

**Volltext zu:** MIR 2014, Dok. 096  
**Veröffentlicht in:** MIR 09/2014  
**Gericht:** Schleswig-Holsteinisches OLG  
**Aktenzeichen:** 6 U 74/10  
**Entscheidungsdatum:** 11.09.2014  
**Vorinstanz(en):** BGH, I ZR 143/12; OLG Schleswig, 6 U 74/10; LG Lübeck, 2 O 356/09  
**Bearbeiter:** RA Thomas Gramespacher  
**Permanenter Link zum Dokument:** [http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir\\_dok\\_id=2630](http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=2630)

medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen ausdrücklich nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar.

Inhaltliche oder redaktionelle Fehler vorbehalten.

## SCHLESWIG-HOLSTEINISCHES OBERLANDESGERICHT

### Urteil

### Im Namen des Volkes

#### In dem Rechtsstreit

hat der 6. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig auf die mündliche Verhandlung vom 17. Juli 2014 durch ...

#### für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird im Umfang der Aufhebung der Sache und Zurückverweisung an den Senat durch Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13. November 2013 [MIR 2013, Dok. 097, <http://miur.de/2532>] zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

#### Tatbestand

Die Klägerin ist Diplomdesignerin. Sie ist seit 1998 selbständige Kinderbuchillustratorin und Spielwarendesignerin. Die Beklagte stellt Spielwaren her und vertreibt sie. Sie gehört in der Branche zu den größten Un-

ternehmen Deutschlands. Die Klägerin fertigte für die Beklagte im Jahr 1998 Zeichnungen für einen Tisch-Holzzug mit Waggonen, auf die sich Kerzen und Zahlen aufstecken lassen (Geburtstagszug), für ein Angelspiel und im Jahr 2001 für eine dem Geburtstagszug vergleichbare Tierkarawane (Geburtstagskarawane). Als Honorar erhielt sie für den Geburtstagszug und das Angelspiel je 400 DM netto und für die Geburtstagskarawane 1.102,- DM netto. Für Geburtstagszug und -karawane zeichnete sie im Jahre 2002 zusätzlich aufsteckbare Ziffern (die ursprüngliche Ausstattung bestand nur aus den Ziffern 1 – 6; 7 – 9 kamen nun hinzu). Hierfür erhielt sie insgesamt 54 € netto (Rechnungen s. Anlage K 4 – 7, Bl. 26 – 29 d. A. im Anlagenheft).

Die Klägerin hält die Vergütung angesichts des unstreitig großen Verkaufserfolgs der Artikel für zu gering. Sie beansprucht unter Berufung auf die §§ 32, 32 a UrhG und § 242 BGB eine nachträgliche Erhöhung der Vergütung nach Maßgabe der Verkaufserlöse für die Artikel. Ihr stehe an den Entwürfen ein Urheberrecht zu, weil sie diese, so hat sie behauptet, nach eigenen Vorstellungen freischöpferisch gestaltet habe. Mit ihrer am 19. November 2009 beim Landgericht eingegangenen Klage hat sie die Beklagte auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung über den Verkaufserfolg der Artikel und auf Zahlung von 5 % des vereinnahmten Nettoerlöses und eines mindestens ebenso hohen Anteils des zukünftigen Nettoverkaufspreises in Anspruch genommen.

Die Beklagte hat unter Klagabweisungsantrag bestritten, dass die Zeichnungen eigene Entwürfe der Klägerin darstellten. Tatsächlich habe die Klägerin nur Ideen ihres, der Beklagten, geschäftsführenden Gesellschafters G. zeichnerisch umgesetzt. Unabhängig davon stellten die Entwürfe keine urheberrechtlich geschützten Werke dar, weil ihnen die notwendige schöpferische Gestaltungshöhe fehle, ab der Werke nach höchstrichterlicher Rechtsprechung erst dem Urheberrechtsschutz unterfielen. Etwaige Ansprüche der Klägerin seien jedenfalls verjährt. Die Klägerin wisse seit einem Gespräch im Frühjahr 2003 von dem großen Verkaufserfolg des Geburtstagszugs und der Geburtstagskarawane.

Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Weder die von der Klägerin gefertigten Arbeiten noch die von der Beklagten hergestellten Artikel genossen urheberrechtlichen Schutz, weil ihnen die für Werke der angewandten Kunst notwendige Gestaltungshöhe fehle. Die von der Klägerin gefertigten Arbeiten seien auch nicht als technische Zeichnungen und damit nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG geschützte Werke zu qualifizieren, weil die Beklagte die Zeichnungen nicht übernommen habe, sondern diese der anschließenden Produktion der Artikel gedient hätten. Die Klägerin habe schließlich keinen Auskunfts- und Vergütungsanspruch nach § 242 BGB. Die Parteien hätten Werkverträge über nicht urheberrechtlich geschützte Werke geschlossen. Die danach erbrachten Leistungen der Klägerin habe die Beklagte vergütet.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche in vollem Umfang weiter. In der Berufungsbegründung legt sie zunächst ausführlich dar, dass der Tatbestand des angefochtenen Urteils unvollständig und tendenziös sei (Bl. 266-276 d. A.). Sie legt sodann dar, dass an der höchstrichterlichen Rechtsprechung, nach der für Werke der angewandten Kunst eine besondere Gestaltungshöhe erforderlich sei, jedenfalls mittlerweile nicht mehr festgehalten werden könne. Die Klägerin meint allerdings, dass ihre Arbeiten selbst nach dieser Rechtsprechung Urheberrechtsschutz genießen, weil sie durchaus eine überdurchschnittliche Gestaltungshöhe erkennen ließen. Zumindest, so meint sie, hätte das Landgericht ihnen den Schutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 Urheberrechtsgesetz als technische Zeichnungen zubilligen müssen.

Die Klägerin verweist ferner auf ihren Vortrag, dass die Beklagte bis heute ihr, der Klägerin, Logo „Heike ©“ verwende und damit ihre Urheberschaft anerkenne, zumindest einen entsprechenden Rechtsschein gesetzt habe. Damit habe sich das Landgericht ebensowenig auseinandergesetzt wie mit der Anspruchsgrundlage des § 9 Abs. 1 GeschmMG, aus dem sich nicht nur ein Anspruch auf Übertragung und Löschung des Geschmacksmusters, sondern auch auf Auskunft aus Schadensersatz wegen entgangener Lizenzgebühren ergebe.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Das Landgericht sei zu Recht der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung gefolgt, wonach urheberrechtliche Schutzfähigkeit im Bereich der angewandten Kunst hohe Anforderungen an die Gestaltungshöhe stelle und einen weit überdurchschnittlichen schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad verlange. Die für einen urheberrechtlichen Schutz nach dieser Rechtsprechung erforderliche überdurchschnittliche Eigentümlichkeit fehle den von der Klägerin entworfenen Produkten. Vergleichbare Gestaltungen fänden sich bei vielen Holzspielzeugsortimenten. Ebenso wenig unterlägen die Arbeiten der Klägerin dem Urheberrechtsschutz für technische Zeichnungen. Die Verwendung des Logos der Klägerin begründe nach § 10 UrhG eine Urhebervermutung, aber nicht einen Rechtsschein dahin, dass überhaupt Urheberrechtsschutz bestehe. Einen Anspruch aus § 9 GeschmMG habe das Landgericht nicht prüfen müssen, weil die Klägerin keine aus dieser Norm herleitbaren Rechtsfolgen geltend gemacht habe.

Der Senat hat die Berufung mit Urteil vom 22. Juni 2012 zurückgewiesen. Zur Begründung hat er ausgeführt:

Ansprüche aus den §§ 36 UrhG a. F., 32a und 32 UrhG n. F. – den einzigen in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen – seien zwar nicht verjährt. Die Voraussetzungen lägen jedoch nicht vor. Die von der Klägerin angefertigten Entwürfe seien nicht als Werke der angewandten Kunst im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG geschützt. Urheberrechtlich geschützt seien nur Erzeugnisse mit einem nicht zu geringen Grad an Gestaltungshöhe, an die nach der hergebrachten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für Werke der angewandten Kunst hohe Anforderungen gälten. Diese erfüllten die Entwürfe der Klägerin nicht. Auf eine mögliche Änderung der Rechtsprechung infolge der Reform des Geschmacksmusterrechts im Jahre 2004 komme es nicht an. Sie führte nicht zu einer Neubewertung der bereits in den Jahren zwischen 1998 und 2002 geschaffenen Entwürfe. Ein Anspruch ergebe sich auch nicht aus einem urheberrechtlichen Schutz der Entwürfe als Darstellungen technischer Art nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG. Nach dieser Vorschrift sei nur die Form der Darstellung, nicht aber ihr technischer Inhalt geschützt. Deshalb ergebe sich aus ihr kein Schutz gegen den Nachbau des Dargestellten, wie es die anhand der Entwürfe gefertigten Artikel der Beklagten aber darstellten.

Die Revision der Klägerin hatte im Wesentlichen Erfolg. Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 13. November 2013 - I ZR 143/12 - (im Folgenden: Revisionsentscheidung, *[MIR 2013, Dok. 097, <http://miur.de/2532>]*) zwar die Auffassung des Senats gebilligt, dass die Klägerin keine Ansprüche aus § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG herleiten könne. Auch lasse die Wertung des Senats, dass den von der Klägerin gefertigten Zeichnungen nach der hergebrachten Rechtsprechung kein urheberrechtlicher Schutz zukomme, keinen Rechtsfehler erkennen. Der Senat habe jedoch zu Unrecht angenommen, dass eine etwaige Rechtsprechungsänderung im vorliegenden Fall nicht zu berücksichtigen sei.

Der Bundesgerichtshof halte nicht mehr daran fest, dass der Urheberrechtsschutz für Werke der angewandten Kunst, die einem Geschmacksmusterschutz zugänglich seien, ein deutliches Übertreten der Durchschnittsgestaltung voraussetze. An den Urheberrechtsschutz von Werken der angewandten Kunst seien grundsätzlich keine anderen Anforderungen zu stellen als an den Urheberrechtsschutz von Werken der zweckfreien Kunst. Es genüge daher, dass sie eine Gestaltungshöhe erreichten, die es nach Auffassung der für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise rechtfertige, von einer „künstlerischen“ Leistung zu sprechen (Rn. 26). Eine Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung sei zwar nicht durch das Urheberrecht der Europäischen Union geboten. Sie erscheine jedoch im Blick auf die Neugestaltung des Geschmacksmusterrechts erforderlich. Nach neuem Recht bestehe kein Stufenverhältnis mehr zwischen Geschmacksmusterrecht und Urheberrecht in dem Sinne, dass das Geschmacksmusterrecht den Unterbau eines wesensgleichen Urheberrechts bilde. Mit einem solchen Stufenverhältnis ließen sich die erhöhten Anforderungen an den Urheberrechtsschutz von Werken der angewandten Kunst daher nicht mehr begründen. Geschmacksmuster- und Urheberrechtsschutz könnten vielmehr nun nebeneinander bestehen. Allerdings stelle sich bei Gebrauchsgegenständen, die aufgrund ihres Gebrauchszwecks bestimmte Gestaltungsmerkmale aufweisen müssten, in besonderem Maße die Frage, ob sie über das notwendige Maß hinaus künstlerisch gestaltet seien und diese Gestaltung eine Gestaltungshöhe erreiche, die Urheberrechtsschutz rechtfertige. Darüber hinaus sei zu beachten, dass eine zwar Urheberrechtsschutz begründende, gleichwohl aber geringe Gestaltungshöhe zu einem entsprechend engen Schutzbereich des betreffenden Werkes führe.

Für die Zeit bis zum Inkrafttreten des Geschmacksmusterreformgesetzes am 1. Juni 2004 hat der Bundesgerichtshof der Beklagten jedoch Vertrauensschutz zugebilligt. Bis zu diesem Zeitpunkt sei das Vertrauen der Beklagten auf die langjährige Rechtsprechung, die der Bundesgerichtshof nunmehr allein wegen der Änderung des Verhältnisses von Urheber- und Geschmacksmusterrecht aufgabe, schützenswert. Ergänzend hat der Bundesgerichtshof darauf hingewiesen, dass sich der Anspruch auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung durchaus auch auf die Zeit vor dem 1. Juni 2004 erstrecken könne, weil bei der Prüfung des Missverhältnisses zwischen der Gegenleistung für die Entwürfe und den Vorteilen aus deren Nutzung für die Beklagte sämtliche Erträge und Vorteile zu berücksichtigen seien.

Der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung des Senats nach Allem überwiegend aufgehoben und zur neuen Entscheidung über den Anspruch auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung für die nach dem 1. Juni 2004 vorgenommenen Verwertungshandlungen zurückverwiesen. Er hat dabei auch die Beantwortung der Frage, ob die Entwürfe der Klägerin den geringeren Anforderungen entsprächen, die nunmehr an die Gestaltungshöhe von Werken der angewandten Kunst zu stellen seien, der Beurteilung des Senats als Tatsachenrichter überlassen.

Nach Zurückverweisung der Sache beantragt die Klägerin,

1. das angefochtene Urteil vollständig aufzuheben;

2. die Beklagte zu verurteilen,

a) Auskunft zu geben und Rechnung darüber zu legen, wie viele Exemplare der von ihr vertriebenen Artikel „Geburtstagszug“ (Artikel Nr. GK 106), „Angelspiel“ (Artikel Nr. WEG 600), „Geburtstagskarawane“ (Artikel Nr. GK 108) zu welchen Preisen die Beklagte verkauft hat oder durch Dritte hat verkaufen lassen, für jedes Jahr seit dem Erscheinen getrennt,

b) erforderlichenfalls die Richtigkeit ihrer Angaben an Eides statt zu versichern,

c) an sie ein Nutzungsentgelt nach Ermessen des Gerichts, wenigstens jedoch in Höhe von 5 % des mit dem Verkauf der Werke gemäß dem Antrag zu Ziff. 2. a) von der Beklagten vereinnahmten Nettoerlöses zu zahlen, mit der Maßgabe, dass eine Zahlung nur für solche Verwertungshandlungen gefordert wird, die ab dem 1. Juni 2004 vorgenommen worden sind.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen R. über das von der Beklagten behauptete Gespräch im Frühjahr 2003 (vgl. Sitzungsniederschrift vom 17. Juli 2014).

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung hat keinen Erfolg, soweit nach Teilaufhebung des Senatsurteils und Zurückverweisung an den Senat erneut darüber zu entscheiden war.

I. Der Klägerin steht ein Auskunftsanspruch nicht zu.

Einem Urheber steht nach gefestigter Rechtsprechung zur Durchsetzung seiner Ansprüche auf nachträgliche Anpassung der Vergütung ein Auskunftsanspruch zu, wenn auf Grund nachprüfbarer Tatsachen klare Anhaltspunkte für einen Anspruch auf urheberrechtliche Vergütungsanpassung bestehen. Der Berechtigte kann dann nach § 242 BGB Auskunftserteilung und gegebenenfalls Rechnungslegung (§ 259 BGB) verlangen, um im Einzelnen die weiteren Voraussetzungen dieses Anspruchs ermitteln und die zu zahlende Vergütung berechnen zu können (BGH GRUR 2012, 1248, 1251 Rn. 35 - Fluch der Karibik; BGH GRUR 2012, 496, 497 Rn. 11 - Das Boot; BGH GRUR 2002, 602, 603 Ziff. 2 a - Musikfragmente). Die Voraussetzungen eines Auskunftsanspruchs liegen hier für keinen der streitgegenständlichen Entwürfe vor.

#### **1. Angelspiel**

Ein Anspruch auf Auskunft besteht nicht, weil kein urheberrechtlicher Anspruch auf Vergütungsanpassung besteht.

a) Ein Anspruch aus § 36 UrhG a. F. kommt nicht in Betracht. Die Vorschrift könnte einen Vergütungsanspruch nur für die Zeit bis zum Eingreifen der Nachfolgevorschrift des § 32a UrhG am 28. März 2002 begründen (vgl. § 132 Abs. 3 S. 2 UrhG). Aufgrund der Revisionsentscheidung steht jedoch rechtskräftig fest, dass der Klägerin frühestens seit dem 1. Juni 2004 ein Anspruch auf weitere Vergütung zustehen kann. § 32 UrhG n. F. ist von vornherein nicht anwendbar. Die Vorschrift gilt nur für Verträge, die nach dem 1. Juni 2001 geschlossen wurden (§ 132 Abs. 1 S. 3 UrhG), mit dem Entwurf des Angelspiels wurde die Klägerin jedoch schon 1998 beauftragt.

b) Ein Anspruch könnte sich allenfalls aus § 32a UrhG Abs. 1 UrhG ergeben. Nach dieser Vorschrift kann der Urheber von demjenigen, dem er ein Nutzungsrecht eingeräumt hat, weitere angemessene Beteiligung an den Erträgen und Vorteilen aus der Nutzung des Werks verlangen, wenn die Einräumung des Nutzungsrechts zu Bedingungen erfolgte, die in einem auffälligen Missverhältnis zu diesen Erträgen und Vorteilen stehen. Ein Anspruch aus § 32a UrhG setzt jedoch ein urheberrechtlich geschütztes Werk voraus. Diese Voraussetzung erfüllt das Angelspiel nicht.

aa) Urheberrechtsschutz genießt nach § 2 Abs. 2 UrhG nur ein Erzeugnis, das als persönliche geistige Schöpfung nach § 2 Abs. 2 UrhG gelten kann. Dafür muss es eine gewisse Gestaltungshöhe und Individualität besitzen. Mit dem Merkmal der Gestaltungshöhe sollen einfache Alltagserzeugnisse aus dem Urheberrechtsschutz ausgeschlossen werden. Die Anforderungen an die Gestaltungshöhe dürfen einerseits nicht zu niedrig sein. Wegen der umfangreichen Befugnisse des Urhebers und der langen Schutzdauer des § 64 UrhG verlangt die Rechtsprechung vielmehr einen nicht zu geringen Grad an Gestaltungshöhe. Das urhe-

berrechtlich geschützte Werk muss eine erhebliche individuelle Prägung besitzen. Andererseits darf das Merkmal der Gestaltungshöhe nicht dahingehend missverstanden werden, dass nur herausragende Werke einer bestimmten Werkart durch das Urheberrecht geschützt werden. Das Urheberrecht gewährt unabhängig von dem künstlerischen Wert auch durchschnittlichen Erzeugnissen Schutz, sofern sie den nötigen Grad an Individualität aufweisen (Bullinger in Wandtke/Bullinger, 3. Aufl. 2009, § 2 Rn. 23 f).

Ein Werk der bildenden Kunst nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG – darunter fallen auch dreidimensionale Gestaltungen (Wandtke/Bullinger/ders., § 2 Rn. 81) – liegt danach vor, wenn der Urheber Ausdrucksmittel wie Farbe, Linie, Fläche und Raum zur Formgestaltung eingesetzt hat und das Werk eine persönliche geistige Schöpfung nach § 2 Abs. 2 darstellt. Das Erzeugnis muss hinreichend Gestaltungshöhe aufweisen, so dass nach der Auffassung der Kunstempfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Verkehrskreise von einer künstlerischen Leistung gesprochen werden kann. Keine Werke der bildenden Kunst sind daher einfache, alltägliche und vorbekannte Gestaltungen ohne ein Mindestmaß von Individualität und Aussagekraft für den Betrachter, auch wenn die Herstellung möglicherweise zeitaufwendig war (Wandtke/Bullinger/ders., § 2 Rn.84).

Für Erzeugnisse der angewandten Kunst gelten in Abkehr von der früheren höchstrichterlichen Rechtsprechung keine erhöhten Anforderungen mehr. Befürchtungen, es könne hierdurch zu einer übermäßigen Ausdehnung des Bereichs urheberrechtlich geschützter Erzeugnisse kommen, ist der Bundesgerichtshof in der Revisionsentscheidung Rn. 41 [MIR 2013, Dok. 097, <http://miur.de/2532>] mit folgenden Erwägungen entgegengetreten:

*„... Auch wenn bei Werken der angewandten Kunst keine höheren Anforderungen an die Gestaltungshöhe eines Werkes zu stellen sind als bei Werken der zweckfreien Kunst, ist bei der Beurteilung, ob ein solches Werk die für einen Urheberrechtsschutz erforderliche Gestaltungshöhe erreicht, zu berücksichtigen, dass die ästhetische Wirkung der Gestaltung einen Urheberrechtsschutz nur begründen kann, soweit sie nicht dem Gebrauchszweck geschuldet ist, sondern auf einer künstlerischen Leistung beruht (vgl. BGH, GRUR 2012, 58 Rn. 36 - Seilzirkus). Eine eigene geistige Schöpfung des Urhebers setzt voraus, dass ein Gestaltungsspielraum besteht und vom Urheber dafür genutzt wird, seinen schöpferischen Geist in origineller Weise zum Ausdruck zu bringen (Nachw.). Bei Gebrauchsgegenständen, die durch den Gebrauchszweck bedingte Gestaltungsmerkmale aufweisen müssen, ist der Spielraum für eine künstlerische Gestaltung regelmäßig eingeschränkt. Deshalb stellt sich bei ihnen in besonderem Maß die Frage, ob sie über ihre von der Funktion vorgegebene Form hinaus künstlerisch gestaltet sind und diese Gestaltung eine Gestaltungshöhe erreicht, die Urheberrechtsschutz rechtfertigt (vgl. BGH, GRUR 2012, 58 Rn. 25 - Seilzirkus, mwN). Darüber hinaus ist zu beachten, dass eine zwar Urheberrechtsschutz begründende, gleichwohl aber geringe Gestaltungshöhe zu einem entsprechend engen Schutzbereich des betreffenden Werkes führt (Nachw.).“*

Bereits in der zitierten Entscheidung GRUR 2012, 58 (Rn. 36 - Seilzirkus) hatte der Bundesgerichtshof darauf hingewiesen, dass die ästhetische Wirkung der Gestaltung eines Werkes der angewandten Kunst, das einem Gebrauchszweck diene, einen Urheberrechtsschutz nur begründen könne, soweit sie nicht dem Gebrauchszweck geschuldet und technisch bedingt sei, sondern auf einer künstlerischen Leistung beruhe. Dies könne dazu führen, dass ein Werk der angewandten Kunst, das eine ebenso große ästhetische Wirkung ausübe wie ein Werk der zweckfreien Kunst, anders als dieses keinen Urheberrechtsschutz genieße. „Technisch bedingt“ seien, wie der Bundesgerichtshof dort weiter ausgeführt hat, diejenigen Merkmale eines Gebrauchsgegenstands, ohne die er nicht funktionieren könnte. Dazu gehörten nicht nur Merkmale, die zwingend notwendig seien, sondern auch solche, die zwar aus technischen Gründen verwendet werden, aber frei wählbar oder austauschbar seien. Ein Erzeugnis genießt nach dieser Rechtsprechung also nicht allein dadurch Urheberschutz, dass der Hersteller eine Auswahl zwischen verschiedenen denkbaren technischen Lösungen getroffen hat. Maßgeblich ist allein, dass eine künstlerische Leistung erkennbar ist (GRUR 2012, 58, 60 Rn. 19; S. 61 Rn. 30 - Seilzirkus).

bb) In seinem Urteil vom 22. Juni 2012 hat der Senat die Werkqualität des Angelspiels noch auf Grundlage der Annahme, für Werke der angewandten Kunst gälten erhöhte Anforderungen, geprüft und verneint. Die dort dargestellten Erwägungen führen aber auch bei einer Prüfung nach dem oben dargestellten Maßstab zu keinem anderen Ergebnis. Auch nach diesem Maßstab kommt dem Angelspiel nicht die notwendige Gestaltungshöhe und Individualität zu.

Zunächst fällt ins Gewicht, dass die Klägerin bei ihrer Arbeit unstreitig an ein vorhandenes Vorbild anknüpfen konnte. So gab es bereits ein von einer Firma A. vertriebenes Angelspiel, bestehend aus Einzelteilen, die zu einer kreisförmigen Holzumrandung zusammengebunden sind. In das Innere werden Holzfische gelegt, die mit an Angeln befestigten Magneten herausgefischt werden können. Wie die Klägerin vorgetragen hat, ging ihr Auftrag dahin, ein vergleichbares Produkt für die Beklagte zu entwerfen (Schriftsatz vom 12. April 2010 S. 11 f, Bl. 91 f d. A.). Ihr Entwurf ist dem Vorbild trotz verschiedener Änderungen ausgesprochen ähnlich. Auch die von der Klägerin entworfene „Teichumrandung“ besteht aus aneinandergehefteten Einzelteilen, die, wie das Vorbild, am oberen Rand Wellengestalt haben. Die Angeln bestehen, wie bei der Firma A., aus einem

Holzstab mit Schnüren und Magneten. Geangelt werden können Fische, darunter ein Hai, ein Schuh und Seesterne. Die Umrandung weist Luftlöcher auf und bietet die Möglichkeit, die Angeln abzulegen (s. Anlagen K 3 und B 4).

Die Klägerin hat auf diese Weise das bereits im Handel befindliche Angelspiel verändert. Die Änderungen haben aber weder dem Spiel einen neuen Charakter gegeben, noch haben sie dieses in ungewöhnlicher Weise neu gestaltet. Die Art und Weise, wie der Teich symbolisiert wird, nämlich durch eine wellenförmige Holzumrandung aus Einzelteilen, wurde übernommen, Abweichungen beschränken sich auf Einzelheiten der Gestaltung. Wesentliche Änderungen erfolgen auch bei den zu fischenden Tieren und Gegenständen nicht. Wie bei dem Vorbild können Fische geangelt werden, die überdies ganz ähnlich geformt sind; hinzugekommen sind nur Seesterne. Ein Schuh konnte bereits bei dem Angelspiel der Firma A. geangelt werden. Das Angelspiel der Klägerin weist damit zwar nach allem sichtbare Änderungen auf, aber keine, die ihm eine besondere Gestaltungshöhe und ein besonderes individuelles Gepräge verleihen.

Hinzu kommt, dass die Änderungen nach dem eigenen Vortrag der Klägerin nur in begrenztem Umfang Ausdruck künstlerischer Gestaltungsfreiheit sind. Die gewählte Form der "Teichumrandung" diene der sicheren Ablage der Angeln und war insoweit technisch bedingt. Die Wahl der Farben war materialbedingt eingeschränkt, weil, so die Klägerin, das Angelspiel aus so geringwertigem Sperrholz gefertigt wurde, dass nur wenige Farben einen angenehmen Eindruck erzielten (Schriftsatz vom 12. April 2010 S. 12, Bl. 92 d. A.).

## **2. Geburtstagszug**

Auch in Bezug auf den Geburtstagszug besteht schon mangels eines urheberrechtlichen Anspruchs auf Vergütungsanpassung kein Auskunftsanspruch; er wäre im Übrigen verjährt.

a) Ein Anspruch für den 1998 in Auftrag gegebenen Geburtstagszug ließe sich ebenfalls nur auf § 32a UrhG stützen, scheidet aber am Fehlen der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit des Entwurfs. Auch bei diesem Entwurf führt die Prüfung nach dem oben Ziffer 1. b) aa) dargestellten Maßstab zu keinem anderen Ergebnis als im Senatsurteil vom 22. Juni 2012.

Wie bei dem Angelspiel, so fällt auch hier entscheidend ins Gewicht, dass die Klägerin bei ihrer Arbeit an ein bereits vorhandenes Vorbild anknüpfen konnte, das sie nur in eher geringfügiger Weise durch eine eigene schöpferische Leistung abgeändert hat. Die Beklagte vertrieb bereits unter der Bezeichnung „Bummelzug“ eine Dampflokomotive aus Holz mit dazugehörigen Anhängern (s. den Auszug aus ihrem Katalog 1998/1999, Anlage B 1, dort Art. Nr. GK 600). Sie bot auch bereits einen sog. Zahlenzug an (ebd. GK 331). Die Klägerin hat den vorhandenen „Bummelzug“ durchaus verändert. Sie hat seine Länge durch Hinzufügen weiterer Waggons etwa verdoppelt (von 24 – 30 cm auf 52 cm). Die Lokomotive hat ein Räderpaar mehr, eine etwas andere Form und – neu hinzugefügt – runde Scheinwerfer. Die Personenwaggons haben eine abgewandelte Form, außerdem sind einige Waggonaufbauten durch Päckchenladungen ersetzt. Auf einem Waggon ist eine Halterung für eine aufzusteckende Zahl angebracht, auf den anderen befinden sich Kerzenhalter. Die einzelnen Teile sind mit Haken und Ösen anstelle von Magneten – wie bei dem Vorbild – miteinander verbunden. Der neue Zug ist farbig.

Mit diesen Veränderungen hat die Klägerin kein Werk im Sinne des § 2 UrhG geschaffen. Ein urheberrechtlich geschütztes Werk muss zwar nicht völlig neu sein. Für den Urnehberschutz kommt es auf die Individualität des Erzeugnisses an, nicht darauf, dass es dergleichen noch nicht gibt. Allerdings scheidet eine individuelle Schöpfung aus, wenn in dem Erzeugnis lediglich vorhandene Ausdrucksformen wiederholt werden, ohne dem Werk persönliche Züge zu geben. Es muss sich von anderen, älteren Werken durch seine Formgestaltung unterscheiden (Wandtke/Bullinger/ders., § 2 Rn. 22). Formelemente, die auf bekannte Vorbilder zurückgehen, sind bei der Prüfung der Frage, ob bei einem neuen Erzeugnis der für ein Kunstwerk erforderliche Mindestgrad an ästhetischem Gehalt vorliegt, nicht zu berücksichtigen, soweit nicht gerade in ihrer Kombination – untereinander oder mit einem neuen Element – eine für einen Kunstschutz ausreichende schöpferische Leistung zu erblicken ist. Andernfalls fehlt es an der erforderlichen Eigentümlichkeit. Allerdings kann sich gerade auch in einem Vergleich mit vorbekannten Formen die eigenschöpferische künstlerische Note zeigen (BGH GRUR 1961, 635, 637 - Stahlrohrstuhl).

Die Änderungen, die die Klägerin an dem vorhandenen Bummelzug vorgenommen hat, genügen nicht, um dem Geburtstagszug hinreichende eigene Individualität und damit Werkqualität zu verleihen. Schon der alte Zug hatte neben Personenanhängern auch andere Anhänger. Er war zwar nicht so bunt wie der von der Klägerin entworfene, doch gab es auch ihn schon in einer farbigen Version (im Katalog: „Der kleine Bunte“). Aus dem Zahlenzug hat die Klägerin in leicht abgewandelter Form einen Waggon mit Zahlenaufbau übernommen. Insofern knüpft der Entwurf der Klägerin ohne auffällige Änderungen an bekannte Vorbilder an. Es mag sein, dass die Klägerin sich bei ihrem Entwurf von ihrer Vorliebe für grafisch klares Design aus

der Region des Erzgebirges hat leiten lassen (Schriftsatz vom 12. April 2010 S. 9, Bl. 89 d. A.). Indes ist nicht zu erkennen, dass ihr Entwurf hierdurch nennenswert von dem Design des Vorbildes abweicht. Auch dieses ist aus einfachen Formen zusammengesetzt. Grundlage der Dampflokomotive und der Waggons bilden flache Rechtecke aus Holz. Der Aufbau besteht aus Quadern oder runden Stücken, die sämtlich in klarer Form und schnörkellos gestaltet sind. Die Dächer der Dampflokomotive und der Personenwaggons weisen eine annähernd halbrunde Form auf. Dies alles hat die Klägerin mehr oder weniger unverändert übernommen. Dass sie sich bei den Änderungen von bestimmten Vorstellungen und Vorlieben hat leiten lassen, besagt nichts über die Schöpfungshöhe des Ergebnisses.

Auch die Änderung von einer Magnet- zu einer Hakenverbindung stellt keine künstlerisch berücksichtigungsfähige Änderung dar. Eine Verbindung war technisch notwendig und die Klägerin hat sich nur für eine andere von mehreren denkbaren Varianten entschieden.

Neu im Entwurf der Klägerin ist, dass sie den „Bummelzug“ in einen Geburtstagszug verwandelt hat, indem sie den Zahlgenwaggon in den Zug integriert und die anderen Waggons mit Kerzenhaltern versehen hat. Diese Änderung allerdings erklärt sich aus dem Gebrauchszweck. Sollte der Zug als Tischdekoration für einen Kindergeburtstag dienen, so drängte sich der Entwurf eines Zuges, in dem Bummel- und Zahlenzug kombiniert und Kerzen auf die Waggons gesteckt werden können, geradezu auf. Gemessen an dem Gebrauchszweck erscheint die Abwandlung der Vorbilder aus Bummel- und Zahlenzug deshalb als ausgesprochen naheliegend. Die Veränderungen sind zwar nicht im eigentlichen Sinne technisch bedingt. Eine Funktionstüchtigkeit des Geburtstagszuges im technischen Sinne steht insoweit nicht in Rede. Durch den der Klägerin vorgegebenen Gebrauchszweck war aber zugleich ihr Gestaltungsspielraum eingeschränkt. Maßgeblich für die Schöpfungshöhe ihres Entwurfs ist die Prüfung, ob sie diesen Gestaltungsspielraum in besonderer eigenschöpferischer Weise ausgenutzt hat (zum Merkmal des Gestaltungsspielraums vgl. Obergfell GRUR 2014, 621, 624 f; Schack JR 2014, 207, 208). Dies vermag der Senat aus den dargelegten Gründen nicht zu erkennen.

Die entscheidende Veränderung gegenüber dem Vorbild liegt letztlich im Gebrauchszweck selbst. War der „Bummelzug“ noch „neutral“ und universell einsetzbar, so dient der Geburtstagszug nun einem bestimmten Anlass. Die Idee selbst allerdings ist urheberrechtlich nicht geschützt, schutzfähig ist nur das Gestaltungsergebnis (Wandtke/Bullinger/ders., § 2 Rn. 19, 39). Im Übrigen nimmt die Klägerin für sich nicht in Anspruch, die Idee des Geburtstagszuges entwickelt zu haben. Entscheidend für die Werkqualität ihres Entwurfs ist deshalb nur die Frage, ob die von ihr entworfene Gestaltung, gemessen an den vorhandenen Vorbildern einerseits und dem Gebrauchszweck andererseits, eine hinreichend eigenschöpferische Leistung darstellt. Aus den dargelegten Gründen verneint der Senat dies.

b) Auch bei Annahme der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit des Geburtstagszuges stünde der Klägerin allerdings kein Auskunftsanspruch zu. Er wäre teilweise verjährt, teilweise ist er – aus unten darzulegenden Gründen – nicht substantiiert dargetan. Auf die Ausführungen unter Ziffer 4. b) wird verwiesen.

### **3. Zusatzziffern**

Auch hinsichtlich der Zusatzziffern 7, 8 und 9 besteht kein Auskunftsanspruch. Eigene Werkqualität kommt ihnen nicht zu. Insofern verweist der Senat auf seine Ausführungen im Urteil vom 22. Juni 2012 unter Ziffer 3. f (UA S. 18 f), die uneingeschränkt auch bei Anwendung des weniger strengen Maßstabs gelten. Zudem gilt auch hier, dass ein Anspruch jedenfalls verjährt und, soweit unverjährt, nicht substantiiert dargetan wäre (s. u. Ziffer 4. b).

### **4. Geburtstagskarawane**

Wegen der Geburtstagskarawane stand der Klägerin ursprünglich ein Auskunftsanspruch zur Verfolgung von Ansprüchen aus den §§ 32 und 32a UrhG zu (nachfolgend a). Er ist jedoch verjährt (b). Ein in unverjährter Zeit neu entstandener Anspruch ist nicht substantiiert dargelegt (c).

a) Dem Entwurf der Geburtstagskarawane kommt Werkqualität nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG zu. An seiner abweichenden Bewertung im Urteil vom 22. Juni 2012 hält der Senat bei Zugrundelegung des in der Revisionsentscheidung aufgezeigten Maßstabs nicht mehr fest. Mit der Geburtstagskarawane hat die Klägerin ein Erzeugnis von hinreichender eigenschöpferischer Qualität geschaffen.

Anders als Geburtstagszug und Angelspiel gab es für die Geburtstagskarawane noch kein vergleichbares Vorbild. Vorhanden war nur das Vorbild eines Zuges aus aneinandergereihten Elementen, auf die Zahlen und Kerzen gesteckt werden können, und die zur Dekoration eines Geburtstagszuges für Kinder dienen. Mit der Geburtstagskarawane wird dieser Zug variiert. In seiner ersten Entscheidung hat der Senat dies nicht

zum Erreichen der Werkqualität genügen lassen, weil die Grundidee – ein Zug aus verschiedenen bekannten Tieren in ansprechenden bunten Farben – nicht so außergewöhnlich sei, als dass sie von überdurchschnittlicher Schöpfungshöhe und Individualität wäre. Es sei naheliegend, in Ergänzung oder als Alternative zu dem bereits vorhandenen „Zahlenzug“ einen weiteren Zug zur Dekoration eines Kindergeburtstagszuges aus Tieren zusammensetzen. Naheliegend sei auch die kindgerechte Auswahl und Farbgebung der Tiere.

Der Senat hat aus diesen Gründen im Ersturteil eine überdurchschnittliche Schöpfungshöhe verneint. Eine solche kann bei Werken der angewandten Kunst aber nicht mehr gefordert werden. Maßgeblich ist nach den oben unter Ziffer 1. b) aa) dargelegten Grundsätzen nur, ob ein Erzeugnis eine eigenschöpferische, individuelle Leistung darstellt, wobei bei der Beurteilung der Gestaltungshöhe nur solche Elemente berücksichtigt werden dürfen, die auf einer künstlerischen Entscheidung beruhen und nicht dem Gebrauchszweck geschuldet sind. Nach diesem Maßstab folgt aus den oben dargestellten Erwägungen gerade die Werkqualität des Entwurfs. Mit der Geburtstagskarawane wird das vorhandene Vorbild des Zuges gänzlich neu gestaltet, indem Lokomotive und Waggons durch Tierfiguren ersetzt werden. Die gewählte kindgerechte Gestaltung ist nicht etwa nur eine von mehreren dem Gebrauchszweck geschuldeten Varianten, wie die Beklagte meint. Die Beklagte verweist zur Begründung ihrer Auffassung darauf, dass eine Dekoration für den Geburtstagszuch eines Kindes in Form und Farbe notwendigerweise ansprechend gestaltet sein müsse. Dies macht eine entsprechende Form- und Farbwahl jedoch noch nicht zur technischen Bedingung einer Dekoration. Es betrifft schlicht die Verkäuflichkeit und damit nicht den Gebrauchszweck des Werkes an sich – um den es allein geht –, sondern den Zweck, den die Beklagte aus der Nutzung des Werkes ziehen möchte. Maßgeblich für die Werkqualität ist stattdessen, dass die Klägerin aus den obigen Gründen beim Entwurf der Geburtstagskarawane ihren Gestaltungsspielraum in künstlerischer Weise ausgenutzt hat.

Unerheblich für die Frage der Werkqualität ist die Behauptung der Beklagten, dass die Klägerin bei ihrem Entwurf auf Anregungen des seinerzeitigen geschäftsführenden Gesellschafters der Beklagten Herrn Gerhard G. zurückgegriffen habe. Dessen etwaiger Beitrag zur Entwicklung der Geburtstagskarawane stellte die Werkqualität nicht in Frage. Sein Beitrag führte nur dazu, dass das Werk mehrere Urheber hätte. Dies mag sich auf die Höhe des Zahlungsanspruchs der Klägerin auswirken. Für den Auskunftsanspruch ist die Frage aber unerheblich. Von Belang für den Auskunftsanspruch der Klägerin wäre eine Mitwirkung Herrn G.s an dem Entwurf nur, wenn dadurch der Beitrag der Klägerin so gering gewesen wäre, dass sie nicht einmal als Miturheberin gelten könnte (vgl. BGH GRUR 2012, 1248, 1251 Rn. 42). Das behauptet aber auch die Beklagte nicht. Auch im Hinblick auf die Aktivlegitimation der Klägerin kommt es nicht darauf an, ob und inwieweit ihre Entwürfe noch weitere Urheber haben. Ein Miturheber kann Auskunftserteilung unabhängig von anderen Miturhebern und allein an sich selbst verlangen (BGH GRUR 2012, 496 Ls. 1 und S. 497 Rn. 15 - Das Boot).

b) Der demnach zunächst entstandene Auskunftsanspruch ist jedoch verjährt.

Ein Auskunftsanspruch verjährt im Verhältnis zum Leistungsanspruch, dessen Durchsetzung er dient, selbständig nach den §§ 195, 199 BGB innerhalb von drei Jahren ab dem Schluss des Jahres, in dem er entstanden ist und der Berechtigte von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen (BGH GRUR 2012, 1248, 1250 Rn. 22 - Fluch der Karibik; OLG Köln GRUR-RR 2004, 161, 162 zu § 195 BGB a. F.). Da der Auskunftsanspruch entsteht, sobald sich auf Grund nachprüfbarer Tatsachen klare Anhaltspunkte für einen Anspruch auf urheberrechtliche Vergütungsanpassung bieten, beginnt seine Verjährung, sobald diese Anhaltspunkte vorliegen und der Berechtigte von ihnen Kenntnis hat oder grob fahrlässig in Unkenntnis ist.

Diese Voraussetzungen liegen seit dem Jahr 2003 vor. Auskunftsansprüche sind seit dem 31. Dezember 2006 verjährt.

aa) Im Jahr 2003 gab es klare Anhaltspunkte für den außerordentlichen Verkaufserfolg von Geburtstagszug und -karawane. Die Klägerin selbst hat vorgetragen, dass der "immense Erfolg" dieser Produkte schon im Jahr 2002 Anlass für den Auftrag zum Entwurf von Zusatzziffern gewesen sei (Klagschrift S. 6, 17 f; Bl. 7, 18 f d. A.). Entsprechendes hat sie selbst auf der zur Akte gereichten Rechnung vom 29. November 2002 vermerkt (Anl. K 7, Bl. 29 d. A.). Auch in ihrem vorgerichtlichen Auskunftsverlangen vom 3. Dezember 2008 (Anl. K 10, Bl. 32 d. A.) verweist die Klägerin auf die hohe Stückzahl des Verkaufs seit der Markteinführung. Die Beklagte räumt dies ein; sie beruft sich gerade darauf, dass die Entwicklung der Produkte zu Bestsellern zur Sprache gekommen sei. An dem Verkaufserfolg müssen auch die im Jahr 2002 eingeführten Zusatzziffern teilhaben. Sie sind notwendiges Zubehör für den Gebrauch von Geburtstagszug und -karawane für Kinder zwischen sechs und neun Jahren. Bei dieser Entwicklung war schon im Jahr 2003 klar erkennbar, dass die Honorare von umgerechnet netto knapp 200,00 € (Zug), 550,00 € (Karawane) und 54,00 € (Zusatzzif-



fern) unangemessen niedrig sind und in auffälligem Missverhältnis zu den Vorteilen stehen, die die Beklagte aus der Nutzung der Entwürfe zog.

bb) Die für den außerordentlichen Verkaufserfolg sprechenden Anhaltspunkte waren der Klägerin bekannt; zumindest aber wäre fehlende Kenntnis grob fahrlässig gewesen. Der Senat ist nach der Beweisaufnahme davon überzeugt, dass die Klägerin im Frühjahr 2003 bei einem zwischen ihr und Mitarbeitern der Beklagten geführten Gespräch davon erfuhr, dass sich Geburtstagszug und - karawane einschließlich der dazugehörigen Zusatzziffern zu Bestsellern im Programm der Beklagten entwickelt hatten.

aaa) Dass es im Frühjahr 2003 ein Gespräch zwischen der Klägerin und Mitarbeitern der Beklagten gegeben hat, ist unstreitig. Die Klägerin hat eine entsprechende Notiz in ihrem Kalender bestätigt. Sie hält es sogar für denkbar, dass die gute Verkäuflichkeit der Produkte Gesprächsthema gewesen ist (Schriftsatz vom 12. April 2010 S. 20, Bl. 100 d. A.). Der Senat glaubt dem Zeugen R., dass das Gespräch auch tatsächlich den von der Beklagten behaupteten Inhalt gehabt hat. Der Zeuge hat bekundet, dass es im Frühjahr 2003 zu einem Gespräch zwischen der Klägerin, den Herren G. und K., ihm und vielleicht – ihm nicht erinnerlich – noch einer weiteren Person gekommen sei. Dabei sei zur Sprache gekommen, dass der Spielwarenhandel auf der Messe in Nürnberg die Geburtstagskarawane begeistert aufgenommen habe und dass die Karawane auf dem Weg sei, die Umsatzzahlen des Geburtstagszuges zu erreichen. Es sei auch zur Sprache gekommen, dass sich beide Produkte zu Bestsellern im Programm der Beklagten entwickelt hätten.

Der Senat hält die Aussage für glaubhaft. Er übersieht nicht, dass der Zeuge im Lager der Beklagten steht und aus Sorge um seinen Arbeitsplatz Interesse an einer der Beklagten günstigen Aussage haben muss. Unverkennbar tritt diese Sorge in der von der Klägerin im Termin vorgelegten E-Mail des Zeugen vom 4. Dezember 2008 zutage, in der der Zeuge darüber klagt, dass er bei einem Auskunftsverlangen der Klägerin befürchte, "den ersten Arschtritt" zu bekommen. Die "wir"-Form in der E-Mail vom 5. Dezember 2008 bringt zudem unverkennbar seine Identifikation mit der Beklagten zum Ausdruck.

Auch bei dementsprechend gebotener kritischer Würdigung seiner Aussage sieht der Senat jedoch keinen Anlass zu Zweifeln an ihrer Richtigkeit. Der Zeuge hat nachvollziehbar begründet, weshalb er sich auch nach elf Jahren noch an den von ihm bekundeten Kern des Gesprächs – die gute Verkäuflichkeit der Produkte und die in einem solchen Fall vorteilhafte prozentuale Beteiligung am Erlös – gut erinnern könne. Er habe im August 2002 ("2001" in der Sitzungsniederschrift ist ein offenkundiges Schreibversehen) bei der Beklagten angefangen. Bei dem bekundeten Gespräch habe er erstmals davon erfahren, dass die Produktentwickler prozentual beteiligt werden könnten. Bei der Firma "I.", bei der er zuvor gearbeitet habe, sei es durchweg anders gewesen. Die Produktentwickler dort seien fest angestellt gewesen. Ihm sei kein Fall bekannt gewesen, in dem es bei „I.“ eine Erfolgsbeteiligung gegeben habe. Diese Aussage wird in weiten Teilen von der Klägerin selbst bestätigt. Auch sie war zeitweise bei derselben Firma beschäftigt. Ihrer Darstellung zufolge war sie angestellte Produktmanagerin in keineswegs untergeordneter Position; sie sei vielmehr mit der Anleitung eines Teams und der Organisation und Überwachung von Produktionsabläufen auch in Asien beauftragt gewesen. Dennoch habe sie keinerlei Erfahrung mit der branchenüblichen Vergütung freiberuflicher Produktdesigner gehabt, weil diese ausschließlich in der kaufmännischen Betriebsleitung angesiedelt gewesen sei und die Firma auch ausschließlich mit fest angestellten Designern gearbeitet habe (Schriftsätze vom 12. April 2010 S. 18 f und vom 6. Oktober 2010 S. 6, Bl. 210 d. A.).

Nicht gegen, sondern stark für eine Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen R. spricht auch dessen E-Mail vom 5. Dezember 2008. Er bemerkt dort, dass der Klägerin eine prozentuale Beteiligung angeboten worden sei. Dass er hierbei in "wir"-Form spricht, lässt nicht den Schluss zu, dass er die E-Mail mit den Geschäftsführern der Beklagten abgestimmt hatte. Der weitere Inhalt des Schreibens zeigt vielmehr, dass er seinen E-Mail-Kontakt mit der Klägerin tunlichst nicht mehr als notwendig bei der Beklagten offenlegen wollte. Dies zeigt deutlich auch die E-Mail vom Vortage, in der seiner Sorge Ausdruck verleiht, dass die Klägerin mit von ihm, dem Zeugen, ermittelten Zahlen "an die Chefs" herantrete.

Ein gewisses Indiz gegen eine Absprache des Zeugen mit der Beklagten ist der Umstand, dass seine Aussage ersichtlich nicht den Schluss zulässt, der Klägerin sei seinerzeit – so die Behauptung der Beklagten – ernsthaft ein Angebot zur Umstellung ihrer Vergütung auf eine prozentuale Beteiligung unterbreitet worden. Der Zeuge hat das Gespräch zwar so verstehen wollen (Sitzungsniederschrift vom 17. Juli 2014 S. 3, Bl. 136 d. Revisionsakte). Er gibt damit jedoch erklärtermaßen nur seinen eigenen Eindruck wieder, der sich mit dem von ihm geschilderten Sachverhalt kaum begründen lässt. Zum Einen nämlich hat er keine Erklärungen Herrn G.s wiedergeben können, die diesen Eindruck stützen könnten. Die Bemerkung, es sei ganz schön dumm gewesen, das seinerzeitige Angebot prozentualer Beteiligung nicht anzunehmen (ebd. S. 2), lässt in keiner Weise erkennen, dass die Beklagte ihr Angebot habe wiederholen wollen. Zum Anderen hat der Zeuge mehrfach die scherzhafte und ausgesprochen lockere Atmosphäre des Gesprächs betont. Die Klägerin weist zu Recht darauf hin, dass sie Erklärungen in einem solchen Gespräch nicht als Abgabe eines rechtlich

bindenden Angebots verstehen konnte (Schriftsatz vom 29. August 2014 S. 7 f, Bl. 161 f d. Revisionsakte). Gerade deshalb aber spricht die Schilderung des Zeugen gegen eine vorherige Absprache mit der Beklagten. Der Beklagten,

die die Abgabe eines ernsthaften Angebots auf Umstellung der Vergütung behauptet, hätte an einer Aussage gelegen sein müssen, in der eine als Angebot deutbare Erklärung bekundet und die notwendige Ernsthaftigkeit des Gesprächs betont wird.

Weil sich aus der Aussage des Zeugen nicht ergibt, dass der Klägerin seinerzeit ernsthaft eine prozentuale Beteiligung angeboten worden ist, steht es ihrer Glaubhaftigkeit auch nicht entgegen, dass die Klägerin ein entsprechendes Angebot kaum abgelehnt hätte. Ebenso wenig ist die Aussage deshalb ungläubhaft, weil sich der Zeuge zwar an Erklärungen zur guten Verkäuflichkeit der Produkte und zur prozentualen Beteiligung erinnern konnte, ansonsten jedoch wenig konkrete Erinnerung hatte. Zwischen dem Gespräch und der Vernehmung des Zeugen liegen elf Jahre. Weshalb er sich gleichwohl an den von ihm bekundeten Kern des Gesprächs erinnerte, hat er, wie dargelegt, nachvollziehbar begründet. Seine Begründung macht auch verständlich, weshalb ihm Weiteres nach so langer Zeit nicht mehr erinnerlich ist. Es gab ansonsten keinen Anlass für ihn, sich Einzelheiten einzuprägen.

bbb) Zu Unrecht meint die Klägerin, dass sie selbst dann, wenn es das von der Beklagten behauptete Gespräch gegeben habe, keine klaren Anhaltspunkte für den großen Verkaufserfolg gehabt habe. Der Begriff "Bestseller" sei keine nachprüfbare Tatsachengrundlage. Auch habe die Beklagte die Produkte erst im Jahr 2009 auf ihrer Homepage als Bestseller unter den "Top Ten" ihrer Produkte ausgewiesen. Öffentlich neutrale, verlässliche Quellenangaben hätten ihr nicht zur Verfügung gestanden. Dies unterscheide den vorliegenden Fall von der "Fluch der Karibik"-Entscheidung, in der der Bundesgerichtshof eine grob fahrlässige Unkenntnis aus der lang andauernden Kinoauswertung des Films und der breiten Berichterstattung in den Medien hergeleitet habe (Schriftsatz vom 29. August 2014 S. 8 f, Bl. 162 f d. Revisionsakte). Dem ist entgegenzuhalten, dass bereits die Mitteilung, die Produkte hätten sich zu "Bestsellern" entwickelt, klarer Anhaltspunkt für einen Verkaufserfolg war und Anlass zur Nachfrage gab.

Es kommt hinzu, dass die Klägerin noch weitere Anhaltspunkte für den außerordentlichen Verkaufserfolg hatte. Ein erster Anhaltspunkt ergibt sich aus der Höhe der Vergütung für den Entwurf der Geburtstagskarawane, die mit 1.102,50 DM mehr als zweieinhalbmal so hoch war wie die Vergütung für den zwei Jahre zuvor gefertigten Entwurf des Zuges. Zudem war, wie sie selbst erkannt hat, gerade der große Verkaufserfolg Anlass für ihre Beauftragung mit dem Entwurf von Zusatzziffern im zweiten Halbjahr des Jahres 2002 (Klagschrift S. 7, 18, und handschriftlicher Vermerk auf der Rechnung Anl. K 7, Bl. 8, 19, 29 d. A.).

Das eigene Verhalten der Klägerin zeigt, dass sie auch ohne Kenntnis von Excel-Tabellen und noch vor der Veröffentlichung der „Top Ten“-Liste der Beklagten hinreichend Anlass zur Nachfrage sah. Bereits mit Schreiben vom 3. Dezember 2008 trat sie mit einem Auskunftsverlangen an den Zeugen R. heran. Sie verwies dabei auf den Verkaufserfolg und auf den ihr als Urheberin zustehenden Auskunftsanspruch (Anl. K 10, Bl. 32 d. A.). Das Auskunftsverlangen zu diesem Zeitpunkt beruhte nicht etwa darauf, dass ihr neue Tatsachen bekannt geworden wären. Vielmehr hat sie es damit erläutert, dass sie kurz zuvor aufgrund eines Gesprächs über die Vergütung von Nutzungsrechten erstmals Zweifel an der Angemessenheit der für ihre Produkte erhaltenen Vergütung gekommen seien. Diese Zweifel seien ihr erstmals in einem Vergleich mit den von der Gesprächspartnerin genannten Beträgen gekommen. Die Möglichkeit der Vertragsanpassung sei ihr bis dahin nicht bekannt gewesen (Klagschrift S. 7 f, Bl. 8 f d. A., und Schriftsatz vom 29. August 2014 S. 9, Bl. 163 d. A.).

Aus diesem Vortrag erschließt sich, dass allein rechtliche Unkenntnis die Klägerin von der Geltendmachung des Auskunftsanspruchs abgehalten hat. Damit kann sie allerdings nicht gehört werden. Für das Vorliegen einer Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis im Sinne des § 199 BGB kommt es auf die zutreffende rechtliche Würdigung nicht an (BGH GRUR 2012, 1248, 1250 Rn. 27 - Fluch der Karibik). Wollte man der Klägerin gleichwohl eine Unkenntnis von der Unangemessenheit der Vergütung als Tatsachenunkenntnis zu Gute halten, so wäre ihr doch anzulasten, dass diese Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruhte. Angesichts der geringen Vergütung einerseits und des außerordentlichen Verkaufserfolgs andererseits mussten sich ihr Bedenken gegen die Angemessenheit der Vergütung aufdrängen, zumal die außer Verhältnis zum Verkaufserfolg stehenden Pauschalbeträge im Frühjahr 2003 angesprochen worden waren.

Auch auf den auf Rn. 43 der Revisionsentscheidung gestützten Einwand der Klägerin, dass ihr der Werkcharakter ihrer Entwürfe vor dem 1. Juni 2004 nicht bewusst sein müssen (Schriftsatz vom 29. August 2014 S. 12 f, Bl. 166 f d. Revisionsakte), kommt es nicht an. Die Klägerin behauptet zudem selbst nicht, dass sie aufgrund der damaligen Rechtsprechung von einer Geltendmachung ihrer etwaigen Auskunfts- und Ver-

gütungsansprüche abgesehen habe. Im Gegenteil hat sie vorgetragen, dass beide Parteien stets von der Urheberrechtsfähigkeit ihrer Entwürfe ausgegangen seien (Schriftsatz vom 29. März 2010 S. 5, Bl. 85 d. A.).

Letztlich kann auch der Einwand der Klägerin, dass eine Klage auf Anpassung der Vergütung aufgrund des der Beklagten bis zum 31. Mai 2004 zugebilligten Vertrauensschutzes nicht erfolgreich hätte erhoben werden können, am Ergebnis nichts ändern. Der Anspruch wäre auch dann verjährt, wenn man den Beginn der Verjährungsfrist erst mit dem Wegfall des Vertrauensschutzes ansetzen wollte. Die Verjährungsfrist hätte dann am 31. Dezember 2007 geendet. Der Anspruch war damit selbst nach der Klägerin günstigster Berechnung verjährt, als ihre Klage am 23. November 2009 bei Gericht einging.

cc) Aus den obigen Ausführungen folgt überdies, dass Auskunftsansprüche selbst dann, wenn sie nicht verjährt wären, nicht mehr bestünden. Sie könnten keinem durchsetzbaren Leistungsanspruch mehr dienen. Auch die Ansprüche aus den §§ 32, 32a UrhG verjähren nach den §§ 195, 199 BGB zu berechnenden dreijährigen Frist. Wie dargelegt, hatte die Klägerin seit dem Jahr 2003 Kenntnis von den eine Vergütungsanpassung rechtfertigenden Umständen, zumindest aber wäre eine Unkenntnis grob fahrlässig gewesen. Damit begann auch die Verjährung der Ansprüche aus den §§ 32, 32a UrhG, die durch die Klageeinreichung nicht mehr rechtzeitig unterbrochen werden konnte. Allen vor dem 31. Dezember 2006 entstandenen Vergütungsansprüche kann die Beklagte damit die Verjährungseinrede entgegenhalten, die sie auch erhoben hat. Insoweit ist zugleich eine der Voraussetzungen eines Auskunftsanspruchs entfallen. Als reiner Hilfsanspruch zur Vorbereitung des Leistungsanspruchs kann ein Auskunftsanspruch nicht bestehen, wenn feststeht, dass der Leistungsanspruch nicht mehr durchsetzbar ist.

c) In unverjährter Zeit entstandene Auskunftsansprüche sind nicht substantiiert dargetan.

aa) Die Entstehung neuer und durchsetzbarer Auskunfts- und Vergütungsansprüche ab dem 1. Januar 2007 ist nicht von vornherein ausgeschlossen. Bei der Nutzung eines Werks über einen längeren Zeitraum können Auskunfts- und Vergütungsansprüche fortlaufend und unabhängig von der Verjährung früher entstandener Ansprüche neu entstehen. Dies gilt jedenfalls für den Anspruch aus § 32a UrhG (Soppe in Beck'scher Onlinekommentar Ahlberg/Götting, Stand 01.07.2014, § 32a Rn. 42; Haberstrumpf in Büscher/Dittmer/Schiwy, 2008, § 32a Rn. 10; Schulze in Dreier/Schulze, 3. Aufl. 2008, § 32a Rn. 42; s. a. BGH GRUR 2012, 496, 502 Rn. 62 - Das Boot - zum Verhältnis von § 36 UrhG a. F. und § 32a UrhG n. F.). Dieser Anspruch entsteht, sobald ein auffälliges Missverhältnis zwischen der Vergütung des Urhebers für die Einräumung des Nutzungsrechts und den durch den Nutzer erzielten Erträgen und erlangten Vorteilen eingetreten ist. Der Urheber hat dann einen Anspruch auf angemessene weitere Vergütung, deren Höhe sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Anpassung bemisst. Bei fortlaufender weiterer Nutzung kann es jedoch auch nach Anpassung der Vergütung erneut zu einem anspruchsbegründenden Missverhältnis kommen. Der Anspruch aus § 32a Abs. 1 UrhG muss dann neu entstehen und kann ab diesem Zeitpunkt auch erst verjähren. Ob Entsprechendes auch für den Anspruch aus § 32 UrhG gilt, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Er geht im Folgenden zugunsten der Klägerin davon aus.

bb) Für das Entstehen einer Unangemessenheit nach § 32 UrhG oder eines auffälligen Missverhältnisses nach § 32a UrhG für den Zeitraum ab dem 1. Januar 2007 ist nichts dargetan. Beides könnte nicht an der ursprünglich vereinbarten Vergütung gemessen werden. Nach Anpassung der Vergütung nach den §§ 32 oder 32a UrhG ist die neu vereinbarte Vergütung Maßstab für die Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit. Ist ein Anspruch auf weitere Beteiligung einmal entstanden, setzt seine erneute Entstehung voraus, dass weitere Nutzungen ein neues Missverhältnis zwischen der – nach dem einmal entstandenen Anspruch geschuldeten – Vergütung des Urhebers und den Erträgen und Vorteilen des Verwerters begründen. Diejenigen Erträge und Vorteile, die zur Entstehung des früheren Anspruchs auf angemessene Beteiligung beigetragen haben, können nicht nochmals zur Begründung eines weiteren Anspruchs auf angemessene Beteiligung herangezogen werden (BGH GRUR 2012, 496, 502 Rn. 61 - Das Boot). Die Klägerin hätte deshalb Anhaltspunkte dafür darlegen müssen, dass sich die Vergütung, die bei Verfolgung der verjährten Ansprüche vereinbart worden wäre, aufgrund der weiteren Werknutzung erneut als unangemessen und unverhältnismäßig niedrig erweisen könnte. Solche Anhaltspunkte fehlen.

Es kann davon ausgegangen werden, dass bei Anpassung der Vergütung eine prozentuale Beteiligung vereinbart worden wäre. Obgleich grundsätzlich auch eine Pauschalzahlung vereinbart werden kann, so ist regelmäßig doch eine prozentuale Beteiligung an der erfolgreichen Werknutzung zu erwarten (Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT.-Drucks. 14/8058 S. 19 f; Dreier/Schulze/ders., § 32a Rn. 42). Dies entspricht bei einer fortlaufenden Nutzung am ehesten dem Beteiligungsgrundsatz (BGH GRUR 2009, 1148, 1150 Rn. 23 - Talking to Addison). Dies wäre ersichtlich auch hier der Fall gewesen. Eine prozentuale Beteiligung als Vergütungsmöglichkeit war in dem Gespräch im Frühjahr 2003 zumindest zur Sprache gekommen, auch wenn nicht erwiesen ist, dass die Beklagte sie der Klägerin ernsthaft angeboten hat. Die Klägerin hätte den Gedanken einer prozentualen Beteiligung jedenfalls aufgegriffen. Wie sie selbst vorgetragen hat,

wäre ihr eine solche Vergütungsweise entgegengekommen. Sie wäre auch objektiv angemessen gewesen, weil nur so die noch auf unabsehbare Zeit fortdauernde Nutzung sinnvoll erfasst werden kann. Dementsprechend richtet sich auch die Klage auf eine Vergütungsanpassung in diesem Sinne.

Nach Vereinbarung einer prozentualen Beteiligung hätte ein unerwartet großer weiterer Verkaufserfolg die Angemessenheit der Vergütung nicht in Frage gestellt. Mit dem Verkaufserfolg wäre in gleichem Maße die Vergütung der Klägerin gestiegen. Eine Unangemessenheit hätte sich allenfalls dadurch noch ergeben können, dass sich der aus den einzelnen Verkäufen erzielte Nettogewinn der Beklagten signifikant erhöhte und eine entsprechend höhere Beteiligung der Klägerin daran gebot. Hierfür hat die Klägerin aber nichts vorgetragen. Sie kann sich nicht darauf berufen, dass ihr näherer Vortrag vor Auskunftserteilung nicht möglich sei. Näheren Vortrag zum Umfang einer Nettogewinnsteigerung verlangt ihr der Senat nicht ab. Der Auskunftsanspruch ist aber auch kein reiner Ausforschungsanspruch. Reine Mutmaßungen über anzunehmende Erlöse reichen deshalb nicht aus (vgl. Ahlberg/Götting/Soppe, § 32a Rn. 44). Wenigstens Anhaltspunkte, die die Vermutung für die Entstehung einer neuen Unangemessenheit oder eines neuen Missverhältnisses zwischen Vergütung und Nutzungsvorteil begründen könnten, müssten vorgetragen werden.

Die Klägerin hat aber nichts zu geänderten Kosten der Produktion dargelegt. Sie hat hierzu allein die Vermutung geäußert, dass sich die Einkaufsbedingungen oder die Produktionskosten geändert haben könnten (Schriftsatz vom 29. August 2014 S. 17). Dies ist jedoch eine – von ihr selbst nur als denkbar dargestellte – Annahme, die sich auf keinerlei greifbare Anhaltspunkte stützt. Gegen sie spricht im Gegenteil, dass die Beklagte nach Kenntnis der Klägerin auch zuvor schon auf niedrige Produktionskosten bedacht war. Zum Angelspiel jedenfalls hat die Klägerin vorgetragen, dass die Beklagte zur Geringhaltung der Produktionskosten sehr geringwertiges Sperrholz verwendet habe (Schriftsatz vom 12. April 2010 S. 12, Bl 92 d. A.).

Nur ergänzend weist der Senat darauf hin, dass überdies aus formalen Gründen zweifelhaft erscheint, ob die Klägerin mit Vortrag zur Änderung der Produktionskosten oder überhaupt zur Kostenstruktur bei der Beklagten hätte gehört werden können. Der Auskunftsanspruch der Klägerin ist ausschließlich darauf gerichtet, ihr die Überprüfung der Angemessenheit der Vergütung im Verhältnis zum Verkaufserfolg zu ermöglichen, denn sie erstrebt einzig Auskunft und Rechnungslegung über die Zahl der verkauften Artikel und deren Preise. Für eine erweiternde Auslegung ihres dem Wortlaut nach eindeutigen Antrages bietet der Akteninhalt keine Grundlage. Er lässt an keiner Stelle erkennen, dass sie in weiterem Umfang – etwa auch über die Produktionskosten – Auskunft begehre. Im Gegenteil bezieht sich auch ihr vorgerichtliches Auskunftsverlangen ausschließlich auf die Mitteilung der genauen Verkaufszahlen (Schreiben vom 3. Dezember 2008, Anl. K 10, Bl. 32 d. A.).

II. Bestehen nach Allem keine Auskunftsansprüche, so kann auch kein Anspruch auf eidesstattliche Versicherung gegeben sein (Antrag zu 2. b).

III. Aus den oben Ziffer I. dargelegten Gründen ergibt sich zudem, dass der Klägerin auch kein Leistungsanspruch zusteht (Antrag zu 2. c). Hinsichtlich des Angelspiels, des Geburtstagszuges und der Zusatzziffern scheitern Ansprüche aus den §§ 32, 32a UrhG an der fehlenden Urheberrechtsfähigkeit des Entwurfs der Klägerin. Dem Entwurf der Geburtstagskarawane kommt zwar Werkqualität zu; Ansprüche aus § 32 UrhG aufgrund einer bis zum 31. Dezember 2006 entstandenen Unangemessenheit der Vergütung oder aus § 32a UrhG aufgrund eines bis dahin entstandenen auffälligen Missverhältnisses wären jedoch verjährt. Ansprüche nach den §§ 32, 32a UrhG aufgrund eines danach entstandenen anspruchsbegründenden Sachverhalts sind nicht substantiiert dargetan. Gleiches gälte im Übrigen im Falle der Werkqualität auch für Geburtstagszug und Zusatzziffern.

Das Landgericht hat die Klage nach Allem zu Recht insgesamt abgewiesen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Danach hat die Klägerin auch die Kosten der Revision zu tragen, weil die Klägerin sowohl mit dem in der Revision endgültig entschiedenen als auch mit dem zurückverwiesenen Teil der Sache unterlegen ist. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die Frage, inwieweit die von der Klägerin entworfenen Artikel urheberrechtlichen Schutz genießen, war nach Maßgabe der in der Revisionsentscheidung aufgezeigten Grundsätze aufgrund einer Einzelfallentscheidung zu beantworten. Soweit Fragen zur Verjährung und zur substantiierten Anspruchsdarlegung zu entscheiden waren, hat der Senat dies ebenfalls aufgrund einer einzelfallbezogenen Würdigung des Sachverhalts vorgenommen.