



Mitwirkend: die Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Dr. Stephan Mazan, Handelsrichter Stefan Vogler, die Handelsrichterinnen Sandra Hanhart und Dr. Esther Nägeli sowie die Gerichtsschreiberin Susanna Schneider

Beschluss und Urteil vom 31. Mai 2023

in Sachen

A._____,
Klägerin

gegen

B._____ GmbH,
Beklagte

betreffend **Forderung (URG)**

Rechtsbegehren gemäss Klage:

(act. 1 S. 2)

" Die Beklagte sei teilklageweise zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 89'267.10 zzgl. Zins zu 5% seit 17.10.2020 zu bezahlen; Mehrforderungen bleiben vorbehalten.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren gemäss Replik:

(act. 39 S. 2)

" Die Beklagte sei teilklageweise zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 79'348.50 zzgl. Zins zu 5% seit 17.10.2020 zu bezahlen; Mehrforderungen bleiben vorbehalten.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Genossenschaft mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt die treuhänderische Wahrung der Rechte der Urheber und Urheberinnen von nichttheatralischen musikalischen Werken, welche ihr von den Urhebern und Urheberinnen oder ihren Verlegern oder Verlegerinnen zur Verwaltung übertragen werden (act. 2/1). Sie übt ihre Tätigkeit mit Bewilligung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IEG) aus (act. 2/2).

Die Beklagte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in C. _____ [Ort], welche das Erbringen von Dienstleistungen und die Organisation im Bereich ..., ... und ... sowie den Handel mit den dazugehörigen Produkten bezweckt (act. 2/7).

b. Prozessgegenstand

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin als Verwertungsgesellschaft im Sinne von Art. 40 ff. URG die Entschädigung für die Verwendung von Musik des von ihr verwalteten Weltrepertoires sowie des Repertoires der D._____ an allen Anlässen der Beklagten im Jahre 2020 gestützt auf den von der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) genehmigten Gemeinsamen Tarif Hb 2018 bis 2022 (nachfolgend: GT Hb) geltend (act. 1 Rz. 11). Die Beklagte bestreitet einen klägerischen Vergütungsanspruch bzw. ihre Zahlungspflicht für das Jahr 2020 und schliesst auf Abweisung der Klage (act. 35).

B. Prozessverlauf

a. Klageeinleitung

Am 11. Januar 2022 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klage ein (act. 1).

b. Wesentliche Verfahrensschritte

Den ihr mit Verfügung vom 12. Januar 2022 auferlegten Gerichtskostenvorschuss in der Höhe von CHF 8'400.– leistete die Klägerin fristgerecht (act. 3, 5). Mit Verfügung vom 28. Januar 2022 wurde der Beklagten Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 6), welche ihr in der Folge mehrfach mit Zustimmung der Klägerin erstreckt wurde (act. 8-10, 12 f.). Mit Verfügung vom 25. April 2022 wurde das Verfahren auf gemeinsamen Antrag und vor dem Hintergrund aussergerichtlicher Vergleichsgespräche der Parteien einstweilen bis 31. Mai 2022 sistiert (act. 15-17). Die Sistierung wurde auf jeweiligen gemeinsamen Antrag der Parteien mehrfach verlängert, letztmals bis 17. Oktober 2022 (act. 21 f., 24 f., 27 f.). Am 13. Oktober 2022 teilte die Beklagte mit, dass die aussergerichtlichen Vergleichsbemühungen der Parteien gescheitert seien (act. 30). Mit Verfügung vom 18. Oktober 2022 wurde der Beklagten abermals Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 31), welche sie mit Eingabe vom 28. November 2022 (act. 35) innert der ihr mit Verfügung vom 16. November 2022 angesetzten Nachfrist (act. 33) erstattete.

Mit Verfügung vom 30. November 2022 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zu Replik angesetzt (act. 37), welche sie mit Eingabe vom 17. Januar 2023 erstattete (act. 39). Die der Beklagten mit Verfügung vom 24. Januar 2023 zur Erstattung der Duplik angesetzte First (act. 41) wurde ihr auf entsprechendes Gesuch vom 27. Februar 2023 letztmals bis 31. März 2023 erstreckt (act. 43). Mit Eingabe vom 20. März 2023 teilte der beklagtische Rechtsvertreter die Niederlegung seines Mandats mit sofortiger Wirkung mit (act. 45). Die Duplikfrist verstrich in der Folge unbenutzt.

Die Parteien haben auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet (act. 46, 48). Das Verfahren ist spruchreif. Auf die Parteivorbringen wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sich dies als zur Entscheidungsfindung notwendig erweist.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die *örtliche* Zuständigkeit des hiesigen Handelsgerichts stützt sich auf Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO und ist gegeben; der Sitz der Beklagten befindet sich in C._____. Die *sachliche* Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG und ist ebenfalls gegeben.

1.2. Übrige Prozessvoraussetzungen

Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Klage ist mithin einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

1.3. Klageänderung

Mit der Replik hat die Klägerin ihr Rechtsbegehren geändert und die eingeklagte Summe um CHF 9'918.60 reduziert. Eine solche Beschränkung der Klage ist jederzeit zulässig (Art. 227 Abs. 3 ZPO). Beschränkt die klagende Partei ihre Klage (in quantitativer oder qualitativer Hinsicht), erklärt sie einen teilweisen Klagerückzug i.S.v. Art. 241 Abs. 1 ZPO (WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 50 zu Art. 227 ZPO). Demzufolge ist die Klage im Umfang von CHF 9'918.60 als durch Rückzug erledigt abzuschreiben.

2. Materielles

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Am 18. März 2021 forderte die Klägerin die Beklagte dazu auf, die Musiknutzungen aller im Jahre 2020 veranstalteten Partys anzumelden. Die Beklagte hat auf diese Aufforderung der Klägerin nicht reagiert und auch nach mehrfachen telefonischen Erinnerungen keine Angaben geliefert. Mit Schreiben vom 25. Juni 2021 wurde der Beklagten gemäss Ziff. 36 GT Hb eine Nachfrist von 20 Tagen zur Einreichung der fehlenden Angaben angesetzt. Nach unbenutztem Ablauf derselben versandte die Klägerin mit Datum vom 16. September 2021, wie im vorangegangenen Schreiben angedroht, eine geschätzte Rechnung (act. 1 Rz.12-14; act. 35 S. 2; act. 2/13). Auch innert 30 Tagen ab Rechnungsdatum wurden seitens der Beklagten keine vollständigen und korrekten Angaben geliefert (act. 39 Rz. 7). Die Rechnung wurde nicht innert der gestellten Frist beglichen, weshalb die Klägerin am 11. November 2021 eine Mahnung versandte. Die Rechnung blieb unbezahlt (act. 1 Rz.15; act. 35 S. 2).

2.2. Aktiv- und Passivlegitimation

Die Aktiv- und Passivlegitimation werden durch das materielle Grundrecht bestimmt. Ihr Fehlen führt zur Abweisung der Klage. Sie sind von Amtes wegen frei zu prüfen (BGE 126 III 59 E. 1a = Pra 89 (2000) Nr. 117), im (vorliegenden) Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) allerdings nur nach Massgabe des behaupteten und festgestellten Sachverhalts (BGE 118 Ia

129 E. 1). Die Bejahung der Aktivlegitimation bedeutet, dass die klagende Partei berechtigt ist, diesen Anspruch in eigenem Namen geltend zu machen. Die Bejahung der Passivlegitimation besagt, dass sich der Anspruch gegen die beklagte Partei richten kann. Mit der Bejahung der Aktiv- oder Passivlegitimation ist aber noch nicht entschieden, ob der geltend gemachte Anspruch überhaupt und im behaupteten Umfang besteht (BGE 114 II 345 = Pra 78 (1989) Nr. 83).

Die Klägerin befasst sich als Verwertungsgesellschaft im Sinne von Art. 40 ff. URG mit der Wahrung der Rechte der Urheber von nichttheatralischen musikalischen Werken und ist im Besitze der dazu gemäss Art. 41 URG vorausgesetzten Bewilligung des IGE. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verwaltet die Klägerin gestützt auf ihre Mitglieder- und Gegenseitigkeitsverträge das gesamte Weltrepertoire der nichttheatralischen Musik (BGE 107 II 60 E. 1). Die ihr übertragenen Rechte übt sie in eigenem Namen aus (act. 1 Rz. 6; Ziff. 8.1.3 der Statuten der Klägerin, act. 2/3) und zieht insbesondere die für deren Verwendung geschuldeten Entschädigungen selbst ein (BGE 117 II 463). Die Klägerin ist zudem gestützt auf den gemeinsamen Tarif mit der D._____ (GT Hb) im Sinne von Art. 47 Abs. 1 URG ebenfalls berechtigt, den Vergütungsanspruch für die verwandten Schutzrechte der ausübenden Künstlerinnen und Künstler gemäss Art. 35 URG geltend zu machen (vgl. Ziff. 14 GT Hb), was sich zudem aus Ziff. 2.1 des Kooperationsvertrags zwischen der Klägerin und der D._____ vom 30. November 2017 ergibt (act. 1 Rz. 8; act. 35 S. 2). Bei der D._____ handelt es sich um einen Verein, der die Wahrnehmung der verwandten Schutzrechte von ausübenden ..., ... und ... bezweckt (act. 1 Rz. 7; act. 35 S. 2). Die Klägerin ist mithin zur Geltendmachung der im Streit stehenden Vergütungen aktivlegitimiert.

Die Beklagte organisiert ... und ... in verschiedenen ... in der ganzen Schweiz, anlässlich welchen urheberrechtlich geschützte Kompositionen sowie im Handel erhältliche Tonträger zur Aufführung kommen (act. 1 Rz. 10; act. 35 S. 2). Vergütungspflichtig sind die im GT Hb als "Kunden" bezeichneten Veranstalterinnen und Veranstalter von Tanz- und Unterhaltungsanlässen (vgl. Ziff. 5 und Ziff. 34-36 GT Hb). Die Beklagte wendet in Bezug auf die von der Klägerin für das Jahr 2020 geltend gemachten 27 bzw. 24 Veranstaltungen einerseits ein, dass zufolge der

vom Bund erlassenen Covid-Restriktionen nur diejenigen im Zeitraum vom 4. Januar bis 7. März 2020 überhaupt hätten durchgeführt werden können (act. 35 S. 2 f.; vgl. dazu nachstehend unter Ziff. 2.3), andererseits macht sie geltend, dass die jeweiligen Clubs (mittlerweile) einen Vertrag mit der Klägerin abgeschlossen hätten und direkt mit ihr abrechnen würden. Eine einfache Gesellschaft zwischen ihr und den jeweiligen Clubs habe – entgegen den klägerischen Behauptungen (act. 1 Rz. 20) – nicht bestanden, weshalb eine solidarische Haftung der Beklagten entfalle (act. 35 S. 2, S. 4). Sie bestreitet somit (sinngemäss) ihre Passivlegitimation. Indessen stellt die Beklagte mitnichten in Abrede (zumindest im eingestandenen Zeitraum) in den jeweiligen Clubs Partys veranstaltet zu haben, anlässlich welchen Musik des von der Klägerin bzw. der D._____ verwaltete Repertoires abgespielt wurde. Demzufolge ist sie vorliegend passivlegitimiert. Insofern ist auch die Frage, ob zwischen der Beklagten und dem jeweiligen Club(-Betreiber) eine einfache Gesellschaft vorlag oder nicht, unter diesem Punkt nicht entscheidend. Sie spielte lediglich für die (solidarische) Haftbarkeit des jeweiligen Clubs (vgl. Art. 544 Abs. 3 OR) eine Rolle, welcher abhängig von dem von ihm geleisteten Beitrag bzw. Regelung der Einnahmeaufteilung als Mitveranstalter zu qualifizieren wäre. Demzufolge ist hier nicht weiter darauf einzugehen. Die zwischen dem jeweiligen Club und der Beklagten getroffenen Vereinbarungen bzw. die von der Beklagten ins Recht gelegten Bestätigungen, wonach der betreffende Club für sämtliche im Zusammenhang mit der Beklagten durchgeführten Veranstaltungen selber abrechne und die Beklagte für keine "A._____ kosten" aufzukommen habe (vgl. act. 36/1, 3 f.), beschlagen einzig das Rechtsverhältnis (bzw. das Innenverhältnis) zwischen der Beklagten und dem jeweiligen Club, vermögen aber an der Passivlegitimation der Beklagten als Veranstalterin nichts zu ändern. Die Passivlegitimation der Beklagten ist somit zu bejahen.

2.3. Vergütungsansprüche

Die Verwertungsrechte der Urheber und Urheberinnen sind ausschliessliche Rechte (Art. 10 Abs. 1 URG). Ohne Einwilligung der Urheber und Urheberinnen dürfen diese von niemandem beansprucht werden. Nur sie entscheiden über die Verwendung des Werks. Die Einwilligung zur Nutzung kann einerseits über die

Abtretung des Rechts, andererseits über die Einräumung einer blossen Nutzungsbefugnis im Sinne einer Lizenz erfolgen (BARRELET/EGLOFF, in: Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl. 2020, N. 7 zu Art. 10 URG). Art. 10 Abs. 2 lit. c URG räumt den Urhebern und Urheberinnen das ausschliessliche Recht ein, das Werk direkt oder mit irgendwelchen Mitteln vorzutragen, aufzuführen oder vorzuführen. Vortrag, Aufführung und Vorführung können mithin direkt erfolgen, beispielsweise auf einer Bühne oder in einem Konzertsaal vor Publikum. Sie können aber auch – wie hier – indirekt erfolgen, indem das Werk vorerst auf einem Ton- oder Tonbildträger festgehalten und dann in einer Diskothek abgespielt wird (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 24 zu Art. 10 URG). Den ausübenden Künstlern und Künstlerinnen steht dieses Recht nicht zu, sofern die Aufnahme mit ihrer Einwilligung erfolgt ist. Die Aufführung eines im Handel erhältlichen Tonträgers führt aber zu einem Vergütungsanspruch der ausübenden Künstler und Künstlerinnen im Sinne von Art. 35 URG (EGLOFF, in: Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl. 2020, N. 19 zu Art. 33), welcher zwingend von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend zu machen ist (Art. 35 Abs. 3 URG). Art. 46 Abs. 1 URG bestimmt sodann, dass die Verwertungsgesellschaften für die von ihnen geforderten Vergütungen Tarife aufstellen (hier: GT Hb). Für eine ohne entsprechende Erlaubnis erfolgte Vorführung eines Werkes stehen den Urhebern und Urheberinnen Schadenersatzansprüche im Sinne von Art. 62 Abs. 2 OR für die damit begangene Urheberrechtsverletzung zu. Der Schaden bemisst sich dabei grundsätzlich nach der entgangenen Nutzungsgebühr (EGLOFF/HEINZMANN, in: Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl. 2020, N. 19 zu Art. 62 URG).

Die Werknutzerinnen und Werknutzer trifft gegenüber den Verwertungsgesellschaften eine Auskunftspflicht. Sie müssen den Verwertungsgesellschaften "alle Auskünfte, welche diese für die Gestaltung und die Anwendung der Tarife sowie die Verteilung des Erlöses benötigen" erteilen (Art. 51 Abs. 1 URG). Die Auskunftspflicht verleiht den Verwertungsgesellschaften einen klagbaren privatrechtlichen Anspruch auf die geforderte Mitwirkung. Ferner können die Verwertungsge-

sellschaften einen Verstoss gegen die Auskunftspflicht in der Gestaltung ihrer Tarife berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 4A_418/2007 vom 13. Dezember 2007 E. 4, in: sic!, 2008, 289 ff., 289).

Rechtskräftig durch die ESchK genehmigte Tarife sind für die Gerichte verbindlich (Art. 59 Abs. 3 URG). Die Angemessenheitskriterien von Art. 60 URG richten sich an die Schiedskommission und dienen der Überprüfung im Tarif vorgesehenen Entschädigungen. Sie geben aber keinen individuellen Anspruch darauf, dass eine nach dem Tarif geschuldete einzelne Entschädigung immer diesen Kriterien genügt, und den Zivilgerichten ist es verwehrt, einen rechtskräftig genehmigten Tarif erneut auf seine Vereinbarkeit mit Art. 60 URG zu überprüfen. Die Bindung an einen genehmigten Tarif schliesst es auch aus, die in einem solchen Tarif enthaltene Pauschalierung im Einzelfall gerichtlich auf ihre Angemessenheit überprüfen zu lassen (BARRELET/MEIER, in: Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl. 2020, N. 16 zu Art. 59 URG.). Im Tarif vorgesehene Verletzungszuschläge im Sinne einer Verdopplung der Vergütung für Werkverwendungen ohne vorgängige Erlaubnis oder bei falschen oder unvollständigen Angaben von Nutzerinnen und Nutzern in der Absicht, einen unrechtmässigen Vorteil zu erlangen, sind zulässig (BARRELET/MEIER, a.a.O., N. 10 zu Art. 51 URG, N. 30 zu Art. 60 URG), wie auch die tarifliche Bestimmung, wonach bei ausbleibender Auskunftserteilung aufgrund von Schätzungen fakturiert werden darf (BARRELET/MEIER, a.a.O., N. 30 zu Art. 60 URG; BREM/SALVADÉ/WILD, in: Stämpflis Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG) 2. Aufl. 2012, N. 3 zu Art. 51 URG).

Gemäss Ziff. 34 GT Hb hat der Kunde der Klägerin alle zur Berechnung der Vergütung erforderlichen Angaben innert zehn Tagen nach der Veranstaltung bekanntzugeben. Ziff. 36 GT Hb sieht vor, dass wenn die Angaben auch nach einer schriftlichen Mahnung nicht innert Nachfrist eingereicht werden, die Klägerin berechtigt ist, die Angaben zu schätzen und gestützt darauf Rechnung zu stellen. Gemäss Ziff. 36 GT Hb gelten aufgrund geschätzter Angaben erstellte Rechnungen als vom Kunden anerkannt, wenn er nicht innert 30 Tagen ab Rechnungsdatum vollständige und korrekte Angaben nachliefert (act. 2/8). Nachdem die Be-

klagte auf die Aufforderung der Klägerin vom 18. März 2021 zur Anmeldung der Musiknutzungen aller im Jahre 2020 veranstalteten Partys sowie auf die mehrfachen telefonischen Erinnerungen nicht reagiert hatte, setzte ihr die Klägerin mit Schreiben vom 25. Juni 2021 eine Nachfrist von 20 Tagen zur Einreichung der fehlenden Angaben. Diese Frist verstrich unbenutzt, weshalb die Klägerin mit Datum vom 16. September 2021 androhungsgemäss eine geschätzte Rechnung an die Beklagte versendete. Dabei ging sie von 27 Veranstaltungen im Jahr 2020 in verschiedenen Clubs der ganzen Schweiz aus. Als Berechnungsparameter wurde zudem ein Fassungsvermögen von 500 Personen und ein durchschnittlicher Eintrittspreis von CHF 37.50 eingesetzt, woraus Einnahmen pro Veranstaltung von CHF 18'750.– resultierten, welche die Klägerin wiederum mit den 27 Veranstaltungen im Jahre 2020 multiplizierte, was Bruttoeinnahmen von CHF 506'250.– ergab. Davon wurden 6.5% für Urheberrechte und 2% für verwandte Schutzrechte verrechnet und die jeweilig tariflich vorgesehene Mehrwertsteuer von 2,5% bzw. 7.7% (Ziff. 26 GT Hb) hinzugerechnet, woraus eine Entschädigung von insgesamt CHF 44'633.55 resultierte. Dieser Betrag wurde alsdann gestützt auf Ziff. 32 GT Hb verdoppelt, was einen Gesamtrechnungsbetrag von CHF 89'267.10 ergab (act. 1 Rz. 21; act. 2/13). Eine fristgerechte Nachlieferung der Angaben erfolgte nicht. Das Vorgehen der Klägerin ist tarifkonform. Demzufolge gilt die Rechnung vom 16. September 2021 als von der Beklagten anerkannt. Die von der Beklagten im vorliegenden Verfahren dagegen erhobenen Einwendungen erfolgten mithin verspätet und sind demzufolge nicht zu hören.

Selbst wenn die Einwendungen der Beklagten zu berücksichtigen wären, würde dies gemäss nachfolgenden Ausführungen am Ausgang des Verfahren nichts ändern:

Gestützt auf die unbestritten gebliebenen und belegten Behauptungen der Klägerin zur zeitweisen Aufhebung der Covid-Restriktionen in Bezug auf Diskotheken bzw. Tanzlokale (act. 39 Rz. 5; act. 40) ist davon auszugehen, dass die in act. 2/15 aufgeführten Veranstaltungen der Beklagten nicht nur in dem von der Beklagten eingestandenen Zeitraum vom 4. Januar bis 7. März 2020, sondern auch während der zwischenzeitlichen Aufhebung der Covid-Restriktionen im Zeit-

raum vom 6. Juni bis 29. Oktober 2020 stattgefunden haben, zumal die Beklagte deren Durchführung nur mit Hinweis auf die implementierten Covid-Massnahmen bestreitet (act. 35 S. 2 f.). Die Klägerin hat den eingeklagten Betrag replicando zudem aufgrund drei von ihr ursprünglich berücksichtigten und in den Zeitraum der Covid-Restriktionen fallende Veranstaltungen entsprechend reduziert (act. 39 Rz. 14). Die Beklagte bestreitet die von der Klägerin im Detail dargelegten Berechnungsparameter der Rechnung vom 16. September 2021 (vgl. act. 1 Rz. 21) im Übrigen lediglich pauschal und damit unsubstanziert, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist (act. 35 S. 2 zu Ziff. 14, S. 3 zu Ziff. 21). Die Beklagte verfügte alsdann unbestrittenermassen über keine Erlaubnis für die Verwendung des von der Klägerin verwalteten Repertoires. Es liegt mithin eine Urheberrechtsverletzung vor. Weiter hat die Beklagte die von der Klägerin mehrfach eingeforderte Informationen nicht geliefert. Die von der Beklagten monierte Verdoppelung der Vergütung (act. 35 S. 4) ist vor diesem Hintergrund ebenfalls nicht zu beanstanden.

Was die von der Beklagten ins Feld geführte direkte Abrechnung durch die jeweiligen Clubs bzw. den behaupteten (hernach erfolgten) Vertragsschluss zwischen den jeweiligen Clubs und der Klägerin anbelangt (vgl. act. 35 S. 3 f.), ist Folgendes festzuhalten: An der Vergütungspflicht der Beklagten würde dies nach dem Gesagten nur etwas ändern, wenn die betreffenden Clubs die hier in Frage stehenden Veranstaltungen der Beklagten für die streitrelevante Zeitperiode tatsächlich abgerechnet und daraus resultierende Vergütungen bezahlt hätten. Dabei handelt es sich um eine rechtshindernde Tatsache, in Bezug auf welche die Beklagte behauptungs- und beweisbelastet ist (Art. 8 ZGB). Dass die streitrelevanten Veranstaltungen durch die jeweiligen Clubs effektiv abgerechnet und allfällige Vergütungen beglichen wurden, wird von der Beklagten nicht behauptet. Sie beschränkt sich (weitgehend) auf die pauschale Behauptung, dass der jeweilige Club und die Klägerin (hernach) einen Vertrag abgeschlossen hätten und dieser direkt mit der Klägerin abrechne (vgl. Club E._____, Club F._____ bzw. G._____ AG, Club H._____) bzw. dass der jeweilige Club direkt abrechne (I._____ Club, J._____ CLUB (Officiel)) bzw. dass eine Bestätigung des jeweiligen Clubs vorliege, wonach der jeweilige Club direkt mit der Klägerin abrechne (K._____ Club).

Einzig in Bezug auf den Club L._____ behauptet sie in Bezug auf die Veranstaltung vom 6. März 2020 immerhin eine durch den betreffenden Club erfolgte Nachmeldung (vgl. act. 35 S. 3). Insofern kommt die Beklagte der sie treffenden Behauptungslast nicht nach, zumal sie eine Bezahlung der entsprechenden Vergütungen durch die jeweiligen Clubs überhaupt nicht vorbringt. Selbst wenn diese Behauptungen der Beklagten als ausreichend konkret in Bezug auf die streitrelevante Abrechnungsperiode zu werten wären, änderte dies zufolge der von der Klägerin replicando hinsichtlich einer von den betreffenden Clubs in Bezug auf die streitrelevanten Veranstaltungen vorgenommenen Abrechnung erhobenen Bestreitungen (vgl. act. 39 Rz. 10-12) nichts. Die Beklagte offeriert dazu keine weiteren Beweismittel als die allgemeinen Bestätigungen dreier Clubs vom 1. September 2019 (Club F._____ bzw. G._____ AG, Club K._____, I._____ Club act. 36/1, 3 f.), welche die konkret gegenüber der Klägern erfolgte Abrechnung der streitgegenständlichen Veranstaltungen nicht belegen, ein Schreiben des Clubs H._____ vom 1. September 2019, welches sich zur Abrechnung der Veranstaltungen überhaupt nicht äussert (act. 3/5), sowie die Zeugenaussage des Leiters des klägerischen Rechtsdienstes und Rechtsvertreters der Klägerin im vorliegenden Verfahren (act. 35 S. 3), welcher eine Abrechnung dieser Veranstaltungen durch die genannten Clubs in seiner Replik explizit verneint (vgl. act. 39 Rz. 10 f.). In antizipierter Beweismwürdigung ist somit festzuhalten, dass der Beklagten, selbst bei der Bejahung rechtsgenügender Behauptungen hinsichtlich der Abrechnung der streitrelevanten Veranstaltungen, nicht einmal der Beweis einer solchen gelingen würde.

Die Beklagte ist demzufolge zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 79'348.50 zu bezahlen.

2.4. Zins

Die Klägerin macht Schadenszins von 5% seit 17. Oktober 2020, dem Datum der letzten Veranstaltung im Jahre 2020, geltend. Eventualiter fordert sie Verzugszins seit 17. Oktober 2021, wobei sie sich für den Beginn des Zinsenlaufs auf Ziff. 37 GT Hb bzw. auf die in der Rechnung vom 16. September 2021 angegebene Zah-

lungsfrist als Verfalltag beruft. Subeventualiter beruft sie sich für den Beginn des Zinsenlaufs auf ihre Mahnung vom 11. November 2021 (act. 1 Rz. 22).

Die Beklagte macht geltend, es sei kein Verzugszins geschuldet, weil keine Zahlungspflicht bestehe (act. 35 S. 4).

Bei ausservertraglichen Schadenersatzansprüchen bildet der Schadenszins Teil des zu ersetzenden Schadens. Er bezweckt, den Anspruchsberechtigten so zu stellen, wie wenn er für seine Forderung am Tage der unerlaubten Handlung bzw. im Zeitpunkt ihrer wirtschaftlichen Auswirkungen befriedigt worden wäre. Der Schadenszins läuft vom Zeitpunkt an, in welchem sich das schädigende Ereignis ausgewirkt hat bis zur Zahlung des Schadenersatzes (SCHROETER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 5 zu Art. 73 OR). Der Schadenszins beträgt 5% pro Jahr, sofern dessen Höhe weder durch Vertrag, Gesetz oder Übung bestimmt ist (Art. 73 Abs. 1 OR). Vorliegend stellt lediglich die in Bezug auf die ohne Bewilligung erfolgte Nutzung der von der Klägerin verwaltenden Urheberrechte geltend gemachte Vergütung ein Schadenersatzanspruch dar. Bei der Geltendmachung nicht bezahlter Vergütungsansprüche für die gesetzlich erlaubte Verwendung der im Handel erhältlichen Tonträger im Sinne von Art. 35 URG handelt es sich hingegen nicht um einen Schadenersatzanspruch (EGLOFF/HEINZMANN, a.a.O., N. 18 zu Art. 62 URG), weshalb diesbezüglich auch kein Schadenszins gefordert werden kann. Demzufolge ist vorliegend hinsichtlich des auf die künstlerischen Leistungsschutzrechte entfallenden Betrags ein klägerischer Schadenszinsanspruch von vornherein zu verneinen. Für den Beginn des Schadenszinsenlaufes stützt sich die Klägerin auf die letzte Veranstaltung des Jahres 2020 am 17. Oktober 2020. Wie gesehen, ist für den Beginn des Zinsenlaufs auf den Zeitpunkt der wirtschaftlichen Auswirkung der unerlaubten Handlung abzustellen. Weshalb dieser vorliegend mit dem Zeitpunkt der letzten Veranstaltung im Jahre 2020 zusammenfallen sollte, leuchtet nicht ein und wird von der Klägerin nicht behauptet, weshalb auch in Bezug auf den auf die Urheberrechtsnutzung entfallende Betrag ein Anspruch der Klägerin auf Schadenszins zu verneinen und somit ein Anspruch auf den eventualiter beantragten Verzugszins zu prüfen ist.

Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er Verzugszins von 5% zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR). Der Schuldner einer fälligen Verbindlichkeit wird grundsätzlich durch Mahnung in Verzug gesetzt. Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 OR). Stellt der Gläubiger dem Schuldner nach unbenutzt verstrichener Zahlungsfrist eine weitere Mahnung mit einer erneuten Zahlungsfrist zu, so hebt dies den bereits eingetretenen Verzug nicht auf. Der Gläubiger gibt jedoch konkludent zu verstehen, dass er für den Fall, dass die Leistung innerhalb der weiteren Frist erbracht wird, auf die ab Verzugseintritt geschuldeten Verzugszinsen verzichtet (WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, in; Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 9b zu Art. 102 OR).

Ziff. 37 GT Hb sieht eine Zahlungsfrist von 30 Tagen vor. Auf der Rechnung vom 16. September 2021 war "Zahlbar bis 16.10.2021" vermerkt. Somit war für die Beklagte eindeutig, dass die Rechnung bis zum genannten Datum zu begleichen war, sodass die Beklagte sich – unabhängig der Qualifikation als (befristete) Mahnung oder bestimmter Verfalltag (vgl. dazu WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, a.a.O., N. 9b, 10 zu Art. 102 OR) und ungeachtet der Mahnung vom 11. November 2021 – ab dem Folgetag, d.h. ab 17. Oktober 2021, im Verzug befindet.

Die Beklagte schuldet somit Zins von 5% seit 17. Oktober 2021 auf CHF 79'348.50.

2.5. Fazit

Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin CHF 79'348.50 zuzüglich Zins zu 5% seit 17. Oktober 2021 zu bezahlen. Im Übrigen Umfang (Verzugszins zu 5% seit 17. Oktober 2020) ist die Klage abzuweisen.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Verteilungsgrundsätze / Streitwert

Die Prozesskosten bestehen aus Gerichtskosten und Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Klagerückzug gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt. Zinsen werden für dessen Berechnung nicht hinzugerechnet (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Vorliegend beträgt der Streitwert mit hin CHF 89'267.10.

Die Klägerin obsiegt vorliegend zu rund 90%. Demzufolge sind ihr die Kosten im Umfang von 10% und der Beklagten im Umfang von 90% aufzuerlegen.

3.2. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebVOG; 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 GebVOG). Der Streitwert beträgt vorliegend, wie erwähnt, CHF 89'267.10. Die daraus in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 GebVOG resultierende Grundgebühr beträgt rund CHF 8'320.–. Diese ist im Umfang von 10% gestützt auf § 10 Abs. 1 GebVOG auf rund die Hälfte zu reduzieren und in diesem Umfang (CHF 410.–) der Klägerin aufzuerlegen. Der Beklagten sind ausgangsgemäss die Kosten im Umfang von rund 90% der Grundgebühr (CHF 7'490.–) aufzuerlegen. Die Kosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss zu beziehen, wobei der Klägerin für die der Beklagten auferlegten Kosten das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen ist (Art. 111 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO).

3.3. Parteientschädigungen

Bei teilweisem Obsiegen erfolgt gleichermassen die Zusprechung einer Parteientschädigung nach den Regeln von Art. 106 Abs. 2 ZPO, d.h. die gegenseitigen Entschädigungspflichten sind einander in Bruchteilen gegenüberzustellen und bis zum kleineren Bruchteil zu verrechnen. Die Obsiegensquoten sind dabei auch zu

verrechnen, wenn nur eine der Parteien anwaltlich vertreten ist (SCHMID, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 3. Aufl. 2021, N. 4 zu Art. 106 ZPO). Dies bedeutet, dass – unabhängig von der effektiv zuzusprechenden Parteientschädigung – vorab die Quoten des Obsiegens zu verrechnen sind und nur dort effektiv die Zusprechung einer Parteientschädigung in Betracht kommt, wo nach Verrechnung ein Überschuss vorhanden ist. Wie gesehen obsiegt die Klägerin zu rund 90% und die Beklagte zu rund 10%. Verrechnet man die prozentualen Ansprüche der Parteien auf eine Parteientschädigung, so erhielte die Klägerin noch rund 80% der Parteientschädigung, die Beklagte erhält zufolge Verrechnung der Obsiegsquoten keine Parteientschädigung. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Klägerin vorliegend durch den Leiter ihres Rechtsdienstes und damit nicht berufsmässig vertreten ist (RÜEGG/RÜEGG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2017, N. 21 zu Art. 95 ZPO; STERCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, 2012, N. 18 zu Art. 95 ZPO), weshalb allein die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO in Betracht kommt.

Prozessiert eine Partei ohne berufsmässige Vertretung, so hat sie neben dem Ersatz notwendiger Auslagen (Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO) nur in begründeten Fällen Anspruch auf eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Unter einer Umtriebsentschädigung versteht der Gesetzgeber in erster Linie einen gewissen Ausgleich für den Verdienstaufschlag einer selbständig erwerbenden Person (Urteil des Bundesgerichts 5A_132/2020 vom 28. April 2020 E. 4.2.1 unter Hinweis auf die Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221 ff., 7293). Es steht also der Ersatz einer monetären Beeinträchtigung im Vordergrund. Eine Umtriebsentschädigung ist ausnahmsweise dann zuzusprechen, wenn es sich um eine komplizierte Sache mit hohem Streitwert handelt, die Interessenswahrung einen hohen Arbeitsaufwand notwendig macht, welcher den Rahmen dessen überschreitet, was der Einzelne üblicher- und zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung der persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat, und zwischen dem betriebenen Aufwand und dem Ergebnis der Interessenswahrung ein vernünftiges Verhältnis besteht (BGE 110 V 132 E. 4d). Während diese für einen unvertretenen juristischen Laien

oder einen in eigener Sache handelnden Anwalt entwickelte Rechtsprechung einen durch die Prozessführung bedingten Erwerb사aufall nahelegt, liegt eine entsprechende Beeinträchtigung bei der Prozessführung durch angestellte Anwälte der Rechtsabteilung einer Partei nicht gleichermassen auf der Hand. In dieser Hinsicht ist insbesondere zu beachten, dass die angestellten Anwälte "Ohnehin-Kosten" verursachen, welche nicht von der Gegenpartei zu tragen sind (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 5. April 2017, HG150238, E. 4.2; SCHMID, a.a.O., N. 34 zu Art. 95 ZPO). Die Parteientschädigung ist in jedem Fall auf die volle Schadloshaltung begrenzt. Eine allfällige durch die Ausarbeitung der Rechtsschriften durch den internen Rechtsdienst erzielte Kosteneinsparung ist für die Frage der Umtriebsentschädigung nicht massgeblich (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. März 2017, LB170003, E. 5.2.1).

Aufgabe der ansprechenden Partei ist es, die Entschädigung zu beantragen und dem Gericht sachlich überzeugende Gründe für die geltend gemachte Höhe der Umtriebsentschädigung vorzulegen (RÜEGG/RÜEGG, a.a.O., N. 21 zu Art. 95 ZPO). Die Kosten bzw. Umtriebe sind je nach Art unter Umständen näher zu plausibilisieren, d.h. zu substantizieren und gegebenenfalls auch zu belegen (SUTTER/VON HOLZEN, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 3. Aufl., Rz. 30 zu Art. 95). Auch wenn in der vorliegenden Konstellation unter Billigkeitsüberlegungen eine gewisse Pauschalisierung unvermeidbar erscheint, wäre die Klägerin – vor dem Hintergrund vorstehender Erwägungen – dennoch gehalten gewesen, konkretisierendere Angaben (bspw. in zeitlicher oder pekuniärer Hinsicht) zu den ihr durch die vorliegende Prozessführung entstandenen (zusätzlichen) Umtrieben zu machen. Auch eine (allfällige) ermessensweise Festsetzung einer Umtriebsentschädigung unter Beizug des Tarifs gemäss Anwaltsgebührenverordnung des Obergerichts Zürich, wie sie die Klägerin beantragt (act. 1 Rz. 3) bedarf diesbezüglicher Anhaltspunkte, welche von der ansprechenden Partei vorzubringen sind. Da weitere Angaben der Klägerin fehlen, ist ihr keine Parteientschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO zuzusprechen.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Die Klage wird im Umfang von CHF 9'918.60 zufolge Klagerückzug als erledigt abgeschrieben.
2. Kosten- und Entschädigungsfolgen, schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 79'348.50 zuzüglich Zins zu 5% seit 17. Oktober 2021 zu bezahlen. Im übrigen Umfang (Zins) wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 7'900.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden im Umfang von CHF 410.– der Klägerin und im Umfang von CHF 7'490.– der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien; an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 48.
6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid 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 89'267.10.

Zürich, 31. Mai 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiberin:

Roland Schmid

Susanna Schneider