

# ZH\_OBERGERICHT LK100001 vom 27. August 2012

ZH Obergericht, 2012-08-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LK100001](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LK100001)

FR: ZH\_OBERGERICHT LK100001 du 27 août 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT LK100001 del 27 agosto 2012

## Erwägungen

### E. 1

Die Beklagte, ein grösseres Schweizer Detailhandelsunternehmen, lancierte im April 2007 das Programm "E.\_\_\_\_\_" für junge Familien mit Kindern. Im Oktober 2006 lud sie verschiedene Werbeagenturen ein, im Rahmen eines Wettbewerbs Gestaltungsvorschläge für die neue Produktlinie "E.\_\_\_\_\_" einzureichen. Die Nebenintervenientin (damals noch F.\_\_\_\_ AG) machte den Vorschlag, einen K.\_\_\_\_ [exotisches Tier] als Sympathieträger für das neue Programm zu verwenden. Zur zeichnerischen Umsetzung zog sie die Kläger bei. Der Wettbewerb wurde von der Nebenintervenientin mit der Figur "K.\_\_\_\_\_" gewonnen und die Beklagte erteilte der Nebenintervenientin den Auftrag, das Logo "E.\_\_\_\_\_" zu gestalten. Die weiteren Tierfiguren des E.\_\_\_\_ Programms – "Zoo-Pasta" (Abb. b-f) und "Krokodil-Snack" (Abb. g) – wurden im April 2007 geschaffen (Urk. 2 S. 18).

### E. 1.1

Auf das vorliegende Verfahren findet das bisherige Verfahrensrecht Anwendung (Art. 404 Abs. 1 ZPO), wobei für die örtliche Zuständigkeit – unter Vorbehalt der perpetuatio fori – auf das neue Recht abzustellen ist (Art. 404 Abs. 2 ZPO).

### E. 1.2

Die im Kanton Zürich wohnhaften Kläger machen Urheberrechtsverletzungen seitens der Beklagten geltend und berufen sich auf die Wahlgerichtsstände von Art. 25 GestG (Urk. 2 S. 13), die unverändert in den Art. 36 ZPO überführt worden sind. Die Beklagte hat weder die örtliche noch die sachliche Zuständigkeit bestritten (Urk. 11 S. 4) und sich auf das Verfahren eingelassen. Die sachliche Zuständigkeit der angerufenen Instanz stützt sich auf § 43 Abs. 2 GVG. Das Obergericht des Kantons Zürich ist daher zur Behandlung der vorliegenden Streitsache sachlich und örtlich zuständig.

### E. 2

Am 4. Januar 2007 übermittelte die Nebenintervenientin dem Kläger 2 den ersten Entwurf eines schriftlichen Rahmenvertrags (fortan auch RV; Urk. 14/5), der schliesslich in überarbeiteter Form am 15./20. Juni 2007 unterzeichnet wurde (Urk. 6/24). Darin verpflichteten sich die Kläger, gegen Bezahlung einer Vergütung auf Verlangen der Nebenintervenientin verschiedene Figuren des "K.\_\_\_\_\_" persönlich zu erstellen. Den Klägern wurde für das Jahr 2007 ein Auftragsvolumen von Fr. 240'000.– garantiert. Der Vertrag galt rückwirkend per 1. Oktober 2006 bis zum Entscheid der Beklagten, das E.\_\_\_\_-Konzept nicht weiter zu verwenden bzw. die Zusammenarbeit mit der Nebenintervenientin zu beenden. Zudem sah der Vertrag die Möglichkeit einer Kündigung aus ausserordentlichen Gründen vor. Für das vorliegende Verfahren sind insbesondere folgende Bestimmungen des Rahmenvertrags von Bedeutung: 1. F'.\_\_\_\_ beauftragt die Illustratoren gegen Bezahlung einer Entschädigung mit der zeichnerischen Verwirklichung

des F'.\_\_\_\_\_ -Konzeptes mittels mehrerer, unterschiedlicher Illustrationen eines oder mehrerer "Roter/n K'.\_\_\_\_\_/s" (nach- folgend "Figur/en" genannt). Die Illustratoren nehmen diesen Auftrag an.

- 5 - [...] 16. Ausschliesslichkeit F'.\_\_\_\_\_ verpflichtet sich, während der Dauer dieses Rahmenvertrages ausschliesslich die Illustratoren mit dem Illustrieren, Korrigieren und Verändern (ausser Farbkorrekturen) der Figur/en für sämtliche Medien zu beauftragen; es sei denn, die Illustratoren können die Aufträge (Briefing) der F'.\_\_\_\_\_ nicht (vollständig oder teilweise) verwirklichen, oder die Illustratoren haben ihre schriftliche Zustimmung der Auftragserteilung an Dritte erteilt. [...] 18. Übertragung von Immaterialgüterrechten (Urheberrechte) an den Figuren 18.1. Die Illustratoren übertragen die zu den im Rahmen dieses Vertrags bereits erstellten sowie zukünftig zu erstellenden Figuren inklusive Entwürfe zugehörigen Immaterialgüterrechte, insbesondere Urheberrechte, im Zeitpunkt ihrer Entstehung umfassend und unbefristet auf die F'.\_\_\_\_\_. 18.2 Die übertragenen Urheberrechte umfassen insbesondere das Recht zur Vervielfältigung und Inverkehrsetzung, Änderung und Bearbeitung der Figuren (gemäss Ziffer 16.) sowie das Recht, diese sog. Verwendungsrechte wiederum auf Dritte zu übertragen. 18.3 Vorstehende Ziffern 18.1 und 18.2 gelten nur unter dem Vorbehalt, dass die F'.\_\_\_\_\_ den Rahmenvertrag ordnungsgemäss erfüllt hat, und dieser Rahmenvertrag per 31.12.2009 noch in Kraft ist. 19. Verzicht auf Urheberpersönlichkeitsrechte Die Illustratoren verzichten ab dem Zeitpunkt der Entstehung der unter Ziffer 18 genannten Schutzrechte auf deren Geltendmachung; namentlich auf den Anspruch, die Figuren zu veröffentlichen, als Urheber oder Erfinder bezeichnet zu werden oder sich einer Veränderung der Figuren zu widersetzen. Dieser Verzicht ist unbefristet. Die Illustratoren haben jedoch das Recht, die Figuren zu Zwecken der Eigenwerbung frei zu verwenden. [...] 22. Vorbehalten ist die Kündigung dieses Rahmenvertrages sowie der Aufträge (Briefing) aus ausserordentlichen Gründen ohne Berücksichtigung einer Frist oder eines Termins. Ausserordentliche Gründe liegen vor, wenn die Fortführung des Vertragsverhältnisses für eine der beiden Parteien unzumutbar ist, insbesondere wenn a) die Figuren wiederholt zu spät abgeliefert, b) die Figuren nicht den zwischen den Parteien vereinbarten Anforderungen entsprechen c) F'.\_\_\_\_\_ wiederholt ihren Zahlungspflichten trotz Mahnung seitens der Illustratoren unter Ansetzung einer Nachfrist von 10 Tagen nicht oder nicht vollständig nachkommt, obwohl die Illustratoren ihre vertraglichen Pflichten ordnungsgemäss erfüllt haben. Die Kündigung aus ausserordentlichen Gründen hat per eingeschriebener Brief zu erfolgen. In Ziffer 15.1.1 des Rahmenvertrages verpflichtete sich die Nebenintervenientin, die Übertragung der Immaterialgüterrechte mit 10% der während der Jahre 2007, 2008 und 2009 an die Kläger bezahlten Vergütung abzugelten. In Ziffer 15.1.2 wurde die Vergütung für die zu zeichnenden Figuren geregelt. Bis zum 27. April 2009 wurde den Klägern Vergütungen und Abgeltungen in der Höhe von Fr. 361'533.30 überwiesen (Urk. 14/12).

- 6 -

## **E. 2.1**

Gemäss Art. 2 Abs. 1 URG sind Werke geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben, insbesondere auch Werke der bildenden Kunst (Art. 2 Abs. 2 lit. c URG). Zu den Werken der bildenden Kunst gehören auch zeichnerische, malerische und graphische Erzeugnisse, insbesondere auch Comic-Figuren und Werbegrafiken (BGE 77 II 377; Barrelet/Egloff, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. Bern 2008, N 15 zu Art. 2 URG, sic! 2002, 509 ff.).

## **E. 2.2**

Die Beklagte bestreitet, dass dem "K.\_\_\_\_\_" und den (weiteren) Figuren des E.\_\_\_\_\_-Programms die notwendige Individualität zukommt. Sie macht einerseits geltend, der "K.\_\_\_\_\_" sei möglichst naturgetreu wiedergegeben; andererseits weist die Beklagte darauf hin, der "K.\_\_\_\_\_" lehne sich an seit Jahrzehnten

- 14 - bekannte Comicfiguren wie die Katzenfigur "Tom" an. Sie beantragt ein Gutachten zu dieser Frage (Urk. 11 S. 14 ff., Urk. 31 S. 7 ff.).

## **E. 2.3**

Es obliegt dem Richter, die Individualität eines Werks zu beurteilen, und es gibt keinen Grund, ihm diese Kompetenz wegzunehmen und an einen Experten zu delegieren (Cherpillod, Stämpflis Handkommentar, N 33 zu Art. 2 URG; vgl. auch von Büren/Meer, SIWR II/1, Basel 2006, S. 75). Dies wird in der Duplik auch seitens der Beklagten anerkannt, obwohl sie am Antrag, zum einschlägigen Formenschatz und den Unterschieden der Zeichnungen des E.\_\_\_\_\_-Programms gegenüber älteren Comic-Zeichnungen und -Figuren ein Gutachten einzuholen, festhält (Urk. 31 S. 11).

## **E. 2.4**

Das Werk muss Merkmale aufweisen, welche es von anderen Werken in ausreichendem Masse unterscheidet (von Büren/Meer, a.a.O., S. 70). Die Praxis stellt an die Individualität/Originalität indes keine allzu hohen Anforderungen. Auch sind bei Kunstwerken keine überhöhten Anforderungen an die Behauptungs- und Beweislast zu stellen, da bei ihnen die Schwierigkeit besteht, ästhetisch wirkende Formen mit den Mitteln der Sprache auszudrücken (Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim [Hrsg.], Urheberrecht, 4. Aufl., München 2010, N 144 zu § 2 UrhG). Als Grundsatz gilt: Die üblichen Comic-Figuren weisen in aller Regel die für Kunstwerkschutz erforderliche Individualität auf und sind urheberrechtlich geschützt (Loewenheim, a.a.O., N 149 zu § 2 dUrhG). Der Grad der Neuheit einer geistigen Schöpfung – ihr Abweichen vom bisher Bekannten – kann gering sein. Die Neuheit kann im Rückgriff auf frühere Stilformen (vgl. Urk. 11 S. 35: "altbekannte Stilmittel"), in der Kombination von bereits Bekanntem bestehen, ohne dass dadurch die Qualifikation als "geistige Schöpfung" verlorengehe (Barrellet/Egloff, a.a.O., N 6 zu Art. 2 URG a.E.).

## **E. 2.5**

Beim "K.\_\_\_\_\_" kann keine – die Individualität ausschliessende – Anlehnung an bereits vorhandene Comic-Figuren ausgemacht werden, wenn auch bekannte Stilelemente übernommen wurden. Es geht hier offenkundig nicht um eine "Verfremdung" von anderen Figuren wie dem Kater Tom oder der Mickey Mouse. Während die Beklagte in der Klageantwort nicht aufzuzeigen versuchte, dass die Zeichnungen der Kläger an eine vorbekannte Bearbeitung des Themas "K'.\_\_\_\_\_"

- 15 - anklingen, bringt sie in der Duplik vor, der "K.\_\_\_\_\_" weise eine sehr starke Ähnlichkeit mit den verschiedenen "K'.\_\_\_\_\_-Trickfilmfiguren" aus dem computeranimierten Trickfilm "Madagascar", insbesondere mit dem Lemurenkönig "King Julien", auf (Urk. 31 S. 8 f.): (... Abb. 1. Lemuren aus dem Trickfilm Madagascar, ... Abb. 2. "King Julien", dem Lemurenkönig aus dem Trickfilm Madagascar) Ein Vergleich ergibt, dass der "K.\_\_\_\_\_" keine simple Bearbeitung eines Originalwerks aus dem Film "Madagascar" sondern eine eigenständige Schöpfung darstellt. Die Lemuren bzw. ihr König aus dem

Film sind in dem "K.\_\_\_\_\_" nicht wiederzuerkennen. Mund, Nasen, Ohren und Augen unterscheiden sich wesentlich voneinander (vgl. den Bildvergleich in Urk. 38 S. 7). Selbst wenn die Kläger von "King Julien" inspiriert worden wären, was diese bestreiten (Urk. 38 S. 6), läge eine sog. freie Benutzung vor, die dem Urheberrechtsschutz nicht entgegensteht (BGE 125 III 328, 332). Dieser Schutz wäre selbst bei einem Werk zweiter Hand noch zu bejahen. Auch von einer – den Urheberrechtsschutz ausschließenden – Naturtreue und Nähe zum lebenden Vorbild kann entgegen der Auffassung der Beklagten (vgl. das Foto in Urk. 11 S. 15) nicht die Rede sein, was auch für die übrigen Tierzeichnungen gilt. Die Figur "K.\_\_\_\_\_" unterscheidet sich deutlich von einer realistischen Darstellung seines Vorbildes; einen lachenden K'.\_\_\_\_\_ lässt sich in der realen Tierwelt wohl kaum finden. Dass eine Reihe von einzelnen Merkmalen dadurch vorgegeben ist, dass sich die Gestaltung an die naturgegebene Form eines K.\_\_\_\_\_ anlehnt, lässt den Gestaltungsspielraum bzw. den Urheberrechtsschutz nicht entfallen.

### **E. 2.6**

Die Darstellung des "K.\_\_\_\_\_" geht über eine banale, alltägliche Kombination und Umgestaltung bekannter Formen und Linien hinaus. Ob die einzelnen Elemente (Körperteile, Mimik) nur geringe Individualität aufweisen, kann dahingestellt bleiben. Wird auf den Gesamteindruck abgestellt, wurde mit dem "K.\_\_\_\_\_" eine ausreichend kreative, individuelle Lösung realisiert. Ein anderer, unabhängiger Illustrator hätte aller Wahrscheinlichkeit nach keine identische Schöpfung hervorgebracht und einen anderen Vorschlag präsentiert. Nicht umsonst wurde mit dem "K.\_\_\_\_\_" ein "Gestaltungswettbewerb" gewonnen (Urk. 11 S. 27). Er ist dazu bestimmt und geeignet, mit seiner "sympathischen Art" (Urk. 6/8) Kinder anzu-

- 16 - sprechen. Von einer "bloss handwerklichen Umsetzung" von Instruktionen und Vorstellungen der Nebenintervenientin und Beklagten (Urk. 31 S. 12), lässt sich nicht sprechen. Zu erinnern ist schliesslich daran, dass auch die sog. kleine Münze geschützt wird, d.h. Gestaltungen, die bei einem Minimum an Gestaltungshöhe gerade noch urheberrechtsschutzfähig sind, also einfache, aber soeben noch geschützte geistige Schöpfungen (Loewenheim, a.a.O., N 38 zu § 2 UrhG).

### **E. 2.7**

Sowohl im Rahmenvertrag als auch in der zwischen der Nebenintervenientin und der Beklagten abgeschlossenen Vereinbarung (Urk. 14/11) wird davon ausgegangen, die Figur des "K.\_\_\_\_\_" genieße urheberrechtlichen Schutz. Im Rahmenvertrag wurde die Übertragung und Abgeltung der Urheberrechte der Kläger am "K.\_\_\_\_\_" explizit geregelt. Die Vereinbarung zwischen der Nebenintervenientin und der Beklagten betrifft "die Nutzung der Urheberrechte an der Figur 'K.\_\_\_\_\_" (Urk. 14/11). Wohl ist die Festlegung der Gestaltungshöhe der Parteidisposition entzogen. Der Schutzwille des betreffenden Urhebers ist nicht Schutzvoraussetzung. Doch gaben die Parteien durch ihre Einschätzung kund, dass sie den "K.\_\_\_\_\_" als schutzfähig erachten, was im Sinne eines Indizes für die hinreichende Individualität zu werten ist (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl., 2008, N 69 zu § 2 UrhG).

### **E. 2.8**

Die Beklagte hat vorgebracht, die von ihr gegen den "K.\_\_\_\_\_" gemachten Einwendungen gälten auch hinsichtlich der weiteren Figuren (Giraffe, Elefant, Schildkröte, Flusspferd, Krokodil). Es handle sich um "Dutzendware-Illustrationen" (Urk. 11 S. 17, Urk. 31 S. 11).

Dem kann nicht beigeplichtet werden. Ihre Individualität ergibt sich bereits aus der originellen Darstellung der Physiognomie (fröhlicher Gesichtsausdruck). Die Schutzfähigkeit haben zwar die Kläger darzutun; den Nachweis dafür, dass die Schutzfähigkeit zufolge Rückgriffs auf eine vorhandene Gestaltungsform entfällt, weil fremdes Geistesgut bewusst oder unbewusst verwendet wird, hat demgegenüber die Beklagte zu erbringen. Bezüglich der weiteren Figuren wies die Beklagte auf kein vorbekanntes Werkschaffen hin. Demzufolge erreichen auch die weiteren Figuren die nötige Gestaltungshöhe.

- 17 -

### **E. 2.9**

Es ergibt sich, dass der "K.\_\_\_\_\_" und die weiteren in den Rechtsbegehren aufgeführten Figuren urheberrechtlich geschützt sind. Von der Einholung eines Gutachtens und der Einvernahme von Zeugen kann abgesehen werden.

### **E. 3**

Die Nebenintervenientin schloss mit der Beklagten am 28. Juni / 4. Juli 2007 ihrerseits eine Vereinbarung ab, worin sie als "Inhaberin des Urheberrechts an der Figur 'K.\_\_\_\_\_' der Beklagten die Nutzungsrechte an den Illustrationen "K.\_\_\_\_\_" und an allen in diesem Zusammenhang entwickelten Figuren übertrug (Urk. 14/11). Ziffer 7 dieser Vereinbarung lautet wie folgt:

#### **E. 3.1**

Die Beklagte macht geltend, insbesondere J.\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_, beide Angestellte der Nebenintervenientin, seien als Miturheber der Figuren zu betrachten. Die Kläger seien von der Nebenintervenientin mit Konzepten, Skizzen und Anregungen instruiert worden, wie der "K.\_\_\_\_\_" zu zeichnen sei. J.\_\_\_\_ habe eine grosse Anzahl weiterer Ideen beigetragen und habe diese auch graphisch umgesetzt. Sie habe konkrete Vorlagen erstellt sowie zahlreiche Überarbeitungen und Anpassungen vorgenommen. J.\_\_\_\_ sei als einzige Person zu betrachten, deren kreativer Beitrag an der Schöpfung der Figuren des E.\_\_\_\_-Programms erstellt sei. Daraus leitet die Beklagte ab: Da J.\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_ das Vorgehen der Kläger ablehnen würden, sei die Klage trotz gesetzlicher Vertretungsbefugnis zur Verfolgung von Rechtsverletzungen (Art. 7 Abs. 3 URG) infolge fehlender Aktivlegitimation abzuweisen. Jedenfalls wären die Kläger nicht befugt, irgendwelche Leistungen für sich allein einzuklagen (Urk. 11 S. 11 ff., S. 36 f.; Urk. 31 S. 13 ff.).

#### **E. 3.2**

Haben mehrere Personen als Urheber an der Schaffung eines Werkes mitgewirkt, so steht ihnen das Urheberrecht gemeinschaftlich zu (Art. 7 Abs. 1 URG). Jeder Miturheber kann Rechtsverletzungen selbständig verfolgen, jedoch nur Leistung an alle fordern (Art. 7 Abs. 3 URG). Ob die Prozessführungsbefugnis (insb. für den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch) nur solange besteht, als die übrigen Miturheber die Geltendmachung des Anspruchs nicht ablehnen, ist in der Lehre kontrovers (Barrelet/Egloff, a.a.O., N 11 zu Art. 7 URG; Hug, Stämpflis Handkommentar, N 15 zu Art. 7 URG; von Büren/Meer, a.a.O., S. 159). Im hier zu beurteilenden Fall kann die Frage aber offen gelassen werden.

#### **E. 3.3**

Bei der Mitwirkung mehrerer Personen bei der Werkentstehung muss nicht notwendigerweise Miturheberschaft vorliegen: Blosser Ideen und Anregungen stellen meist noch keinen schöpferischen Beitrag dar und begründen keine Urheberschaft. Keine schöpferische Tätigkeit ist auch die Gehilfenschaft, die fremde Individualität lediglich unterstützt (blosse Hinweise, Sammeln, Sichten, Ordnen von Material nach Anweisung des Urhebers, unter Umständen auch noch

- 18 - bei der Ausarbeitung einzelner Stellen nach genauer Weisung des Urhebers, ferner bei redaktionellen Korrekturen und Textglättungen; Loewenheim, a.a.O., N 6 ff. zu § 7 und N 4 zu § 8 UrhG; Hug, Stämpflis Handkommentar, N 3 zu Art. 7 URG).

### **E. 3.4**

Ob L.\_\_\_\_\_ die Idee des K.\_\_\_\_\_ gehabt hat (Urk. 11 S. 36), ist irrelevant, weil das Urheberrecht nicht Ideen schützt, sondern die geistige Schöpfung in ihrer konkreten Form. Die Beklagte behauptet auch "klare gestalterische" Anweisungen von L.\_\_\_\_\_ an alle Beteiligten (Urk. 11 S. 36). Der Inhalt dieser Anweisungen wurde auch in der Duplik (Urk. 31 S. 13) nicht ansatzweise näher substantiiert. 3.5.1 Die von der Beklagten in der Klageantwort dargestellten "ausgewählten Überarbeitungen" durch J.\_\_\_\_\_ (Urk. 11 S. 12 f.: Vergrößerung des Kopfes, Verkleinerung des Schwanzes, weniger starke Betonung der Augenrandung, Vereinfachung der Licht-/Schattendarstellung) stellen für sich genommen keine eigenschöpferischen Beiträge dar. Es handelt sich dabei lediglich um unterstützende Beiträge, was auch für Feinheiten bei der Farbgebung gilt. Es kann daher offen bleiben, ob J.\_\_\_\_\_ für "die heutige rötliche Farbe" verantwortlich ist (Urk. 11 S. 10, Urk. 31 S. 16) oder der Kläger 1 vorschlug, eine hellere Farbe zu verwenden (Urk. 25 S. 26, S. 28). Die Beklagte vermag insbesondere nicht aufzuzeigen, inwiefern J.\_\_\_\_\_ die Formgebung massgeblich beeinflusste. 3.5.2 Darüber hinausgehende Beiträge J.\_\_\_\_\_s blieben unbestimmt (vgl. z.B. Urk. 11 S. 14: "eine grosse Anzahl weiterer Ideen und setzte diese auch grafisch um"; Urk. 11 S. 27: "Die Grundidee und wesentliche graphische Umsetzungen stammen von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern von D'\_\_\_\_\_, insbesondere von Herrn L.\_\_\_\_\_ und Frau J.\_\_\_\_\_"; Urk. 31 S. 16: "dass Frau J.\_\_\_\_\_ im Rahmen der Entwicklung der fraglichen Figuren konkrete kreative Beiträge leistete und diese Beiträge auch selber umsetzte [...]"; Urk. 31 S. 17: "nicht nur mit blossen Regieanweisungen, sondern sie hat auch konkrete Vorlagen und Überarbeitungen erstellt"). Aus der von den Parteien thematisierten Entstehungsgeschichte einer Leguan-Figur kann für den vorliegenden Rechtsstreit nichts abgeleitet werden (Urk. 25 S. 23 ff., Urk. 31 S. 14).

- 19 -

### **E. 3.6**

In Ziffer 7.5 RV wurden die Kläger denn auch verpflichtet, die Figuren persönlich auszuführen. Lediglich für "untergeordnete Hilfsarbeiten" wie insbesondere die Kolorierung der Figuren waren sie berechtigt, Dritte (im Rahmenvertrag als "Hilfspersonen" bezeichnet) beizuziehen. Die Leitung hinsichtlich der Erstellung der Figuren verblieb "in jedem Fall" bei den Klägern. Die Beklagte hat weder behauptet, noch bewiesen, dass die Kläger diese Pflicht verletzt haben.

### **E. 3.7**

Eine künstlerische Mitwirkung von Angestellten der Nebenintervenientin im Sinne eines (auch nur geringfügigen) schöpferischen Werkbeitrags ist daher zu verneinen. Die Einvernahme der von der Beklagten zu diesem Thema beantragten Zeugen und die Einholung eines Gutachtens (Urk. 31 S. 16) können unterbleiben. Bei dieser Sachlage kann offen gelassen werden, ob der kreative Beitrag des Miturhebers für sich allein genommen ein eigenständiges Werk darstellen muss (dafür: Hilty, Urheberrecht, Bern 2010, S. 115; Jann, Werkeinheit und Werkmehrheit im Urheberrecht, Zürich 1998, S. 22: "Werkcharakter"; Loewenheim, a.a.O., N 4 zu § 8 UrhG; dagegen: die Beklagte, Urk. 31 S. 15, mit Verweis auf BGer 4A\_638/2009 Erw. 4.3). Die Frage scheint indes ohnehin mehr theoretischer Natur zu sein, da auch kleinste Teile schutzfähig sind, wenn sie individuellen Charakter aufweisen.

4. Die Beklagte hat schliesslich ein arbeitsteiliges Vorgehen der Kläger in Frage gestellt und vorgetragen, diese hätten sich über ihre Beiträge bei der Schöpfung des "K.\_\_\_\_\_" und der weiteren Figuren nicht ansatzweise ausgesprochen, weshalb mangels ausreichender Substanziierung nicht davon auszugehen sei, jeder der beiden Kläger habe einen kreativen Beitrag geleistet (Urk. 31 S. 16, S. 18 f.; Urk. 45 S. 3 f.). Worauf die Beklagte mit ihren Ausführungen hinauswill, wird nicht vollends klar. Ohnehin kann ihrer Sichtweise nicht beigespflichtet werden. Die Kläger haben vorgetragen, sie hätten der Nebenintervenientin verschiedene Entwürfe von Tierfiguren unterbreitet. Den "K.\_\_\_\_\_" hätten sie im Laufe des Monats Dezember 2006 detailliert ausgearbeitet, d.h. in Proportionen, Persönlichkeit, Tätigkeiten und Umsetzungsstil definiert (Urk. 2 S. 18). Die weiteren Figuren hätten sie im April 2007 geschaffen; die Figuren seien ihr gemeinsames schöpferisches Werk (Urk. 2 S. 18); ihre Zusammenarbeit habe zur Entstehung der Werke geführt (Urk. 2 S. 29). Weder die Beklagte noch die Nebenintervenientin haben diese (gemeinsamen) Aktivitäten der Kläger bestritten. Die Beklagte spricht selbst von "ersten Studien der Kläger zum K.\_\_\_\_\_" (Urk. 11 S. 9) und einem "anfangs November 2006 von den Klägern gezeichneten K'.\_\_\_\_\_" (Urk. 11 S. 10). Auch hat sich die Beklagte dahingehend geäußert, die Figuren des E.\_\_\_\_\_-Programms seien nicht allein von den Klägern geschaffen worden (Urk. 11 S. 27; Hervorhebung durch das Gericht), weil Mitarbeiter der Nebenintervenientin daran beteiligt gewesen seien. Die Nebenintervenientin betrachtete vorprozessual beide Kläger als Illustratoren (Urk. 6/21, Urk. 6/24), im Verfahren selbst liess sie sich nicht mehr vernehmen. Die Beteiligung beider Kläger am Entstehungsprozess der Figuren kann daher nicht strittig sein. Die Trennbarkeit ihrer Beiträge bildet keine Voraussetzung der Miturheberschaft (Barrelet/Egloff, a.a.O., N 6 zu Art. 7 URG). Sie ist nur für die Verwendungsbefugnisse (Art. 7 Abs. 4 URG) und für die Schutzdauer (Art. 30 Abs. 2 URG) von Bedeutung, was hier keine Rolle spielt, da beide Miturheber als Kläger auftreten und ihre (nicht verjährten) Rechte gemeinsam einfordern. Damit sind die Kläger als Miturheber an den streitgegenständlichen Figuren zu betrachten. Entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 11 S. 38) ist der Rahmenvertrag von allen Miturhebern der streitgegenständlichen Figuren unterzeichnet worden.

5.1 Das E.\_\_\_\_\_-Programm wurde anfangs April 2007 lanciert. Im Rahmen der Vertragsverhandlungen schlugen die Kläger der Nebenintervenientin am 4. Mai 2007 die Einfügung einer neuen Ziffer 18.3 vor, die den Übergang der Urheberrechte von Bedingungen abhängig machte (Urk. 14/8). Die Beklagte hält dafür, die für die Zweckverfolgung notwendigen Urheberrechte seien der Nebenintervenientin stillschweigend (durch monatelange Duldung/Nutzung ohne Widerspruch) bereits vor dem 4. Mai 2007 – jedenfalls aber vor Unterzeichnung des Rahmenvertrags – übertragen worden. Demzufolge habe auch die Beklagte vor Abschluss des Rahmenvertrags bereits

sämtliche für das E.\_\_\_\_\_-Programm erforderlichen Nutzungsrechte uneingeschränkt und bedingungslos erworben. Dafür würden Branchenusanzen (für Schweizer Werbe- und Kommunikationsagenturen) und die Zweckübertragungstheorie sprechen. Eine Abweichung von den Branchenusan-

- 21 - zen hätte ihr und der Nebenintervenientin gegenüber klar kommuniziert werden müssen (Urk. 11 S. 18 ff., Urk., 31 S. 19 ff.). 5.2 Der Auffassung der Beklagten kann nicht gefolgt werden. Dabei müssen die vertraglichen Beziehungen zwischen den Klägern und der Nebenintervenientin vor Unterzeichnung des Rahmenvertrags gar nicht näher untersucht werden. Mit Abschluss des Rahmenvertrags wurden die vertraglichen Beziehungen auf eine neue Grundlage gestellt. Alles andere würde den Rahmenvertrag zur Makulatur werden lassen. In den Rahmenvertrag wurde die Ziffer 18.3 aufgenommen, welche die Übertragung der Urheberrechte von Bedingungen abhängig macht. Selbst wenn die Nebenintervenientin die Urheberrechte an den Figuren stillschweigend oder aufgrund der Zweckübertragungstheorie bereits vor Unterzeichnung des Rahmenvertrags erworben hätte, hätte sie mit dessen Abschluss akzeptiert, dass dieser Erwerb nur als bedingt anzusehen ist und die Urheberrechte bei Nichteintritt der Bedingungen wieder an die Kläger zurückfallen. Es würde sich dann um eine Änderung bzw. eine Ergänzung des stillschweigend Vereinbarten handeln, die schriftlich einwandfrei dokumentiert ist. Die Nebenintervenientin hätte die Unterzeichnung des Rahmenvertrags ablehnen und sich auf eine stillschweigende Übertragung berufen können. Der Umstand, dass sie in der Zwischenzeit der Beklagten durch Nutzungsüberlassung stillschweigend Nutzungsrechte eingeräumt hat, ändert daran nichts. Im Übrigen wurde die schriftliche Vereinbarung mit der Beklagten "über die Nutzung der Urheberrechte an der Figur 'K.\_\_\_\_'" erst nach Unterzeichnung des Rahmenvertrags abgeschlossen. Zeitlich war die Nebenintervenientin daher in der Lage, entsprechende Bedingungen in die Vereinbarung mit der Beklagten aufzunehmen und das vertragliche Verhältnis mit der Beklagten auf eine neue, dem Rahmenvertrag angepasste Grundlage zu stellen. 6.1 In der Duplik argumentierte die Beklagte, sie habe die für die zeitlich unbefristete Durchführung des E.\_\_\_\_\_-Programms erforderlichen Urheberrechte an den betreffenden Figuren auch von der Werbeagentur H'.\_\_\_\_ übertragen erhalten. Die Werbeagentur H'.\_\_\_\_ sei von ihr beauftragt worden, im Frühjahr 2007 bestimmte Teile des E.\_\_\_\_\_-Programms zu verwirklichen. Die Kläger hätten gewusst, dass die von ihnen für die Werbeagentur H'.\_\_\_\_ angefertigten Zeichnungen des "K.\_\_\_\_" für das Kinderprogramm der Beklagten bestimmt gewesen seien. Unter diesen Umständen sei davon auszugehen, dass die Zeichner mit einem Übergang der erforderlichen Rechte an den betroffenen Grafiken auf den Nutzer rechnen müssten bzw. damit einverstanden seien. Allfällige Urheberrechte an den von den Klägern für die Werbeagentur H'.\_\_\_\_ bzw. die Beklagte gezeichneten "K.\_\_\_\_s" seien damit auf die Werbeagentur H'.\_\_\_\_ bzw. auf die Beklagte übergegangen, soweit dies für die Durchführung des laufenden E.\_\_\_\_\_-Programms erforderlich sei. Rechte, welche der Werbeagentur H'.\_\_\_\_ von den Klägern übertragen worden seien, habe die Werbeagentur H'.\_\_\_\_ unmittelbar an die Beklagte weitergeleitet (Urk. 31 S. 24 ff.). Die Kläger sind demgegenüber der Auffassung, sie hätten der Werbeagentur H'.\_\_\_\_ keinerlei Rechte an der Figur "K.\_\_\_\_" übertragen, weshalb ein Rechtserwerb durch die Beklagte ebenfalls ausscheide (Urk. 38 S. 15 ff.). 6.2 In diesem Punkt werfen die Kläger der Beklagten zu Recht eine ungenügende Substantiierung im Sinne widersprüchlicher Sachdarstellung vor (Urk. 38 S. 15): Die Beklagte hielt bis zuletzt die Behauptung aufrecht, sie habe die Urheber-

berrechte von den Klägern bzw. von der Nebenintervenientin erworben (Urk. 11 S. 20 ff., Urk. 31 S. 19 ff., Urk. 45 S. 9 f.). Andererseits will die Beklagte die Urheberrechte auch von der Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_ erhalten haben (Urk. 31 S. 24 f.). Eine Beschränkung auf spezifische Darstellungen des "K.\_\_\_\_\_" im einen oder anderen Fall nahm die Beklagte dabei nicht vor. Die beiden Sachdarstellungen schliessen sich gegenseitig aus. Die Beklagte kann die Urheberrechte (in einem umfassenden Sinn verstanden) nicht einerseits von den Klägern bzw. von der Nebenintervenientin und andererseits von der Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_ erworben haben. In der Stellungnahme vom 28. September 2011 versuchte die Beklagte diesen Widerspruch dadurch aufzulösen, indem sie sich nur noch für den Eventualfall auf den Erwerb der Nutzungsrechte von der Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_ berief (Urk. 45 S. 10). Diese Ergänzung wurde indes verspätet vorgetragen und ist daher unbeachtlich (§§ 114 f. ZPO/ZH), weshalb es beim Behauptungsmangel sein Bewenden haben muss.

- 23 - 6.3 Aber selbst wenn dieser Ergänzung Rechnung getragen würde, verfängt die Argumentation der Beklagten nicht: Die Kläger wiesen zu Recht darauf hin, ihre gegenüber der Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_ angebrachten Vorbehalte hätten eine stillschweigende Übertragung sämtlicher Nutzungsrechte verunmöglicht (Urk. 38 S. 16 ff.). In seiner E-Mail vom 24. Januar 2008 machte der Kläger 2 die H'.\_\_\_\_\_ namens der "E.\_\_\_\_\_-Illustratoren" ausdrücklich darauf aufmerksam, dass sie "die Ausschli[e]sslichkeit auf die E.\_\_\_\_\_-Figuren" hätten und somit niemand anders die Figur illustrieren, korrigieren oder verändern dürfe (Urk. 40/64). Aufgrund dieser Mitteilung konnten bei der Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_ keine Zweifel darüber aufkommen, dass die Rechtseinräumung durch die Kläger keine Übertragung der für eine zeitlich unbefristete Durchführung des E.\_\_\_\_\_-Programms erforderlichen Urheber-/Nutzungsrechte im Sinne von Ziff. 18.1 und 18.2 RV in sich schliesst. Die Zweckübertragungstheorie kommt nur dann zur Anwendung, wenn Zweifel über das Ausmass der Rechtseinräumung bestehen. Dies war nach dem Gesagten mit Bezug auf die Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_ nicht der Fall.

## **E. 7**

Mit Schreiben vom 24. April 2008 teilten die Kläger der Nebenintervenientin mit, unzählige – mehrfach erfolglos abgemahnte – Beispiele belegten, dass sie insbesondere ihrer Ausschliesslichkeitsverpflichtung gemäss Ziffer 16 RV nicht nachkomme. Sie werde daher aufgefordert, unverzüglich dafür zu sorgen, dass jegliche Verletzung durch sie selbst und durch Unterbeauftragte wie G'.\_\_\_\_\_ und die Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_ unterlassen werde (Urk. 6/31).

### **E. 7.1**

Die Beklagte ist der Ansicht, die ihr nach Abschluss des Rahmenvertrags eingeräumten Nutzungsrechte würden selbst bei einer rechtmässigen Kündigung desselben bei ihr verbleiben. Gemäss Rahmenvertrag seien bis zur Kündigung sämtliche Urheberrechte mit Entstehung der jeweiligen Illustration auf die Nebenintervenientin übergegangen. Bei Ziff. 18.3 RV handle es sich um eine auflösende Bedingung. Die Nebenintervenientin habe sämtliche Nutzungsrechte an den Figuren bedingungslos an die Beklagte übertragen. Sie bleibe daher Inhaberin der betreffenden Rechte, selbst wenn der Rahmenvertrag rechtmässig gekündigt worden wäre. Im Vertrag zwischen ihr und der Nebenintervenientin gebe es keine Klausel, wonach Nutzungsrechte an den Figuren des E.\_\_\_\_\_-Programms unter Umständen wieder zurückfallen würden. Ein Rückfall der Rechte hätte im Vertrag zwischen ihr und der Nebenintervenientin vorgesehen werden

müssen. Die im Rahmenvertrag vorgesehene vollständige Übertragung aller Urheberrechte auf die Nebenintervenientin sei deshalb nicht nachträglich ex tunc wieder dahin- gefallen, selbst wenn die auflösende Bedingung wie von der Klägerin behauptet eingetreten wäre (Urk. 11 S. 7, S. 38 f., Urk. 31 S. 21 ff.).

- 24 -

### **E. 7.2**

Auch in dieser Hinsicht kann der Beklagten nicht gefolgt werden: Mit der Beklagten ist zwar davon auszugehen, dass es sich beim Vorbehalt gemäss Ziff. 18.3 RV um eine Resolutivbedingung handelt. Die Interessenlage sowie der Wort- laut von Ziff. 18.1 RV (Übertragung der Rechte im Zeitpunkt der Entstehung) und Ziff. 19 RV (Verzicht auf die Geltendmachung im Zeitpunkt der Entstehung der Schutzrechte) berechtigen zu dieser Annahme. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich die Kläger ein Verbotsrecht bis 31. Dezember 2009 haben vorbehalten bzw. die Nebenintervenientin den Klägern ein solches Verbotsrecht hat zugeste- hen wollen. Mit anderen Worten geht es um eine resolutiv bedingte Übertragung von Urheberrechten auf die Nebenintervenientin. Dies ist zulässig. Die Übertra- gung von Urheberrechten kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden sein, bei deren Nichterfüllung die Rechte zurück übertragen werden bzw. die einge- räumte Lizenz erlischt (Barrelet/Egloff, a.a.O., N 22b zu Art. 16 URG).

### **E. 7.3**

Die Beklagte spricht – auch hier wenig kohärent – einerseits davon, sie sei im April 2007 Inhaberin sämtlicher erforderlicher Urheberrechte an den Figu- ren des E.\_\_\_\_-Programms geworden (Urk. 31 S. 19 ff.). Andererseits geht sie in diesem Zusammenhang von einem "Übergang" bzw. "Erwerb der Nutzungs- rechte" aus (Urk. 11 S. 18, S. 21, S. 37). Offenbar ist sich die Beklagte über ihre Rechte nicht im Klaren. Es ist daher klarzustellen, dass es beim Rahmenvertrag um eine Übertragung des Urheberrechts geht, beim Vertrag zwischen der Beklag- ten und der Nebenintervenientin hingegen um die Einräumung einer (exklusiven) Lizenz. In Ziff. 18 RV ist ausdrücklich von der Übertragung von Immaterialgüter- rechte (Urheberrechten) die Rede. Mit der zwischen der Beklagten und der Ne- benintervenientin abgeschlossenen Vereinbarung "über die Nutzung der Urheber- rechte an der Figur 'K.\_\_\_\_'" werden hingegen Nutzungsrechte begründet. Wer- den lediglich Nutzungsbefugnisse eingeräumt, verbleibt das Urheberrecht beim Schöpfer, und es liegt eine Lizenz vor (Barrelet/Egloff, a.a.O., N 2 zu Art. 16 URG; von Büren/Meer, a.a.O., S. 241: "Lizenzerteilung, bei der nicht Urheberrechte ab- getreten, sondern bloss Nutzungsrechte daran eingeräumt werden"; Schri- cker/Loewenheim, a.a.O., N 49 zu Vor § 28 ff. UrhG: "In der Praxis werden Nut- zungsrechte vielfach als 'Lizenzen' bezeichnet."). Auf eine Lizenz lässt Ziff. 6 der Vereinbarung schliessen, in welcher von einer exklusiven und einer zeitlich und

- 25 - örtlich unbegrenzten Einräumung von Nutzungsrechten die Rede ist. Bei der Übertragung von Urheberrechten versteht sich dies von selbst. Auf eine Lizenz deutet auch Ziff. 7 hin, worin weitere Verwendungen sowie allfällige Änderungen der Figur "K.\_\_\_\_" (auch für die grundsätzlich zulässige Vervielfältigung und Verbreitung) nur nach Absprache mit der Nebenintervenientin möglich sind. 7.4.1 Ein resolutiv bedingter Vertrag verliert seine Wirksamkeit mit dem Zeit- punkt, in dem die Bedingung in Erfüllung geht (Art. 154 Abs. 1 OR), wobei eine Rückwirkung in der Regel nicht stattfindet (Art. 154 Abs. 2 OR). Die Beklagte schliesst gestützt darauf einen Rückfall von Urheberrechten an die

Kläger aus. 7.4.2 Aufgrund der Nicht-Rückwirkung bleiben bei der Auflösung von Dauer- schuldverhältnissen Forderungen der Vergangenheit (z.B. Mietzinsansprüche) zu- rück und eine Rückleistungspflicht (soweit sie erfüllt wurden) entsteht insofern nicht (Gauch/Schlupe, OR/AT, 9. Aufl., Zürich 2008, N 4006). Stehen absolute Rechte in Frage, verhält es sich anders: Der resolutiv Berechtigte darf Zwischen- verfügungen (Weiterveräusserungen, Pfandbestellungen etc.) während noch un- entschiedener Resolutivbedingung nur unter Vorbehalt des Eintritts bzw. des Aus- falls derselben vornehmen. Bei Verletzung dieses Grundsatzes gilt die Rechtsfol- genorm von Art. 152 Abs. 3 OR analog. Gemäss dieser Bestimmungen sind Ver- fügungen während der Schwebezeit, wenn die Bedingung eintritt, insoweit hinfäl- lig, als sie deren Wirkungen beeinträchtigen. Während der Schwebezeit vorge- nommene Verfügungen über auflösend bedingtes Eigentum zugunsten Dritter werden mit Eintritt der Bedingung unwirksam; der ursprüngliche Eigentümer der Sache oder der Inhaber einer Forderung ist mit Eintritt der Bedingung wieder al- lein berechtigt. Vorbehalten bleibt der gutgläubige Eigentumserwerb durch Dritte (Art. 933 ZGB). In allen Fällen besteht grundsätzlich eine vertragliche Schadener- satzpflicht des unrechtmässig Verfügenden (BSK OR I-Ehrat, N 5 zu Art. 154 OR, mit weiteren Verweisen). 7.4.3 Wenn die Kläger den Rahmenvertrag vor dem 31. Dezember 2009 gül- tig aufgelöst hätten, wären demnach die (resolutiv bedingt übertragenen) Urhe- berrechte von der Nebenintervenientin an die Kläger zurückgefallen. Zu beantwor- ten bleibt, was dieser Rückfall für die Nutzungsrechte der Beklagten bedeutet. In

- 26 - diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob ein Gutgläubenserwerb bzw. ein Sukzessionsschutz des Lizenznehmers besteht. Im URG lässt sich keine Be- stimmung zu diesem Problem finden. Das neueste Werk zu diesem Thema ver- neint im Urheberrecht sowohl einen Gutgläubenserwerb von Urheberrechten als auch einen Sukzessionsschutz von Lizenzen bei einem Wechsel des Lizenzge- bers (Rey, Der Gutgläubenserwerb im Immaterialgüterrecht, Bern 2009, S. 165 f., S. 249 f.). Der gleichen Auffassung ist die herrschende Lehre und Rechtspre- chung (BGE 117 II 465; Uhl, in Festschrift David, Binsenweisheiten des Immateri- algüterrechts, Zürich 1996, S. 261: kein Gutgläubensschutz des vermeintlichen Erwerbers und kein Sukzessionsschutz des obligatorisch berechtigten Lizenz- nehmers; Hilty, Urheberrecht, Bern 2011, N 260 ff.; Rehbinder/Viganò, Urheber- recht, 3. Aufl. Zürich 2008, N 6 zu Art. 16 URG). Von der nicht bzw. nicht mehr berechtigten Nebenintervenientin hätte die Beklagte daher keine Nutzungsbefug- nisse erwerben können. 8. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass sich einzig noch die Frage stellt, ob ausserordentliche Gründe für die Kündigung des Rahmenvertrags vorla- gen, indem die Fortführung des Vertragsverhältnisses für die Kläger im Zeitpunkt der Kündigung unzumutbar geworden ist. Waren die Voraussetzungen des Kün- digungsrechts nicht erfüllt, wäre die Kündigung vom 12. März 2009 als ex tunc wirkungslos zu betrachten.

## **E. 8**

Im Schreiben vom 17. Februar 2009 warfen die Kläger der Nebeninterve- nientin weiterhin eine Verletzung der Ausschliesslichkeitsverpflichtung gemäss

- 8 - Ziffer 16 RV vor. Sie machten geltend, obwohl die Nebenintervenientin die Kläger am 3. Juni 2008 beauftragt habe, die vertragswidrigen grafischen Darstellungen auf der Website [www.E.\\_\\_\\_\\_\\_.ch](http://www.E._____.ch) zu korrigieren und dieser Auftrag ausgeführt und bezahlt worden sei, befinde sich weiterhin der vertragswidrige Content im Netz. Zudem seien in der Beilage

weitere 30 vertragswidrige grafische Darstellungen enthalten, die in Werbemitteln verschiedenster Art und auf diversen, von der Beklagten vertriebenen Produkten zu finden seien. Damit verstosse die Nebenintervenientin nicht nur gegen ihre Pflichten aus dem Rahmenvertrag, sondern gefährde zudem das berufliche Ansehen der Kläger, da die vertragswidrigen, durch Dritte erstellten Designs unprofessionell und zum Teil dilettantisch wirkten, was von Dritten den Klägern zugerechnet werde. Dieser Zustand sei trotz mehrmaliger Intervention nicht behoben worden und für die Kläger unzumutbar, weshalb eine letzte Frist bis 10. März 2009 gesetzt werde, um den vertragsgemässen Zustand wiederherzustellen (Entfernung sämtlicher vertragswidriger Designs vom Markt und aus Publikationsmitteln, Einhaltung der Verpflichtung gemäss Rahmenvertrag für neue Designs), widrigenfalls der Vertrag ohne weitere Vorwarnung gemäss Ziff. 22 RV fristlos gekündigt werde (Urk. 6/32). Mit Schreiben vom 9. März 2009 wies die Nebenintervenientin den Vorwurf der Vertragsverletzung von sich mit der Begründung, in den ihr zugesandten Beispielen seien keine wesentlichen Veränderungen des "K. \_\_\_\_\_" zu erblicken (Urk. 27/59).

## **E. 9**

Mit Schreiben vom 12. März 2009 kündigten die Kläger das Vertragsverhältnis mit der Nebenintervenientin mit sofortiger Wirkung aufgrund mehrfacher, schwerwiegender und anhaltender Verletzungen des Rahmenvertrags. Auch hätten die Kläger festgestellt, dass zwischenzeitlich weitere Verletzungen stattgefunden hätten, insbesondere bezüglich neu in den Ladengeschäften der Beklagten erhältlichen Waren und Verpackungen. Die Kläger wiesen darauf hin, als Folge der Kündigung würden die Urheberrechte an den von ihnen geschaffenen Werken gemäss Ziffer 18.3 RV per sofort an sie zurückfallen. Sämtliche von ihnen unter dem Rahmenvertrag geschaffenen Werke seien bis 6. April 2009 von sämtlichen Publikations- und Werbemitteln, Waren und Warenverpackungen und Websites zu entfernen, widrigenfalls die Rechte der Kläger gegen die Nebenintervenientin

- 9 - und gegen Dritte, insbesondere die Beklagte, auf dem Gerichtswege durchgesetzt würden (Urk. 6/33).

### **E. 9.1**

Im Rahmenvertrag sind exemplarisch drei ausserordentliche Beendigungsgründe aufgeführt. Es liegt keiner dieser Fälle vor. Der erste und der zweite Grund beschlagen Pflichtverletzungen der Kläger. Auf die Verletzung von Zahlungspflichten der Nebenintervenientin – den dritten Grund – haben sich die Kläger nicht berufen. Sie machen vielmehr geltend, die Nebenintervenientin habe mehrfach die in Ziffer 16 RV geregelte Ausschliesslichkeitsklausel verletzt und mit vertragswidrigen Illustrationen ihr berufliches Ansehen massiv geschädigt.

### **E. 9.2**

Der Rahmenvertrag begründet ein sog. Dauerschuldverhältnis. Eine Kündigungsmöglichkeit bei Unzumutbarkeit der Weiterführung des Vertragsverhältnisses wird bei Dauerschuldverhältnissen auch ohne vertragliche Regelung als Auflösungsgrund anerkannt. Üblicherweise wird dabei von einer Kündigung

- 27 - aus wichtigem Grund gesprochen. Ein wichtiger Grund ist dann gegeben, wenn das Vertrauensverhältnis zerstört ist und die Fortsetzung des Vertrags wegen der Störung des Vertrauensverhältnisses dem kündigenden Vertragspartner nach Treu und Glauben nicht

mehr zugemutet werden kann. Welche Anforderungen an die Voraussetzungen der (sofortigen) Auflösung und damit an die Rechtfertigung zu stellen sind, ist eine ausgesprochene Wertungsfrage (Art. 4 ZGB) und hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab, insbesondere von der Natur und Dauer des Vertrags sowie von der Art und Schwere der Vertragsverletzungen. Für die Aufrechterhaltung des Treueverhältnisses zwischen den Parteien sind die gehörige Erfüllung sowohl der primären als auch der sekundären Leistungspflichten von Bedeutung. Um die gegenseitige Vertrauensgrundlage zwischen den Parteien soweit zu zerstören, dass ein Rücktritt aus wichtigem Grund zugelassen werden kann, muss der Stellenwert der verletzten Leistungspflicht berücksichtigt werden. Eine einzige Verletzung kann ausreichen, wenn die betroffene Partei sich darauf beruft, um den Vertrag aufzulösen; sieht sie davon ab, heisst das noch nicht, dass die Verletzung überhaupt ausser Betracht fällt, kann sie doch neuen Verletzungen mehr Gewicht verleihen. Eine Vertrauensstörung kann sich aufgrund einzelner Vorfälle allmählich entwickeln und schliesslich ein Ausmass erreichen, das eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar macht. Dabei kann die endgültige Zerstörung der Vertrauensgrundlage letztlich durch Umstände ausgelöst werden, die für sich allein für eine Kündigung nicht ausreichen würden (BGE 128 III 428 mit weiteren Verweisen; Venturi – Zen-Ruffinen, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, Zürich 2007, N 374 ff., N 412, N 1213; zum Lizenzvertrag: von Büren, *SIWR I/1*, S. 380 f., mit Verweis auf *SMI* 1979 S. 71 f. und 1980, S. 149 f.; Hilty, *Lizenzvertragsrecht*, Bern 2001, S. 987 f.; Oetker, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, Tübingen 1994, S. 265 f.). Demnach bedarf es einer sorgfältigen Prüfung, ob das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien so weit erschüttert ist, dass die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zumutbar erscheint. Entgegen der Auffassung der Kläger ist nicht einzig entscheidend, dass die Ausschlussklausel im Ergebnis etliche Male verletzt wurde (Urk. 38 S. 32). Eine Kündigung aus wichtigem Grund bildet die ul-

- 28 - *tima ratio*, die nur im äussersten Fall in Betracht kommt, wenn eine Bereinigung auf anderem Weg nicht möglich oder zumutbar ist. Insbesondere bei Verträgen von sehr langer Dauer ist es dem durch eine Vertragsverletzung belasteten Partner in der Regel zuzumuten, den anderen Teil zunächst einmal zur Erfüllung anzuhalten und ihn auf die Folgen einer Nichterfüllung des Vertrags nachdrücklich hinzuweisen, wobei unter Umständen auch zugemutet werden muss, bestehende Ansprüche gerichtlich geltend zu machen (Hilty, a.a.O., S. 983; Schrickler/Löwenheim, a.a.O., N 59 zu § 31 UrhG, mit Verweis auf die Rechtsprechung). Für sehr lange Lizenzverträge wie den Musikverlagsvertrag hat der deutsche Bundesgerichtshof erwogen, dass nicht jede selbst schwerwiegende Vertragsverletzung zur (fristlosen) Auflösung des Vertrags berechtige. Im Hinblick auf die Besonderheiten des Musikverlagsvertrags, der auf sehr lange Dauer angelegt sei, müsse der in seinen Rechten Verletzte auch gebührend auf die Belange seines Vertragspartners Rücksicht nehmen; nur im äussersten Fall könne er das Vertragsverhältnis durch eine (fristlose) Kündigung zur Auflösung bringen. Dem Sänger Udo Jürgens, der Verlags- und Schallplattenaufnahmeverträge wegen Zahlungsausstandes seiner Verlegerin und hernach nochmals wegen Ehrverletzungen kündigte, wurde zugemutet, Streitfragen betreffend Abrechnungs- und Zahlungspflicht gerichtlich klären zu lassen. Es seien – so der BGH – keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Beklagte auch nach einer für sie nachteiligen gerichtlichen Klärung künftig ihrer Abrechnungs- und Zahlungspflicht nicht nachkommen werde (GRUR 1982, 41, 45). Handelt es sich um minder schwere Verletzungen hat einer Kündigung eine Abmahnung

vorauszugehen. Eine Abmahnung vermag indes Umstände, die nicht genug gravierend sind, nicht in den Rang eines wichtigen Grundes zu erheben (Venturi – Zen-Ruffinen, a.a.O., N 467 und N 474).

### **E. 9.3**

Die Partei, die sich auf einen wichtigen Grund berufen will, darf mit der Kündigung nicht zu lange zuwarten, da sonst die Weiterführung des Vertragsverhältnisses nicht mehr unzumutbar erscheint. Mit einem zu langen Zögern gibt die fragliche Partei zu erkennen, die Umstände seien für sie nicht schwerwiegend und sie sei gewillt, das Vertragsverhältnis fortzuführen. Die Frist ist abhängig von der Schwere der geltend gemachten Vertragsverletzung. Bei der Aufsummierung weniger gravierender Verstösse verliert das zeitliche Moment an Bedeutung: Spricht

- 29 - die von einer Vertragsverletzung betroffene Vertragspartei die Kündigung innert einer angemessenen Frist nicht aus, kann sie im Falle neuerlicher Pflichtverletzung ihres Vertragspartners die hingenommene, frühere Vertragsverletzung erneut geltend machen. Das fehlerhafte Verhalten des Vertragspartners wird dann in seiner Gesamtheit gewürdigt. Im Arbeitsverhältnis läuft in dieser Konstellation die Frist erst ab dem letzten Vorfall bzw. beginnt nicht zu laufen, solange der unrechtmässige Zustand anhält. Ein sog. Nachschieben von in der Kündigungserklärung nicht genannten Gründen im Prozess ist zulässig, wenn der fragliche wichtige Grund im Zeitpunkt der Mitteilung schon vorlag, auch wenn er allenfalls erst später bekannt wurde, solange ein innerer Zusammenhang besteht (von Büren, a.a.O., S. 382; Cherpillod, *La fin des contrats de durée*, Lausanne 1988, N 396, Hilty, a.a.O., S. 989 f.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, *Arbeitsvertrag*, Zürich 2012, N

### **E. 10**

Mit Schreiben vom 17. April 2009 orientierten die Kläger die Beklagte über die Kündigung des Rahmenvertrags und hielten fest, sämtliche Unter-Nutzungsrechte der Beklagten an den Werken der E.\_\_\_\_-Produktlinie seien dahingefallen, weshalb die Beklagte die Verwendung der Werke bis 30. April 2009 einzustellen habe (Urk. 6/34).

#### **E. 10.1**

In Ziffer 18.1 RV statuierten die Parteien eine umfassende und unbedingte – freilich resolutiv bedingte – Übertragung der Urheberrechte an den Figuren. In Ziffer 16 RV hat sich die Nebenintervenientin aber verpflichtet, während der Vertragsdauer ausschliesslich die Kläger mit dem Illustrieren, Korrigieren und Verändern (ausser Farbkorrekturen) der Figur/en für sämtliche Medien zu beauftragen. Damit korrespondiert, dass in Ziffer 18.2 RV für Änderungen und Bearbeitungen auf Ziffer 16 RV hingewiesen wurde. Während der Vertragsdauer sind vertragsgemässe Änderungen nur von den Klägern vorgenommene Änderungen. Insofern wurde das Änderungsrecht der Nebenintervenientin für die Vertragsdauer obligatorisch eingeschränkt. Die Auffassung der Beklagten, die Nebenintervenientin dürfe nach Lust und Laune selbst Änderungen und Ergänzungen an den Figuren vornehmen und die Kläger seien nur zu berücksichtigen, wenn Insertionsaufträge vergeben würden, lässt sich mit dem insoweit klaren Wortlaut von Ziffer 16 und 18.2 RV nicht vereinbaren. Andererseits haben die Kläger in Ziffer 19 RV ausdrücklich darauf verzichtet, sich einer Veränderung der Figuren zu widersetzen. Da Ziffer 18.3 RV als Resolutivbedingung verstanden werden muss (Erw. III/7.2), ist auch der Verzicht der Kläger, gegen eine Veränderung zu opponieren (Ziffer 19 RV), per 1. Oktober 2006 wirksam geworden. Selbst der Eintritt der Resolutivbedingung würde für die verfllossene

Vertragsdauer an diesem Verzicht

- 30 - nichts ändern (Art. 154 Abs. 2 OR). Demzufolge müssen die Kläger die Figuren, also insb. den "K.\_\_\_\_\_", verändern, wenn die Nebenintervenientin dies wünscht. Letztere kann irgendwelche Änderungen (professionelle oder weniger professionelle) verlangen. Vorbehalten sind aufgrund von Art. 11 Abs. 2 URG nur gerade persönlichkeitsverletzende Entstellungen. Es geht hier um eigentliche Verstümmelungen, die geeignet sind, das berufliche Ansehen oder die Ehre zu beeinträchtigen. Übertriebene Empfindlichkeiten oder eine übersteigerte Eitelkeit des Urhebers bleiben bei der dabei vorzunehmenden Interessenabwägung ausser Betracht (Barrelet/Egloff, a.a.O., N 13 zu Art. 11 URG; Hilty, Urheberrecht, N 199, mit Verweis auf BGE 131 III 493). Der Urheber hat auf die Realitäten und die Gegebenheiten des Verkehrs gebührend Rücksicht zu nehmen. Soweit der harte Kern des Urheberpersönlichkeitsrecht nicht tangiert wurde, durften sich die Kläger einer Änderung des "K.\_\_\_\_\_" nicht verschliessen, auch wenn sie darauf bestehen konnten, die verlangte Änderung während der Vertragsdauer selbst vorzunehmen.

#### **E. 11**

Mit Schreiben vom 21. Dezember 2010 teilte die Nebenintervenientin den Klägern mit, die Beklagte habe im Nachgang zur Referentenaudienz vom 27. September 2010 per 28. September 2010 die Zusammenarbeit mit ihr bezüglich des F'.\_\_\_\_\_-Konzepts beendet. Damit werde der Rahmenvertrag vom 15./20. Juni 2007 ebenfalls auf diesen Zeitpunkt beendet (Urk. 27/62).

#### **E. 11.1**

Die Beklagte macht geltend, sie habe bis 2010 über einen Internet-Zusammenarbeitsvertrag mit G'.\_\_\_\_\_ verfügt. Da sie und nicht die Nebenintervenientin die Aufträge an G'.\_\_\_\_\_ erteilt habe, sei Ziffer 16 RV durch die von G'.\_\_\_\_\_ vorgenommenen Änderungen an der Figur des "K.\_\_\_\_\_" von vornherein nicht verletzt worden. Die Nebenintervenientin habe auch keinen Einfluss auf Zeichnungen gehabt, welche die Kläger für die Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_ angefertigt hätten (Urk. 11 S. 26, Urk. 31 S. 33). Die Kläger sind demgegenüber der Auffassung, die Nebenintervenientin hätte sicherstellen müssen, dass die Ausschlussklausel gemäss Ziff. 16 RV eingehalten wird (Urk. 25 S. 49).

#### **E. 11.2**

In Ziffer 18.2 RV wurde der Nebenintervenientin das Recht eingeräumt, die von ihr erworbenen Verwendungsrechte auf Dritte zu übertragen. Auf das Ausschlussrecht der Kläger wurde in Ziffer 18.2 RV ausdrücklich hingewiesen. Damit ist auch gesagt, dass die in Ziffer 16 RV enthaltene Ausschlussklausel von der Nebenintervenientin auf allfällige Dritte überbunden werden musste. Insofern ist irrelevant, ob aufgrund der Vereinbarung, die zwischen der Beklagten und der Nebenintervenientin galt, der Bezug von G'.\_\_\_\_\_ (für die

- 31 - Animation und Abbildung von Figuren im Internet) und von weiteren Beauftragten (wie die Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_) zulässig ist, wie die Beklagte meint (Urk. 11 S. 29 Ziff. 100). Dieser Überbindungspflicht wurde im Vertrag zwischen der Nebenintervenientin und der Beklagten auch insofern nachgelebt, als allfällige Änderungen der Figuren nur nach Absprache mit der Nebenintervenientin möglich sind und die Beklagte die Figuren "grundsätzlich" unberührt lässt (Ziff. 7). Jedenfalls hatte die Nebenintervenientin bei einer Weitergabe der Nutzungsrechte die Pflicht, für die Einhaltung der

Ausschliesslichkeitsklausel zu sorgen und darüber zu wachen. Die Kläger konnten sich (ähnlich wie bei einer Unterlizenz [von Büren, SIWR I/1, S. 316]) direkt an die Nebenintervenientin halten, um die vertragsgemässe Ausübung des Änderungsrechts durchzusetzen.

### **E. 11.3**

In dem an die "Lieferanten / Partner" der Nebenintervenientin gerichteten Factsheet wurden in dieser Hinsicht keine Änderungen vorgenommen. Nach diesem Dokument verfügten die Illustratoren über das Recht, den "K.\_\_\_\_\_" zu ergänzen oder abzuändern. Ausnahmsweise "selbst realisierte" Änderungen wurden von der Zustimmung der Nebenintervenientin bzw. der Illustratoren abhängig gemacht (Urk. 4/28). Wenn die Nebenintervenientin toleriert, dass die Beklagte oder von dieser beauftragte Dritte von den Klägern geschaffene Figuren verändern, wird daher Ziff. 16 RV verletzt. Solche Änderungen können sich auf keine vertragliche Grundlage stützen, weshalb sie grundsätzlich vertragswidrig sind. Eine andere Frage ist, ob damit gleichzeitig ein ausserordentlicher Kündigungsgrund gemäss Ziff. 22 RV geschaffen wird.

### **E. 12**

Es ist unbestritten, dass die Beklagte den "K.\_\_\_\_\_" auf diversen Produkten und Verpackungen im "Food"-, "Near Food"- und "Non Food"-Bereich verwendet und die weiteren im Rechtsbegehren aufgeführten Figuren für die Kennzeichnung ihres "Krokodils-Snacks" und ihrer Teigwaren "Zoo-Pasta" einsetzt. Zudem verwendet die Beklagte den "K.\_\_\_\_\_" zu Werbezwecken, insbesondere in ihren Restaurants, im Internet und im Newsletter "E.\_\_\_\_\_" (Urk. 2 S. 23 ff., Urk. 11 S. 33; Urk. 6/35-37, Urk. 6/39+40).

### **E. 12.1**

Die Kläger haben der Nebenintervenientin insbesondere wegen Verletzung der Ausschliesslichkeitsklausel gekündigt; zudem taxieren sie die gerügten Veränderungen als Beeinträchtigung ihres beruflichen Ansehens. Die Parteien streiten sich über Inhalt und Tragweite der Ausschliesslichkeitsklausel (Ziff. 16 RV). Die Kläger sind der Auffassung, die Ausschliesslichkeit beschränke sich nicht nur auf die Standardfigur "K.\_\_\_\_\_". Unter "Figuren" seien nebst der Standardfigur auch Requisiten, Hintergrundteile etc. zu verstehen. Diese Auslegung ergebe sich aus der Vergütungspflicht für Standardfigur, Hintergrundteile, weitere Charaktere, Kostüme und/oder Requisiten gemäss Ziffer 15.1.2 lit. d RV und

- 32 - werde auch durch das von der Nebenintervenientin verfasste Factsheet gestützt (Urk. 25 S. 41 f.). Demgegenüber stellte sich die Beklagte auf den Standpunkt, das Zeichnen von anderen Figuren, Requisiten, Hintergrundbildern u.a. werde von der Ausschliesslichkeitsklausel nicht erfasst (Urk. 11 S. 24, Urk. 31 S. 29 f.). 12.2.1 Gemäss Ziffer 16 RV gilt die Ausschliesslichkeit für "die Figur/en". In Ziffer 1 RV umrissen die Parteien den Vertragsgegenstand wie folgt: Die Nebenintervenientin beauftragte die Kläger mit der Herstellung "unterschiedlicher Illustrationen eines oder mehrerer 'K'.\_\_\_\_\_/s' (nachfolgend 'Figur/en' genannt)". Laut Anhang 1 dient als Haupt-Sympathieträger des E.\_\_\_\_\_-Programms der "K.\_\_\_\_\_", der bei Bedarf durch andere Figuren/K'.\_\_\_\_s und Hintergrundbilder ergänzt oder abgelöst werden kann. Im Anhang 2 wird die Figur, nämlich der "K.\_\_\_\_\_" in einer Standard-Reinausführung dargestellt (Ziffer 3 RV); deren Form dient als Basis für alle unter dem Rahmenvertrag zu zeichnenden Figuren. Im Anhang 3 wird der Leistungsumfang einer sog. Standardfigur

beschrieben ("K'.\_\_\_\_\_", farbig, freigestellt, inklusive seinem Schatten, in Grobskizze, farbigen Kundenskizzen und als eine farbige Figur in Reinausführung). In Ziffer 15.1.2 RV haben die Parteien die Preise für verschiedene Ausführungen einer Standardfigur (gross/klein, "Ganzkörper/Halb-Körper") und für Adaptationen festgelegt (lit. c); sodann stellten sie klar, dass ein allfälliger Auftrag, Hintergrundteile, weitere Charaktere, Kostüme und/oder Requisiten zu zeichnen, gesondert zu vergüten ist (lit. d); schliesslich widmeten die Parteien der "Umsetzung von Änderungswünschen an der Figur" in ihrer Reinausführung einen eigenen Absatz, indem sie übereinkamen, solche sog. Autorenkorrekturen als neuen Auftrag zu behandeln und nach Aufwand zu entschädigen (lit. e). Gegenstück zur Ausschliesslichkeitsklausel bildet die in Ziffer 7 RV vorgesehene Verpflichtung der Kläger, jeden Auftrag der Nebenintervenientin (mit einem nach Treu und Glauben bestimmten Inhalt) anzunehmen und innert zwei Arbeitstagen eine Grobskizzenmappe zu erstellen und innert drei Arbeitstagen nach Genehmigung der verbindlichen Kundenskizze die Figuren in Reinausführung abzuliefern. 12.2.2 Nach der insoweit klaren Regelung in Ziffer 1 RV werden mit dem Ausdruck "Figur/en" einzig eine oder mehrere (unterschiedliche) Tierzeichnungen

- 33 - von der Art eines "K'.\_\_\_\_\_" bezeichnet. Mit der Beauftragung der Kläger zur Illustration eines oder mehrerer "K'.\_\_\_\_\_/s" haben die Parteien gemäss Ziffer 1 RV explizit auch den Vertragsgegenstand umrissen. Die Hauptleistungspflicht der Kläger beschränkte sich gemäss Ziffer 7 RV auf das Erstellen der Figuren, d.h. auf das Zeichnen von "K'.\_\_\_\_s". In Ziffer 15.1.2 RV werden Aufträge für Standardfiguren (lit. c), allfällige Aufträge für Hintergrundteile/Kostüme/Requisiten (lit. d) und Aufträge für Änderungen an der Figur in ihrer Reinausführung (lit. e) getrennt behandelt. Es darf bezweifelt werden, dass die Kläger die Verpflichtung übernehmen wollten, innert zwei Arbeitstagen Grobskizzen von irgendwelchen neuen Charakteren (z.B. ein Pfau, ein Affe oder gar Menschen) vorzulegen. Es bestehen daher gute Gründe für eine Auslegung, wonach die Parteien nur die in Ziffer 15.1.2 lit. e RV erwähnten Änderungen, nicht aber die in Ziffer 15.1.2 lit. d RV erwähnten Ausstattungen exklusiv den Klägern zuweisen wollten. Die von den Klägern in der Replik (Urk. 25 S. 42 ff.) zur Wortbedeutung "Figur" gemachten allgemeinen Ausführungen vermögen daran nichts zu ändern. Die Kläger leiten überdies aus dem in Anhang 3 enthaltenen Beschrieb einer "Standardfigur" (nämlich: Figur 'K'.\_\_\_\_\_', farbig, freigestellt, inklusive Schatten) ab, dass mit dem weiter gefassten und in der Ausschliesslichkeitsklausel verwendeten Begriff "Figur" nicht nur der "K'.\_\_\_\_\_", sondern auch Requisiten, Hintergrundteile etc. gemeint sind (Urk. 25 S. 41 f.). Dies ist indes nicht zwingend. Unter den Begriff "Standardfigur" ist gemäss Anhang 2 nebst den Skizzen auch eine fertige Figur eines "K'.\_\_\_\_\_" in Reinausführung zu subsumieren. Insofern beinhaltet der Begriff "Standardfigur" auch wieder mehr als eine farbige Figur in ihrer Reinausführung. Die farbige Figur in ihrer Reinausführung, d.h. ein fertiger "K'.\_\_\_\_\_", versteht sich wiederum ohne Hintergrundteile, Kostüme und/oder Requisiten, da diese Elemente in der Vergütung für eine Standardfigur nicht enthalten, sondern separat zu vereinbaren und zu bezahlen sind (Ziff. 15.1.2 RV). Den Klägern ist bloss insoweit zuzustimmen, als die Ausschliesslichkeit nicht auf eine Standardfigur beschränkt ist, sondern alle von den Klägern gezeichneten Standardfiguren in Form eines farbigen, freigestellten K'.\_\_\_\_\_ betrifft.

- 34 - 12.2.3 Der von den Klägern (einzig) aus dem Factsheet abgeleitete "gemeinsame Wille der Parteien", die Ausschliesslichkeit nicht auf die Standardfigur "K'.\_\_\_\_\_" zu

beschränken" (Urk. 25 S. 42), lässt sich bei näherer Betrachtung aus diesem Dokument nicht erstellen, auch wenn das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss als ergänzendes Auslegungsmittel anerkannt ist und Rückschlüsse auf die Willenslage bei Vertragsschluss zulassen kann (vgl. BSK OR I- Wiegand, N 29 zu Art. 18 OR): - Das Factsheet selbst ist weniger klar, als es zunächst den Anschein macht: Zwar werden in diesem Papier (unter "Do's/Don'ts") auch sog. Ergänzungen wie Kleider, Mützen, Schweisstropfen, Gläser, Wanderstab etc. den Klägern zur Realisierung zugewiesen und nur Hintergründe, Pflanzen etc. davon ausgenommen (Urk. 6/28). Es werden aber ausdrücklich Ausnahmen in Absprache mit der Nebenintervenientin zugelassen, wobei solche "selbst" realisierten Änderungen von der Nebenintervenientin bzw. den Illustratoren abzusegnen waren. Bereits zuvor (unter "Nutzung") waren Änderungen der Figur "K.\_\_\_\_\_" nach Absprache mit der Nebenintervenientin und unter Wahrung des Charakters der Figur als "möglich" bezeichnet worden. Selbst die Kläger führten in der Klageschrift aus, die Nebenintervenientin habe im Factsheet – in Übereinstimmung mit der vertraglich festgelegten Ausschliesslichkeitsklausel – festgehalten, dass die Illustrationen nicht ohne ihre Zustimmung abgeändert oder ergänzt werden dürfen (Urk. 2 S. 20). Diese Äusserung lässt eher darauf schliessen, Änderungen oder Ergänzungen hätten nicht zwingend von den Klägern realisiert, sondern "nur" von ihnen abgesehnet werden müssen. - Das Factsheet stellt klarerweise keine "blosse Wiederholung gewisser Regeln des Rahmenvertrags" (Urk. 25 S. 42) dar. Das in Ziffer 24 RV für Änderungen und Ergänzungen vorgesehene Schriftformerfordernis vermag das Factsheet nicht zu erfüllen. Die Kläger (und die Beklagte) haben darauf hingewiesen, dass sich das Factsheet an eigene Mitarbeiter der Nebenintervenientin und an Dritte, die im Zusammenhang mit den Figuren resp. der Produktlinie "E.\_\_\_\_\_" tätig waren, richtete (Urk. 2 S. 20, Urk. 25 S. 60, Urk. 38

- 35 - S. 26, Urk. 31 S. 30 f.; Urk. 6/28: "Lieferanten / Partner"). Die Illustratoren figurieren nicht als Adressaten, auch wenn sie mit einer Telefaxkopie bedient wurden (Prot. S. 6). Der Einwand der Beklagten, es habe sich dabei um eine Massnahme gehandelt, um den Konflikt mit den – immer neue und weiter gehende Exklusivrechte fordernden – Klägern beizulegen (Urk. 11 S. 25, Urk. 27/59 S. 2, Urk. 6/26+27), erscheint nach der vorstehenden Analyse des Rahmensvertrags (Erw. III/12.2.2) nicht an den Haaren herbeigezogen. Nachträgliches Verhalten einer Vertragspartei kann nicht nur auf einem (seit Vertragsschluss andauernden) Missverständnis beruhen (BSK OR I- Wiegand, a.a.O.), sondern auch ein (unverbindliches) Entgegenkommen (Kulanz) darstellen. Unter den geschilderten Umständen erscheint es nicht zulässig, die Nebenintervenientin auf dem Factsheet als "Parteiwille" zu behaften und ihr eine (davon abweichende) objektivierte Auslegung des Rahmenvertrags zu versagen. - Im Übrigen stützt die im Factsheet verwendete Terminologie die Auslegung der Kläger nicht durchgehend. Unter "Ablauf" wird darin ausgeführt: "Sobald die Illustrationswünsche über die normale Figur hinausgehen (weitere Figuren, Ergänzungen wie Mütze, Liane, Schlittschuhe, Glas etc.) ist eine Offerte für den Zusatzaufwand anzufordern". Die Nebenintervenientin unterschied demnach begrifflich zwischen der Figur des "K.\_\_\_\_\_" (und weiteren Figuren) einerseits sowie Kleidungsstücken und Requisiten andererseits. 12.2.4 Übereinstimmung und Klarheit herrscht zwischen den Parteien einzig insoweit, als Änderungen am "K.\_\_\_\_\_" von den Klägern vorgenommen werden müssen. Für Hintergrundbilder kann wiederum festgestellt werden, dass diese von der Ausschliesslichkeitsklausel nicht erfasst werden: Nicht nur werden im Anhang 1 der "K.\_\_\_\_\_", andere Figuren/K'\_\_\_\_\_'s und Hintergrundbilder

separat erwähnt. Sogar gemäss Factsheet, das nach Auffassung der Kläger mit der vertraglich festgelegten Ausschlussklausel übereinstimmt (Urk. 2 S. 20), sind fremdgezeichnete Hintergründe und Pflanzen etc., die den "K.\_\_\_\_\_" nicht berühren, zulässig. Die von den Klägern in der Triplik getroffene Unterscheidung in charakterprägende Hintergrundelemente und Hintergrundteile, die keinen Einfluss auf

- 36 - den Charakter des "K.\_\_\_\_\_" haben und frei abgeändert werden dürfen (Farbflächen, Farbverläufe und Strukturen), findet im Rahmenvertrag nicht die geringste Stütze (Urk. 38 S. 30 f.). Sowohl in Ziffer 15.1.2 lit. d RV als auch im Anhang 1 (Konzeptbeschreibung) ist einfach von "Hintergrundteilen" bzw. "Hintergrundbildern" die Rede, ohne eine weitere Differenzierung vorzunehmen.

### **E. 12.3**

Darüber hinaus kann offen bleiben, ob bezüglich weiteren Charakteren, Requisiten (d.h. beweglichen Dekorationsstücken) und Kostümen der Standpunkt der Kläger oder derjenige der Beklagten zutrifft. Die Auffassung der Beklagten, wonach Requisiten, d.h. bewegliche Dekorationsstücke, Kostüme und Hintergründe nicht nur von den Klägern gezeichnet werden dürfen, kann nach den vorstehenden Erwägungen jedenfalls nicht als missbräuchlich bezeichnet werden. Auch der von der Nebenintervenientin in ihren Schreiben vom 9. und 24. März 2009 (vor und nach der Kündigung) eingenommene Standpunkt erweist sich insoweit als nicht willkürlich (Urk. 27/59 S. 2, Urk. 27/60). Zwar kann es gerade bei Requisiten und bei Kostümen zu Abgrenzungsfragen kommen, wenn Requisiten oder Kleidungsstücke mit der Figur bzw. mit Extremitäten verbunden werden bzw. diese teilweise bedecken. Die Kläger behaupteten indes nicht, die hier strittigen Punkte seien im Rahmen der Vertragsverhandlungen besprochen und einem gemeinsamen Verständnis zugeführt worden, was die spätere Haltung der Nebenintervenientin als grundlose und frappante Vertragsverletzung erscheinen liesse. Der im Rahmenvertrag vereinbarte Qualitätsstandard (Ziff. 13.2 RV) richtete sich an die Kläger, nicht aber an weitere Personen, die weitere Charaktere, Kostüme, Requisiten und Hintergründe zeichneten. Soweit die Ausschlussklausel nicht verletzt wird bzw. der "K.\_\_\_\_\_" nicht tangiert ist, können die Kläger der Nebenintervenientin bzw. weiteren Dritten keinen Stilbruch oder Qualitätsmängel in der Bildgestaltung vorwerfen. 12.4.1 Die Kläger haben ihr Abmahnungsschreiben vom 17. Februar 2009 mit 32 Beispielen untermauert (Urk. 6/32 Beilagen 1-32) und das Kündigungsschreiben mit 65 der von ihnen "per 11. März 2009 festgestellten, weiterhin bestehenden Vertragsverletzungen" belegt (Urk. 6/33 Beilagen 1-65). Die auf den Beilagen angebrachten Vorwürfe lauten wie folgt:

- 37 - Urk. 6/32/1 = Urk. 6/33/5 Hände und Füsse falsch platziert!!! Urk. 6/32/2 = Urk. 6/33/39 Kopf ist in die Höhe verzogen worden! Urk. 6/32/3 = Urk. 6/33/14 Apfel in oberer Hand schlecht eingepasst. Rad nicht zentriert. Urk. 6/32/4 = Urk. 6/33/28 Alle Adventskalender mit verzerrtem K'.\_\_\_\_\_. Urk. 6/32/5 = Urk. 6/33/15 Zweckentfremdung: Hände ergeben keinen Sinn! Urk. 6/32/6 = Urk. 6/33/15 Zweckentfremdung: Hände ergeben keinen Sinn! Urk. 6/32/7 = Urk. 6/33/16 Perspektivisch unlogisch und komplett falsch! Urk. 6/32/8 = Urk. 6/33/7 Zweckentfremdung: Hände ergeben keinen Sinn! Urk. 6/32/9 = Urk. 6/33/6 Hände passen überhaupt nicht! Weihnachtskugel nicht von uns gezeichnet! Urk. 6/32/10 = Urk. 6/33/8 Zweckentfremdung: Hände ergeben keinen Sinn! Urk. 6/32/11 = Urk. 6/33/31 Zweckentfremdung: Posen ergeben keinen Sinn! Urk. 6/32/12 = Urk. 6/33/32 Zweckentfremdung: Posen ergeben keinen Sinn! Urk. 6/32/13 = Urk. 6/33/60 Zweckentfremdung: Hände ergeben keinen Sinn! Dilettantische Komposition!

Hintergrunddesign passt nicht zum K'.\_\_\_\_\_! Schlange passt stilistisch nicht zum K'.\_\_\_\_\_!  
Urk. 6/32/14 = Urk. 6/33/61 Zweckentfremdung: Hände ergeben keinen Sinn!  
Dilettantische Komposition! Hintergrunddesign passt nicht zum K'.\_\_\_\_\_! Tie- re passen  
stilistisch nicht zum K'.\_\_\_\_\_! Urk. 6/32/15 = Urk. 6/33/35 Schwanz verschoben und  
vergrößert! Urk. 6/32/16 = Urk. 6/33/11 Neue Strichumsetzung (Nicht von uns),  
Augenbrauen falsch ausgemalt, Ohr unvollständig, Pfeilende falsch gezeichnet, Bo-  
genschnur am Kinn falsch! Urk. 6/32/17 = Urk. 6/33/12 Neue Strichumsetzung (Nicht von  
uns) Urk. 6/32/18 = Urk. 6/33/13 Schwanz verschoben! Urk. 6/32/19 = Urk. 6/33/1 Schirm  
und Regentropfen nicht von uns gezeichnet. Total falsch in Hand eingepasst. Urk. 6/32/20 =  
Urk. 6/33/2 Ballone nicht von uns gezeichnet. Schnüre falsch eingepasst. K'.\_\_\_\_\_ wurde  
aus zwei verschiedenen Illustrationen anatomi- sch unkorrekt zusammengebastelt. Urk.  
6/32/21 = Urk. 6/33/4 Schuhe nicht von uns gezeichnet. Urk. 6/32/22 = Urk. 6/33/3 Ski  
nicht von uns gezeichnet! K'.\_\_\_\_\_ schlecht eingepasst! Urk. 6/32/23 = Urk. 6/33/30 Neuer  
Schwanz gezeichnet! Urk. 6/32/24 = Urk. 6/33/36 Ballone nicht von uns.... passen nicht in  
Hände! Urk. 6/32/25 = Urk. 6/33/37 Variante noch schlechter eingepasst! Urk. 6/32/26 =  
Urk. 6/33/34 Präsentationszeichnungen nicht von uns! Urk. 6/32/27 = Urk. 6/33/25  
Schneebälle nicht von uns! Hintergrund und Figuren passen nicht zum K'.\_\_\_\_\_.  
Dilettantische Komposition! Urk. 6/32/28 = Urk. 6/33/26 Leimtaube nicht von uns!  
K'.\_\_\_\_\_ falsch im Winkel! Pinsel o- der was-auch-immer auf der Nase nicht von uns!  
Kochhut nicht von uns ergänzt! Urk. 6/32/29 = Urk. 6/33/27 Kinderzeichnung-Simulation  
nicht von uns. Urk. 6/32/30 = Urk. 6/33/38 Figur basiert auf einer Pose, die nicht von uns  
gestaltet wurde. Urk. 6/32/31 = Urk. 6/33/33 Skizzen wurden nicht von uns geändert. Urk.  
6/32/32 = Urk. 6/33/9 Bein amputiert!!!!!!!!!!!! Urk. 6/33/8 Zweckentfremdung: Hände  
ergeben keinen Sinn! Urk. 6/33/10 Zweckentfremdung: Hände ergeben keinen Sinn! Urk.  
6/33/17 Lianen sind unorganisch, schlecht übereinandergelegt (speziell die Blätter) und  
perspektivisch falsch in beiden Händen mon- tiert! Urk. 6/33/18 Lianen sind unorganisch,  
schlecht übereinandergelegt (speziell die Blätter) und perspektivisch falsch in beiden  
Händen mon- tiert! Urk. 6/33/19 Hand wurde komplett abgeändert: Vordere drei Finger  
wurden gespiegelt und perspektivisch falsch abgedreht! Ganze Hand ist anatomisch  
unkorrekt zu weit oben montiert! Daumen wurde abgewinkelt! Wirkt wie eine Missbildung!  
- 38 - Urk. 6/33/20 Totale Missbildung! Beide Arme verlaufen anatomisch unkor- rekt!  
Urk. 6/33/22 Schlechte Bildkomposition! Was sollte das sein in der Ecke rechts oben?????  
Urk. 6/33/23 Schwanz fehlt!!!! Urk. 6/33/24 Zweckentfremdung: Hände ergeben keinen  
Sinn! Urk. 6/33/29 Tafel falsch in die Hand einkopiert! Urk. 6/33/32 Zweckentfremdung:  
Posen ergeben keinen Sinn! Urk. 6/33/40 Immer noch die falschen Augendeckel!  
Augendeckel schlecht eingepasst! Urk. 6/33/41 Animationen immer noch unlogisch,  
unkorrekt angeschnitten! Urk. 6/33/42-49 Illustration(en) immer noch nicht ausgetauscht!  
Urk. 6/33/50 Papagei immer noch dilettantisch peinlich! Gilt für alle anderen Tiere aus der  
Website! Urk. 6/33/51 Illustration immer noch nicht ausgetauscht! Urk. 6/33/52 Die alten  
Schweisstropfen sind immer noch sichtbar! Urk. 6/33/53-56 Illustration immer noch nicht  
ausgetauscht! Urk. 6/33/57 Hände ergeben keinen Sinn! Was soll der K'.\_\_\_\_\_ darstel-  
len????? Urk. 6/33/58+59 Posen sind zweckentfremdet und schlecht angeschnitten.... das  
Ganze ergibt überhaupt keinen Sinn!!! Urk. 6/33/60 Dilettantische Komposition!  
Hintergrunddesign passt nicht zum K'.\_\_\_\_\_! Schlange passt stilistisch nicht zum K'.\_\_\_\_\_!  
Urk. 6/33/62 Hintergrund passt stilistisch nicht zum K'.\_\_\_\_\_! Ganze Figur lausig  
unprofessionell freigestellt!!!! Urk. 6/33/63 Dilettantische Bildkomposition! Pose ergibt  
keinen Sinn! Haus und Blumen sind nur noch peinlich!!!! Urk. 6/33/64 Dilettantische

Bildkomposition! Hintergrund passt stilistisch nicht zum K'.\_\_\_\_\_! Perspektive ist eine einzige Katastrophe!!!! Urk. 6/33/65 Dilettantische Bildkomposition! Hintergrund passt stilistisch nicht zum K'.\_\_\_\_\_! Hände ergeben keinen Sinn! Ganzer K'.\_\_\_\_\_ ist unprofessionell freigestellt und unscharf! Truhe perspektivisch falsch gezeichnet! 12.4.2 Eine Würdigung der Vorwürfe gemäss Abmahnungsschreiben vom

### **E. 12.7**

Ob es angesichts des für schweizerische Verhältnisse sehr grossen Umfangs des Illustrationsprojekts bei der Vertragsabwicklung zu erstaunlich wenig Zwischenfällen kam, wie die Beklagte behauptet (Urk. 31 S. 53), soll hier nicht untersucht werden. Eine Abwägung der gegenseitigen Interessen führt aber zum Ergebnis, dass die von den Klägern geltend gemachten Gründe nicht schwerwiegend genug erscheinen, um das ganze Vertragsverhältnis - ja das ganze "C1.\_\_\_\_\_ KIDS-Projekt" (Anhang 1 RV) – aus den Angeln zu heben:

#### **E. 12.7.1**

Die festgestellten 35 vertragsverletzenden Änderungen des "K.\_\_\_\_\_" mögen auf den ersten Blick zahlreich erscheinen. Dabei ist aber nicht aus den Augen zu verlieren, dass die Kläger über 250 Eingriffe monierten. Sodann ist der Beklagten insofern zuzustimmen, als in den seltensten Fällen eine Neuzeichnung des "K.\_\_\_\_\_" erfolgte. Auch die von den Klägern als "krasseste Beispiele" bezeichneten Abbildungen fallen als Kündigungsgrund ausser Betracht. Die meisten Veränderungen wurden vorgenommen, um den "K.\_\_\_\_\_" an ein verändertes Umfeld anzupassen oder mit neuen Requisiten auszustatten, was lediglich sog. Autorenkorrekturen zur Folge gehabt hätte. In 15 Fällen wurde der

- 54 - Schwanz und in neun Fällen die Hand bzw. die Hände verändert. Zwei Abbildungen enthalten fehlerhaft gezeichnete Augendeckel. Die weiteren Abbildungen betreffen veränderte Posen, veränderte/verschobene Arme und Beine sowie veränderte Augen und Zungen.

#### **E. 12.7.2**

Die Kläger haben wiederholt behauptet, sie seien durch vertragswidrige Illustrationen und dilettantische Veränderungen in ihrem beruflichen Ansehen massiv verletzt worden, weshalb ihnen die Weiterführung der vertraglichen Beziehungen mit der Nebenintervenientin nicht mehr zumutbar gewesen sei (Urk. 6/32, Urk. 2 S. 21, Urk. 25 S. 62, S. 67: "in der ganzen Branche diskreditiert", Urk. 38 S. 34). Mit grosser Wahrscheinlichkeit seien ihnen auch Aufträge entgangen (Urk. 25 S. 67). Diese Behauptungen wurden indes nicht näher substantiiert. Die Kläger haben nicht ansatzweise konkretisiert, auf welche Weise oder bei wem ihre Reputation Schaden genommen oder inwiefern "der Marktwert bzw. immaterielle Wert" der von ihnen geschaffenen Figuren gelitten hat (Urk. 25 S. 62). In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Kläger in Ziffer 19 RV unbefristet darauf verzichtet haben, sich einer (aus ihrer Sicht vielleicht wenig sinnvollen oder zweckmässigen) Änderung der Figuren zu widersetzen und Urheberpersönlichkeitsrechte einzufordern. Die Beklagte weist auch zu Recht darauf hin, dass die Kläger die Urheberrechte mit ihrer Entstehung (resolutiv bedingt) umfassend auf die Nebenintervenientin übertragen und bereits bei Vertragsabschluss in Kauf nahmen, ihren Einfluss auf die Gestaltung der Figuren im Falle einer ordentlichen Beendigung des Rahmenvertrags (Ziff. 21 RV) gänzlich zu verlieren (Urk. 31 S. 56 f.). Im Rahmenvertrag wurde eine Übertragung der Urheber- bzw. Verwendungsrechte auf Dritte ausdrücklich

für zulässig erklärt (Ziff. 18.2 RV). Die Kläger hätten ab dem 1. Januar 2010 im Falle einer Beendigung der Zusammenarbeit im Sinne von Ziff. 21 RV über keine Handhabe mehr verfügt, Veränderungen des "K.\_\_\_\_\_" durch die Nebenintervenientin oder Dritte zu verhindern. Wenn die Klä- ger ausführen, relevant sei einzig, dass in Verletzung des Rahmenvertrags zahl- reiche (darunter auch schwere) Eingriffe in ihre Urheberrechte erfolgt seien, ver- kennen sie die Tragweite der Ausschliesslichkeitsklausel, welche den Klägern in erster Linie zusätzliche Aufträge und Einnahmen verschaffen sollte.

- 55 - Soweit die Kläger sinngemäss eine Entstellung ihrer Werke geltend machen, ist zwar ein Verzicht ausgeschlossen (Art. 11 Abs. 2 URG). Eine Verstümmelung oder Entstellung des "K.\_\_\_\_\_" kann in den festgestellten 35 Veränderungen – von eigentlichen Versehen oder Einzelfällen abgesehen (Abb. 167, 182, 195, 238- 240) – indes nicht ausgemacht werden. Hier ist nicht allein das Urteil eines Fach- mannes, dem selbst kleinste fehlerhafte Veränderungen auffallen (Urk. 38 S. 33), von Bedeutung. Dem Charakter des "K.\_\_\_\_\_" als Sympathieträger für das C1.\_\_\_\_ KIDS-Projekt entsprechend ist auch auf das Kunstverständnis von jun- gen Familien und Kindern abzustellen, die an die Professionalität von Comic- Zeichnungen nicht die gleichen Ansprüche wie die Kläger stellen (BGE 131 III 493). Bei nüchterner Betrachtung wird auch durch die Verbindung des "K.\_\_\_\_\_" mit weiteren, nicht von den Klägern geschaffenen Charakteren, Kostümen, Re- quisiten und Hintergrundteilen der geistig-ästhetische Gesamteindruck des "K.\_\_\_\_\_" nicht dermassen beeinträchtigt bzw. kompromittiert, dass der harte Kern des Urheberpersönlichkeitsrechts betroffen ist. Das gleiche gilt für die oft ge- rügte Zweckentfremdung des "K.\_\_\_\_\_" . Hier ist auch den Interessen der Neben- intervenientin und der Beklagten Rechnung zu tragen. Die Beklagten waren die Initiatoren des E.\_\_\_\_-Programms, ohne das die Kläger keinen Franken verdient hätten. Die Kläger wussten von allem Anfang an, dass der "K.\_\_\_\_\_" als Marke- ting-Vehikel zum Einsatz kommen wird und vielseitig einsetzbar sein muss. Sie wussten auch, dass ihre Zeichnungen von Dritten für die Webseiten der Beklag- ten aufbereitet werden müssen. Übertriebenen Erwartungen an die Qualität der Umsetzung kann, wie bereits ausgeführt wurde, nicht Rechnung getragen wer- den. Der Rahmenvertrag verbietet es der Nebenintervenientin nicht, eine Stan- dard-Figur für verschiedene Zwecke und Szenerien zu verwenden.

### **E. 12.7.3**

Die Kläger haben sich auch zum finanziellen Nachteil, der ihnen von der Nebenintervenientin aufgrund unterbliebener Zusatzaufträge entstanden ist, nicht eingehend geäussert. Den Streitwert der Klage, welche auf ein unbefristetes Verbot und Schadenersatz/Gewinnherausgabe für Nutzungen der Beklagten ab

### **E. 12.7.4**

Die Kläger haben ausgeführt, sie hätten schliesslich angesichts der zahlreichen Verletzungen des Urheberrechts und des Rahmenvertrags keine an- dere Möglichkeit gesehen, als den Vertrag aufzulösen (Urk. 38 S. 21, S. 35). Es sind aber weit weniger Verletzungen erstellt, als die Kläger behaupten. In Erw. III/12.3 wurde erwogen, hinsichtlich von weiteren Charakteren, Requisiten und Kostümen könne der Standpunkt der Nebenintervenientin und der Beklagten nicht als missbräuchlich bezeichnet werden. Gemäss Ziff. 21 wurde der Rahmenvertrag auf unbestimmte Zeit und damit auf potentiell lange Dauer abgeschlossen (vgl. auch Urk. 11 S. 19: "zeitlich unbefristete Kampagne"). Vor dem Hintergrund der langen Dauer des Rahmenvertrages wäre es den Klägern zuzumuten

gewesen,

- 58 - die umstrittene Auslegung des Rahmenvertrags gerichtlich abklären zu lassen. Auch hier sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Nebenintervenientin, die Beklagte und weitere Beauftragte nicht bereit gewesen wären, sich einem gerichtlichen Verdikt zur Tragweite der Ausschliesslichkeitsklausel zu unterziehen.

### **E. 12.7.5**

Das Verhalten der Nebenintervenientin selbst bot keinen Anlass für ein tiefgreifendes, unheilbares persönliches Zerwürfnis zwischen den Parteien des Rahmenvertrags: Mit der Arbeit der Nebenintervenientin scheinen die Kläger im Grossen und Ganzen zufrieden gewesen zu sein. Wie sich aus der Korrespondenz der Jahre 2007 und 2008 ergibt, waren die Kläger mit der von G'.\_\_\_\_\_ geleisteten Arbeit nicht zufrieden und wandten sich aus diesem Grunde immer wieder an die Nebenintervenientin. In der E-Mail vom 5. November 2007 beanstandeten die Kläger "vertragswidrige Illustrationen auf der E.\_\_\_\_\_ -Webseite" und generell die Qualität der Leistungen von G'.\_\_\_\_\_ (Urk. 6/25). Das Schreiben vom 31. Dezember 2007 beschäftigt sich erneut mit den Arbeiten von G'.\_\_\_\_\_ (Urk. 6/27). In ihrer E-Mail vom 8. Januar 2008 liessen die Kläger verlauten, J.\_\_\_\_\_ mache ihre Arbeit hervorragend, doch müssten die Missstände "G'.\_\_\_\_\_/Internet" beseitigt werden (Urk. 6/30). Im Schreiben vom 24. April 2008 werden zwar sowohl der Nebenintervenientin als auch den Unterbeauftragten (G'.\_\_\_\_\_ und Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_) Vertragsverletzungen vorgeworfen (Urk. 6/31). Doch bereits im Abmahnungsschreiben vom 17. Februar 2009 ging es wieder um grafische Darstellungen auf der Webseite www.E.\_\_\_\_\_.ch und um "vertragswidrige durch Dritte erstellte Designs" (Urk. 6/32). Die mit der Replik eingereichten Abbildungen stammen ausnahmslos von (nicht näher bezeichneten) Dritten (Urk. 25 S. 50 ff.). Die Nebenintervenientin traf zwar die Pflicht, die Rechte der Kläger gegenüber Dritten zu wahren. Dieser Pflicht ist sie insofern nachgekommen, als sie in der Vereinbarung mit der Beklagten allfällige Änderungen der Figur "K.\_\_\_\_\_" von ihrem Einverständnis abhängig machte (Urk. 14/11 S. 2 Ziff. 7: "sind nach Absprache mit F'.\_\_\_\_\_ möglich [...]"). Auch versuchte die Nebenintervenientin mit dem Factsheet den Interessen der Kläger entgegenzukommen und Nachachtung zu verschaffen. Schliesslich war die Nebenintervenientin bereit, nachträgliche Korrekturaufträge in Auftrag zu geben. Noch im Schreiben vom 9. März 2009 teilte sie den Klägern mit, sie hoffe, die Kläger würden den konstruktiven

- 59 - ven Weg doch noch finden und den Rahmenvertrag weiterhin erfüllen (Urk. 27/59). Zwar trifft die im besagten Schreiben enthaltene Behauptung, selbst wenn eine Figur verändert worden wäre (was bestritten werde und nicht der Fall sei), bestünden dagegen seitens der Kläger "keine Handhabe und keinerlei Rechte", nicht zu. Doch darf nicht übersehen werden, dass die Kläger in ihrem Abmahnungsschreiben vom 17. Februar 2009 erheblich über das Ziel hinausschossen: a) Hinsichtlich der von den Klägern vorgenommenen, noch nicht im Internet angepassten Korrekturen wies die Nebenintervenientin darauf hin, dass die entsprechenden Arbeiten längst weitergeleitet worden seien. Die Nebenintervenientin verfüge aber nur über beschränkten Einfluss auf die Gestaltung der Website durch den Endkunden (Urk. 27/59). In Erw. III/12.4.3 d) wurde erwogen, dass im Umstand, dass die von den Klägern korrigierten Figuren nicht im Internet angepasst wurden, keine Vertragsverletzung der Nebenintervenientin gesehen werden kann. b) Von den 32 gerügten "vertragswidrigen grafischen Darstellungen" erweisen sich

nur deren sechs klar vertragswidrig (Erw. III/12.4.4). Von den restlichen 26 Abbildungen fallen deren 16 in die Kategorie "Von der Ausschliesslichkeits- klausel nicht erfasst" und deren 10 in die Kategorie "nicht missbräuchlicher Rechtsstandpunkt der Nebenintervenientin/Beklagten" (Erw. III/12.3). Der Umstand, dass die Kläger nicht nur hinsichtlich der eigentlichen K'.\_\_\_\_\_ -Figur Vertragsverletzungen gerügt haben sondern generell grafische Gestaltungen, spricht gegen ein Recht auf fristlose Kündigung. Die Kläger haben in erheblichem Umfang Verletzungen beanstandet und Aufträge reklamiert, die nicht bzw. nicht klarerweise berechtigt erscheinen. Insofern trifft auch die Kläger ein Mitverschulden an der Verschlechterung der Vertragsbeziehungen. Selbst wenn die verzerrten Bilder (Urk. 6/32/2+4) und die Strichumsetzungen (Urk. 6/32/16+17) als Änderungen des "K.\_\_\_\_\_" qualifiziert würden, würde sich an diesem Verdikt nichts ändern. Dass die Nebenintervenientin im Antwortschreiben vom 9. März 2009 eine von den Klägern abweichende Auffassung vertrat, er- scheint hinsichtlich der meisten Abbildungen als vertretbar und berechtigt nicht zur Annahme eines (ausschliesslich) der Nebenintervenientin vorwerfbaren irre-

- 60 - parabeln Zerwürfnisses. Gerade den diametral auseinandergelenden Auffassun- gen über die Auslegung des Vertrags massen die Kläger in ihrem Kündigungs- schreiben aber grosse Bedeutung zu: Sie führten aus, da die Nebenintervenientin jegliche Pflichtverletzung zu Unrecht bestreite, gehe sie davon aus, dass die Ne- benintervenientin weiterhin nicht gewillt sei, sich an ihre Verpflichtungen aus dem Rahmenvertrag zu halten (Urk. 6/33). Aus objektiver Sicht kann die Situation da- hingehend zusammengefasst werden, dass die Kläger zuviel forderten und die Nebenintervenientin zuwenig zugestand. Nichtsdestotrotz schlug die Nebeninter- venientin den Klägern noch mit Schreiben vom 24. März 2009 vor, die Angele- genheit zu diskutieren und Lösungsmöglichkeiten zu suchen, wobei sie erklärte, sie werde auf jeden Fall den Vertrag einhalten (Urk. 27/60). Die geschilderten Meinungsverschiedenheiten liessen die Vertragsfortführung auch für die Kläger noch nicht als unzumutbar erscheinen. 13. Liegen keine wichtigen Gründe vor, erweist sich die Kündigung vom 12. März 2009 als unwirksam. Die Urheberrechte an den im Rechtsbegehren aufge- führten Figuren sind "im Zeitpunkt ihrer Entstehung" resolutiv bedingt und per 31. Dezember 2009 definitiv auf die Nebenintervenientin übergegangen. Mangels Schutzrechtsverletzungen ist die Klage abzuweisen. Für vertragliche Schadener- satzansprüche haben sich die Kläger an ihre Vertragspartnerin, die Nebeninter- venientin, zu halten. 14.1 Nach Auffassung der Kläger sieht der Rahmenvertrag nicht vor, dass bei einer ausserordentlichen Kündigung das bereits von der Nebenintervenientin für die Übertragung der Urheberrechte geleistete Honorar zurückzuzahlen ist. Es widerspräche Sinn und Zweck einer ausserordentlichen Kündigung, dass die ver- tragsverletzende Partei einen solchen Rückforderungsanspruch besässe (Urk. 25 S. 66). Die Beklagte ist der Meinung, falls die Urheberrechte bei den Klägern lie- gen würden, wären die für die Übertragung der Urheberrechte geleisteten Zah- lungen den Klägern ohne Rechtsgrund zugegangen, so dass die Kläger in diesem Umfang ungerechtfertigt bereichert wären. Es seien die Kläger, welche die unge- rechtfertigte Bereicherung an die Nebenintervenientin herausgeben müssten (Urk. 31 S. 5).

- 61 - 14.2 Die Kläger gehen fehl, wenn sie glauben, sowohl die Urheberrechte als auch die bezahlte Abgeltung für die Urheberrechte beanspruchen zu können. Die in Ziff. 15.1.1 RV erwähnten Summen, offenbar rund Fr. 36'000.- (Urk. 31 S. 4), hatte die Nebenintervenientin für das unter den Ziffern 18 und 19 Vereinbarte zu bezahlen, d.h. für

die Übertragung der Urheberrechte und den Verzicht auf die Urheberpersönlichkeitsrechte. Sind die Urheberrechte nicht definitiv an die Nebenintervenientin übergegangen, sondern an die Kläger zurückgefallen, wurde die Entschädigung für die Übertragung der Urheberrechte aus einem nachträglich weggefallenen Grund geleistet und ist zurückzuerstatten. Es trifft zu, dass Art. 154 Abs. 2 OR als Grundsatz die Nicht-Rückwirkung bei Erfüllung der auflösenden Bedingungen vorsieht. Dieser Grundsatz gilt insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen. Dies bedeutet, dass die während schwebender Bedingungen bezogenen Vorteile (Nutzen) beim bedingt Berechtigten verbleiben. Ziff. 15.1.1 RV, welcher im Prinzip einen Kauf von Rechten beinhaltet, kann aber sinnvoll nur so verstanden werden, dass mit dem Eintritt der Resolutivbedingung und dem automatischen Rückfall der Urheberrechte die andere Hauptleistung zurückzuerstatten ist (Gauch/Schluep, a.a.O., N 4006; für den Sachkauf: BGer 4C.313/2002 Erw. 6.1 mit weiteren Verweisen). 14.3 Fiel den Urhebern die Urheberrechte an die Kläger zurück, wäre auch die Abgeltung für die Urheberrechte zurückzuerstatten. Da sich die Kündigung als unwirksam erweist, kann letztlich aber dahingestellt bleiben, ob sich die Kläger auf den Rückfall der Urheberrechte berufen können, solange sie die Urheberrechtsent- schädigungen nicht zurückerstattet bzw. die Rückerstattung nicht wenigstens angeboten haben (Art. 2 ZGB). IV.

### **E. 13**

Die Klageschrift mit obgenanntem Rechtsbegehren ging am 16. Februar 2010 ein (Urk. 2). Die Klageantwort, womit der Nebenintervenientin der Streit verkündet wurde, datiert vom 26. April 2010 (Urk. 11). Mit Eingabe vom 18. Mai 2010 trat die Nebenintervenientin auf Seiten der Beklagten dem Prozess bei (Urk. 16). Am 27. September 2010 fand eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, die zu keiner Einigung der Parteien führte (Prot. S. 6). Die Replik ging am 12. Januar 2011 (Urk. 25), die Duplik am 21. April 2011 ein (Urk. 31). Am 14. Juni 2011 reichten die Kläger eine Stellungnahme zu neuen Vorbringen in der Duplik ein (Urk. 38), worauf die Beklagte ihrerseits am 28. September 2011 eine weitere Stellungnahme verfasste (Urk. 45). Diese Stellungnahme wurde den Klägern am 4. Oktober 2011 zugestellt (Urk. 46). Die Kläger teilten mit, diese Stellungnahme

- 10 - erheische keine weitere Vernehmlassung, weshalb sie um Fortsetzung des Verfahrens ersuchten (Urk. 47). Seither sind keine weiteren Eingaben mehr erfolgt. Die Parteien haben auf eine öffentliche Urteilsberatung und auf mündliche Urteilsöffnung verzichtet (Prot. S. 14, Urk. 49). II. 1. Die Kläger sind der Auffassung, sie seien als alleinige Miturheber der im Rechtsbegehren enthaltenen Figuren zu betrachten (Urk. 2 S. 11, S. 17 f., S. 29; Urk. 25 S. 23 ff.). Die Nebenintervenientin habe – so die Kläger weiter – den Rahmenvertrag trotz mehrfacher Abmahnungen wiederholt, massiv und andauernd verletzt. Aufgrund der Ausschliesslichkeitsklausel im Rahmenvertrag dürften nur die Kläger Veränderungen an den Figuren inkl. Requisiten, Hintergrundteilen etc. vornehmen. Die Nebenintervenientin habe die Ausschliesslichkeitsklausel verletzt, indem sie Veränderungen und Ergänzungen an den Figuren und Illustrationen vorgenommen bzw. durch Dritte vorgenommene Eingriffe toleriert habe. Insgesamt hätten die Kläger bis zur Kündigung 250 solcher Eingriffe Dritter entdeckt, wovon rund 125 allein die Standardfigur des "K. \_\_\_\_\_" betreffen würden. Die teilweise dilettantischen Veränderungen an den Figuren, die dem im Rahmenvertrag vereinbarten Qualitätsmassstab in keiner Art und Weise gerecht würden, seien den Klägern zugerechnet und diese dadurch in ihrem beruflichen Ansehen massiv

verletzt worden. Die Vertragsverletzungen wögen schwer, weil die Nebenintervenientin eine ihrer vertraglichen Hauptpflichten, die Wahrung des Ausschliesslichkeitsrechts der Kläger wissentlich und willentlich immer wieder verletzt habe. Dadurch sei die Weiterführung des Rahmenvertrags für die Kläger un- zumutbar geworden. Als Folge der Kündigung seien die Urheberrechte an den Fi- guren und Illustrationen nie an die Nebenintervenientin übergegangen, weil die beiden aufschiebenden Bedingungen gemäss Ziff. 18.3 RV nicht eingetreten sei- en. Auch sei weder eine stillschweigende Übertragung von Urheberrechten an die Nebenintervenientin noch ein gutgläubiger Erwerb durch die Beklagte erfolgt. Die Urheberrechte seien damit stets bei den Klägern verblieben, was der Beklagten

- 11 - spätestens seit dem 20. April 2009 bekannt gewesen sei. Nach der berechtigten Kündigung verwende die Beklagte die Figuren und Illustrationen der Kläger im Zusammenhang mit ihrer Produktlinie "E.\_\_\_\_\_" ohne deren Zustimmung und damit widerrechtlich (Urk. 2 S. 20 ff., Urk. 25 S. 32 ff., S. 59 ff.). Aufgrund der Ver- letzung der Urheberrechte stünden den Klägern Ansprüche auf Unterlassung, auf Einziehung und Vernichtung, auf Löschung der Wort-/Bildmarken, auf Auskunft, auf Schadenersatz bzw. Gewinnherausgabe und auf Urteilspublikation zu (Urk. 2 S. 30 ff.). 2. Die Beklagte vertritt die Auffassung, die Figuren des E.\_\_\_\_\_-Programms liessen die für ein urheberrechtliches Werk notwendige Individualität vermissen (Urk. 31 S. 7 ff.). Andernfalls müsse jedenfalls die bei der Nebenintervenientin Angestellte J.\_\_\_\_\_ aufgrund ihrer Mitarbeit bei der Erarbeitung der Figuren als Miturheberin betrachtet werden, was dazu führe, dass die Klage mangels ge- meinsamer Klageeinreichung durch alle Miturheber abzuweisen sei (Urk. 11 S. 8 ff., Urk. 31 S. 13 ff.). Sodann beruft sich die Beklagte auf einen stillschweigenden, bereits vor Abschluss des Rahmenvertrags erfolgten Übergang allfälliger Urheber- rechte. Die Kläger hätten gewusst, dass die Beklagte die streitgegenständlichen Figuren ab April 2007 für ein breit angelegtes, zeitlich unbegrenztes Programm nutzen werde. Diese Nutzung hätten die Kläger geduldet. Es bestehe eine Bran- chenusanz, wonach allfällige Urheberrechte an Grafiken bei langfristig angelegten Werbekampagnen auch ohne ausdrückliche Vereinbarung an den Auftraggeber übergehen würden. Die Beklagte sei daher bereits anfangs April 2007 Inhaberin sämtlicher Urheberrechte an den Figuren des E.\_\_\_\_\_-Programms geworden. Daran könne auch der im Juni 2007 rückwirkend abgeschlossene Rahmenvertrag nichts mehr ändern. Die Kläger hätten erst im Mai 2007 die Übertragung allfälliger Urheberrechte von einer auflösenden Bedingung abhängig machen wollen. In diesem Zeitpunkt habe die Beklagte die für eine langfristige Nutzung notwendigen Urheberrechte bereits stillschweigend erworben (Urk. 11 S. 18 ff., Urk. 31 S. 5, S. 19 ff.). Auch von der Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_ habe die Beklagte allfällige Urheberrechte übertragen erhalten, soweit dies für die Durchführung des laufenden E.\_\_\_\_\_-Programms erforderlich gewesen sei (Urk. 31 S. 7, S. 24 ff.). Abgesehen davon müsse Ziffer 18.3 RV als auflösende Bedingung verstanden werden. Die

- 12 - Kläger selbst würden in der Kündigung von einem Rückfall der Rechte sprechen. Folglich sei die Nebenintervenientin im Zeitpunkt, als sie allfällige Urheberrechte an die Beklagte übertragen habe, alleinige Inhaberin dieser Rechte gewesen. Selbst wenn die auflösende Bedingung gemäss Ziffer 18 Abs. 3 RV eingetreten wäre, sei die Nebenintervenientin spätestens bis zu dem von den Klägern be- haupteten Rückfall berechtigt gewesen, diese Rechte an die Beklagte zu übertra- gen. Genau besehen handle es sich daher nicht um einen gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten (Urk. 11 S. 22, Urk.

31 S. 23 f.). Schliesslich habe für die Kläger kein wichtiger Grund für eine Vertragsauflösung bestanden. Sämtliche Beanstandungen der Kläger würden irrelevante Kleinigkeiten und unbedeutende Änderungen betreffen. Die Kläger verkannten, dass die Ausschliesslichkeitsklausel nur für Figuren im eigentlichen Sinn gelte, d.h. für die Figur des "K.\_\_\_\_\_", nicht aber für Requisiten, Hintergrundbilder oder gar ganze Illustrationen. Auch schliesse Art. 16 RV nicht aus, dass die Nebenintervenientin selber Änderungen und Ergänzungen an den Figuren vornehme; lediglich bei der Vergabe von Arbeiten müssten die Kläger berücksichtigt werden. Insgesamt sei es nur einmal vorgekommen, dass die Nebenintervenientin Dritte mit dem Zeichnen bzw. Abändern einer Figur beauftragt habe, wobei die betreffende Illustration für interne Zwecke erstellt worden sei. Die Aufträge an G'.\_\_\_\_\_ habe jeweils die Beklagte erteilt. Zuweilen würden von den Klägern rein interne Skizzen, die von Angestellten der Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_ mit ihrem Einverständnis angefertigt worden seien, als vertragswidrige Illustration beanstandet. Auch könnten Vorfälle aus dem Jahre 2007 nicht herangezogen werden, um im Jahre 2009 eine Kündigung auszusprechen, hätten die Kläger und die Nebenintervenientin anfangs Januar 2008 doch einen Neubeginn ihrer Zusammenarbeit vereinbart und damit "reinen Tisch gemacht". Mangels konkreter Darlegung sei davon auszugehen, dass die eingebrachten Illustrationen weit zurück lägen und den Klägern bereits lange bekannt gewesen oder aber erst 2010 an die Öffentlichkeit gelangt seien. Ganz allgemein hätten die Kläger bereits im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung damit rechnen müssen, dass früher oder später Dritte die Figuren des E.\_\_\_\_\_-Programms abändern oder sogar ganz neu zeichnen würden. Die Behauptung der Kläger, es sei

- 13 - ihnen nicht zuzumuten, dass auch Dritte die Figuren illustrierten, entpuppe sich damit als leere Behauptung (Urk. 11 S. 23 ff., S. 38 f., Urk. 31 S. 27 ff.). 3. Die Nebenintervenientin nahm an der Referentenaudienz teil, enthielt sich im Übrigen aber jeglicher Stellungnahme. III.

#### **E. 17**

Februar 2009 (Urk. 6/32) ergibt folgendes Bild: a) Folgende Rügen betreffen die Figur des "K.\_\_\_\_\_": Beilagen 1, 2, 4, 15, 16, 17, 18, 20, 23, 26, 29, 30, 31 und 32. Dazu ist anzumerken, dass es sich ganz überwiegend nicht um vollständig neue Illustrationen handelt. Vielmehr geht es darum, dass von den Klägern gezeichnete Gliedmassen (z.B. Füsse, Schwanz) versetzt, verzogen, vergrössert oder amputiert wurden (Beilagen 2, 4, 15, 18, 31). Dass es durch die elektronische Aufbereitung der Bilder für die Webseite der Beklagten zu Verzerrungen oder Vergrösserungen (nicht aber Versetzungen) kommen kann, liegt auf der Hand. Beilagen 16 und 17 erscheinen nicht vertragswidrig (neue Strichumsetzung), da Farbkorrekturen generell nicht den Klägern vorbehalten blieben. Unklar bleibt, was mit dem auf Beilage 30 angebrachten Kommentar:

- 39 - "Figur basiert auf eine[r] Pose, die nicht von uns gestaltet wurde" genau gemeint ist (vgl. zur gleichen Abb. auch Erw. 12.5.3 d) bb) Abb. 30). Dass auf Beilage 32 das Bein des "K.\_\_\_\_\_" durch das C1.\_\_\_\_\_-Label verdeckt und unterhalb des Labels nicht wiederauftaucht, kann nicht als Veränderung im Sinne des Rahmenvertrags gewertet werden. Eigentliche Neukreationen eines K'.\_\_\_\_\_ enthalten die Beilage 26 ("Präsentationszeichnungen nicht von uns!") und 29 ("Kinderzeichnungs-Simulation nicht von uns"). Weitere Bemerkungen erfordern folgende Abbildungen: In Beilage 1 sind die Hände und Füsse verschoben worden, um mit den Extremitäten zwei Farbstifte greifen zu können. Da die Figur des "K.\_\_\_\_\_" leicht verändert wird, hätten die Kläger mit der

Umsetzung beauftragt werden müssen. Zu Beilage 20 (K. \_\_\_\_\_ mit Luftballons) hielt die Beklagte fest, die Figur sei gemäss ihrem Kenntnisstand von den Klägern angefertigt worden, lediglich die Luftballons seien von Dritten beigegeben worden (Urk. 31 S. 34 zu Nr. 2). Dieser Einwand geht an der Sache vorbei. Es ist unbestritten, dass die Zeichnung von den Klägern stammt; die berechtigte Kritik der Kläger richtet sich gegen den Zusammenzug von zwei von ihnen geschaffenen Illustrationen zu einem neuen K'. \_\_\_\_\_. In Beilage 23 wurde der "K. \_\_\_\_\_" auf Kindersocken mit einem neuen Schwanz versehen. Der Einwand der Beklagten, (bedruckte) Textilien würden vom Rahmenvertrag nicht erfasst (Urk. 31 S. 38 zu Nr. 35-37), sticht nicht. Die Ausschliesslichkeitsklausel gilt für sämtliche Medien (vgl. auch Erw. III/12.5.3 d) bb). Zu Beilage 26 wies die Beklagte darauf hin, es sei ein einziges Mal vorgekommen, dass die Nebenintervenientin Dritte mit dem Zeichnen/Abändern einer Figur beauftragt habe. Es sei dabei um eine Zeichnung gegangen, mit welcher die Nebenintervenientin anlässlich einer internen Präsentation habe aufzeigen wollen, wie eine Kinderspielecke in den Restaurants der Beklagten gestaltet werden könnte. Die Skizze sei bloss für interne Präsentationszwecke erstellt worden (Urk. 11 S. 24). Die Kläger bestritten in der Duplik den internen Charakter dieser spezifischen Zeichnung nicht. Die Ausschliesslichkeit gilt gemäss Wortlaut von Ziffer 16 RV "für sämtliche Medien". Daraus kann mit Fug abgeleitet werden, für interne Zwecke und nicht an das Publikum gerichtete Zeichnungen gelte die Ausschliesslichkeitsklausel nicht. Zu Beilage 29 hielten die Beklagte fest, bei dieser Zeichnung handle es sich nicht um eine figürliche Darstellung eines "K. \_\_\_\_\_" sondern um eine bewusst abstrakt gehaltene Abbildung eines K. \_\_\_\_\_ auf einer Requisite. Die Ausschliesslichkeitsklausel finde auf solche Zeichnungen, die keinen figürlichen "K. \_\_\_\_\_" zeigen würden, keine Anwendung (Urk. 31 S. 36 zu Nr. 5). Der Einwand ist insofern berechtigt, als sich

- 40 - der sichtbar handgemalte "K. \_\_\_\_\_" auf einem Glas, Topf oder dergleichen befindet, womit es sich um eine Requisite handelt, für die Ausführungen unter lit. b) nachstehend gelten. b) Folgende Beilagen betreffen weitere Charaktere, Kostüme und Requisiten: Beilagen 3, 7, 9, 13, 14, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28 und 29. Diesbezüglich vermochten sowohl die Kläger als auch die Beklagte bzw. die Nebenintervenientin gute Gründe für ihren Rechtsstandpunkt aufzuzeigen. c) Für Rügen wie Zweckentfremdung, schlechte oder dilettantische Bildkompositionen, unpassender Hintergrund, "K'. \_\_\_\_\_ schlecht eingepasst" und dergleichen bleibt nach dem Gesagten von vornherein kein Raum. Dies betrifft die Beilagen 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 und 22. Daran ändert nichts, dass die Nebenintervenientin im Factsheet gegenüber ihren "Lieferanten/Partnern" kundgab, dass Hintergründe, Pflanzen etc. vom Stil her unbedingt passen sollten. 12.4.3 Eine Würdigung der zusätzlichen, unter Erw. III/12.4.2 noch nicht behandelten Vorwürfe gemäss Kündigungsschreiben vom 12. März 2009 (Urk. 6/33) ergibt folgendes Bild: a) Folgende Rügen betreffen die Figur des "K. \_\_\_\_\_": Beilagen 19, 20 und 23. Dazu ist anzumerken, dass es sich wiederum nicht um vollständig neue Illustrationen handelt, sondern ein Körperteil abgeändert (Hand) oder weggelassen (Schwanz) wurde. Unklar bleibt, ob mit dem auf Beilage 20 angebrachten Kommentar: "TOTALE MISSBILDUNG! Beide Arme verlaufen anatomisch unkorrekt" eine Veränderung der Figur oder eine für die Kläger unpassende Ausstattung mit einem Hamburger (Requisite) gerügt wird. Weitere Bemerkungen erfordern folgende Abbildungen: In Beilage 19 wurde die linke Hand des "K. \_\_\_\_\_" verändert, indem der K'. \_\_\_\_\_ statt nach einer Liane nach einer Wurstliane greift. Die Beklagte führte aus, der "K. \_\_\_\_\_" sei nur minimal abgeändert worden, was für den Durchschnittsbetrachter oder Kinder nicht ersichtlich sei.

Auch falle diese Änderung nicht in den Verantwortungsbereich der Nebenintervenientin (Urk. 31 S. 38 zu Nr. 32). Diese Einwände stechen indes nicht. Kleinere Veränderungen wurden in Ziffer 16 RV nicht ausgenommen. Zudem stellt die Beklagte nicht in Abrede, dass mit der Abb. von ihr verkaufte Cipollatas ausgestattet werden/wurden, so dass ihre Be-

- 41 - streitung, die Änderung sei nicht im Verantwortungsbereich der Nebenintervenientin vorgenommen worden, nicht gehört werden kann. Beim amputierten Schwanz in Beilage 23 dürfte es sich um ein Versehen handeln, das keinen Zusatzauftrag zur Folge gehabt hätte, wie die Beklagte geltend macht (Urk. 31 S. 52 zu Nr. 242). Jedenfalls wurde diese Darstellung seitens der Kläger in der Triplik nicht in Frage gestellt (Urk. 38 S. 32). b) Folgende Beilagen betreffen weitere Charaktere, Kostüme und Requisiten: Beilagen 17, 18, 29, 50, 60 und 63. Diesbezüglich vermochten sowohl die Kläger als auch die Beklagte bzw. die Nebenintervenientin gute Gründe für ihren Rechtsstandpunkt darzulegen. c) Für Rügen wie Zweckentfremdung, schlechte oder dilettantische Bildkompositionen, unpassender Hintergrund, "K'.\_\_\_\_\_ schlecht eingepasst" und dergleichen bleibt nach dem Gesagten von vornherein kein Raum. Dies betrifft die Beilagen 8, 10, 22, 24, 32, 57, 58, 59, 62, 63, 64 und 65. d) Die Kläger beanstandeten bereits im Schreiben vom 17. Februar 2009, die Nebenintervenientin habe vertragswidrige grafische Darstellungen, die von den Klägern auftragsgemäss korrigiert worden seien, im Netz noch nicht anpasst (Urk. 6/32). Nach dem Kommentar auf den Beilagen zu schliessen, geht es dabei um die Beilagen 40-49 und 51-56 von Urk. 6/33. Mit ihrer Argumentation verkennen die Kläger jedoch, dass mit ihrer Beauftragung vom 3. Juni 2008, "die vertragswidrigen grafischen Darstellungen auf der Website www.E.\_\_\_\_\_ch zu korrigieren", und mit ihrer ordnungsgemässen Bezahlung dem Ausschliesslichkeitsanspruch Genüge getan wurde. Die Kläger übersehen, dass sie (resolutiv bedingt) die Urheberrechte abgetreten (Ziff. 18.1 RV) und darauf verzichtet haben, sich einer Veränderung der Figur zu widersetzen (Ziff. 19 RV). Der in den Anhängen 2 und 3 RV vereinbarte Standard richtete sich an die Kläger, nicht aber an weitere Dritte wie die Beklagte oder G'.\_\_\_\_\_. 12.4.4 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass sieben Zusatzaufträge zur Änderung des "K.\_\_\_\_s" zu Ungunsten der Kläger unterblieben (Urk. 6/32/1 = Urk. 6/33/5, Urk. 6/32/15 = Urk. 6/33/35, Urk. 6/32/18 = Urk. 6/33/13, Urk.

- 42 - 6/32/20 = Urk. 6/33/2, Urk. 6/32/23 = Urk. 6/33/30, Urk. 6/32/31 = Urk. 6/33/33, Urk. 6/33/19). Davon wurde eine Abbildung (Urk. 6/32/20) bereits im Jahre 2007 gerügt. 12.5.1 In der Replik brachten die Kläger vor, sie hätten bislang über 250 Eingriffe entdeckt, die von Dritten in Verletzung der Ausschliesslichkeitsklausel unerlaubt und trotz mehrmaliger Abmahnung bis zur ausserordentlichen Kündigung am 12. März 2009 getätigt worden seien. Davon würden rund 125 Vertragsverletzungen allein die Standardfigur betreffen. Die Kläger haben die behaupteten Eingriffe mit Kommentaren versehen und als Beilage 58 (Urk. 27/58) eingereicht, wobei diese Eingriffe – wie die Kläger selbst einräumen – teilweise bereits in Urk. 6/32 und 6/33 enthalten sind (Urk. 25 S. 59). Die Kläger gliederten die über 250 Abbildungen in der Replikschrift in vier, in den Replikbeilagen in sieben Gruppen (Urk. 25 S. 50 ff., Urk. 27/58): 1. Von Dritten geschaffene Illustrationen des "K.\_\_\_\_", ohne dabei die vereinbarte Qualität, Zeichnungsstil, Formen oder Proportionen einzuhalten (Der "K.\_\_\_\_" neu illustriert) 2. Unbefugte Veränderungen durch Dritte des durch die Kläger illustrierten "K.\_\_\_\_" 3. Qualitativ (unter der Verwendung von Vektor- statt den durch die Kläger verwendeten

Pixeldaten) wie perspektivisch und stilistisch ungenügende Zeichnungen von Hintergrundteilen, Requisiten, Kostümen und weiteren Charakteren durch Dritte 4. Von Dritten perspektivisch und anatomisch nicht korrekt kombinierte Requisiten in die Illustrationen/Figuren der Kläger (Montagen) 5. Sonstige Verfehlungen beim "K.\_\_\_\_\_", insb. Amputationen von einzelnen Gliedmassen und dilettantische Bearbeitungen (nur Urk. 27/58) 6. Zweckentfremdungen – "K.\_\_\_\_\_" wurde ohne die zwingend dazu gehörenden Requisiten publiziert (nur Urk. 27/58) 7. Unerlaubte Publikationen von unfertigen und unbezahlten "Test- Hintergrundteilen" (nur Urk. 27/58) Als krassste Beispiele dilettantischer Eingriffe bezeichneten die Kläger die Abbildungen 1 bis 15 (überaus schlechte Zeichnungen des "K.\_\_\_\_\_" ) und die Abbildungen 70 bis 96 ("K.\_\_\_\_\_" in Bewegung) (Urk. 25 S. 59). 12.5.2 Die Beklagte wendet ein, die beanstandeten Zeichnungen stammten allesamt aus dem Jahre 2007 und könnten eine Kündigung im Jahre 2009 nicht

- 43 - rechtfertigen (Urk. 31 S. 56, S. 59). Inhaltlich nahm sie zu den Gruppen 1 bis 7 wie folgt Stellung (Urk. 31 S. 34 ff.): 1. Grobskizzen, die von Mitarbeitenden der Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_ als Vorlage und zur Instruktion der Kläger angefertigt wurden, damit diese anhand der vorgezeichneten Idee eine Zeichnung anfertigen konnten (Urk. 31 S. 34 und S. 6, S. 25: "Platzhalterillustrationen") 2. Bereits im Jahre 2007 beanstandete Illustrationen, wobei der "K.\_\_\_\_\_" mit Luftballons von den Klägern angefertigt und nur die Luftballons von Dritten beigegeben wurden (Urk. 31 S. 34) 3. Bloss Hintergrund-Illustrationen, für welche die Kläger keine Ausschliesslichkeit beanspruchen können (Urk. 31 S. 34 f.) 4. Nicht optimal in die von den Klägern erstellten Illustrationen hineinkopierte Requisiten sind unter dem Gesichtspunkt der Ausschliesslichkeitsregel irrelevant, da keinerlei Veränderungen an den Figuren vorgenommen wurden (Urk. 31 S. 35) 5. Bereits im Jahre 2007 bemängelte Illustrationen, bei denen es sich um kleinere Ungenauigkeiten, nicht aber um Veränderungen, handelt (Urk. 31 S. 35) 6. Durch das Herauslösen von Requisiten werden keinerlei Veränderungen am "K.\_\_\_\_\_" vorgenommen. Dass die Figur dadurch in einem anderen Zusammenhang erscheint, ist irrelevant (Urk. 31 S. 35) 7. Erstmals erhobener Vorwurf, der mit Nichtwissen bestritten wird und die Ausschliesslichkeitsklausel nicht tangiert, da die Hintergründe von den Klägern gezeichnet wurden (Urk. 31 S. 35) Eine Zuordnung der mit den Nummern 1 bis 253 versehenen Abbildungen zu denen einzelnen Gruppen nahmen die Kläger nicht vor. Die Beklagte hat zu den mit den Nummern 1 bis 253 versehenen Abbildungen im Einzelnen Stellung genommen (Urk. 31 S. 36 bis S. 53). Im Sinne eines Zwischenfazit qualifiziert sie die Vorwürfe der Kläger als haltlos. Sie hielt dafür, die Zeichnungen, die bloss Hintergrundelemente oder Requisiten betreffen, die aus dem Jahre 2007 und aus der Zeit nach der Kündigung stammten oder die in den Verantwortungsbereich der Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_ fielen, müssten von den angeblich über 250 vertragswidrigen Zeichnungen abgezogen werden. Danach würden weniger als 20 Zeichnungen bzw. Animationen verbleiben, bei denen an der Figur des "K.\_\_\_\_\_" Änderungen von Dritten vorgenommen worden seien. Sämtliche dieser Änderungen würden unbedeutende Details betreffen, die weder vom Publikum noch vom Fachmann zur Kenntnis genommen würden. Auch handle es sich bei Vielen der betroffenen Zeichnungen um schlichte Versehen. In allen diesen Fällen hätte kei-

- 44 - ne Neuzeichnung angefertigt, sondern lediglich die gesamte Figur mit allen Gliedmassen kopiert werden müssen. Insgesamt sei nie eine ganze Figur von Dritten neu gezeichnet worden; auch sei es nie zu Veränderungen gekommen, die den Charakter einer

Figur verändert hätten (Urk. 31 S. 53). 12.5.3 Gemäss den obigen Ausführungen (Erw. III/9.3) sind diese sog. nachgeschobenen Kündigungsgründe auf ihre Berechtigung hin zu prüfen. Dabei fällt zunächst auf, dass die Figur des "K.\_\_\_\_\_" nur durch Zeichnungen aus den Gruppen 1, 2 und 5 tangiert wird. Bei den mit den Nummern 1 bis 253 versehenen Abbildungen überwiegen wiederum diejenigen Beanstandungen, die nicht die Figur des "K.\_\_\_\_\_" im engeren Sinn beschlagen. Rügen wie "Gestik/Pose ergibt keinen Sinn", "Illustration ist für diesen Zweck überhaupt nicht geeignet", "Bildkomposition ist dilettantisch", "Hintergrundteile sind verändert", "Hintergrundteile sind dilettantisch, stilistisch und perspektivisch falsch gezeichnet" sowie "qualitativ ungenügende Zeichnungen (Verwendung von Vektordaten statt Pixeldaten)" erfolgen unberechtigterweise. Soweit andere Charaktere, Kostüme und Requisiten bzw. deren Verbindung mit dem "K.\_\_\_\_\_" beanstandet wurden, können sich weder die Kläger noch die Beklagte auf eine klare Sach- und Rechtslage berufen. Auch hier gilt, dass sowohl die Kläger als auch die Beklagte bzw. die Nebenintervenientin gute Gründe für ihren Rechtsstandpunkt vorzutragen vermögen. Um Requisiten handelt es sich auch bei den in den Abbildungen 16-19 enthaltenen Illustrationen (Münze bzw. Baumhaus mit K'.\_\_\_\_\_ als Sujet). Von den verbleibenden Illustrationen, die den "K.\_\_\_\_\_" betreffen, wurden die Abbildungen 5, 7, 20, 32, 36-39, 149, 212, 228, 229-232, 241 und 242 bereits diskutiert (Erw. III/12.4). Sinngemäss behandelt wurden ebenfalls die Abbildungen 238-240, die den "K.\_\_\_\_\_" mit einem "amputierten" Schwanz zeigen. Wie die Beklagte geltend macht, dürfte es sich dabei um einzelne Versehen handeln, die keine Zusatzaufträge zur Folge gehabt hätten (Urk. 31 S. 52 zu Nr. 238-240). Jedenfalls wurde dieser Darstellung seitens der Kläger in der Tripplik nicht widersprochen (Urk. 38 S. 32). Damit verbleiben die nachfolgend zu würdigenden Abbildungen: a) Mit den Abbildungen 1-4 und 6-15 beanstanden die Kläger als erstes "krassestes Beispiel" (Urk. 25 S. 59) überaus schlechte Zeichnungen des

- 45 - "K.\_\_\_\_\_" (Urk. 25 S. 59). Die Beklagte entgegnet, die Illustrationen seien in dieser Form nie veröffentlicht worden. Es handle sich um Grobskizzen der Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_, die als Vorlage für die Kläger zu Instruktionzwecken angefertigt worden seien (Urk. 31 S. 25: "Platzhalterillustrationen", S. 33 f., S. 36). Die Kläger bestritten, dass es sich um Platzhalterillustrationen handelt; es handle sich klarerweise um Kundenskizzen des "K.\_\_\_\_\_", die von der Werbeagentur erstellt und dazu verwendet worden seien, um der Beklagten die Ideen zu präsentieren (Urk. 38 S. 24 f.). Wie bereits erwogen wurde, gilt die Ausschliesslichkeit gemäss dem Wortlaut von Ziffer 16 RV "für sämtliche Medien". Dies setzt voraus, dass die Illustration für die Öffentlichkeit bzw. für den Markt bestimmt ist. Daraus kann mit Fug abgeleitet werden, für interne Zwecke, nicht an das Publikum gerichtete Zeichnungen gelte die Ausschliesslichkeitsklausel nicht. Ansonsten könnte in einer arbeitsteiligen Werbebranche gar nicht mehr gearbeitet werden. Die Abbildungen 1-4 unterscheiden sich im Übrigen dermassen vom "K.\_\_\_\_\_" der Kläger, dass nicht einmal mehr von einem Werk zweiter Hand bzw. einer Bearbeitung gesprochen werden kann. Vielmehr liegt eine freie Benutzung vor. b) aa) Mit den Abbildungen 67-96 beanstanden die Kläger – als zweites "krassestes Beispiel" (Urk. 25 S. 59) – Illustrationen, die für Internetanimationen bzw. Animationsfilme hergestellt wurden. Insbesondere wird bemängelt, die vorgeschriebenen Formen und Proportionen seien in keiner Art und Weise übernommen worden (Urk. 27/58/71-96), Körperteile (Augendeckel, Knie, Beine) seien falsch gezeichnet (Urk. 27/58/67), Animationen seien unlogisch/fehlerhaft angeschnitten, unprofessionell freigestellt und unsauber/schlampig gezeichnet (Urk. 27/58/68+69); der

K'.\_\_\_\_\_ renne bei sämtlichen Animationen im Passgang statt im Wechselgang (Urk. 27/58/70). bb) Die Beklagte hielt dem in der Duplik entgegen, die Veränderung des "K.\_\_\_\_\_" in Abb. 67 seien lediglich marginal und für den Durchschnittsbetrachter nicht erkennbar. Bei einer animierten Internetgrafik seien solche Details in Kauf zu nehmen. In den Abb. 68 und 69 sei der "K.\_\_\_\_\_" nicht verändert worden; der behauptete unlogische Anschnitt der Animationen sei irrelevant, das angebliche unprofessionelle Freistellen der Figur stelle keine Veränderung dar. Bei den Abb.

- 46 - 70 bis 96 handle es um einzelne Bilder einer Computeranimation im Internet. Bei solchen Internetanimationen könne aus Kostengründen nicht für jedes Bild eine Reinzeichnung erstellt werden. Soweit bekannt sei G'.\_\_\_\_\_ für alle diese Bilder verantwortlich gewesen. Die Vorgaben der Kläger seien, soweit dies technisch realisierbar gewesen sei, bestmöglich umgesetzt worden. Die gerügten Mängel seien für den Durchschnittsbetrachter nicht erkennbar. Die Mitarbeiter der Neben- intervenientin hätten früh versucht, die Meinungsverschiedenheiten zwischen den Klägern und G'.\_\_\_\_\_ zu schlichten. Soweit die Beklagte informiert sei, sei dies auch gelungen. Es werde bestritten, dass die Illustrationen 2009 noch relevant gewesen seien (Urk. 31 S. 41 f.). cc) Darauf ergänzten die Kläger in der Triplik, sie seien im März 2008 von der Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_ dahingehend informiert worden, dass zwei Werbefilme produziert würden, mit deren Umsetzung die I.\_\_\_\_\_ ag beauftragt werde. An- llässlich einer Sitzung vom 7. März 2008 hätten die Kläger mit der Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_ in Anwesenheit von Mitarbeitern der I.\_\_\_\_\_ ag vereinbart, dass die Animationsfilme in einer traditionellen 2D-Technik realisiert würden und erst nach erfolgter Zustimmung der Kläger veröffentlicht werden dürften; die Kläger seien an dieser Sitzung auch beauftragt worden, die Qualität der von der I.\_\_\_\_\_ ag zu produzierenden Filme zu überwachen, um Verstöße gegen das den Klägern zu- stehende Recht bezüglich Illustration und Veränderung der Figur zu vermeiden. Nachdem anfänglich die von den Klägern gewünschten Korrekturen – wenn auch unzureichend – vorgenommen worden seien, seien die Kläger in der Folge ein- fach übergangen worden, indem die I.\_\_\_\_\_ ag die Filme in schlechter Qualität und nicht in der vereinbarten 2D-Trickfilmtechnik fertig gestellt und ohne Zustim- mung der Kläger im Internet veröffentlicht habe. Die Werbeagentur H'.\_\_\_\_\_ habe Interventionen der Kläger mit der Begründung zurückgewiesen, sie sei davon ausgegangen, dass die I.\_\_\_\_\_ ag den Film den Klägern vorab zugestellt habe und deren Korrekturen in das Endresultat eingeflossen seien. Für Korrekturen sei es unter Kosten-Nutzen-Aspekten nunmehr zu spät (Urk. 38 S. 17 ff.). dd) In der Stellungnahme zur Triplik widersprach die Beklagte dieser Dar- stellung und trägt vor, die Kläger seien offensichtlich damit einverstanden gewe-

- 47 - sen, dass die I.\_\_\_\_\_ ag beigezogen worden sei, um die beiden E.\_\_\_\_\_ - Werbefilme grafisch umzusetzen. Die Kläger hätten sich einzig daran gestört, wie diese Umsetzung erfolgt sei, weshalb ihnen ausnahmsweise zugesichert worden sei, die Arbeiten der I.\_\_\_\_\_ ag begleiten zu dürfen. Über eine eigentliche Ent- scheidkompetenz hinsichtlich der Qualität hätten die Kläger nicht verfügt; dies ha- be der Beklagten bzw. den von ihr beauftragten Werbeagenturen obliegen. Die von den Klägern behaupteten Vereinbarungen würden bestritten. Die von den Klägern behaupteten Mängel der Trickfilmfiguren seien daher irrelevant. Ohnehin hätten die Kläger das Resultat der Werbefilme mit ihrer E-Mail vom 20. März 2008 (Urk. 40/69) letztlich gebilligt und sich lediglich das Recht vorbehalten, bei der Realisierung zukünftiger Filme vorgängig noch einmal zusammensitzen und andere Lösungen zu besprechen (Urk. 45 S. 11). ee) Es kann offen gelassen werden, ob die

Ausführungen der Kläger in der Triplik novenrechtlich noch zuzulassen sind (§ 114 f. ZPO/ZH). Zunächst ist der Beklagten darin beizupflichten, dass sich die Kläger mit der Realisation von Filmen durch Dritte einverstanden erklärten, was zwangsläufig dazu führte, dass Dritte bei der graphischen Umsetzung Veränderungen an der Figur des "K.\_\_\_\_s" vornehmen mussten, die nicht als Verletzung von Ziff. 16 RV gewertet werden können. Die Beklagte verweist auch zu Recht auf die E-Mail vom 20. März 2008, worin sich der Kläger 1 gegenüber der Werbeagentur H'.\_\_\_\_ über die von der I.\_\_\_\_ ag gemachten Verbesserungen zwar noch nicht befriedigt zeigte, zugleich aber anfügte: "Für weitere Filme sollten wir wirklich mal zusammensitzen und andere Möglichkeiten besprechen" (Urk. 40/69; Hervorhebung durch das Gericht). Aus dieser Äusserung, die in Kopie auch dem Kläger 2 übermittelt wurde, konnte mit Fug geschlossen werden, der Kläger 1 – und mangels Widerspruchs auch der Kläger 2 – wolle es für dieses Mal beim erreichten Resultat bewenden lassen und beabsichtige lediglich, für zukünftige Filme Verbesserungen zu erzielen. Dies war umso mehr der Fall, als diese E-Mail im Gegensatz zu der nach Publikation verfassten E-Mail vom 9. April 2008 keine weiteren "zu erledigenden Korrekturen" aufführte (Urk. 4/70). Erklärten sich die Kläger mit der Publikation der Bilder bzw. der Filme ohne weitere Korrekturen einverstanden, trifft der vom Kläger 1 in der E-Mail vom 9. April 2008 nach Aufschaltung im Inter-

- 48 - net gemachte Vorwurf, die Filme seien nie von den Klägern abgesehnet worden (Urk. 40/70), nicht zu. Die Kläger führten den Sachverhalt mit den Werbefilmen, den sie nun als krassen Eingriff werten, weder im Abmahnungsschreiben vom 17. Februar 2009 noch im Kündigungsschreiben vom 12. März 2009 als Kündigungsgrund an. Dies lässt darauf schliessen, dass die Kläger die Publikation der Bilder/Animationen im Zeitpunkt der Kündigung nicht als Verletzung des Rahmenvertrags werteten. ff) Darüber hinaus hat in diesem Fall nicht die Nebenintervenientin für die von der I.\_\_\_\_ ag abgelieferte Arbeit oder für angebliche Versäumnisse der H'.\_\_\_\_ Werbeagentur einzustehen. Die Nebenintervenientin haftet nur für Personen, welche gemäss ihren Weisungen im Rahmen der Vertragserfüllung tätig werden (BK-Weber, N 42 zu Art. 101 OR). In diesem Fall haben die Kläger für die Realisation der Werbefilme direkt Vereinbarungen mit der Werbeagentur H'.\_\_\_\_ und der I.\_\_\_\_ ag getroffen (Urk. 38 S. 18 f.), ohne die Nebenintervenientin einzubeziehen. Diese Absprachen gehen dem Rahmenvertrag vor, so dass die I.\_\_\_\_ ag bzw. die Werbeagentur H'.\_\_\_\_ in dieser Hinsicht nicht mehr als Hilfspersonen der Nebenintervenientin erscheinen. Damit entfallen auch die als krasse Beispiele von Eingriffen angeführten Abbildungen 67-96 als Grund für die Kündigung des Rahmenvertrags. c) Die Kläger rügen, die "Wasserfall-" und "See-Test-Hintergrundteile" auf den Abbildungen 143, 144 und 147 seien von der Nebenintervenientin als unbrauchbar qualifiziert und daher nicht bezahlt worden. Solche unfertigen und unbezahlten "Test-Hintergrundteile" seien trotzdem publiziert worden (Urk. 27/58 Ziff. 7). Die Beklagte bestritt, dass es sich bei den Hintergründen um Test-Illustrationen handelt, die nicht hätten veröffentlicht werden dürfen (Urk. 31 S. 45 zu Nr. 143-144 und 147). Die Kläger haben der Nebenintervenientin nicht wegen Verletzung von Zahlungsverpflichtungen sondern wegen "vertragswidrigen grafischen Darstellungen" und Verletzung der Ausschlussklausel gekündigt (Urk. 6/32+33). Die "Wasserfall-" und "See-Test-Hintergrundteile" stammen aber von den Klägern. Der innere Zusammenhang zwischen dem nachgeschobenen Kündigungsgrund

- 49 - und dem ursprünglich angerufenen Kündigungsgrund ist nicht gegeben (vgl. Erw. III/9.3). Überdies haben die Kläger weder behauptet, noch belegt, dass die Nebenintervenientin ihren Zahlungspflichten trotz Mahnung unter Ansetzung einer Nachfrist von zehn Tagen (vgl. Ziff. 22 lit. c RV) nicht nachgekommen ist. Mit dem Vorwurf der unerlaubten Publikation von unbezahlt gebliebenen Illustrationen lässt sich die Kündigung nicht begründen. d) Damit verbleiben Veränderungen des "K.\_\_\_\_s" in 33 Abbildungen zu beurteilen, nämlich Abb. 21, 23-27, 30, 31, 34, 35, 40, 41, 46, 49, 57, 60-66, 122, 151, 157, 167, 182, 192, 195, 199, 204, 226 und 253. Davon betreffen: - Veränderungen der Arme und/oder der Hände: Abb. 23-26, 30, 31, 34, 49, 57, 64, 65, 66, 182, 192, 195, 199, 204, 226, 253. - Veränderungen des Schwanzes: Abb. 21, 34, 35, 40, 41, 46, 61, 63, 122, 151, 157, 167. - Veränderungen am Kopf oder im Gesicht: Abb. 21 (Gesichtsausdruck), 23- 26 (Kopf), 34 (Kopf), 60 (Augendeckel), 61 (Augendeckel), 62 (Zunge). - andere Veränderungen: Abb. 27 (Pose und Proportionen der Beine) und 30 (dreidimensionale Figurine in Seifenspender). aa) Die Beklagte bestreitet nicht bzw. anerkennt folgende Abweichungen/Veränderungen zur Original-Illustration des "K.\_\_\_\_", hält diese aber für "unbedeutend", "minimal", "marginal", "für den Durchschnittsbetrachter nicht erkennbar" und "bereits im Jahre 2007 beanstandet": Abb. 21 (Gesicht, Schwanz), 23-26 (Arm und Kopf bzw. K'.\_\_\_\_-Pose), 27 (Pose und Proportionen der Beine), 30 (rechter Arm), 34 (Hände, Arme, Kopf und Schwanz), 40 (Schwanz), 46 (Schwanz), 49 (linke Hand), 57 (linke Hand), 60 (Augendeckel), 62 (Zunge), 63 (Schwänze), 64+65 (Hände), 151 (Schwanz), 157 (Schwanz), 192 (Arme), 199 (Hand) und 226 (Hände verschoben). Davon wurden – worauf die Beklagte zur Recht hinweist – die Abb. 21, 23-26, 34, 40, 46, 49, 60, 64 und 199 bereits im Jahre 2007 gerügt (Urk. 6/27). In einem späteren Zeitpunkt kamen die Abb. 27, 30, 57, 62, 63, 65, 151, 157, 192 und 226 dazu. Werden die Abb. 23-26 und 64+65 als eine Veränderung begriffen, geht es um insgesamt 18 Veränderungen. bb) Die Beklagte bestritt eine Veränderung in folgenden zwölf Fällen:

- 50 - Abb. 30: Die Beklagte ist der Auffassung, die dreidimensionale Figur im Seifenspender habe nicht zwingend nach einer Illustration der Kläger modelliert werden müssen. Der Rahmenvertrag umfasse nur die zeichnerische Umsetzung des E.\_\_\_\_-Programms (Urk. 31 S. 37 f.). Der Einwand ist berechtigt. Die Kläger wurden mit der zeichnerischen Verwirklichung des E.\_\_\_\_-Konzepts betraut. Sie hatten Skizzen und Illustrationen anzufertigen. Die Ausschliesslichkeit bezieht sich auf die Illustrationen sowie auf deren Korrekturen und Veränderungen. Die Kläger haben die Urheberrechte an der Figur vorbehaltlich Ziffer 16 RV an die Nebenintervenientin übertragen. Indem Dritte eine dreidimensionale Figur kreieren, verletzen sie die Ausschliesslichkeitsklausel nicht. Abb. 31: Es ist evident, dass der rechte Arm des "K.\_\_\_\_" dem linken Arm angeglichen wurde, um die beiden Kokosnüsse zu halten. Die Bestreitung mit Nichtwissen (Urk. 31 S. 38) hilft der Beklagten nicht. Abb. 35: Die Beklagte wendet ein, die Darstellung des "K.\_\_\_\_" mittels Textilien (hier: eine Mütze) werde vom Rahmenvertrag nicht erfasst (Urk. 31 S. 38). Es wird nicht vollends klar, was die Beklagte meint, wenn sie ausführt, der Rahmenvertrag gelte gemäss Ziffer 1 nur für die "zeichnerische Verwirklichung" des E.\_\_\_\_-Konzepts. Auf die Mütze wurde die Originalzeichnung der Kläger mit verändertem Schwanz aufgedruckt. Gemäss Anhang 1 umfasst das E.\_\_\_\_-Konzept ein Packaging-Design-Konzept und die klassische Kommunikation. Die Ausschliesslichkeit gilt für sämtliche Medien, d.h. Vermittlungssysteme, worunter auch Produkteverpackungen, Werbegeschenke und selbst Produkte zu verstehen sind. Dass die Ausschliesslichkeit für Produkteverpackungen gilt, stellt die Klägerin ja nicht in Frage. Der Schwanz auf der

Mütze hätte gemäss Rahmenvertrag daher von den Klägern abgeändert werden müssen. Abb. 41: Die Beklagte bringt vor, die Figur sei durch die Platzierung auf einer Ta- sche abgeschnitten worden. Die an anderer Stelle hinzugefügte Schwanzspitze stelle keine Veränderung der Figur dar (Urk. 31 S. 39). Die Beklagte übersieht, dass die Schwanzspitze verändert wurde und eine – wenn auch leichte – Verän- derung der Figur vorliegt.

- 51 - Abb. 61: Die Beklagte anerkennt eine marginale Veränderung, macht aber gel- tend die Grafik sei im Zeitpunkt der Kündigung im März 2009 nicht mehr aufge- schaltet gewesen (Urk. 31 S. 41). Die Kläger haben diese Darstellung in der Triplik nicht bestritten, weshalb Abbildung 61 zur Begründung der Kündigung nicht herangezogen werden kann. Abb. 66: Entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 31 S. 41) wurden die Arme des "K.\_\_\_\_s" leicht verändert. Abb. 122: Entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 31 S. 43) wurde der Schwanz leicht verschoben. Abb. 167: Der Schwanz des "K.\_\_\_\_s" wurde weggelassen, wobei den Beklag- ten beizupflichten ist, dass diese Änderung keine neue Zeichnung bedingt hätte (Urk. 31 S. 47). Abb. 182: Entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 31 S. 48) wurde der "K.\_\_\_\_" leicht verändert, indem der Mittelfinger der rechten Hand weggelassen wurde, um mit den neuen Requisiten zu korrespondieren. Abb. 195: Die Kläger rügten, dass der K'.\_\_\_\_ über keinen linken Arm mehr ver- füge. Die Beklagte ist der Meinung, der linke Arm sei auch auf der Originalzeich- nung vom Körper abgetrennt und vorliegend wegen dem rechten Bildrand wegge- lassen worden (Urk. 31 S. 62). Dem kann nicht beigeplichtet werden. Einerseits ist im Original der linke Arm nicht vom Körper abgetrennt, sondern wird von einem Salzstängel verdeckt; andererseits hätte auf der beanstandeten Abbildung zumin- dest ein Teil des Oberarms Platz gefunden. Insgesamt scheint plausibel, dass ein Zusatzauftrag hätte erteilt werden müssen. Abb. 204: Entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 31 S. 49) wurde die rech- te Hand verschoben. Abb. 253: Entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 31 S. 53) wurden Arme und Hände des "K.\_\_\_\_s" leicht verändert.

- 52 - Somit tangieren die Abb. 31, 35, 41, 66, 122, 167, 182, 195, 204 und 253 den Ausschliesslichkeitsanspruch der Kläger. Davon wurden – worauf die Beklag- te zur Recht hinweist – die Abb. 31, 41, 167 und 182 bereits im Jahre 2007 gerügt (Urk. 6/27). In einem späteren Zeitpunkt kamen die Abb. 35, 66, 122, 195, 204 und 253 dazu. cc) Es ergibt sich, dass 28 (18 + 10) von 253 mit der Replik eingereichten Abbildungen Änderungen am "K.\_\_\_\_" beinhalten. Davon wurden 13 Verände- rungen bereits im Jahre 2007 gerügt. 12.5.4 Unter Berücksichtigung selbst einfacher Weglassungen (Abb. 166, 182) unterblieben bis zur Kündigung insgesamt 35 (7 + 28) Zusatzaufträge zufol- ge Veränderung des "K.\_\_\_\_". Insoweit ist die Darstellung der Beklagten, es würden weniger als 20 Zeichnungen bzw. Animationen verbleiben, bei denen von Dritten Änderungen an der Figur des "K.\_\_\_\_" vorgenommen worden seien (Urk. 31 S. 53), zu korrigieren. 12.6.1 Die Kläger tragen vor, die unbefugte Verwertung ihrer Figuren durch Dritte sei auch nach Beendigung des Rahmenvertrags am 12. März 2009 und nach Benachrichtigung der Beklagten am 17. April 2009 in grossem Umfang wei- tergegangen, was zahlreiche Beispiele belegten (Urk. 25 S. 62, Urk. 27/61). 12.6.2 Die von den Klägern eingereichten Beispiele beschlagen nur in zwei Fällen des Figur des "K.\_\_\_\_". In den weiteren sieben Abbildungen werden wei- tere Charaktere, Requisiten, Kostüme, Hintergrundteile und Bildkompositionen beanstandet (Urk. 27/61). 12.6.3 Sachverhalte, die sich nach der Kündigung vom 12. März 2009 ereig- neten, können zur Begründung der Kündigung nicht herangezogen werden. Nach- träglich eingetretene Gründe können eine neue Kündigung

rechtfertigen, vermögen aber eine zuvor ausgesprochene Kündigung nicht zu stützen (Venturi – Zen-Ruffinen, a.a.O., N 490 ff., N 1152; Hilty, a.a.O., S. 990). 12.6.4 Die eingeklagten ausservertraglichen Ansprüche lassen sich lediglich auf Sachverhalte abstützen, die sich bis zum 31. Dezember 2009 zugetragen ha-

- 53 - ben. Die Ausschliesslichkeitsklausel kann zwar für die gesamte Dauer des Rahmenvertrags Gültigkeit beanspruchen. Erweist sich die Kündigung der Kläger aber als unwirksam, sind die Urheberrechte per 31. Dezember 2009 definitiv auf die Nebenintervenientin übergegangen (Ziff. 18 RV). Zudem haben die Kläger mit dem definitiven Übergang endgültig darauf verzichtet, sich einer Veränderung der Figuren zu widersetzen (Ziff. 19 RV). Eine nach dem 31. Dezember 2009 erfolgte Verletzung der Ausschliesslichkeitsklausel führte ausschliesslich zu reparatorischen Ersatzansprüchen gegenüber der Nebenintervenientin. Zudem beendete die Beklagte die Zusammenarbeit mit der Nebenintervenientin per 28. September 2010 (Urk. 27/62), weshalb Rahmenvertrag und Ausschliesslichkeitsklausel spätestens auf diesen Zeitpunkt hin dahinfielen (Ziff. 21 lit. b RV). Die Kläger haben in ihrer Replik vom 10. Januar 2011 nicht weiter präzisiert, in welchem Zeitpunkt die als Urk. 27/61 eingereichten Abbildungen entstanden bzw. publiziert worden sind. Es kann nicht festgestellt werden, ob sie vor oder nach dem 31. Dezember 2009 bzw. 28. September 2010 angefertigt oder als Werbemittel eingesetzt wurden.

## **E. 20**

April 2009 abzielt, bezifferten die Kläger mit Fr. 500'000.– (Urk. 2 S. 15). Anlässlich der Referentenaudienz führte der Kläger 1 aus, für die in den Schreiben vom 17. Februar 2009 und 12. März 2009 enthaltenen Vertragsverletzungen hät-

- 56 - ten über Fr. 100'000.– in Rechnung gestellt werden können (Prot. I S. 6). Ob diese pauschale Behauptung zutrifft, erscheint fraglich. Für 36 "Internetänderungen" wurde den Klägern im Jahre 2008 nachweislich Fr. 4'115.70 vergütet, wobei der Kläger 1 darauf hinwies, dass für Printverpackungen und Plakate gemäss Rahmenvertrag ganz andere Preise gelten würden (Prot. S. 8, Urk. 14/32), was insofern nicht nachvollzogen werden kann, als der Rahmenvertrag in Ziffer 15.1.2 nicht zwischen herkömmlichen und elektronischen Medien, sondern zwischen Standardfiguren (Pauschalen [Ziff. 15.1.2 lit. c RV]), Ergänzungen (Aufwandentschädigung [Ziff. 15.1.2 lit. d RV]) und Änderungen an Figuren (Aufwandentschädigung [Ziff. 15.1.2 lit. e RV]) unterscheidet. Auch wird aus dem klägerischen Parteivortrag nicht ersichtlich, welche der obgenannten 35 Abbildungen "Internetänderungen" und welche "Printverpackungen und Plakate" betreffen. Jedenfalls die Abb. 21, 23-26, 34, 46, 63, 64, 122, 151, 167, 182 und 199 wären als preiswerte Internetänderungen zu qualifizieren, was 24 vergütungspflichtige weitere Abbildungen übriglässt. Da es sich dabei um Änderungen an bereits erstellten Figuren handelt, wären diese Änderungen nach Aufwand zu vergüten gewesen (Ziff. 15.1.2 lit. e RV), was eine Schätzung von entgangenem bzw. erzieltm Gewinn schwierig macht. Die Beklagte betonte, dass sie ein neues Kinderprogramm konzipieren und aufbauen sowie für die in der Vergangenheit liegende Nutzung der Figuren eine Entschädigung bezahlen müsste, wenn sie die Figuren nicht mehr benutzen könnten. Auch würde die Nebenintervenientin ihr gegenüber schadenersatzpflichtig, was für diese dramatische Konsequenzen hätte. Demgegenüber bestehe das Interesse der Kläger einzig darin, minimale Abänderungen von Figuren zu unterbinden, obwohl solche Änderungen ab 2010 unter Umständen ohnehin durch beliebige Dritte hätten vorgenommen werden können (Urk. 31 S. 58). Ob

die Nebenintervenientin im Falle einer Klagegutheissung schadenersatz- pflichtig würde, ist möglich, steht aber nicht fest: Zwar gewährleistete die Neben- intervenientin gegenüber der Beklagten den rechtmängelfreien Gebrauch des "K.\_\_\_\_\_" (Urk. 14/11 Ziff. 2 und 3). Andererseits waren Änderungen des "K.\_\_\_\_\_" durch die Beklagte nur nach Absprache mit der Nebenintervenientin

- 57 - möglich (Urk. 14/11 Ziff. 7). Ob die Beklagte, G'.\_\_\_\_\_ (in deren Einflussbereich die meisten Veränderungen erfolgten) oder andere Dritte, die weisungsabhängig von der Beklagten arbeiteten, die Zustimmung der Nebenintervenientin für die festgestellten Veränderungen einholten, ist nicht bekannt. Wie ein Schadener- satzprozess ausgehen würde, muss aber nicht weiter abgeklärt werden. Den Klä- gern war bei Vertragsschluss bekannt, dass der "K.\_\_\_\_\_" von der Beklagten als Sympthatrieräger für das neue, langfristige Kinderprogramm "E.\_\_\_\_\_", das auch entsprechende grosse Investitionen erfordert, eingesetzt werden sollte. Die vor- zeitige Beendigung des Rahmenvertrages würde entweder für die Beklagte er- hebliche finanzielle Nachteile mit sich bringen oder die Nebenintervenientin der Gefahr erheblicher Schadenersatzansprüche der Beklagten aussetzen. Auch ein grosser Zeit- und Imageverlust wäre absehbar. Die nachteiligen Folgen, die der Beklagten und der Nebenintervenientin aus der Kündigung erwachsen, überstei- gen das Interesse der Kläger, den Rahmenvertrag wegen entgangener Zusatzauf- trägen von rund Fr. 100'000.– vorzeitig zu beenden. Den Klägern wäre es möglich und zumutbar gewesen, auf der Erfüllung des Rahmenvertrags zu beharren. Die Nebenintervenientin hat sich auf Abmahnung der Kläger hin schon zweimal bereit erklärt, nachträglich Korrekturaufträge zu erteilen und zu bezahlen (Urk. 6/25, 6/27, Prot. S. 7). Nötigenfalls hätten die Kläger den Prozessweg beschreiten müssen, um ihre finanziellen Interessen zu wahren. Es bestehen keine Anhalts- punkte, dass die Nebenintervenientin nach einem gerichtlichen Entscheid ihrer Zahlungspflicht nicht nachgekommen wäre.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.