

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE200435-O

U/mk

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

## Urteil vom 8. Februar 2021

in Sachen

**Stiftung A.**\_\_\_\_\_ ,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.**\_\_\_\_\_ GmbH,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG in Law Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2 ff.)

- "1. Es seien die nachfolgend abgebildeten Fotografien von A.\_\_\_\_\_, die in den Mietbereichen der Gesuchsgegnerin, der ... AG ... Services (C.\_\_\_\_\_-strasse 1, D.\_\_\_\_\_) und/oder E.\_\_\_\_\_ GmbH (F.\_\_\_\_\_-strasse ..., ... Zürich, oder c/o G.\_\_\_\_\_, ... [Adresse]) im H.\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ 2, D.\_\_\_\_\_, aufbewahrt werden, ohne vorherige Anhörung der Gesuchsgegnerin mit sofortiger Wirkung vorsorglich zu beschlagnahmen:

[Fotografien]

b) Eventualiter: Es sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, die in Rechtsbegehren 1 a) oben abgebildeten Fotografien bis auf weiteres auf ihre Kosten im H.\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ 2, D.\_\_\_\_\_, 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 5000 nach Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, zu verbinden;
3. Dieses Verfahren sei mit dem Verfahren vor dem Handelsgericht in Sachen Stiftung A.\_\_\_\_\_ gegen E.\_\_\_\_\_ GmbH (Geschäftsnummer 190419-O) zu vereinigen;
4. 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. 2/7). Nach dessen Tod und dem Tod seiner Ehefrau I.\_\_\_\_\_ verfügt die Gesuchstellerin über sämtliche Urheberrechte an seinen Fotografien (act. 2/6).

1.2 Das vorliegende Verfahren steht im Zusammenhang mit einer Ausstellung der Bilder im Herbst 2019 durch die E.\_\_\_\_\_ GmbH in deren Galerie an der

F.\_\_\_\_\_-strasse ... in Zürich. Die Gesuchstellerin erwirkte im Verfahren HE190419-O Massnahmen gegen die ausstellende E.\_\_\_\_ GmbH. Die Bilder wurden während des HE190419-O-Verfahrens von den Räumlichkeiten der Galerie in das Zollfreilager D.\_\_\_\_ transferiert, wo sie sich mutmasslich auch heute noch befinden. Die Gesuchstellerin führt aus, dass die Gesuchsgegnerin die Bilder verwaltete und sie diese in die Schweiz importiert sowie der E.\_\_\_\_ GmbH geliefert habe (act. 1 Rz. 8, Rz. 85). Sodann befänden sich die Bilder heute gemäss Aussage des Vertreters der E.\_\_\_\_ GmbH im Mietbereich der Gesuchsgegnerin im Zollfreilager (act. 1 Rz. 9).

1.3 Die Gesuchstellerin hegt Zweifel an der Echtheit der damals in der Galerie ausgestellten 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/Zustellung der Verfügung vom 23. November 2020

2.1 Mit Eingabe vom 17. November 2020 (Datum Poststempel; eingegangen am 18. November 2020) stellte die Gesuchstellerin beim Handelsgericht das Massnahmenbegehren mit den oben genannten Anträgen (act. 1; act. 2/1–17; 19–39). In teilweiser Gutheissung dieser Rechtsbegehren wurde die Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 23. November 2020 superprovisorisch verpflichtet, die fraglichen Fotografien bis auf weiteres im H.\_\_\_\_ C.\_\_\_\_, C.\_\_\_\_ 2, D.\_\_\_\_, aufzubewahren. Weiter wurde ihr verboten, die Fotografien ohne Zustimmung der Gesuchstellerin an Drittpersonen herauszugeben und Dritten ihren Lagerungsort mitzuteilen sowie Dritten direkt oder indirekt zu ermöglichen, in ihren Besitz zu gelangen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin rechtshilfeweise eine 20-tägige Frist angesetzt, um das Gesuch der Gesuchstellerin zu beantworten (act. 6).

2.2 Die kantonale Rechtshilfeabteilung leitete im Januar 2021 mehrere Unterlagen an das hiesige Gericht weiter, die sie im Zusammenhang mit der rechtshilfeweisen Zustellung an die Gesuchsgegnerin aus Deutschland erhalten hatte. Die

Schweizerische Post hatte das entsprechende Paket mit dem Vermerk zugestellt, die Sendung sei beschädigt angekommen. Die erhaltenen Unterlagen standen nur teilweise mit dem hiesigen Verfahren im Zusammenhang. Dem vorliegenden Verfahren konnten lediglich die Doppel der act. 1 und 2/1–17 und 19–39 (d.h. diejenigen Doppel, welche dem Rechtshilfeersuchen an das Amtsgericht Hamburg beigelegt waren) zugeordnet werden. Ein Zustellnachweis der deutschen Rechts-hilfebehörden fehlte. Am 26. Januar 2021 ging eine Eingabe vom 25. Januar 2021 (Datum Poststempel) der Rechtsanwälte Dr. Y1.\_\_\_\_\_ und Y2.\_\_\_\_\_ mit einer Vollmacht (anscheinend) der Gesuchsgegnerin vom 22. Januar 2021 ein, wonach sie von der Gesuchsgegnerin mit der Interessenwahrung beauftragt worden seien. Der Gesuchsgegnerin sei mit Verfügung vom 23. November 2021 vom Handelsgericht Frist zur Stellungnahme zum Massnahmegesuch der Gesuchstellerin angesetzt worden. Die Frist laufe am 27. Januar 2021 ab. Die Gesuchsgegnerin verzichte auf eine Stellungnahme (act. 9 und 10). Angesichts dieser Eingabe ist zu schliessen, dass die Verfügung vom 23. November 2020 erfolgreich an die Gesuchsgegnerin zugestellt werden konnte und ein gültiger Verzicht auf Stellungnahme vorliegt (vgl. zum Ganzen auch Prot. S. 15 f.).

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

### 3. Zuständigkeit und anwendbares Recht

3.1 Die örtliche und sachliche (vgl. auch Erw. 3.2) Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich für die Beurteilung des Massnahmebegehrens ist gegeben (Art. 5 Ziff. 3 und 31 LugÜ, Art. 10, Art. 109 Abs. 2 Satz 1 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 Mit Eingabe vom 22. Januar 2021 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin Klage gegen die E.\_\_\_\_\_ GmbH sowie gegen die Gesuchsgegnerin ein (vgl. HG210019, act. 1). Sie erklärt in ihrer Klageschrift, sie wahre mit ihrer Eingabe die Prosequierugsfrist aus dem Verfahren HE190419-O gegen die E.\_\_\_\_\_ GmbH. Das Massnahmeverfahren gegen die Gesuchsgegnerin sei noch

rechtshängig (vgl. HG210019, act. 1 Rz. 1 f.). Das angerufene Massnahmegericht bleibt auch dann für das Massnahmeverfahren zuständig, wenn während des hängigen Massnahmeverfahrens der Hauptprozess anhängig gemacht wird. Die Zivilprozessordnung enthält für diesen Fall keine Überweisungsnorm (vgl. ZÜRCHER, in: BRUNNER / GASSER / SCHWANDER [HRSG.], DIKE-Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2016, N 9 zu Art. 263 ZPO). Demnach bleibt das hiesige Massnahmegericht für den vorliegenden Entscheid zuständig und es erfolgt keine Überweisung an das Kollegialgericht im Verfahren HG210019-O.

3.3 Die Gesuchstellerin stützt ihr Begehren auf eine Verletzung ihres Urheberrechts. Gemäss Art. 110 Abs. 1 IPRG ist in materieller Hinsicht das Recht des Staats anwendbar, für den der Schutz der Immaterialgüter beansprucht wird, mithin ist Schweizer Recht anwendbar. 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. 1 ZPO).

4.2 Das Massnahmeverfahren (Art. 261 ff. ZPO) gehört zu den summarischen Verfahren (Art. 248 lit. d ZPO). Es gelten die Art. 252 ff. ZPO und zusätzlich die Allgemeinen Bestimmungen (Art. 1 ff. ZPO) sowie analog die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens (Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 220 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., Basel 2014, N 7 zu Art. 252 ZPO). Eine gesuchstellende Partei hat mithin ihr gesamtes Gesuchsfundament (substantiiertes Parteivortrag, Beweismittelnennung und – soweit möglich – Beweismittelvorlegung) mit dem Massnahmenbegehren zu liefern. Werden über den einfachen Schriftenwechsel hinaus Stellungnahmen eingeholt, dient dies in

der Regel alleine dem Anspruch auf rechtliches Gehör. 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.]; Zürcher Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2016, N 9 f. zu Art. 253 ZPO; PAHUD, in: DIKE -Kommentar zur ZPO, a.a.O., 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 fremd.

##### 5. Standpunkt der Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin begründet ihr Gesuch damit, sie sei damit betraut, den künstlerischen Nachlass des französischen Fotografen A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend A'.\_\_\_\_\_) zu bewahren und sei Inhaberin von dessen Urheberrechten. Den Werken bzw. Fotografien von A'.\_\_\_\_\_ käme urheberrechtliche Schutzfähigkeit zu. Die Gesuchstellerin hegt erhebliche Zweifel an der Echtheit der seinerzeit ausgestellten Werke. Sodann sei auch unklar, ob die Werke rechtsgültig in Umlauf gebracht worden seien. Es sei vielmehr anzunehmen, dass die Fotografien durch Gebrauchsüberlassung von der von A'.\_\_\_\_\_ gegründeten Fotoagentur ... an Dritte gelangt und widerrechtlich nicht mehr zurückgegeben worden seien. Es würden denn auch Hinweise auf eine Veräusserung der fraglichen Werke fehlen. Es sei anzunehmen, dass es sich bei den in besagter Ausstellung gezeigten um die gleichen Bilder handle, die 2010 in Barcelona von der Kunstgalerie J.\_\_\_\_\_ angeboten und auf Intervention der Gesuchstellerin wieder zurückgezogen worden seien (vgl. act. 1 Rz. 58). Die Gesuchstellerin führt weiter aus, dass die Gesuchsgegnerin Fotoabzüge von A'.\_\_\_\_\_ in die Schweiz importiert und diese der E.\_\_\_\_\_ GmbH für deren Ausstellung geliefert habe. Zu diesen Werkverwendungen sei aber nach Art. 10 URG ausschliesslich die Gesuchstellerin berechtigt. Die Herstellung von Fotoabzügen falle unter das Vervielfältigungsrecht nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG, der Import, das Anbieten und die Veräusserung der Fotoabzüge falle unter das Verbreitungsrecht nach Art. 10 Abs. 2 lit. b URG, die Ausstellung der Fotoabzüge falle unter das Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht nach Art. 10 Abs. 2 lit. c URG. Die E.\_\_\_\_\_ GmbH und die Gesuchsgegnerin hät-

ten die Fotoabzüge ohne Zustimmung der Gesuchstellerin verwendet und verletzt-  
ten daher deren Rechte nach Art. 10 URG (act. 1 Rz. 71).

## 6. Hauptsacheprognose

Wie bereits in der Verfügung vom 23. November 2020 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 (vgl. act. 6 Erw. 9). Ferner besteht nach wie vor Grund zur Annahme, dass die vom Rechtsbegehren umfassten und dargestellten Fotografien der Urheberschaft von A.\_\_\_\_\_ zuzuordnen sind. Die Gesuchstellerin vermag mit nachvollziehbaren Behauptungen glaubhaft darzulegen, dass Veräusserungen der Fotografien durch den Urheber selten vorkamen sowie, dass ausgeliehene Werke nicht mehr zurückgebracht wurden. Damit gelingt es der Gesuchstellerin, wie bereits im Urteil vom 5. November 2020 im Verfahren HE190419-O und in der Verfügung vom 23. November 2020 im vorliegenden Verfahren festgehalten, einen Anspruch in der Hauptsache glaubhaft zu machen.

## 7. Nachteilsprognose

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

## 8. Art der Massnahme/Verhältnismässigkeit

### 8.1 Vorbemerkungen

8.1.1 Gemäss Art. 262 ZPO kann 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).

8.1.2 Das Urheberrecht sieht in Art. 62 URG einen zivilrechtlichen Schutz vor. Danach kann derjenige, der in seinem urheber- oder verwandten Schutzrechten verletzt oder gefährdet wird, vom Gericht verlangen, dass eine drohende Verletzung verboten (Abs. 1 lit. a) oder 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 benennen (Abs. 1 lit. c). Gemäss Art. 65 URG kann das Gericht überdies vorsorgliche Massnahmen anordnen, sofern eine Person um solche ersucht. In diesem Fall kann das Gericht unter anderem Massnahmen zur Beweissicherung und zur Ermittlung der Herkunft widerrechtlich hergestellter oder in Verkehr gebrachter Gegenstände anordnen (Art. 65 lit. a und lit. b URG).

## 8.2 Beschlagnahme/Sicherung

8.2.1 Die Gesuchstellerin verlangt die Beschlagnahme der in ihrem Begehren genannten Fotografien.

8.2.2 Wie schon im Verfahren HE190419-O ist auch vorliegend keine Beschlagnahmung der Bilder anzuordnen, da eine solche unverhältnismässig wäre. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, ist zusammenfassend auf die Erwägungen in der Verfügung vom 23. November 2020 zu verweisen (vgl. act. 6 Erw. 13.1 bis 13.6):

8.2.2.1 Eine Beschlagnahme, wie sie die Gesuchstellerin verlangt, greift erheblich in die Besitzes- und allenfalls Eigentumsrechte der Betroffenen ein, unabhängig davon, ob sie direkte Adressaten der Massnahme sind. Sie ist als Massnahme zwar nicht ausgeschlossen, aber bei der Prüfung, ob eine Beschlagnahme anzu-

ordnen ist, ist dem Verhältnismässigkeitsprinzip besondere Aufmerksamkeit zu schenken.

8.2.2.2 Mit der beantragten Massnahme möchte die Gesuchstellerin insbesondere sicherstellen, dass die Gesuchsgegnerin die Bilder nicht aus dem Zollfreilager in D.\_\_\_\_\_ wegschafft und deswegen in einem späteren Verfahren der Zugriff auf die Bilder erschwert wird. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint die beantragte Massnahme zielführend.

8.2.2.3 Entscheidend ist indes – und gegen die Anordnung einer Beschlagnahme als Massnahme spricht –, dass die eingetretene Situation betreffend die Lagerung der Bilder letztlich in nicht unbedeutendem Masse auf die Zustimmung und die Mitwirkung der Gesuchstellerin zurückzuführen ist. Es war die Gesuchstellerin, die im Verfahren HE190419-O gemeinsam mit der dortigen Gesuchsgegnerin beantragte, die Bilder seien von den Örtlichkeiten der Galerie in das Zollfreilager zu transferieren. Dabei war ihr bekannt, wie bereits im Urteil vom 5. November 2020 festgehalten (vgl. Urteil vom 5. November 2020, HE190419, Erw. 10.2.4), dass letztlich die heutige Gesuchsgegnerin die Lagerung finanzieren würde. Nichts Anderes beantragten denn auch die damaligen Verfahrensparteien. Dass das Gericht die Pflicht zur Kostenübernahme für die Lagerung der E.\_\_\_\_\_ GmbH auferlegte, lag wie erwähnt darin begründet, dass diese im Verfahren HE190419-O Gegenpartei der Gesuchstellerin war und eine derartige Pflicht nicht, wie von den Parteien beantragt, einer unbeteiligten Dritten – der heutigen Gesuchsgegnerin – auferlegt werden konnte. Auch die Rolle der heutigen Gesuchsgegnerin in Zusammenhang mit den Bildern war der Gesuchstellerin bereits damals bekannt. Sollte sie dies nicht so sehen, müsste sie sich selber zuschreiben, sich angesichts der ihr bekannten Umstände nicht genügend vergewissert zu haben. Genau diese von der Gesuchstellerin mitinitiierte und nunmehr eingetretene Lösung hinsichtlich der Lagerung der Bilder, soll nun nach dem Verständnis der Gesuchstellerin Anlass für eine Beschlagnahme sein, weil unmittelbar die Gefahr drohe, dass die Bilder durch die Gesuchsgegnerin einer späteren Vollstreckung entzogen werden könnten. Mithin hat die Gesuchstellerin selbst zur behaupteten Gefährdung ihrer Interessen beigetragen. Die Involvierung der Gesuchsgegnerin in die Lagerung

der Bilder war, wie gesagt, der Gesuchstellerin bekannt. Auch bestand der Status Quo, was die Lagerung der Bilder anbelangt, bereits seit geraumer Zeit, wurde doch der Transport in das Zollfreilager im Verfahren HE190419-O mit Verfügung vom 26. November 2019 bewilligt. Die Gesuchstellerin legt nicht überzeugend dar, inwiefern die ihr längst bekannte Situation, die im Ergebnis auch dank ihrer Zustimmung entstand, neu eine Gefährdung ihrer Interessen darstellt, welche nur mittels einer vorsorglich angeordneten Beschlagnahme entschärft werden könnte. Neue, erhebliche Entwicklungen in der Sache zeigt sie nicht auf. Insbesondere kann die Gesuchstellerin hinsichtlich der hier beantragten Beschlagnahme nichts zu ihren Gunsten aus dem Urteil vom 5. November 2020 im Verfahren HE190419-O ableiten. Sie macht zwar geltend, dieses könnte der Gesuchsgegnerin aufzeigen, dass sie schlechte Prozesschancen habe. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Ergebnis des Massnahmeentscheids keine präjudizierende Wirkung für ein späteres Urteil in einem ordentlichen Verfahren hat. Ausserdem sind die Standpunkte der Parteien schon seit Beginn des Verfahrens HE190419-O bekannt und eine vertiefte rechtliche Auseinandersetzung mit den materiell-rechtlichen Vorbringen erfolgte, entsprechend der Funktion von Massnahmeverfahren, noch nicht.

8.2.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die von der Gesuchstellerin beantragte Beschlagnahme der Fotografien von A'.\_\_\_\_\_ unverhältnismässig erscheint, weil die Gesuchstellerin keine Gefährdung glaubhaft macht, welche eine derart einschneidende Massnahme rechtfertigen würde.

### 8.3 Eventualantrag der Gesuchstellerin

8.3.1 Die Gesuchstellerin beantragt eventualiter, die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, die Fotografien bis auf weiteres auf ihre Kosten im H.\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_ 2, D.\_\_\_\_\_, aufbewahren zu lassen. Weiter sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, diese Fotografien ohne Zustimmung der Gesuchstellerin an Dritte herauszugeben. Diese beantragte Massnahme erscheint verhältnismässig. Mit ihr kann sichergestellt werden, dass die streitgegenständlichen Bilder auch im Zeitpunkt des Urteils in der Hauptsacheverfahrens vorhanden sind. Mildere Massnahmen sind nicht ersichtlich.

8.3.2 Die Gesuchstellerin verlangt in ihrem Eventualbegehren sodann, die Gesuchsgegnerin solle die Lagerungskosten tragen. Im Verfahren HE190419-O wurde die E.\_\_\_\_\_ GmbH verpflichtet, die streitgegenständlichen Bilder auf ihre Kosten im H.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_, aufbewahren zu lassen. Wie bereits in der Verfügung vom 23. November 2020 ausgeführt, stünde die beantragte Kostentragung durch die Gesuchsgegnerin im Widerspruch zur verfügten Massnahme im Verfahren HE190419-O. Es kann auf die Ausführungen in der Verfügung vom 23. November 2020 verwiesen werden (siehe act. 6 Erw. 14). Somit ist die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, die in Rechtsbegehren Ziffer 1 oben abgebildeten Fotografien bis auf weiteres im H.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ 2, D.\_\_\_\_\_, aufbewahren zu lassen (ob aufgrund einer internen Abrede mit der E.\_\_\_\_\_ GmbH oder in Zusammenarbeit mit der E.\_\_\_\_\_ GmbH ist unerheblich). Auch ist der Gesuchsgegnerin zu verbieten, diese Fotografien ohne Zustimmung der Gesuchstellerin an Dritte herauszugeben. Der Klarheit halber ist zu ergänzen, dass das Verbot auch beinhaltet, Dritten die Mittel zur Herausgabe der Bilder zu verschaffen. So muss die Gesuchsgegnerin namentlich Stillschweigen über den Lagerungsort der Bilder wahren und darf auch sonst nicht direkt oder indirekt Dritten ermöglichen, in Besitz der Bilder zu gelangen.

## 9. Dringlichkeit

Die Dringlichkeit von Massnahmen erscheint nach wie vor glaubhaft. Die Bilder befinden sich mutmasslich nach wie vor im Zollfreilager. Der Konflikt betreffend die Rechte an den Bildern dauert an. Es kann der Gesuchstellerin nicht zugemutet werden, ihre möglicherweise verletzten Urheberrechte ohne vorsorglichen Rechtsschutz durchzusetzen.

## 10. Fazit

10.1 Zusammenfassend gelingt es der Gesuchstellerin, die Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen insofern glaubhaft zu machen, als sich eine Bestätigung der in der Verfügung vom 23. November 2020 angeordneten vorsorglichen Massnahmen rechtfertigt.

10.2 Im Übrigen sind ihre Rechtsbegehren in Bestätigung der Verfügung vom 23. November 2020 abzuweisen.

## 11. Vollstreckungsmassnahmen

11.1 Die Gesuchstellerin beantragt, die Massnahmen seien mit der Strafandrohung von Art. 292 StGB bei Zuwiderhandlungen zu verbinden und den Organen der Gesuchsgegnerin sei zusätzlich die Ausfällung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000.00 für jeden Tag der Nichterfüllung, mindestens aber CHF 5'000.00 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b und c ZPO anzudrohen.

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. Prozessfortgang

12.1 Wie bereits in Erwägung 3.2 hingewiesen, reichte die Gesuchstellerin ihre Klage gegen die E.\_\_\_\_\_ GmbH sowie gegen die Gesuchsgegnerin noch während des vorliegend laufenden Massnahmeverfahrens ein (vgl. HG210019, act. 1).

12.2 Gemäss Art. 263 ZPO setzt das Gericht der gesuchstellenden Partei eine Frist zur Einreichung der Klage, mit der Androhung, die angeordnete Massnahme falle bei ungenutztem Ablauf der Frist ohne Weiteres dahin, wenn die Klage in der Hauptsache noch nicht rechtshängig ist.

12.3 Von einer Fristansetzung kann nur abgesehen werden, wenn sie völlig nutzlos wäre, namentlich wenn die Klage in der Hauptsache zwischenzeitlich bereits rechtshängig ist (vgl. ZÜRCHER, in: DIKE-Kommentar zur ZPO, a.a.O., N 4 zu Art. 263 ZPO; HUBER, in: Zürcher Kommentar zur ZPO, a.a.O., N 16 zu Art. 263 ZPO). Vorliegend ist die Klage in der Hauptsache gegen die Gesuchsgegnerin bereits rechtshängig, weshalb keine Frist im Sinne von Art. 263 ZPO anzusetzen ist.

### 13. Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### 13.1 Gerichtsgebühr

13.1.1 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). In der Verfügung vom 23. November 2021 wurde von einem Streitwert in Höhe von CHF 31'000.00 ausgegangen (vgl. act. 6 Erw. 17). Die Gesuchstellerin hat in ihrer Klage vom 22. Januar 2021 im Hauptsacheverfahren HG210019-O ihre Ausführungen zum Streitwert präzisiert und beziffert den Streitwert nunmehr auf CHF 302'000.00 (vgl. HG210019, act. 1 Rz. 21). Sie stützt sich dabei insbesondere auf die Preisliste für die Bilder, welche anlässlich der Ausstellung der Bilder in der Schweiz erstellt worden sei. Sie führt im vorliegenden Verfahren aus, dass der Streitwert im Massnahmeverfahren regelmässig zu kürzen sei, weil sich die vorsorglichen Massnahmen nur auf den Zeitraum bis zum Abschluss des Hauptverfahrens erstreckten (act. 1 Rz. 15).

13.1.2 Der Streitwert vorsorglicher Massnahmen richtet sich nach dem Streitwert der Hauptsache (vgl. DIGGELMANN, in: DIKE-Kommentar zur ZPO, a.a.O., N 8 zu Art. 91 ZPO). Es sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit massgebend (STEIN-WIGGER, in: Zürcher Kommentar zur ZPO, a.a.O., N 12 zur Art. 91 ZPO). Lässt sich der Streitwert nur schätzen, kann die Schätzung auch zu einem späteren Zeitpunkt als dem Eintritt der Rechtshängigkeit erfolgen. Massgebend bleibt aber der Wert, welcher die Streitsache bei Eintritt der Rechtshängigkeit hatte (vgl. SCHLEIFFER MARAIS, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zur ZPO, Bern 2010, N 12 zur Art. 91 ZPO). Erscheint der angegebene Streitwert als offensichtlich unrichtig, setzt das Gericht den Streitwert fest (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 S. 7221 ff., S. 7291). Zunächst ist festzuhalten, dass in einem Massnahmeverfahren – anders als dies die Gesuchstellerin annimmt – nicht der Streitwert zu kürzen ist, sondern die gestützt auf den Streitwert berechneten Gebühren reduziert werden. Soweit das hiesige Gericht punktuell festhält, der Streitwert sei aufgrund der zeitlich beschränkten Wirkung der Massnahmeentscheide zu kür-

zen, präzisiert es lediglich, dass der Streitwert im Massnahmeverfahren nicht immer dem Streitwert der Hauptsache entsprechen muss. Denkbar ist namentlich, dass im Massnahmeverfahren nicht sämtliche im Hauptverfahren streitgegenständlichen Vermögenswerte relevant sind (wenn beispielsweise in der Hauptsache mehrere Guthaben auf Bankkonten Streitgegenstand sind, aber Massnahmen nur hinsichtlich eines einzigen Bankkontos verlangt werden, rechtfertigt es sich kaum, vom Gesamtstreitwert des Hauptverfahrens auszugehen). Grundsatz bleibt aber, dass die Gebühren zu kürzen sind, insbesondere auch gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip und auf das Äquivalenzprinzip. In der Verfügung vom 23. November 2020 wurde ausdrücklich festgehalten, dass es sich beim Streitwert in Höhe von CHF 31'000.00 lediglich um einen einstweilen angenommenen Streitwert handle (act. 6 Erw. 18). Vorliegend beträgt der im Massnahmeverfahren angegebene Streitwert rund zehnmal weniger als der im Hauptsacheverfahren angegebene Streitwert (CHF 31'000.00/CHF 302'000.00). Einen sachlichen Grund für eine derart grosse Differenz ist nicht ersichtlich. Insbesondere musste die Gesuchstellerin die Preisliste, die sie nun im Hauptsacheverfahren zur Bezifferung des Streitwerts herbeizieht, bereits bei Rechtshängigkeit des vorliegenden Verfahrens kennen. Stellt sich im Verlauf des Verfahrens heraus, dass der Streitwert *im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit* höher (oder tiefer) war, als ursprünglich angenommen, ist der neu bezifferte Streitwert massgebend. Die Bezifferung des Streitwerts anhand der Preisliste ist nachvollziehbar und überzeugt. Mit Sicherheit widerspiegelt die Bezifferung des Streitwerts gestützt auf die Preisliste den tatsächlichen Streitwert weit genauer als die zu Beginn angenommene Bezifferung von CHF 31'000.00. Mit den Massnahmen werden die betroffenen Vermögenswerte faktisch eingefroren und allfällige Rechteinhaber dürfen vorerst nicht mehr über die Vermögenswerte verfügen. Die beschränkte zeitliche Wirkung der Massnahmen ändert nichts daran, dass es letztlich um die Vermögenswerte selbst geht. Entsprechend ist neu auch im Massnahmeverfahren von einem Streitwert in Höhe von CHF 302'000.00 auszugehen. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG sowie des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie ausgehend von der ordentlichen Gerichtsgebühr von CHF 16'790.00

ist es angemessen, die Gerichtsgebühr für das Massnahmeverfahren auf CHF 6'000.00 festzulegen.

### 13.2 Kostenverteilung

13.2.1 Da das Massnahmegesuch teilweise abzuweisen ist, sind der Gesuchstellerin in entsprechendem Umfang ausgangsgemäss die diesbezüglichen Gerichtskosten endgültig aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In gesamthafter Betrachtung ihres Massnahmegesuchs ist die Gesuchstellerin als zu rund einem Fünftel unterliegend zu betrachten (hinsichtlich der beantragten Beschlagnahme). Zentral ist, dass eine Massnahme anzuordnen bzw. zu bestätigen ist, weshalb es sich rechtfertigt, ihr die Gerichtskosten lediglich im Umfang von CHF 1'200.00 definitiv aufzuerlegen.

13.2.2 Im Übrigen, d.h. im Betrag von CHF 4'800.00, ist dagegen die definitive Regelung bezüglich Kostenaufgabe gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO dem Entscheid des Hauptsachegerichts vorzubehalten.

### 13.3 Parteientschädigung

13.3.1 Die Gesuchsgegnerin hat auf eine Stellungnahme zum Massnahmegesuch verzichtet und hat auch keine Parteientschädigung beantragt (vgl. act. 9). Da sie keine Parteientschädigung verlangt, ist ihr – obwohl die Gesuchstellerin mit ihren Anträgen nur teilweise durchdringt – keine definitive Parteientschädigung zuzusprechen, zumal ohnehin kein entschädigungspflichtiger Aufwand ersichtlich ist (vgl. auch JENNY, in: Zürcher Kommentar zur ZPO, a.a.O., N 6 zu Art. 105 ZPO sowie § 11 Abs. 1 AnwGebV).

13.3.2 Im Übrigen ist die definitive Regelung der Entschädigungsfolgen dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten.

### **Das Einzelgericht verfügt:**

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 im H.\_\_\_\_ C.\_\_\_\_, C.\_\_\_\_ 2, D.\_\_\_\_, aufzubewahren, und es wird ihr verboten, die nachfolgenden Fotografien ohne Zustimmung der Gesuchstellerin an Drittpersonen herauszugeben und Dritten ihren Lagerungsort mitzuteilen sowie Dritten direkt oder indirekt zu ermöglichen, in ihren Besitz zu gelangen:

[Fotografien]

2. Im Übrigen wird das Massnahmebegehren der Gesuchstellerin abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 6'000.00.
4.
  - a) Die Gerichtskosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden im Umfang von CHF 1'200.00 definitiv der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Vorschuss gedeckt.
  - b) Im übrigen Umfang von CHF 4'800.00 ist Regelung der Gerichtskosten dem Prozess in der Hauptsache vorbehalten.
5.
  - a) Der Gesuchsgegnerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
  - b) Im Übrigen wird die Regelung der Parteientschädigung dem Prozess in der Hauptsache vorbehalten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel der act. 9 und act. 10, sowie an die Obergerichtskasse.
7. 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 302'000.00.

Zürich, 8. Februar 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Giulio Donati