass sich bei ihrem Besuch im ... Freilager im Januar 2020 eine einzige Fotografie nicht dort habe finden lassen (act. 43 Rz. 15 f.).

10.3.3. Dabei handelt es sich um ein neues Vorbringen, welches ohne Verzug hätte vorgebracht werden müssen (Art. 229 ZPO). Nachdem die Gesuchstellerin seit Januar 2020 wusste, dass eine der Fotografien nicht auffindbar ist, erfolgte die erstmalige Geltendmachung in der Eingabe vom 30. Oktober 2020 eindeutig zu spät und ist nicht zu beachten. Auf die daran anknüpfenden neuen Anträge kann daher nicht eingetreten werden.

10.4. Dringlichkeit

Die Dringlichkeit von Massnahmen erscheint nach wie vor glaubhaft. Nachdem die Parteien während der einvernehmlichen Sistierung keine Lösung finden konnten, und die Gesuchsgegnerin die Angelegenheit nun für sie als erledigt be-

trachtet, d.h. anscheinend um ihre Verantwortlichkeit foutiert, kann der Gesuchstellerin nicht zugemutet werden, ihre gemäss glaubhaften Ausführungen möglicherweise verletzten Urheberrechte ohne vorsorglichen Rechtsschutz durchzusetzen.

10.5. Fazit

10.5.1. Zusammenfassend gelingt es der Gesuchstellerin, die Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme insofern glaubhaft zu machen, als sich eine Bestätigung der in der Verfügung vom 16. Oktober 2019 und in der Verfügung vom 26. November 2019 abgeänderten vorsorglichen Massnahmen auf jeden Fall rechtfertigt.

10.5.2. Im Übrigen sind ihre Rechtsbegehren, soweit darauf einzutreten ist und nicht bereits früher ein abschlägiger Entscheid erfolgte, abzuweisen.

11. Vollstreckungsmassnahmen

11.1. Die Gesuchstellerin verlangt, die Anordnung der Massnahmen sei mit der Strafandrohung an die Organe der Gesuchsgegnerin gemäss Art. 292 StGB bei Widerhandlungen zu verbinden, und den Organen sei zusätzlich die Ausfällung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000.00 für jeden Tag der Nichterfüllung gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO anzudrohen (act. 43 S. 3; vgl. auch act. 1 S. 14).

11.2. Angesichts der zu bestätigenden Massnahme, welche in einer Aufbewahrungspflicht und einem Herausgabeverbot besteht, erscheint eine "Tagesbusse" nicht sinnvoll. Vielmehr erweist sich eine Strafanordnung von Art. 292 StGB als zweckmässig.

12. Überweisung an den Strafrichter

12.1. Die Gesuchstellerin formulierte erstmals mit ihre Eingabe vom 9. Oktober 2020 als Ziffer 3 ihrer Rechtsbegehren, die Organe der Gesuchsgegnerin seien wegen der Widerhandlung gegen die gerichtlichen Verfügungen vom 16. Oktober 2019 und 26. November 2019 an den Strafrichter zu überweisen (act. 38 S. 2; vgl. auch act. 43 S. 3). Zur Begründung führte sie an, die Überweisung der Organe

der Gesuchsgegnerin sei angezeigt, weil diese die Fotografien entgegen besagter Verfügungen nicht auf eigene Kosten im ... Freilager C._____ hätten aufbewahren lassen (act. 38 S. 6).

12.2. Dafür, dass sich die Fotografien, welche Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden, derzeit nicht mehr im ... Freilager C._____ befinden, gibt es derzeit keine ernsthaften Anhaltspunkte. Selbst aufgrund der als fragwürdig bezeichneten Äusserungen der Gesuchsgegnerin, was ihre Sachherrschaft über die Fotografien anbelangt, bestehen auch keine Hinweise, dass diese die Fotografien inzwischen beiseite geschafft hätte, geschweige denn auf entsprechende deliktische Absichten.

12.3. Mangels eines genügenden Tatverdachts besteht kein Grund, um die von der Gesuchstellerin beantragte Überweisung zu veranlassen. Es ist ihr unbenommen, selbst eine Strafanzeige bei der zuständigen Behörde zu erheben.

13. Prozessfortgang

Der Gesuchstellerin ist Frist anzusetzen, um den Prozess gegen die Gesuchsgegnerin in der Hauptsache anhängig zu machen (Art. 263 ZPO). Bei Säumnis würde die entsprechende Anordnung ohne Weiteres dahinfallen. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen.

14. Kosten- und Entschädigungsfolgen

14.1. Gerichtsgebühr

Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts bestimmt (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert ist auf CHF 31'000.00 zu beziffern (vgl. act. 4 E. 14). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr daher auf CHF 3'000.– festzulegen.

14.2. Kostenverteilung

14.2.1. Da das Massnahmegesuch teilweise abzuweisen ist, sind der Gesuchstellerin in diesem Umfang ausgangsgemäss die diesbezüglichen Gerichtskosten endgültig aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In gesamthafter Betrachtung ihres Massnahmegesuchs ist die Gesuchstellerin als zu rund einem Viertel unterliegend zu betrachten (hinsichtlich Beschlagnahme und weitere Verpflichtungen der Gesuchsgegnerin zu Erklärungen, Rückgaben und Informationserteilung). Zentral ist, dass eine Massnahme anzuordnen bzw. zu bestätigen ist, weshalb es sich rechtfertigt, ihr die Gerichtskosten lediglich im Umfang von CHF 750.– definitiv aufzuerlegen.

14.2.2. Im Übrigen, d.h. im Betrag von CHF 2'250.00 ist dagegen die definitive Regelung bezüglich Kostenaufgabe gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO dem Entscheid des Hauptsachegerichts vorzubehalten. Nur für den Fall, dass die Anordnung wegen Nichtanhängigmachens des Prozesses in der Hauptsache dahinfällt, ist auch für diesen Anteil eine definitive (wenn auch bedingte) Anordnung zu treffen. Gemäss Praxis des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich sind die Gerichtskosten im vorsorglichen Massnahmeverfahren von der Gesuchstellerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt.

14.3. Parteientschädigung

14.3.1. Die Gesuchsgegnerin hat keine fristgerechte Stellungnahme zum Massnahmegesuch eingereicht und anschliessend noch zwei kürzere Eingaben erstattet. Ausgehend von einer angemessenen Anwaltsgebühr von CHF 4'000.– (§ 4 Abs. 1, § 9 und § 11 AnwGebV OG), ist der Gesuchsgegnerin – angesichts des teilweisen Unterliegens der Gesuchstellerin – daher definitiv eine um drei Viertel reduzierte Parteientschädigung von CHF 1'000.– zuzusprechen.

14.3.2. Im Übrigen ist die definitive Regelung der Entschädigungsfolgen dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, hat sie die Gesuchsgegnerin mit zusätzlichen CHF 3'000.– zu entschädigen.

Die Einzelrichterin erkennt:

1. Die Gesuchsgegnerin wird, unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe mit Busse bis zu CHF 10'000.– im Widerhandlungsfall gemäss Art. 292 StGB, verpflichtet, die nachfolgenden Fotografien bis auf weiteres bei sich an der ... [Adresse] aufzubewahren oder auf eigene Kosten im ... Freilager C._____, ... [Adresse] aufbewahren zu lassen, und es wird der Gesuchsgegnerin, wiederum unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe mit Busse bis zu CHF 10'000.– im Widerhandlungsfall gemäss Art. 292 StGB, verboten, diese Fotografien ohne Zustimmung der Gesuchstellerin an Drittpersonen herauszugeben:

Bild 1

Bild 2

Bild 3

Bild 4

Bild 5

Bild 6

Bild 7

Bild 8

Bild 9

Bild 10

Bild 11

Bild 12

Bild 13

Bild 14

Bild 15

Bild 16

Bild 17

Bild 18

Bild 19

Bild 20

Bild 21

2. Im Übrigen wird das Massnahmebegehren der Gesuchstellerin, soweit darauf eingetreten wird, abgewiesen.
3. Der Gesuchstellerin wird eine **einmalige** Frist bis **25. Januar 2021** angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache gegen die Gesuchsgegnerin anhängig zu machen. Bei Säumnis würde die Anordnung gemäss Dispositiv-Ziffer 1 ohne Weiteres dahinfallen.
4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 3'000.–.
5.
 - a) Die Gerichtskosten gemäss Dispositiv-Ziffer 4 werden im Umfang von CHF 750.– definitiv der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Vorschuss gedeckt.
 - b) Im übrigen Umfang von CHF 2'250.– werden die Gerichtskosten aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Vorschuss gedeckt. Fällt die vorsorgliche Massnahme wegen Säumnis dahin (vgl. Dispositiv-

Ziffer 3), so wird dieser Kostenbezug definitiv. Kommt es zum Prozess in der Hauptsache, so bleibt diesbezüglich die definitive Regelung der Verteilung im dortigen Verfahren vorbehalten.

6. a) Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 1'000.– zu bezahlen.
- b) Im Übrigen wird die Regelung der Parteientschädigung dem Prozess in der Hauptsache vorbehalten. Fällt die vorsorgliche Massnahme wegen Säumnis dahin (vgl. Dispositiv-Ziffer 3), so hat die Gesuchstellerin die Gesuchsgegnerin mit weiteren CHF 3'000.– zu entschädigen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 43 und 44/27–29.
8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen Ziffer 1 ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 31'000.00.

Zürich, 5. November 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. G. Donati