Urteil mit Leitcharakter zu Abmahnung gemäss deutschem Urheberrecht

Negative Feststellungsklage war als Abwehr vor Handelsgericht Zürich erfolgreich

Martin Steiger, lic. iur. HSG, Rechtsanwalt, Zürich

Résumé: Le verdict analysé ici a un caractère exemplaire: il confirme la nouvelle jurisprudence allemande, selon laquelle les images mises à disposition gratuitement pour des usages commerciaux et non-commerciaux n'ont aucune valeur économique si les ayant-droits ne sont pas en mesure de présenter des éléments concret étayant un honoraire habituel. Le verdict repose sur ce que le droit d'auteur allemand nomme «avertissement», en l'occurrence pour l'utilisation de dix photographies provenant de la plateforme Flickr. Les images avaient été publiées gratuitement, sous licence «creative commons», par un ayant-droit allemand connu. L'action contre la lettre d'avertissement avait été un succès et ni la demande en dommages-intérêts ni les dépens n'ont été reconnus. A noter que ces avertissements selon le droit allemand sont aussi souvent envoyés en Suisse, car les personnes ainsi «averties» montrent une étonnante propension à payer au lieu de saisir un avocat pour recourir contre la procédure. Des ayant-droits en Suisse essayent aussi de plus en plus d'utiliser le droit et des avocats allemands pour lancer des procédures en Suisse.

Zusammenfassung: Das Urteil mit Leitcharakter bestätigt die neuere deutsche Rechtsprechung, wonach Bilder, die kostenlos für kommerzielle und nicht-kommerzielle Nutzungen freigegeben

wurden, keinen wirtschaftlichen Wert haben, sofern Rechteinhaber keine konkreten Anhaltspunkte für ein übliches Honorar vorlegen. Hintergrund bildete eine Abmahnung gemäss dem deutschen § 97a UrhG für die Nutzung von zehn Lichtbildern. Die Lichtbilder stammten von der Bilder-Plattform Flickr, wo sie unter einer Creative Commons-Lizenz von einem bekannten deutschen Abmahner kostenlos veröffentlicht worden waren. Die negative Feststellungsklage gegen die Abmahnung war erfolgreich. Demnach waren weder Schadenersatz noch eine vorprozessuale Parteientschädigung geschuldet, dies auch weil die Abmahnung gemäss deutschem Recht unwirksam war.

HGer ZH__Urteil 06.05.2020-HG180107-O

Anmerkungen:

1. Hintergrund

1

Wer für seine Website ein Bild nutzt, das von der Bilder-Plattform https://www.flickr.com/ oder aus der Bildersammlung der freien Enzyklopädie Wikipedia (https://commons.wikimedia.org/) stammt, muss mit einer Abmahnung aus Deutschland rechnen. Solche Bilder werden zwar kostenlos zur Verfügung gestellt, doch muss bei der Nutzung die jeweilige Lizenz eingehalten werden. Häufig handelt es sich um eine standardisierte Creative-Commons (CC)-Lizenz, die für viele Nutzerinnen und Nutzer nicht ohne weiteres einzuhalten ist. So übersehen die Nutzer vielfach die allenfalls erforderliche Bildbeschreibung sowie die geforderte Urhebernennung oder Verlinkung. In der Folge haben sich Flickr und Wikipedia zu eigentlichen Abmahnfallen entwickelt, zumal die Google-Bildersuche (https://images.google.ch/) diese Plattformen hervorragend

erschliesst.

2

Abmahn-Fotografen und andere Rechteinhaber laden gezielt eine grosse Zahl von Bildern insbesondere bei Flickr hoch. Sie setzen auf Motive, bei denen eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Bilder häufig gefunden und genutzt werden. So lud der Beklagte aus dem vorliegenden Urteil beispielsweise über 12’000 Bilder einer historischen Schreibmaschine bei Flickr hoch, die sich lediglich durch das getippte Wort unterscheiden. Manche Abmahner lassen gezielt Bilder von Dritten erstellen, um Abmahnungen für solche Bilder im eigenen Namen versenden zu können.

3

Die Nutzung solcher Bilder auf Websites wird mit darauf spezialisierten Suchmaschinen mittels «Reserve Image Search» erfasst. Die Nutzer einer solchen Suchmaschine können mit wenigen Klicks erfassen, ob sie eine erfasste Nutzung abmahnen möchten und sich auch gleich den geforderten Schadenersatz berechnen lassen. Diese Berechnung erfolgt üblicherweise gemäss den jährlich erneuerten Bildhonoraren der Mittelstandsgemeinschaft Foto-Marketing (MFM), einer deutschen Branchenorganisation, die mutmasslich bezahlte Bildhonorare erhebt. Es handelt sich ausdrücklich nicht um Preisempfehlungen oder verbindliche Tarife, doch stellt die deutsche Rechtsprechung im Rahmen der Lizenzanalogie häufig auf die MFM-Bildhonorare ab. Der Beklagte aus dem vorliegenden Urteil betreibt übrigens eine spezialisierte Suchmaschine für Abmahnungen und stellt diese auch Dritten zur Verfügung.

4

Abmahnungen aus Deutschland gelangen häufig in die Deutschschweiz. Die gemeinsame Sprache erlaubt deutschen Abmahnern, ihre standardmässigen Schreiben kaum anpassen zu müssen. Gleichzeitig zeigen Abgemahnte in der Schweiz eine überraschend hohe Zahlungsbereitschaft anstatt sich einen

qualifizierten Rechtsanwalt für die häufig mögliche Abwehr einer Abmahnung zu leisten. Abmahnungen an Empfängerinnen und Empfänger in der Schweiz sind dadurch wirtschaftlich derart interessant, dass immer häufiger auch Rechteinhaber in der Schweiz versuchen, Forderungen, die gemäss schweizerischem Recht nicht möglich wären, mit deutschen Abmahnanwälten und gemäss deutschem Recht zu stellen. So kann in der Schweiz faktisch vorprozessual keine Parteientschädigung durchgesetzt werden und die Anforderungen an die Substantiierung von Schadenersatzforderungen sind hoch. In Deutschland hingegen gibt es bei Abmahnungen einen vorprozessualen Anspruch auf eine Parteientschädigung gemäss § 97a UrhG, was für Anwaltskanzleien und Rechteinhaber einen erheblichen wirtschaftlichen Anreiz setzt.

5

In rechtlicher Hinsicht begründet allein schon die Abrufbarkeit von Bildern auf einer schweizerischen Website auch in Deutschland einen deutschen Gerichtsstand (vgl. insbesondere EuGH-Urteil C-441/13 vom 22. Januar 2015. Wer sich nach Erhalt einer Abmahnung falsch verhält, riskiert den Erlass einer einstweiligen Verfügung durch ein deutsches Gericht oder gar ein deutsches Urteil in der Sache, das – jenseits von Ordre public-Vorbehalten – in der Schweiz anerkannt wird und vollstreckt werden kann. Viele deutsche Urteile gegen Abgemahnte in der Schweiz ergehen als Abwesenheitsurteile, weil die Abgemahnten hoffen, nach einer deutschen Abmahnung auch ein deutsches Urteil ignorieren zu können.

6

Anwaltskollege Matthias Schwaibold beschrieb unter dem Titel «Teutonische Gebührenschinderei» bereits vor Jahren, aber auch heute noch lesenswert und zutreffend das deutsche Abmahnwesen. Was für das Medienrecht gilt, trifft – abgesehen von den Besonderheiten gemäss § 97a UrhG auch auf das Urheberrecht zu. Dazu zählt insbesondere die deutsche Besonderheit, dass eine

Wiederholungsgefahr nur durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt werden kann. Viele Abgemahnte in der Schweiz erfassen die Bedeutung einer solchen Unterlassungsverpflichtungserklärung erst, wenn sie – kaum haben sie den geforderten Geldbetrag, allenfalls mit einem «Rabatt» nach Verhandlungen bezahlt – eine weitere, dieses Mal wesentlich höhere Rechnung erhalten, weil sie die unterzeichnete Unterlassungserklärung verletzt haben sollen.

7

Die massenhaften Bilder-Abmahnungen aus Deutschland funktionieren im wirtschaftlichen Gesamtergebnis, weil sich die meisten Abgemahnten nicht wirksam oder gar nicht zur Wehr setzen. Wer nicht versucht, gemäss dem Prinzip Hoffnung eine Abmahnung auszusitzen, verhandelt mehrheitlich über den zu zahlenden Betrag (und erhält fast immer einen gewissen, von Anfang an einkalkulierten «Rabatt») und unterzeichnet die vorgelegte Unterlassungserklärung. Das gilt selbst dann, wenn sich Abgemahnte anwaltlich beraten und vertreten lassen, weil es vielen Rechtsanwälten an der erforderlichen Erfahrung fehlt, um Mandanten effizient und wirksam gegen deutsche Abmahnungen verteidigen zu können. Und das gilt insbesondere dann, wenn die Abmahner – so wie üblicherweise der Beklagte im vorliegenden Urteil – vergleichsweise tiefe Beträge fordern. Dazu kommt, dass der Gang vor Gericht in der Schweiz aufwändig sowie langwierig ist und viele schweizerische Gerichte nicht urteilsfreudig sind. Aus diesem Grund gibt es kaum Rechtsprechung in der Sache über deutsche Abmahnungen an Empfänger in der Schweiz.

2. Das Urteil

A. Besondere Umstände

8

Das vorliegende Urteil ist gemäss Urteilsbegründung denn auch besonderen Umständen zu verdanken:

9

Die Klägerin ist zwar ein Medienkonzern, der sich rechtliche Verfahren notorisch viel Geld kosten lässt. Dennoch zeigte sich der Medienkonzern bei der Abmahnung, die dem vorliegenden Urteil zugrunde liegt, über längere Zeit verhandlungsbereit und bot zuletzt eine Vergleichszahlung von immerhin EUR 1’000.00 an. Wenn der Beklagte nicht auf der Zahlung von zuletzt EUR 4’250.00 für die zehn abgemahnten Bilder bestanden hätte, wäre es voraussichtlich nicht zum vorliegenden Urteil gekommen.

10

Unabhängig davon gab die Klägerin gegenüber dem Beklagten eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab. Eine solche Unterlassungserklärung ist bei den meisten Abmahnungen sinnvoll. Genauso ist es fast immer erforderlich, den entsprechenden Vorschlag der Gegenseite passend zu modifizieren. Auch bei einer solchen modifizierten Unterlassungserklärung besteht immer die Gefahr, dass sie früher oder später durch den Unterlassungsschuldner verletzt wird. Gerade bei einem Medienkonzern wie der Klägerin ist es anspruchsvoll, die Einhaltung einer Unterlassungserklärung dauerhaft zu gewährleisten.

B. Bedeutung des Urteils

11

Das vorliegende Urteil ist aus zahlreichen formellen und materiellen Gründen bedeutsam, unter anderem:

12

1. Das ausführliche und sorgfältig begründete Urteil bezieht sich auf eine **exemplarische deutsche Creative-Commons-Bilder-Abmahnun**g, die darüber hinaus von einem der wichtigsten Protagonisten der deutschen Abmahnindustrie stammte, der wiederum von einem bekannten deutschen Abmahnanwalt vertreten wurde. Wer noch nicht mit deutschen Abmahnungen vertraut ist,

findet im Urteil eine ausführliche Darstellung (Sachverhaltsübersicht, E. 2.1).

13

2. Das Urteil betrifft eine für schweizerische Verhältnisse seltene **negative Feststellungsklage.** Gleichzeitig handelt es sich um eine – in der Schweiz ebenfalls seltene – Torpedoklage in einem internationalen Verhältnis, um zu verhindern, dass der Abmahner in Deutschland gerichtlich vorgehen konnte. Bei seiner Beurteilung zum negativen Feststellungsinteresse im internationalen Verhältnis konnte sich das Gericht auf die bundesgerichtliche Praxisänderung von 2018 gemäss BGE 144 III 175 berufen (E. 1.3).

14

3. Das Urteil ist ein **Tour d'Horizon über den Gerichtsstand und das anwendbare Recht in einem internationalen urheberrechtlichen Sachverhalt**. Je nach zu beantwortender Frage kommen – aus ganz unterschiedlichen Gründen – deutsches Recht oder schweizerisches Recht zur Anwendung. Die gerichtlichen Erwägungen sind überall dort besonders spannend, wo sich deutsches und schweizerische Recht direkt begegnen: So beurteilte das Gericht beispielsweise die Verteilung der Beweis- und Darlegungslast nach deutschem Recht (§ 97a UrhG), die Behauptungs- und Substantiierungslast aber nach schweizerischem Recht (Art. 55 Abs. 1 ZPO, E. 2.3). Das Schutzlandprinzip war unbestritten, zumal die Klägerin die Frage nach dem urheberrechtlichen Schutz der abgemahnten Bilder nicht aufgeworfen hatte. Das Urteil geht davon aus, dass Lichtbilder und keine Lichtbildwerke abgemahnt wurden. Lichtbilder gemäss dem Lichtbildschutz im deutschen Urheberrecht entsprechen den fotografischen Wiedergaben ohne individuellen Charakter gemäss Art. 2 Abs. 3 URG (mit Stand vom 1. April 2020). Bei einem früheren schweizerischen Urteil über ein abgemahntes Bild, das kostenlos bei Wikimedia Commons veröffentlicht wurde, war ein urheberrechtlicher Schutz verneint worden (Urteil ZK.2015.9 des Appellationsgerichts des

Kantons Basel-Stadt vom 20. Mai 2016, https://steigerlegal.ch/2018/04/29/wikipedia-abmahnungen-panoramabild/).

15

4. Das Urteil wendet die **deutschen Voraussetzungen für rechtswirksame Abmahnungen gemäss § 97a UrhG** an und gibt damit wertvolle Hinweise, wo die Schwächen solcher Abmahnungen liegen. Im vorliegenden Fall fehlte es insbesondere an der Substantiierung der Rechtsverletzung (E. 2.4). Da die Abmahnung im vorliegenden Urteil als unwirksam qualifiziert wurde, war keine vorprozessuale Parteientschädigung geschuldet (E. 2.6). Umgekehrt könnte die Klägerin vom Beklagten gemäss dem anwendbaren deutschen Recht nun selbst Schadenersatz fordern.

16

5. Unabhängig davon, dass es dem Abmahner nicht gelang, den Nachweis der Urheberrechtsverletzung zu erbringen, stellt das Gericht mit dem vorliegenden Urteil in der Sache deutlich klar, dass die **Lizenzanalogie** zwar mit fiktiven Lizenzen, **nicht** aber **mit fiktiven Schadenersatzforderungen arbeitet** (E. 2.5 und insbesondere E. 2.5.2). Da der Beklagte keine konkreten Anhaltspunkte für eine übliche oder vergleichbare Lizenzpraxis vorlegte, sollte der Schadenersatz durch das Gericht geschätzt werden. Da die Klage jedoch nicht genügend substantiiert wurde, konnte die Schätzung nach anwendbarem schweizerischem Art. 42 Abs. 2 OR nicht erfolgen (E. 2.5.3). Die Schätzung erfolgte eventualiter nach dem – nicht anwendbarem – deutschem Recht (§ 287 ZPO-DE, E. 2.5.4). Das Ergebnis war eine eine angemessene Lizenzgebühr von Null und damit auch ein Schaden von Null.

17

6. Mit dem Urteil stellt das Gericht in der Sache weiter klar, dass **Creative Commons-Lizenzen nicht als Abmahnfallen taugen**, wenn Abmahner ihre Bilder nicht nachweislich auch noch auf

andere Weise gegen Entgelt lizenzieren. In dieser Hinsicht konnte das Gericht – wie schon bei der Schadenersatzfrage – mehrfach auf das wegweisende Urteil 6 U 131/17 des Oberlandesgerichts (OLG) Köln vom 13. April 2018 verweisen und erwähnt dessen Erwägungen im Zusammenhang mit der eventualen Anwendung von § 287 ZPO-DE. Das dortige Verfahren betraf den gleichen Beklagten wie im vorliegenden Urteil und eine Forderung von lediglich EUR 100.00. Die Berufung gegen das Urteil der Vorinstanz, welche die Forderung bereits von EUR 1'000.00 auf die erwähnten EUR 100.00 reduziert hatte, war aber zugelassen worden, weil es um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung ging. Schon damals gelang es dem Beklagten nicht, einen Schaden in der behaupteten Höhe zu beweisen. Es genügte weder damals noch gemäss dem vorliegenden Urteil, pauschal auf die MFM-Bildhonorare zu verweisen. Bilder, die kostenlos für kommerzielle und nicht-kommerzielle Zwecke freigegeben werden, haben grundsätzlich weder in Deutschland noch in der Schweiz einen wirtschaftlichen Wert.

18

7. Fraglich am vorliegenden Urteil ist, wieso das Gericht – wie bereits das OLG Köln – mit Verweis auf § 287 ZPO-DE davon ausgeht, der Beklagte habe sich unmittelbar gegen eine vermögenswerte Nutzung entschieden (E. 2.5.4). Auch **wer Creative Commons-Bilder kostenlos zur Verfügung stellt, kann das urheberrechtliche Verbreitungsrecht- und Vervielfältigungsrecht** an einem Bild parallel dazu **vermögenswert nutzen**. Der entsprechende Schaden entspräche jenem vergleichbarer Bilder wie insbesondere Stockfotos mit Lizenzgebühren in der Grössenordnung von tiefen Euro-Beträgen.

19

8. Keine Beachtung fand im vorliegenden Urteil der Vorwurf der Klägerin, das **Geschäftsmodell des Beklagten sei in hohem Mass treuewidrig**. Das Urteil kann dadurch den falschen Eindruck erwecken, bei Creative Commons-Bildern, die nicht lizenzkonform genutzt werden, sei es nicht moglich, jenseits

von Abmahnfallen angemessene Schadenersatzforderungen durchzusetzen.

20

9. Das Urteil zeigt, zu welchem **Erkenntnisgewinn** ein Urteil führen kann, **wenn sich ein Gericht für den Sachverhalt interessiert und urteilsbereit ist**. Gemäss Urteilsbegründung verzichtete das Handelsgericht des Kantons Zürich zwar nicht auf seine hohen Anforderungen an die Behauptungs- und Substantiierungslast, respektierte aber den klägerischen Wunsch nach einem Urteil. Das Ergebnis ist ein urheberrechtliches Urteil mit Leitcharakter. Ich wäre deshalb überrascht, wenn der Beklagte dagegen Beschwerde am Bundesgericht führen würde.

NACHTRAG DER REDAKTION: Dieses Urteil ist inzwischen rechtskräftig geworden.

Ich danke Melanie Graf, juristische Mitarbeiterin bei der Steiger Legal AG, für ihre Mitarbeit bei dieser Urteilsbesprechung.