

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP230036-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.  
A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

## Urteil vom 28. November 2023

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**  
Klägerin und Beschwerdeführerin

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**  
Beklagte und Beschwerdegegnerin

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 13. Juli 2023; Proz. FV220023**

### Erwägungen:

1.

1.1. Die A.\_\_\_\_\_ GmbH (Klägerin und Beschwerdeführerin, nachfolgend Beschwerdeführerin) vermittelt nichtprofessionelle Fotomodelle an Kunden für deren Werbung (act. 3/4). Die B.\_\_\_\_\_ AG (Beklagte und Beschwerdegegnerin, nachfolgend Beschwerdegegnerin) bezweckt die Ausführung von Hoch- und Tiefbauten sowie ... (act. 12/3).

Am 2. Mai 2022 reichte die Beschwerdeführerin gegen die Beschwerdegegnerin beim Einzelgericht im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur wegen der unrechtmässigen Verwendung von Bildern eines Fotomodells eine Klage mit folgenden Rechtsbegehren ein (act. Prot. I S. 5 ff.):

- "1 Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 2'053.45 zuzüglich 5 % Zins seit 6. März 2022 sowie eine Umtriebsentschädigung von CHF 200.00 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei anzuweisen, keine Bilder von Fotomodellen der Klägerin un-erlaubt zu publizieren.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Mit Urteil vom 13. Juli 2023 wies das Einzelgericht die Klage hinsichtlich Rechtsbegehren Ziff. 1 (Dispositiv-Ziffer 1) ab und trat hinsichtlich Rechtsbegehren Ziff. 2 auf die Klage nicht ein (Dispositiv-Ziffer 2), unter Kostenfolge für die Beschwerdeführerin (act. 16 = act. 23).

1.2. Gegen dieses Urteil erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 20. August 2023 ein als Berufung bezeichnetes Rechtsmittel beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 21). Sie verlangt die Aufhebung des angefochtenen Entscheides hinsichtlich der Forderungsklage (Dispositiv-Ziffer 1), deren Gutheissung sowie *neu* zusätzlich die Zusprechung von Fr. 300.-- für die Kosten der Klagebewilligung des Friedensrichteramts C.\_\_\_\_\_ und eventualiter die Rückweisung an die Vorinstanz unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz (Dispositiv-Ziffer 2) blieb unangefochten.

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-19). Der der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 28. August 2023 auferlegte Prozesskostenvorschuss in Höhe von Fr. 460.-- wurde fristgerecht geleistet (act. 24-26). Mit Verfügung vom 19. September 2023 wurde der Beschwerdegegnerin Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (act. 27). Die Beschwerdeantwort wurde am 22. September 2023 innert Frist erstattet (act. 28-29). Ferner reichte die Beschwerdeführerin am 8. und 12. November 2023 Kopien ihrer E-Mails an die Beschwerdegegnerin vom 7. und 11. November 2023 betreffend eine mögliche Vergleichslösung ein (act. 30-33). Diese Eingaben sind der jeweiligen Gegenpartei mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen. Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten mit einem Streitwert unter Fr. 10'000.-- ist die Beschwerde zulässig (Art. 308 Abs. 2 i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO). Da nach der Praxis der Kammer ein unrichtig bezeichnetes Rechtsmittel ohne Weiteres mit dem richtigen Namen bezeichnet und nach den richtigen Regeln behandelt wird (OGer ZH, NQ110026 E. 2.2 vom 23. Juni 2011), ist das erhobene Rechtsmittel somit als Beschwerde entgegenzunehmen.

2.2. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich, dass die Beschwerde zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

2.3. Die vorliegende Beschwerde vom 20. August 2023 wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Beschwerdeführerin ist

durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist. Soweit die Beschwerde allerdings neu den Antrag auf Zusprechung der Kosten der Klagebewilligung in Höhe von Fr. 300.-- enthält, ist das unzulässig, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

2.4. Die Beschwerdeinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist daher weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht nicht dazu, sich mit jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhaltlichen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheides auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (vgl. statt vieler: BK ZPO-HURNI, Art. 53 N 60 f.).

3.

3.1. Die Vorinstanz wies die Klage der Beschwerdeführerin zusammengefasst mit der Begründung ab, die Beschwerdeführerin begründe ihre Forderung mit der widerrechtlichen Verwendung des Bildes von D.\_\_\_\_\_ durch die Beschwerdegegnerin, mithin mit einer Verletzung des Rechts am eigenen Bild. Dazu habe sie sich mit schriftlicher Abtretungserklärung vom 26. April 2022 bzw. 30. April 2022 von D.\_\_\_\_\_ "sämtliche Vermögensansprüche gegenüber der E.\_\_\_\_\_ AG ... und B.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit der Verletzung des Rechts am eigenen Bild, entsprechend alle Forderungen (Entgelte sowie Entschädigungsansprüche für die unrechtmässige Nutzung und Weitergabe)" abtreten lassen (act. 21 S. 6). Die Beschwerdeführerin spreche nicht von Schaden und habe auf entsprechende Nachfrage des Gerichts hin sogar ausdrücklich verneint, dass es sich bei der geltend gemachten Forderung um Schadenersatz handle. Vielmehr fordere sie nur das, was jeder normale Nutzer dieser Bilder bezahlen müsse. Unabhängig von der Bezeichnung stelle das, was die Beschwerdeführerin fordere, aber in rechtlicher Hinsicht eine Schadenersatzforderung auf Grund einer Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28a Abs. 3 ZGB dar. Die Geltendmachung von Schadenersatz im Sinne von Art. 28a Abs. 3 ZGB richte sich nach den allgemeinen Bestimmun-

gen der unerlaubten Handlung gemäss Art. 41 ff. OR. Die Beschwerdeführerin behaupte einen Schaden auf Grund der Verletzung des Rechts am eigenen Bild von Fr. 2'053.45. Dieser Betrag entspreche nach Angaben der Beschwerdeführerin deren Tarif "Upper" in der Höhe von Fr. 440.-- pro Jahr für die Dauer der widerrechtlichen Nutzung von 4 Jahren und 4 Monaten. Die Beschwerdegegnerin bestreite diesen Schaden, weshalb die Beschwerdeführerin dessen Bestand und dessen Höhe zu beweisen habe. Die Beschwerdeführerin scheine zu übersehen, dass sie vorliegend nicht ihr eigenes Recht auf Entschädigung eingeklagt habe, sondern einen Schadenersatzanspruch, den ihr Modell D. \_\_\_\_\_ durch eine widerrechtliche Nutzung seines Bildes durch die Beklagte erlitten haben soll. Sie wäre deshalb gehalten gewesen, substantiiert darzulegen, inwiefern dem Modell ein Schaden entstanden sei, im Falle eines behaupteten entgangenen Gewinns also, inwiefern dem Modell durch die unerlaubte Nutzung seines Bildes ein Gewinn entgangen sei. Das habe sie – trotz entsprechender Frage des Gerichts – nicht gemacht und stattdessen einzig behauptet, was sie als Agentur des Modells für die Verwendung eines Bildes üblicherweise für die behauptete Dauer der unrechtmässigen Nutzung in Rechnung stelle. Die Klage scheitere hinsichtlich der Schadenersatzforderung daher an einer ungenügenden Substantiierung des Schadens (act. 21 S. 7 f.).

Selbst wenn der Schaden des Modells genügend substantiiert behauptet worden wäre, wäre die Höhe des Schadens unbewiesen geblieben. Die Beschwerdeführerin stütze sich einzig auf ihre Rechnung an die Beschwerdegegnerin vom 26. Februar 2021. Demnach habe sie der Beschwerdegegnerin einen Tarif "Upper" von Fr. 440.-- pro Jahr für "4 Jahre 4 Monate (rückwirkend)" in Rechnung gestellt. Daraus lasse sich aber nichts dazu entnehmen, welcher Schaden dem Modell entstanden sei. Nicht einmal die Beschwerdeführerin selbst gehe davon aus, dass dem Modell ein Schaden in Höhe der gesamten Forderung von Fr. 2'035.45 entstanden sei. So führe sie auf ihrer Rechnung ausdrücklich auf, dass der geforderte Betrag die "Nutzung auf Homepage Modell- & Agenturhonorar" umfasse, womit sie ihre eigenen Aufwendungen als Agentur ebenfalls vergütet haben wolle. Sodann beinhalte die Forderung Mehrwertsteuern von 7.7 %, ohne dass die Be-

schwerdeführerin geltend gemacht und bewiesen habe, dass das Modell seinerseits mehrwertsteuerpflichtig sei (act. 21 S. 8 f.).

3.2. Die Beschwerdeführerin beanstandet in ihrer Beschwerde zunächst das Protokoll der vorinstanzlichen Verhandlung (act. 21 S. 3 ff.). Nach Art. 235 Abs. 3 ZPO entscheidet indes das Gericht, über dessen Verhandlung Protokoll geführt wurde, über Gesuche um Protokollberichtigung. Ein Antrag auf Berichtigung des erstinstanzlichen Protokolls wäre also der bei Vorinstanz zu stellen und durch diese zu bearbeiten (vgl. PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 235 N 25). Dementsprechend erübrigt sich hier eine Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdeführerin.

3.3. Im Weiteren rügt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen eine Rechtsverletzung durch die Vorinstanz, indem es diese unterlassen habe, die Ansprüche des Fotomodells aus Persönlichkeitsverletzung auf der Grundlage von Art. 28a Abs. 3 ZGB als Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss Art. 423 Abs. 1 OR zu prüfen. Die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin habe stets davon ausgehen dürfen, dass es primär die Aufgabe des Gerichts sei, aus dem ermittelten Sachverhalt, die daraus rechtlich zutreffenden Schlüsse zu ziehen. Umso mehr erstaune die alleinige Fixierung der Vorinstanz auf die unerlaubte Handlung gemäss Art. 41 ff. OR, anstatt sich überhaupt auf den vollständigen Wortlaut von Art. 28a Abs. 3 ZGB einzulassen. Erstens sei es nicht an der Beschwerdeführerin gewesen, der Beschwerdegegnerin ein Verschulden nachzuweisen, nachdem ein solches durch die gar nicht bestrittene – ohne gültige Einwilligung des Fotomodells/der Agentur – begangene Persönlichkeitsverletzung bereits festgestanden habe und die Beschwerdegegnerin sich einzig mittels Einwilligung hätte davon befreien können. Zweitens habe die Beschwerdeführerin an der Verhandlung ausdrücklich nicht von einem "Schaden" gesprochen, sondern widerrechtliche Ausbeutung einer fremden Leistung angeprangert bzw. den damit unrechtmässig erzielten Vermögensvorteil. Umso mehr verwundere das unwirklich anmutende gerichtliche Festklammern am alleinigen Tatbestand der unerlaubten Handlung und dem gleichzeitigen Vorwurf der fehlenden Substantiierung der Schadensbegründung. Insbesondere aber erstaune das Ausmass der vorliegend gerade nicht ein-

schlägigen und deshalb völlig irrelevanten gerichtlichen Erwägungen. Selbst wenn die Vorinstanz den Gewinn nicht im Rechnungsbetrag der Beschwerdeführerin habe sehen wollen, wäre ihr in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR doch wenigstens eine grobe Schätzung möglich gewesen. Drittens übersehe die Vorinstanz vollkommen, dass bei der Anspruchsgrundlage von Art. 28a Abs. 3 ZGB jede Verwendung von Bildern ohne Einwilligung des Modells zugleich per se eine Geschäftsführung ohne Auftrag darstelle (Art. 423 Abs. 1 OR; act. 21 S. 7 ff.).

3.4. Die Beschwerdegegnerin identifiziert sich demgegenüber mit dem angefochtenen Entscheid und verweist in der Beschwerdeantwort hauptsächlich auf die Ausführungen der Vorinstanz (act. 29).

4.

4.1. Die Beschwerdeführerin hat im vorliegenden Fall gestützt auf eine Abtretungserklärung von D.\_\_\_\_\_ vom 26./30. April 2022 Vermögensansprüche aus einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts von D.\_\_\_\_\_ durch die widerrechtliche Verwendung seines Bildes durch die Beschwerdegegnerin geltend gemacht und Ersatz dafür, "was jeder normale Benutzer dieses Bildes bezahlen müsste", verlangt (act. 14/4, Prot. I S. 6 f. und S. 9 f.). Einen Schaden bzw. den Ersatz eines solchen hat die Beschwerdeführerin ausdrücklich verneint bzw. nicht verlangt (vgl. Prot. I S. 10). Das hat auch die Vorinstanz zutreffend festgestellt. Dennoch hat die Vorinstanz die materiellrechtliche Prüfung des eingeklagten Anspruches der Beschwerdeführerin (ohne weitere Begründung) auf die Anspruchsvoraussetzungen des Schadenersatzes gemäss Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 41 Abs. 1 OR beschränkt und die Klage mangels Nachweises eines Schadens abgewiesen. Wie in den nachfolgenden Erwägungen zu zeigen sein wird, rügt die Beschwerdeführerin nunmehr zutreffend, dass die Vorinstanz, die das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 57 ZPO), eine andere einschlägige Anspruchsgrundlage zu Unrecht nicht geprüft und damit Recht verletzt hat.

4.2. Art. 28a Abs. 3 ZGB verweist nebst den Klagen auf Schadenersatz oder Genugtuung insbesondere auch auf die Möglichkeit der Klage auf Herausgabe eines Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne

Auftrag (Art. 419 ff. OR). Handelt der Geschäftsführer — wie im vorliegenden Fall — nicht mit Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn, liegt eine auch als Geschäftsanmassung bezeichnete bösgläubige unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) vor (Art. 423 OR; MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, CHK - Handkommentar zu Art. 423 OR, 3. Aufl. 2016, S. 634). Im Zusammenhang mit einer Persönlichkeitsverletzung wird allerdings keine Bösgläubigkeit vorausgesetzt und Beweisthemen sind bei der Gewinnherausgabe einzig die widerrechtliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts, die Entstehung eines Gewinns sowie der Kausalzusammenhang zwischen der unrechtmässigen Verletzung und dem erzielten Gewinn (BGE 133 III 153 E. 3.3; MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, CHK - Handkommentar zu Art. 423 OR, 3. Aufl. 2016, S. 636 und S. 640 f.; ebenso BSK ZGB-MEILI, 7. Aufl. 2022, Art. 28a N 18; anders zwar BGE 129 III 422 E. 4, allerdings nicht im Zusammenhang mit einer Persönlichkeitsverletzung). Sind diese Voraussetzungen gegeben, ist der Geschäftsherr berechtigt, sich die aus der Führung seiner Geschäfte entspringenden Vorteile anzueignen. Es handelt sich dabei um den Nettogewinn, das heisst den Bruttogewinn zuzüglich Zinsen und abzüglich Aufwendungen des Geschäftsanmassers. Zum Bruttogewinn zählen auch Verlustersparnisse des Geschäftsführers (MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, CHK - Handkommentar zu Art. 423 OR, 3. Aufl. 2016, S. 642; BSK OR I-OSER/WEBER, 7. Aufl. 2020, Art. 432 N 14; ZK-Schmid, 3. Aufl. 1993, Art. 423 N 93 ff. und N 104). Ist der Gewinn ziffernmässig nicht nachweisbar, gilt Art. 42 Abs. 2 OR analog, und er kann vom Gericht nach Ermessen und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geschätzt werden (BSK ZGB-MEILI, 7. Aufl. 2022, Art. 28a N 19; BGE 134 III 306 E. 4.1.1).

4.3. Alternativ zur Gewinnherausgabe nach den soeben beschriebenen Regeln der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR) steht einem Kläger im Falle der Verletzung der Persönlichkeitsrechte wie vorliegend auch die Möglichkeit offen, gerade keine Wertabschöpfung, sondern nach Art. 62 OR die Herausgabe der "objektiven Bereicherung" (objektiven Wertersatz) zu verlangen, das heisst den Betrag, den der Beklagte für die Einwilligung des Klägers hätte bezahlen müssen. Es besteht insoweit Anspruchskonkurrenz (BSK ZGB-MEILI, 7. Aufl. 2022, Art. 28a N 19; HAHN, CHK - Handkommentar zu Art. 62 OR, 3. Aufl. 2016, N 27 und N 33; BSK OR I-SCHULIN/VOGT, 7. Aufl. 2020, Art. 62



N 40; RIKLIN FRANZ, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, S. 219 oben m.w.H.).

Nach Art. 62 OR hat, wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist, die Bereicherung zurückzuerstatten. Art. 62 OR setzt zunächst eine Bereicherung voraus, die einerseits in einer Vergrösserung (lucrum emergens) oder andererseits in einer Nichtverminderung (damnum cessans) des Vermögens liegt (BSK OR I-SCHULIN/VOGT, 7. Aufl. 2020, Art. 62 N 5 ff.; OFK OR-GELBHAUS, 4. Aufl. 2023, Art. 62 N 3). Die Bereicherung kann durch eine Zuwendung des Entreicherten (sog. Leistungskondiktion), durch einen Eingriff des Bereicherten (sog. Eingriffskondiktion), durch das Verhalten Dritter (sog. Dritteingriffskondiktion) oder durch Zufall (sog. Zufallskondiktion) entstehen (BSK OR I-SCHULIN/VOGT, 7. Aufl. 2020, Art. 62 N 11 ff., N 19 ff., N 24 f. und N 26; OFK OR-GELBHAUS, 4. Aufl. 2023, Art. 62 N 3). Des Weiteren muss diese Bereicherung "aus dem Vermögen eines anderen" und ohne einen objektiv rechtfertigenden Grund bzw. unberechtigt oder rechtswidrig erfolgt sein. Eine tatsächliche Vermögensverschiebung zwischen dem Bereicherungsgläubiger und dem Bereicherungsschuldner wird dabei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht vorausgesetzt. Es ist vielmehr die Bereicherung auszugleichen, die der Bereicherte auf Kosten eines anderen erlangt hat. Insofern reicht es aus, dass zwischen der erbrachten Leistung und der Bereicherung ein wirtschaftlicher Zusammenhang oder im Falle einer Eingriffskondiktion zumindest ein Sachzusammenhang zwischen Bereicherung und Entreichung besteht (BSK OR I-SCHULIN/VOGT, 7. Aufl. 2020, Art. 62 N 8 ff., N 10 ff. und N 19 f.; BGE 129 III 422 E. 4; BGE 129 III 646 E. 4.2; BGer 4C.338/2006 vom 27. November 2006, E. 3.1), wobei seitens des Verletzten keine eigentliche Vermögenseinbusse nachgewiesen werden muss (HAHN, CHK - Handkommentar zu Art. 62 OR, 3. Aufl. 2016, N 24). Schliesslich verlangt Art. 62 OR im Unterschied zu Art. 423 OR kein Verschulden (BSK OR I-SCHULIN/VOGT, 7. Aufl. 2020, Art. 62 N 10e). Die Beweislast für das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen trägt nach Art. 8 ZGB der Bereicherungskläger. Die Beweislast umfasst auch den Nachweis der mangelnden Rechtfertigung (Fehlen des Rechtsgrundes), wofür ein negativer Beweis zu erbringen ist (BSK OR I-SCHULIN/VOGT, 7. Aufl. 2020, Art. 62 N 41). Dabei verpflichten die Regeln von

Treu und Glauben den Bereicherungsbeklagten zur Mitwirkung am Beweisverfahren, insbesondere durch den Gegenbeweis (BGE 106 II 29 E. 2). Gegenstand des Beweises sind sodann nur rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 ZPO).

4.4. Auf die Herausgabe eines solchen objektiven Wertersatzes gemäss Art. 62 OR zielt die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren ab, indem sie behauptet, die Beschwerdegegnerin habe ein Bild von D.\_\_\_\_\_ auf ihrer Homepage vom 1. März 2016 bis 30. Juni 2020 ohne entsprechende Berechtigung zu Werbezwecken verwendet, und dafür von der Beschwerdegegnerin (rückwirkend) eine Nutzungsentschädigung in Höhe von Fr. 2'053.45 für vier Jahre und vier Monate zum Tarif "Upper" von Fr. 440.-- pro Jahr zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer verlangt (act. 2, act. 3/2 und Prot. I S. 6 ff. und S. 10). Sie macht demnach eine Ersparnisbereicherung geltend, wonach sich das Vermögen der Beschwerdegegnerin während der genannten Zeit um denjenigen Betrag, den sie für die Nutzung(-sberechtigung) der Fotos hätte bezahlen müssen, nicht vermindert hatte. Die Bereicherung sei durch die Benutzung der Fotos durch die Beschwerdegegnerin (Eingriffskondition) zulasten von D.\_\_\_\_\_ entstanden, wobei es dafür mangels Einwilligung an einem objektiv rechtfertigenden Grund gefehlt habe.

4.4.1. Die Beschwerdegegnerin bestritt weder bei der Vorinstanz noch bestreitet sie im Beschwerdeverfahren die Nutzung des Bildes von D.\_\_\_\_\_ vom 1. März 2016 bis 30. Juni 2020 auf ihrer Homepage zu Werbezwecken. Ebenfalls nicht bestritten bzw. durch die Beschwerdegegnerin sogar ausdrücklich anerkannt ist die Nutzung des Bildes ohne objektiv gerechtfertigten Grund im drei Jahre übersteigendem Umfang, also während einem Jahr und vier Monaten (Prot. I S. 12 f.). Mit Bezug auf die übrigen drei Jahre hingegen stellt sich die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen auf den Standpunkt, die Nutzung der Fotos durch die Beschwerdegegnerin sei durch eine Nutzungsvereinbarung gedeckt gewesen. Sie macht geltend, die Beschwerdegegnerin gehöre zur E.\_\_\_\_\_ Gruppe. Die Gesellschaften der Gruppe hätten den gleichen Zweck, den gleichen Verwaltungsrat sowie die gleiche Adresse und würden auch gemeinsam in den Medien auftreten. Die Gruppe habe im Jahr 2016 entschieden, einen neuen Markenauftritt zu realisieren. Aus diesem Grund seien beim Fotografen F.\_\_\_\_\_ Fotos in Auftrag gege-

ben worden, und die Fotos seien anschliessend auf der Website der Gruppengesellschaften verwendet worden. Die Rechnung des Fotografen sei zwar an die "E.\_\_\_\_\_ AG ..." gestellt worden, weil die Gruppe selber keine juristische Person sei. Unten stehe aber, das Produkt sei für die E.\_\_\_\_\_ AG C.\_\_\_\_\_, woraus zu schliessen sei, dass die Gruppe gemeint sei, weil es eine Gesellschaft namens "E.\_\_\_\_\_ AG C.\_\_\_\_\_" nicht gebe. Die Beschwerdeführerin wiederum habe die Modelle dem Fotografen in Rechnung gestellt. Die Rechte an den Bildern von D.\_\_\_\_\_ seien für drei Jahre gewährt und zum normalen Tarif und nicht zum "Upper-Tarif" verrechnet worden (Prot. I S. 12 f. und S. 15).

4.4.2. Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen, es sei nie abgemacht worden, dass die Bilder auch für die Websites der anderen Gesellschaften (der Gruppe) als diejenige der E.\_\_\_\_\_ AG genutzt würden. Diesfalls hätte wesentlich mehr bezahlt werden müssen. Die Beschwerdegegnerin habe eine eigene Website. D.\_\_\_\_\_ habe im Jahr 2015 die Einwilligung ausschliesslich der E.\_\_\_\_\_ AG gegeben, dass seine Fotos für drei Jahre für die Internetnutzung, den Werbeauftritt, den Socialmedia-Auftritt sowie Printmedien mit einer Grösse bis A4 verwendet werden dürfen. Die Auflistung dort sei abschliessend (Prot. I S. 11 f. und S. 14 f.).

4.4.3. Die Beschwerdeführerin reichte bei der Vorinstanz zum Beweis ihrer Behauptung eine Bestätigung von D.\_\_\_\_\_ vom 28. November 2015 mit dem Titel "Abgeltung Rechte und Ansprüche an E.\_\_\_\_\_ AG/..., G.\_\_\_\_\_ -strasse 1, C.\_\_\_\_\_" ein, mit welcher dieser sich einverstanden erklärt, dass die Aufnahmen des Fotoshootings für die Bilderwelt von E.\_\_\_\_\_ AG C.\_\_\_\_\_ für drei Jahre zur Internetnutzung für den neuen Webauftritt, Socialmedia und Printmedien bis A4 verwendet werden dürfen (act. 14/2). Die Beschwerdegegnerin legte der Vorinstanz einerseits die Rechnung der Beschwerdeführerin an den Fotografen F.\_\_\_\_\_ vom 29. November 2015 über Fr. 302.40 für die Organisation und die Vermittlung der Bilder des Modells D.\_\_\_\_\_ ein (act. 12/5). Die Rechnung führt als weitere Angaben unter Produkt "E.\_\_\_\_\_ AG, C.\_\_\_\_\_", unter Verwendungszweck "Internetnutzung für den neuen Webauftritt, Socialmedia und Printmedien bis A4" und ein Nutzungsrecht für drei Jahre auf. Andererseits legte die Beschwerdegegnerin die Rechnung des Fotografen F.\_\_\_\_\_ an die E.\_\_\_\_\_ AG, ...

vom 22. Dezember 2015 über Fr. 23'706.40 für die Erstellung der "E.\_\_\_\_\_ Bilderwelt für neue Webseite, Okt.-Dez. 2015" (act. 12/4) sowie Handelsregistrauszüge der "H.\_\_\_\_\_ AG, Bauunternehmung", der "E.\_\_\_\_\_ AG, ..." und der Beschwerdegegnerin (act. 12/1-3) vor.

4.4.4. Die Beschwerdeführerin legte ihrerseits dar, dass die Bilder für die "E.\_\_\_\_\_ AG, C.\_\_\_\_\_" bzw. "E.\_\_\_\_\_ Bilderwelt" erstellt wurden, und D.\_\_\_\_\_ die Nutzungsrechte in der Abtretungserklärung explizit an die E.\_\_\_\_\_ AG, ..., und nicht an die Beschwerdegegnerin oder an eine (angebliche) E.\_\_\_\_\_ Gruppe, übertragen hat. Des Weiteren ergibt sich auch aus den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Unterlagen keine explizite Berechtigung der Beschwerdegegnerin zur Verwendung des Bildes von D.\_\_\_\_\_ (auf deren Website zu Werbezwecken), da sie darin an keiner Stelle namentlich genannt wird. Eine Berechtigung der Beschwerdegegnerin ergibt sich auch nicht auf andere Weise, wie von der Beschwerdegegnerin behauptet. Die eingereichten Handelsregistrauszüge der "H.\_\_\_\_\_ AG, Bauunternehmung", der "E.\_\_\_\_\_ AG, ..." und der "B.\_\_\_\_\_ AG" zeigen zwar auf, dass die Gesellschaften mehrheitlich im selben Bereich tätig sind (Hoch- und Tiefbauten), jedenfalls zwei Gesellschaften das identische Rechtsdomizil an der G.\_\_\_\_\_ -strasse 2 und die dritte Gesellschaft das Domizil an der G.\_\_\_\_\_ -strasse 1 in C.\_\_\_\_\_ haben und bei allen drei Gesellschaften dieselben drei natürlichen Personen die Verwaltungsräte sind (act. 12/1-3). Die Existenz einer "E.\_\_\_\_\_ Gruppe" als einheitliche wirtschaftliche Leitung der Gesellschaften sowie die Zugehörigkeit der B.\_\_\_\_\_ AG zu dieser Gruppe vermag die Beschwerdegegnerin damit nicht rechtsgenügend darzulegen, geschweige denn, dass eine "E.\_\_\_\_\_ Gruppe" – und nicht etwa die E.\_\_\_\_\_ AG, ... – über eine Nutzungsbechtigung verfügt hätte. Deshalb fehlt es der Beschwerdegegnerin auch in den hier massgeblichen drei Jahren an einem objektiv rechtfertigenden Grund für die Nutzung der Bilder von D.\_\_\_\_\_.

4.4.5. Schliesslich ist für die Feststellung der Höhe der Bereicherung massgebend, was die Beschwerdegegnerin für die Nutzung der Bilder von D.\_\_\_\_\_ hätte bezahlen müssen.

a) Die Beschwerdeführerin stellte bei der Vorinstanz hierzu gestützt auf die Rechnung vom 26. Februar 2021 die Behauptung auf, es sei für das Modell D.\_\_\_\_\_ der Tarif "Upper" von Fr. 440.-- pro Jahr anwendbar, was für vier Jahre und vier Monate zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer Fr. 2'053.45 ergebe, und verlangt zudem Verzugszins zu 5 % seit dem 6. März 2022 und lediglich als symbolischen Betrag für Aufwände eine Umtriebsentschädigung von Fr. 200.-- (act. 3/2 und Prot. I S. 8 f.). Die Beschwerdegegnerin bestritt die Anwendbarkeit des Tarifs "Upper" sowie die Abgeltung für ein Jahr anstatt drei Jahre, indem sie geltend macht, die Rechte an den Bildern seien für drei Jahre gewährt worden und dieser Tarif sei auch F.\_\_\_\_\_ (dem Fotografen im Zusammenhang mit dem Auftrag der "E.\_\_\_\_\_ AG, ...") nicht berechnet worden, sondern der normale Tarif (Prot. I S. 13). Diese Bestreitung unterlegte sie mit der Rechnung der Beschwerdeführerin an F.\_\_\_\_\_ vom 29. November 2015, wonach für "D.\_\_\_\_\_ (Job und Rechte Agentur)" Fr. 280.-- zuzüglich Mehrwertsteuer bei einem Nutzungsrecht von 3 Jahren abgerechnet wurden (act. 12/5). Weiter geht aus der von der Beschwerdegegnerin eingereichten Quittung von F.\_\_\_\_\_ vom 28. November 2015 hervor, dass D.\_\_\_\_\_ ein Modellhonorar von Fr. 510.-- plus Fr. 50.-- Spesen ausbezahlt worden ist (act. 12/6). Und schliesslich reichte sie eine E-Mail der Beschwerdeführerin an F.\_\_\_\_\_ vom 16. November 2015 ein, wonach für ein Standard-Modell offeriert worden sei, D.\_\_\_\_\_ aber ein Upper-Modell sei. Der Standard-Tarif betrage "1/2 Fr. 300.00 Agentur Fr. 140.00" und "Rechte 3 Jahre Fr. 210.00 plus Fr. 140.00" und der Upper-Tarif betrage "1/2 Tag Fr. 450.00, Agentur Fr. 140.00" und "Rechte 3 Jahre Fr. 300.00 plus Fr. 140.00" (act. 12/7).

b) Da das vorliegende Verfahren der Verhandlungsmaxime (Art. 55 ZPO) folgt, tragen grundsätzlich die Parteien die Verantwortung für die Beibringung des Tatsachenfundaments. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin die anspruchsbe gründenden Tatsachen schlüssig, d.h. widerspruchsfrei und vollständig zu behaupten, und in einer detaillierten Art und Weise zu schildern, so dass eine rechtliche Subsumtion möglich ist und darüber (der offerierte) Beweis abgenommen werden kann, soweit die entsprechenden Vorbringen bestritten werden (vgl. BGE 127 III 365 E. 2b; BGer 4A\_7/2012 vom 3. April 2012, E. 2.3.1; BGer 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.2; vgl. auch ZK ZPO-SUTTER-

SOMM/SCHRANK, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N 21, N 23 und N 31b mit Hinweisen; OGer ZH PP210018 vom 11. Mai 2021). Nachdem die Beschwerdegegnerin die Vorbringen der Beschwerdeführerin bestritten hat, haben sich die Anforderungen an die Substantiierung der Nutzungskosten hinsichtlich der Anwendbarkeit des Tarifs Upper, der Höhe des Tarifs und der Abgeltungsdauer erhöht. Indem sich die Beschwerdeführerin einzig in pauschaler Art dazu geäussert hat, hat sie das Klagefundament nicht vollständig und schlüssig dargelegt.

c) Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung (Art. 56 ZPO). Im vereinfachten Verfahren wie dem vorliegenden gilt zudem eine verstärkte richterliche Fragepflicht (Art. 247 Abs. 1 ZPO), die in der praktischen Handhabung mit der Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO (abgeschwächte Untersuchungsmaxime) gleichgesetzt wird (BSK ZPO-MAZAN, 3. Aufl. 2017, Art. 247 N 10; vgl. auch ZK ZPO-HAUCK, 3. Aufl. 2016, Art. 247 N 32). Es bleibt zwar Sache der Parteien, den Prozessstoff vorzutragen, und es ist nicht am Gericht, fehlende Angaben zu erheben. Das Gericht hat indes darauf hinzuwirken, dass ungenügende Angaben ergänzt werden, und es hat die geeigneten Beweismittel in Erfahrung zu bringen (BSK ZPO-MAZAN, 3. Aufl. 2017, Art. 247 N 12 und N 15; ZK ZPO-HAUCK, 3. Aufl. 2016, Art. 247 N 2 und N 15; BGer 4D\_57/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 3.2). Das Ausmass der richterlichen Hilfestellung hängt von den Besonderheiten des Einzelfalls ab. Massgebende Kriterien sind die intellektuellen Fähigkeiten der Parteien, die Schwierigkeit der Materie sowie eine allfällige anwaltliche Vertretung (BSK ZPO-MAZAN, 3. Aufl. 2017, Art. 247 N 16; ZK ZPO-HAUCK, 3. Aufl. 2016, Art. 247 N 14; BGer 4D\_57/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 3.2; vgl. zum Ganzen auch OGer ZH PP180026 vom 15. Januar 2019 E. 3.3.2).

d) Daraus folgt, dass die juristisch unkundige und nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin durch das Gericht auf die Unvollständigkeit ihres Tatsachenvortrages zum Umfang der Bereicherung hinzuweisen ist bzw. dass durch geeignete Fragen im Einzelnen auf die genügende Substantiierung sowie die Nennung

entsprechender Beweismittel hinzuwirken ist (vgl. dazu auch ZK ZPO-HAUCK, 3. Aufl. 2016, Art. 247 N 19). Ein entsprechendes Vorgehen der Vorinstanz ist anlässlich der Verhandlung vom 13. Dezember 2022 nicht bzw. nur in ungenügendem Mass erkennbar (Prot. I S. 5 ff.). Der Vollständigkeit halber ist im Übrigen anzumerken, dass Art. 247 Abs. 1 ZPO gleichermassen auch auf die ebenfalls juristisch unkundige und nicht anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin anwendbar ist. Der Sachverhalt erweist sich hinsichtlich des Umfangs der ungerechtfertigten Bereicherung jedenfalls als unvollständig und ist unter Ausübung der verstärkten richterlichen Fragepflicht gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO zu ergänzen.

4.5. Demnach sind in teilweiser Gutheissung der Beschwerde Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4 und 5 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und die Sache ist im Sinne der Erwägungen zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

5.

5.1. Die Prozesskosten für das Beschwerdeverfahren setzen sich aus den Gerichtskosten (Entscheidgebür) und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Grundlage der Gebührenfestsetzung bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung. Die Gebühr richtet sich sodann nach Massgabe dessen, was vor der Beschwerdeinstanz noch im Streit ist (§ 12 Abs. 2 GebV OG).

Mit Blick auf den Verfahrensstreitwert von Fr. 2'053.45 (vgl. act. 24) ist die Entscheidgebür in Anwendung von § 2 Abs. 1, 4 Abs. 1 und 2 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 460.-- festzusetzen. Sie wurde von der Beschwerdeführerin sichergestellt (act. 24-26). Parteientschädigungen gemäss Art. 95 Abs. 3 ZPO sind für das Beschwerdeverfahren nicht festzusetzen, da die Parteien weder anwaltlich vertreten sind noch konkret notwendige Auslagen geltend machen oder Gründe für eine Umtriebsentschädigung anführen (vgl. act. 21 und act. 29).

5.2. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei einem Rückweisungsentscheid kann die obere Instanz lediglich die Höhe ihrer Prozesskosten festsetzen und die Verteilung der Prozesskosten der Vorinstanz überlassen oder die Verteilung der Prozesskosten selbst vornehmen (Art. 104 Abs. 1 und 4 ZPO). Die Kostenverteilung für das Berufungsverfahren ist der Vorinstanz zu überlassen.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4 und 5 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 13. Juli 2023 aufgehoben und die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 460.-- festgesetzt.
3. Es wird vorgemerkt, dass die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 460.-- geleistet hat.
4. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Parteientschädigung festgesetzt.
5. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage des Doppels von act. 29 und an die Beschwerdegegnerin unter Beilage von Kopien von act. 30-33, sowie – unter Beilage der Akten – an das Bezirksgericht Winterthur und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
7. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'053.45.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: