
Plädoyernotizen zum ersten Parteivortrag der Kläger anlässlich der Hauptverhandlung vom 21. September 2023

Sehr geehrter Herr Vizepräsident Schlup,
sehr geehrte Frau Handelsrichterin Geelhaar-Beuret,
sehr geehrter Herr Handelsrichter Emch-Fasnacht

Namens und in Vertretung der Kläger halte ich hiermit den ersten Parteivortrag nach Art. 228 Abs. 1 ZPO:

1. Rechtlicher Rahmen

1 Es ist vorliegend unbestritten, dass Gebrauchsgegenstände als Werke der angewandten Kunst grundsätzlich urheberrechtsschutzfähig sein können. Das gilt sowohl für das schweizerische wie auch für das deutsche und das niederländische Recht. Werke der angewandten Kunst unterliegen aber gewissen Besonderheiten. Das ist darauf zurückzuführen, dass sie immer einem Gebrauchszweck dienen und daher Elemente aufweisen, die technisch oder funktional bedingt sind. Soweit die ästhetische Wirkung eines Gebrauchsgegenstands auf solchen technisch oder funktional bedingten Elementen und nicht auf freien, gestalterisch-kreativen Entscheidungen (und damit auf einer künstlerischen Leistung) beruht, kommt ein Urheberrechtsschutz nicht in Frage. Der BGH hat dies in Rn. 36 des bekannten und vielzitierten *Seilzirkus*-Urteils so entschieden und daraus eine auch für den vorliegenden Fall bemerkenswerte Schlussfolgerung gezogen. Ich zitiere:

"... bei der Gestaltung eines Werks der angewandten Kunst, das einem Gebrauchszweck dient, [ist] zu berücksichtigen, dass die ästhetische Wirkung der Gestaltung einen Urheberrechtsschutz nur begründen kann, soweit sie nicht dem Gebrauchszweck geschuldet und technisch bedingt ist, sondern auf künstlerischer Leistung beruht (...). Das kann dazu führen, dass ein Werk der angewandten Kunst, das eine ebenso grosse ästhetische Wirkung ausübt wie ein Werk der zweckfreien Kunst, anders als dieses keinen Urheberrechtsschutz genießt." (BGH, Urteil vom 12. Mai 2011, Az. I ZR 53/10 [Beilage 159], Rn. 36 – *Seilzirkus*)

- 2 Für uns bedeutet das vorliegend Folgendes: Das "Hang" mag eine gewisse ästhetische Wirkung haben. Es mag dem einen oder der anderen sogar "gefallen". Davon dürfen wir uns aber nicht blenden lassen. Denn, soweit das "Hang" eine gewisse ästhetische Wirkung hat, ist diese nicht auf freie gestalterisch-kreative Entscheidungen der Beklagten zurückzuführen. Wir haben das in unseren Rechtsschriften im Detail aufgezeigt, und wir kommen darauf später nochmals zurück.
- 3 Dies vorausgeschickt werde ich nun beispielhaft auf einige unzutreffende Ausführungen rechtlicher Natur der Beklagten in der Duplik eingehen und diese richtigstellen:
- 4 Erstens behaupten die Beklagten, die urheberrechtliche Individualität sei nicht aufgrund einer Aufgabenstellung zu beurteilen; eine solche stamme aus dem Gebiet des Patentrechts und widerspreche dem Wesen künstlerischen Schaffens (Duplik, Rz. 25 und 88).
- 5 Das ist falsch. **Ausgangspunkt** der schöpferischen Tätigkeit bildet **stets eine gewisse Aufgabenstellung** (THOUVENIN, Irrtum: Je kleiner der Gestaltungsspielraum, desto eher sind die Schutzvoraussetzungen erfüllt, in: Berger/Macciachini (Hrsg.), Populäre Irrtümer im Urheberrecht, FS Hilty, 2008; STRAUB, Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts, in: GRUR Int. 2001, S. 1 ff., S. 5). Die Aufgabenstellung ist für die Beurteilung der Individualität massgebend. Sie ist unverzichtbarer Bestandteil der Prüfung der Voraussetzung der statistischen Einmaligkeit und damit der Individualität. So hat das Bundesgericht in BGE 134 III 166, E. 2.3.1 – *Arzneimittel-Kompendium* festgehalten (unter Hinweis auf BGE 130 III 714, E. 2.3 – *Wachmann Meili*; vgl. auch BGE 136 III 225, E. 4.2 – *Guide Orange*):
- "Dann ist sie nicht einmalig, weil die Wahrscheinlichkeit gross ist, dass bei **gleicher Aufgabenstellung** die gleiche bzw. im Wesentlichen gleiche Fotografie resultierte."*
- 6 Es ist also zunächst zu ermitteln, worin die konkrete Aufgabe der Beklagten bestand. Sodann ist zu prüfen, ob der zur Lösung dieser Aufgabe eröffnete **Gestaltungsspielraum** in einer Art und Weise ausgenutzt wurde, dass die Lösung der Aufgabe im Sinne der zitierten Rechtsprechung "einmalig" erscheint. Dafür

ist erforderlich, dass in genügendem Masse **freie, kreative Entscheidungen** getroffen wurden. Entscheidungen, die auf rationalen Auswahlkriterien beruhen bzw. durch technische Gegebenheiten beeinflusst sind, genügen nicht. Denn es ist damit zu rechnen, dass sie wiederholt werden, weshalb es an Individualität fehlt (vgl. STRAUB, a.a.O., S. 6 m.w.H.).

- 7 Zweitens meinen die Beklagten, dass – selbst wenn die Individualität anhand einer Aufgabenstellung zu prüfen wäre – man bei der Definition dieser Aufgabe nicht von der Lösung ausgehen dürfe. Das würden die Kläger aber tun und so in eine **rückschauende Betrachtungsweise** verfallen (Duplik, Rz. 26 und 89). Auch hier liegen die Beklagten falsch: Wir haben immer auf diejenige Aufgabenstellung abgestellt, welche die Beklagten bei der Entwicklung des "Hang" konkret sich selbst stellten. Diese Aufgabe bestand nicht – wie die Beklagten uns heute weismachen wollen – darin, quasi "auf der grünen Wiese" **irgendein** Klangojekt zu entwerfen. Nein, es ging bei der Aufgabenstellung sehr konkret darum, den zufällig und spontan entstandenen Prototypen 1 spielbar zu machen und seinen Klang zu verbessern (Replik, Rz. 92-94). Diese Aufgabenstellung zieht sich durch sämtliche Entwicklungsstufen des "Hang" und ist durch etliche Zitate der Beklagten selbst belegt. Ich komme darauf noch zurück. Es kann also keine Rede davon sein, die Kläger würden die massgebliche Aufgabenstellung von deren Lösung, also vom "Hang", ausgehend festlegen.
- 8 Drittens liegen die Beklagten falsch, wenn sie meinen, Bezugspunkt für die Beurteilung der Werkindividualität seien die **vorbekannt Formen** (Duplik, Rz. 23-24, 26 und 77-80). Bezugspunkt ist wie gezeigt die Aufgabenstellung. Vorbekannte Formen können nur (aber immerhin) insofern relevant werden, als dass sie den **Gestaltungsspielraum einschränken** können. So kann ein urheberrechtlicher Schutz unter anderem dann ausgeschlossen sein, wenn eine Form nicht ausreichend vom vorbekannten Formenschatz abweicht (etwa BGE 143 III 373, E. 2.6.2 – *Barhocker*). Das ist aber bei weitem nicht der einzige mögliche Schutzausschlussgrund, und von seinem Fehlen darf nicht einfach auf das Bestehen der Schutzvoraussetzung der Individualität geschlossen werden. Nur weil ein Gegenstand von vorbekannten Formen abweicht, also neu ist, ist er noch lange nicht individuell. Die Individualität fehlt vielmehr z.B. auch dann, wenn wie vorliegend gar keine freien kreativen Entscheidungen gefällt wurden.

- 9 Viertens scheinen die Beklagten davon auszugehen, dass Urheberrechtsschutz nur dann ausgeschlossen sei, wenn die Funktion nicht anders erfüllt werden kann als mit der streitgegenständlichen Form (Duplik, Rz. 27 und 81-87). Sie behaupten mit anderen Worten, dass nur die **technische Notwendigkeit** einer Form deren Urheberrechtsschutz ausschliesse, nicht jedoch deren technische oder funktionale Bedingtheit (Duplik, Rz. 6 und 85). Auch damit liegen die Beklagten falsch.
- 10 In der Tat können sich Einschränkungen des Gestaltungsspielraums **auch** aus technischen Anforderungen ergeben (BGer 4A_472/2021, E. 6.3.2 – *Feuerring*). Allerdings ist nicht alles, was nicht technisch notwendig ist, bereits individuell. Ein Gestaltungselement ist technisch notwendig, wenn technisch überhaupt keine Alternative zur Verfügung steht (für das Markenrecht: BGE 129 III 519, E. 2.4.2 – *Lego*). Bei technisch notwendigen Gestaltungselementen besteht gar kein Gestaltungsspielraum. Ein Urheberrechtsschutz ist daher unstreitig ausgeschlossen. Unzutreffend ist allerdings, dass dies nur bei technisch notwendigen Formelementen der Falls sein soll (so aber Duplik, Rz. 27). Auch andere **technisch oder funktional bedingte** Formelemente können nicht zur Individualität beitragen. Technisch bedingt ist ein Formelement dann, wenn der Gebrauchsgegenstand ohne es nicht funktionieren könnte, auch wenn Alternativen bestehen. Es handelt sich also um Merkmale, die zwar aus technischen Gründen verwendet werden – eben damit der Gegenstand seinem Zweck entsprechend funktioniert –, die aber auch austauschbar sind (etwa SENN, Zweckänderung bei einer Grundform als Individualitätskriterium, in: sic! 2023, S. 211 ff., S. 217 m.w.H.).
- 11 Der deutsche BGH beispielsweise befasste sich im bereits erwähnten *Seilzirkus*-Entscheid (Beilage 159) mit solchen technisch **bedingten** Merkmalen. Er hielt fest, dass die Wahl zwischen verschiedenen solcher Gestaltungselemente keine freie Kreativentscheidung darstellt. Die Ausnutzung eines technisch-konstruktiven Gestaltungsspielraums bzw. die Wahl zwischen verschiedenen technischen Merkmalen genügt nicht. Damit ein Gegenstand urheberrechtlich geschützt ist, muss der Gegenstand darüber hinaus auch **künstlerisch** gestaltet sein. D.h. es sind **darüberhinausgehende freie** und **schöpferische** Entscheidungen notwendig (insb. Replik, Rz. 284, 285 und 299; Stellungnahme vom 24. August 2023, Rz. 36-41 und 47). Nicht anders ist es in den Niederlanden (insb. Stellungnahme vom 24. August 2023, Rz. 70). Auch in der Schweiz gilt,

dass Entscheidungen, die rationalen Kriterien folgen, bspw. durch technische Überlegungen oder Gegebenheiten getrieben sind, keine freien und kreativen Entscheidungen darstellen und somit nicht zu einer Individualität führen können (STRAUB, a.a.O., S. 6; SENN, a.a.O., S. 217.). In **allen** relevanten Rechtsordnungen gelten also Entscheidungen, die auf **technischen** oder **funktionalen** Überlegungen beruhen, **nicht** als freie und schöpferische Entscheidungen.

12 Fünftens folgern die Beklagten aus den soeben unter drittens und viertens behandelten Punkten, dass ein Gebrauchsgegenstand nur dann nicht individuell, also nur dann nicht urheberrechtlich geschützt sei, "*wenn (1) die Form nicht von vorbekannten Formen abweicht oder (2) die Form notwendig ist, damit das entsprechende Objekt seine Funktion erfüllen kann*" (Duplik, Rz. 76). Mit der bundesgerichtlichen Definition von Individualität hat das nichts zu tun. Es ist doch nicht alles, was neu ist (also von vorbekannten Formen abweicht) und nicht technisch notwendig ist, nur schon deshalb "einmalig". Die Beklagten schliessen vom Bestehen eines Gestaltungsspielraums darauf, dieser sei auch in kreativer Art und Weise ausgeschöpft worden. Sie schliessen vom Fehlen von einzelnen Schutzausschlussgründen auf das Vorhandensein der Schutzvoraussetzung der Individualität. Das ist ein Trugschluss.

13 Sechstens vertreten die Beklagten die Ansicht, ein **Vergleich mit dem Designrecht** sei in Bezug auf die Schutzvoraussetzung der Eigenart und die viel kürzere Schutzdauer des Designrechts nach Inkrafttreten des Designgesetzes vor rund zwanzig Jahren "*nicht mehr vertretbar*" (Duplik, Rz. 366). Diese Behauptung ist – vor allem aus der Feder der beklagtischen Rechtsvertreter – gelinde gesagt erstaunlich. Sie widerspricht diametral der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. So hielt das Bundesgericht beispielsweise im Jahr 2017 – und damit rund 15 Jahre nach Inkrafttreten des Designgesetzes – zur Abgrenzung von Urheber- und Designrecht Folgendes fest (BGE 143 III 373, E. 2.6.2 – *Barhocker*):

"Die Geltungsbereiche des URG einerseits und des ... DesG ... andererseits unterscheiden sich dadurch, dass das Urheberrecht die 'individuelle', das Designrecht die 'eigenartige' Leistung schützt. Der Schutz beider Gesetze gilt der kreativen Formgebung. Aus dem

*grundsätzlich übereinstimmenden Schutzzweck ergibt sich angesichts des unterschiedlich weit reichenden Schutzes, dass die Voraussetzungen der urheberrechtlichen Individualität **höher** sein müssen als die Eigenart des Designrechts. [...] Ein urheberrechtlich geschütztes Werk der angewandten Kunst kann daher nur vorliegen, wenn die **künstlerische** Gestaltung eines handwerklichen Erzeugnisses mindestens die designrechtliche Eigenart (Art. 2 Abs. 1 DesG) **unbestreitbar klar und deutlich** erreicht."*

Diese klare Position zum Verhältnis von Urheberrecht und Designrecht hat das Bundesgericht in verschiedenen Fällen bestätigt, so zum Beispiel auch vor kurzem in BGer 4A_472/2021 – *Feuerring* (E. 6.1.2).

- 14 In der Praxis ist es bekanntlich regelmässig sehr schwierig bis unmöglich, ein eingetragenes (bei der Eintragung materiell nicht geprüftes) Designrecht als rechtsbeständig durchzusetzen. Die Schwierigkeit liegt im Nachweis der Eigenart. Das ist der Grund, weshalb Designrechtsfälle kaum vor Schweizer Gerichten landen. Auch das zeigt, dass die Schwelle für einen Urheberrechtsschutz hoch sein muss. Das Designrecht gewährt eine maximale Schutzdauer von 25 Jahren – beim "Hang" würde der Schutz also bereits im Jahr 2025 enden. Das Urheberrecht gewährt hingegen noch während 70 Jahren nach dem Tode des Urhebers Schutz. Würde man vorliegend den Urheberrechtsschutz des "Hang" (und darüber hinaus eine Verletzung des Urheberrechts) bejahen, hätte das somit zur Folge, dass nicht nur die heutigen Instrumentenbauer und Spieler, sondern auch deren Nachkommen, voraussichtlich **bis ins 22. Jahrhundert hinein**, die streitgegenständlichen Handpans weder bauen noch erwerben könnten. Dessen müssen wir uns bei der Beurteilung der Individualität des "Hang" bewusst sein.
- 15 Siebtens betreiben die Beklagten erheblichen Aufwand, um aufzuzeigen, dass die angebliche Individualität im "Hang" selber zum Ausdruck komme (z.B. Duplik, Rz. 159-187). Das ist freilich vergebene Mühe. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist diesbezüglich nämlich zweierlei erforderlich (BGE 105 II 297, E. 3 – *Monsieur Pierre*):

*"L'œuvre des arts appliqués doit s'imposer d'elle-même par son originalité **et** être reconnaissable comme telle."*

- 16 Wenn die Individualität fehlt – weil wie z.B. vorliegend gar keine freien Kreativentscheidungen gefällt wurden – erübrigt es sich somit zu prüfen, ob die Individualität im Werk selber zum Ausdruck kommt. Oder, mit anderen Worten: Nur weil ein Gebrauchsgegenstand wie das "Hang" möglicherweise so **aussieht, als ob** er das Ergebnis freier, kreativer Entscheidungen **sein könnte**, reicht das noch lange nicht aus, damit er auch tatsächlich Urheberrechtsschutz geniessen kann. Nein, er muss vielmehr auch **tatsächlich** das Ergebnis solcher Entscheidungen sein.
- 17 Zusammenfassend ist somit festzuhalten: Damit ein Gebrauchsgegenstand Urheberrechtsschutz geniessen kann, muss seine Form auf **freien und schöpferischen Entscheidungen** beruhen. Diese freien Kreativentscheidungen müssen solcherart sein, dass es unwahrscheinlich scheint, dass ein **Dritter vor dieselbe Aufgabe gestellt, diese im Wesentlichen gleich lösen würde. Unbeachtlich dabei sind Entscheidungen, die auf technischen Überlegungen beruhen**. Die Ausnutzung eines technisch-konstruktiven Gestaltungsspielraums genügt nicht. Sie stellt eine rein handwerkliche Tätigkeit dar, die nicht zu einem urheberrechtlich geschützten Werk führen kann.
- 18 Der rechtliche Rahmen ist damit abgesteckt. Unter diesen Prämissen ist zu prüfen, ob die Beklagten bei der Entwicklung des "Hang" in genügendem Masse freie Kreativentscheidungen getroffen haben oder ob sie vielmehr handwerklich tätig waren.

2. Die Beklagten haben bei der Entwicklung des "Hang" keine freien Kreativentscheidungen getroffen

- 19 Der vorliegende Fall unterscheidet sich von den publizierten Urteilen der Gerichte in einem wesentlichen Punkt. In jenen Urteilen bleibt der eigentliche Gestaltungsprozess regelmässig im Dunkeln. Den Gerichten bleibt dann nichts anderes übrig, als die etwaigen freien kreativen Entscheidungen, die zu einer bestimmten Gestaltung geführt haben, deduktiv durch einen Vergleich der fraglichen Gestaltung mit dem Formenschatz im Zeitpunkt der Gestaltung zu ermitteln. Hier liegen die Dinge jedoch anders. Wir sind in der privilegierten Situation, dass die Beklagten die Entwicklungsgeschichte des "Hang" vorprozessual – in unverfänglicheren Zeiten – ausführlich und minutiös geschildert haben. Aus

diesen veröffentlichten Schilderungen ergibt sich zweifelsfrei, dass die Beklagten bei der Entwicklung des "Hang" keine freien und kreativen Entscheidungen getroffen haben, sondern rein handwerklich tätig waren.

20 Betrachten wir unter diesem Gesichtspunkt zunächst nochmals, wie es bei der Entwicklung des "Hang" zur **Aufgabenstellung** gekommen ist. Das Gericht wird hierzu heute Nachmittag den Zeugen Reto Weber hören.

21 Die Beklagten sind Instrumentenbauer und stellen in ihrer Werkstatt seit jeher *Steelpans* her. Reto Weber besuchte die Beklagten dort im Oktober 1999 und äusserte dabei seinen Wunsch nach einem der runden Ghatam nachempfundenen Instrument aus Metall, das sich mit den Händen im Sitzen spielen lässt, aber mehrere Tonfelder aufweist (Klage I, Rz. 58; Klage II, Rz. 63; Klage III, Rz. 61). Was darauf folgte, beschrieben die Beklagten in verschiedenen Publikationen selbst wie folgt (Klage I, Rz. 60; Klage II, Rz. 65; Klage III, Rz. 63; Replik, Rz. 86-90 und 222; Stellungnahme vom 4. November 2022, Rz. 15):

*"Auf Anregung eines Ghatam-Spielers gestalteten wir eine Kugel aus **herumliegenden Halbschalen** aus dem **Steelpanbau**, die ein paar eingehämmerte konkave Tonfelder enthielten"* (Beilage 59, S. 1)

*"Der Perkussionist [Reto Weber] spielte auf seinen drei unterschiedlich gestimmten Ghatam gleichzeitig und liess beiläufig durchblicken, dass er gerne noch mehr Klänge aus seinem Instrument herausholen möchte. Seine Versuche an herumliegenden Klangkörpern, die er statt mit Schlägeln mit seinen blossen Händen spielte, gaben uns den Impuls, **unter die Werkbank zu greifen und zwei PANG-Blechschen ans Tageslicht zu befördern**. Eine davon war mit sieben Tönen eingestimmt. Zusammengeführt ergaben sie ein Ganzes, die klingende Kugel! **Ein neues akustisches Musikinstrument war geboren.**"* (Beilage 40, S. 6)

*"Reto Weber fragte die Panbauer, ob es denn möglich sei ein Instrument zu entwickeln, das die melodische Vielfalt einer Steeldrum mit der Handlichkeit eines Gatham verbindet. **Spontan** setzten Felix Rohner und Sabina Schärer **zwei Halbschalen einer Steeldrum***

aufeinander. Das war die **Geburtsstunde des 'Urhang' ...**" (Beilage 109)

22 Dieser Vorgang ist ebenso banal wie sein Ergebnis:



23 Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass dieser banale Vorgang nicht von freien Kreativentscheidungen geprägt war. Der Prototyp 1 entstand vielmehr spontan und zufällig. Urheberrechtlich geschützt ist der Prototyp 1 daher sicherlich nicht. Klammerbemerkung: Das hielt die Beklagten freilich nicht davon ab, auch gestützt auf den Prototypen 1 Abmahnungen zu verschicken (vgl. Klage II, Beilagen 83 und 85).

24 Der Prototyp 1 war als Instrument untauglich. Oder, wie es die Beklagten ausdrückten (Beilage 107):

*"Dieser **zufällige** Erstling war aber ein unbequemes Ding, schlicht **unspielbar.**"*

25 Er war viel zu gross und der Klang noch nicht ausgereift. Die Beklagten selbst schilderten die sich ihnen stellende Aufgabe in etlichen Veröffentlichungen (Replik, Rz. 93). So beschrieb z.B. der Beklagte 2 die Situation in einem Video wie folgt (Beilage 38, ab Minute 26:54):

*"Die Kugel war da. Die Klänge waren da. Die Hand war am Blech. Eine neue Dimension. Und jetzt ging der Weg los. **Die erste Frage ist: 'Kann man das überhaupt spielen?'** 'Es ist zu gross, es ist zu **fett**', haben die Musiker gesagt. 'Das muss man kleiner machen. Es ist genial. Das Instrument ist genial, aber: Es ist zu gross.' **Und dann***

kam diese Frage des Basses. Funktioniert nicht gut. Zuviel Luft. Also haben wir das verkleinert. Auf diese Grösse [Beklagte 2 zeigt eine Umarmung]." (Beilage 38)



- 26 Ähnliches gab der Beklagte 2 in einem Interview mit einem italienischen Musikmagazin zu Protokoll (Beilage 110 [Übersetzung]):

*"Die Noten waren da und man konnte das Metall mit den Händen berühren, das Problem war die Grösse. Das erste Hang war zu gross, so dass es schwer zu tragen und auf den Knien zu spielen war, **also bestand die nächste Aufgabe darin, die Grösse zu verringern und den Klang zu verbessern.**"*

- 27 Damit ist erstellt: Für die Instrumentenbauer bestand die **Aufgabenstellung** nun darin, den **Prototyp 1 spielbar zu machen und den Klang zu verbessern.**

- 28 Zur Lösung dieser Aufgabe verringerten die Beklagten beim **Prototypen 2** zunächst – was absolut naheliegend ist – die Höhe und den Durchmesser (Beilage 39, S. 2):

*"The prototype had to be reduced in diameter from 60 cm to 50 cm **to make it possible to be played on the lap.**"*

- 29 Daraus **resultierte** die **Linsenform**. Diese mag ästhetischer wirken als die klobige Form des Prototypen 1. Sie beruht aber eben nicht auf einer freien kreativen Entscheidung, sondern auf den soeben erwähnten spiel- und klangtechnischen Überlegungen (Replik, Rz. 97).
- 30 Gleichzeitig verschoben die Beklagten die **Resonanzöffnung** von der Unter- auf die **Oberseite**. Dies im Versuch, die Ghatam nachzubauen und einen bassigen Puls zu erhalten. Auch das ist keine freie Kreativentscheidung (Replik, Rz. 98). Wir verweisen auch hierzu auf die Schilderungen der Beklagten:

*"Versuch das Ghatam nachzubauen, kleiner Hals **nach oben** gerichtet" (Beilage 30, S. 7)*

*"Versuch mittels eines Resonanzloches einen **bassigen Puls** zu erhalten scheiterte." (Beilage 30, S. 7)*

- 31 Das Ergebnis dieser spiel- und klangtechnisch motivierten Änderungen sehen wir hier:



- 32 Beim **Prototypen 3** gingen die Beklagten wiederum klangtechnische Probleme an. Sie versuchten, mithilfe eines Stöpsels eine Membran im Innern des Instruments zum Schwingen zu bringen, um so den gesuchten bassigen Puls zu finden:



- 33 Auch das ist keine freie und kreative Entscheidung, sondern eine rein handwerklich-technische (Replik, Rz. 101). Wiederum zitieren wir die Beklagten:

*"Auf der **Suche** nach dem **Bass**, der Hohlraumresonanz. **Versuch** mittels **Stöpsel** eine Membrane im Innern zum Schwingen zu bringen. Die erzeugten Bassfrequenzen sind schwach. Experiment gescheitert." (Beilage 30, S. 8)*

- 34 Da das Experiment gescheitert war, verzichteten die Beklagten wieder auf den Stöpsel. Ausserdem stellten die Beklagten fest, dass die Resonanzöffnung auf der **Oberseite** zu akustischer Instabilität führte (Replik, Rz. 101; Stellungnahme vom 4. November 2022, Rz. 84). Sie verschoben das Resonanzloch daher beim **Prototypen 4** wieder auf die **Unterseite**, wie bereits beim Prototypen 1 (Replik, Rz. 102 und 107). Das ist keine freie Kreativentscheidung. Dass die Resonanzöffnung dabei wiederum in der Mitte platziert wurde, ist banal. Wohl nahezu jeder würde die Resonanzöffnung in der Mitte der Schale platzieren.

- 35 Bereits früher hatte die Kuppel des Buckelgongs das Interesse der Beklagten geweckt und sie erforschten die Kuppel technisch (Replik, Rz. 156-157). Sie fügten daher dem Prototypen 4 eine Kuppel hinzu, um diesem einen gongähnlichen Klang zu verleihen (Replik, Rz. 104):



- 36 Auch der Prototyp 4 basiert somit auf rein technisch-handwerklichen Entscheidung. Auch hierzu zitieren wir die Beklagten (Replik, Rz. 107 und 236):

*"Um die **Schwingungen im Innern des Gefässes nach aussen zu führen**, blieb die Öffnung jedoch erhalten und erhielt ihren Platz auf der **unteren Halbschale des Instruments**. Den **schwachen, tiefen Bassklang, der an der Öffnung angeregt werden konnte**, nannten wir Gu. Das Hang® erhielt seine Gu-Seite." (Beilage 41, S. 2)*

*"Ein **gongähnlicher Klang**, der wie 'ding!' klang, kam im Zentrum der oberen Halbschale zu liegen, die von nun an Ding-Seite genannt wurde." (Beilage 41)*

- 37 Im **Prototyp 5** ist dann der **umlaufende Flansch** etwas prominenter. Auch dies ist auf technische Gegebenheiten zurückzuführen. Die Beklagten suchten nach technischen Möglichkeiten, um die beiden **Schalen** miteinander zu **verbinden**. Beim Prototypen 5 versuchten sie es mit einer Schweißnaht, die sich jedoch als zu hart erwies (Replik, Rz. 111-112). Auch die Flansch-Gestaltung ist somit nicht das Ergebnis einer gestalterisch-kreativen Entscheidung. Ausserdem gestalteten die Beklagten das **Resonanzloch** anders. Sie fügten einen **nach innen gerichteten Hals** hinzu, um den Bass zu verstärken (Replik, Rz. 113). Auch das ist keine freie und kreative Entscheidung.



- 38 Zur Motivation der Beklagten zitieren wir wiederum diese selbst:

*"Das Resonanzloch wird von den TunerInnen GU genannt. Von Hand getrieben, **geformt nach Empfehlung von Auto-Tunern** (Gebr. Gabathuler, Affoltern, Zürich)." (Beilage 30, S. 10).*

"Gescheitert: Schweissgenietet ist eine zu harte Verbindung, bei Sturz auf Kante bricht das Instrument auseinander." (Beilage 30, S. 9).

- 39 Nach einem Jahr des Tüftelns gelangten die Beklagten so zur **ersten Generation des "Hang"**. Dieses unterscheidet sich von den Prototypen einzig dadurch, dass der Oberfläche ein schimmernder Glanz verliehen und die Kuppel poliert wurde (Replik, Rz. 116). Gemäss den Beklagten ist dies **urheberrechtlich ohne Relevanz** (Klageantwort, Rz. 127).
- 40 Diese von den Beklagten selbst minuziös beschriebene und publizierte Entstehungsgeschichte zeigt es in aller Deutlichkeit: Das "Hang" ist das Resultat einer technisch-handwerklichen Weiterentwicklung eines spontan und zufällig entstandenen Prototyps. In keinem der Entwicklungsschritte sind freie und kreative gestalterische Entscheidungen der Beklagten erkennbar, und schon gar nicht solche, die für die Annahme von Individualität im urheberrechtlichen Sinne erheblich genug wären. Es ist denn auch bezeichnend, dass die Beklagten in ihren zahl- und umfangreichen Veröffentlichungen zur Entstehungsgeschichte (insb. Beilagen 33, 38 und 40) mit keinem Wort irgendeine kreativen Entscheidungen erwähnen. Vielmehr verbesserten die Beklagten die Prototypen aufgrund neu gewonnener spiel- und klangtechnischer Erkenntnisse. Sie suchten und fanden technische Lösungen auf technische Probleme. Dies ist handwerkliche Tätigkeit und nicht künstlerisches Schaffen. Das "Hang" ist folglich nicht urheberrechtlich geschützt.
- 41 Vor diesem Hintergrund würde es sich an sich erübrigen, auf die Frage nach der Funktionalität der einzelnen Elemente, welche den individuellen Charakter des "Hang" gemäss den Beklagten ausmachen sollen, weiter einzugehen. Da die Beklagten diese Funktionalitäten in der Duplik nach wie vor weitgehend bestreiten, werde ich darauf dennoch kurz eingehen (ausführlich Replik, Rz. 198-254).
- 42 **Zur Linsenform:** Wir haben vorhin beschrieben, wie es zur Linsenform des "Hang" gekommen ist. Die Linsenform ist spieltechnisch besonders vorteilhaft (Replik, Rz. 199-202). In den Worten der Beklagten:

"Mit 53 cm Durchmesser, 24 cm Höhe und 3.7 kg Gewicht hat das HANG ideale Masse für das Spiel mit den Händen sowie für die akustischen Erfordernisse." (Beilage 149)

- 43 Die Linsenform ist gemäss den Beklagten somit auch für den Klang erforderlich. Das leuchtet ein. Der Schlag auf ein Tonfeld erzeugt Schwingungsenergie. Beim "Hang" wie auch bei der *Steelpan* wird diese Energie auf gewisse Bereiche, die Tonfelder, begrenzt. Die Tonfelder sind beinahe flach. Sie sind eingebettet in eine Schale mit gleichmässiger Krümmung. Entlang der Grenzen des Tonfelds ändert sich also die Krümmung. Dies führt dazu, dass die durch den Schlag auf das Tonfeld erzeugte Schwingungsenergie am Rand des Tonfelds zurückreflektiert wird (Replik, Rz. 205-206). Das haben wir bereits beim Augenschein an der Instruktionsverhandlung gehört (Prot. 517). Um ein Instrument präzise und reproduzierbar zu stimmen, ist es unabdingbar, dass die Krümmung des Materials, das die Tonfelder umgibt, in alle Richtungen gleich ist. Das ist nur bei einem Kugelsegment der Fall. Die Form des Kugelsegments ist daher bereits von der *Steelpan* bestens als "neutrale Leinwand" bekannt, in die die Tonfelder eingearbeitet werden können (Replik, Rz. 207). Auch das haben wir bereits an der Instruktionsverhandlung gehört (Prot. 517).
- 44 Trotzdem können den Tonfeldern Schwingungen entweichen und so zu Störgeräuschen führen. Wird sowohl für die Ober- als auch für die Unterseite ein Kugelsegment verwendet, erlaubt dies, solche Störgeräusche optimal zu vermeiden (Replik, Rz. 210). Dies stabilisiert ausserdem die Spielfläche und das gesamte Instrument (Replik, Rz. 211).
- 45 **Zur kreisförmigen Anordnung der Tonfelder:** Es handelt sich dabei schlicht um die naheliegendste, spieltechnisch beste und einfachste Anordnung (Replik, Rz. 219-220). Eine solche Anordnung war bereits bei der *Steelpan* geläufig (Replik, Rz. 222; Stellungnahme vom 4. November 2022, Rz. 15).
- 46 Die Anordnung der Tonfelder im Kreis wirkt sich auch auf den Klang aus. Wie erwähnt kann Schwingung aus einem Tonfeld austreten. Dadurch können andere Tonfelder angeregt werden. Das bezeichnet man im Fachjargon als *Crosstalk*. Dieser *Crosstalk* kann minimiert werden, indem die Tonfelder möglichst weit voneinander platziert werden. Dies wird durch die gleichmässige, kreisförmige Verteilung der Tonfelder erreicht (Replik, Rz. 226-229).

47 **Zur zentralen Kuppel auf der Oberseite:** Dass sich auch in der Mitte ein Tonfeld befindet, folgt aus der soeben erwähnten gleichmässigen Verteilung der Tonfelder. Einbuchtungen bzw. Kuppeln im Zentrum eines Tonfelds stabilisieren die Obertöne und beeinflussen die Frequenzen der höheren Vibrationsmoden, sie führen zu einem weicheren, sanfteren Klang (Replik, Rz. 234-235; Stellungnahme vom 4. November 2022, Rz. 52-64). Wir haben dies bereits anlässlich des Augenscheins an der Instruktionsverhandlung gehört (Prot. 517 f.). Auch die Beklagten bestätigen die Wirkung der Kuppel auf den Klang, etwa:

"Die Kuppelgeometrie veränderte den Klang. Sie wirkte sich vorteilhaft auf die Modulation im Klanggeschehen aus." (Beilage 33, S. 24)

48 Dass sich im zentralen Tonfeld eine Kuppel und nicht eine Einbuchtung findet, ist insbesondere spieltechnisch bedingt. Die Kuppel lässt sich einfacher und vielfältiger bespielen (Replik, Rz. 230-231). Auch das haben wir bereits bei der Instruktionsverhandlung gesehen (Prot. 518).

49 **Zur mittigen Resonanzöffnung:** Das "Hang" verwendet einen sogenannten Helmholtz-Resonator. Diesen kennen wir bspw. von Flaschenflöten, also wenn man in einen Flaschenhals bläst. Er setzt ein Luftvolumen und eine im Vergleich dazu kleinere Öffnung voraus (Replik, Rz. 242-243). Die Frequenz des Resonators hängt unter anderem von der Grösse und der Ausgestaltung der Öffnung ab (Replik, Rz. 244).

50 Dass die Resonanzöffnung in der Mitte der Unterseite platziert ist, erlaubt es zunächst, beim Spiel auf dem Schoss durch Schliessen und Öffnen der Beine die Grösse der Öffnung zu verändern. So wird der Klang des Helmholtz-Resonators beeinflusst (Replik, Rz. 239). Das führen auch die Beklagten so aus (Beilage 40, S. 20):

"Nimmt der Hangspieler oder die Hangspielerin das Instrument auf den Schoss, so erklingt bei Anregung des Instrumentenkörpers mit der Handwurzel ein Basston. Durch Variieren des Beinwinkels kann der Bass in seiner Höhe verändert werden [...]"

- 51 Es braucht die Öffnung aber auch, um das Instrument zu stimmen. Das Instrument muss auch nach dem Zusammenfügen der beiden Schalen von innen gestimmt werden (Klage I, Rz. 120-121; Klage II, Rz. 125-126; Replik, Rz. 248-249; Stellungnahme vom 4. November 2022, Rz. 139). Die Beklagten bestreiten dies in der Duplik (Rz. 337-338), was allein schon deshalb erstaunt, weil sie dazu früher folgendes ausgeführt hatten:

"Das Instrument muss von innen bearbeitet werden können."
(Beilage 30, S. 9)

Und weiter:

*"The size was given so that **the hand can go in**. Because we have to tune it, fine-tune it. [...] In a way **it's Felix' hand size**."* (Beilage 154)

- 52 Die Platzierung der Resonanzöffnung in der Mitte der Schale erlaubt es, alle Tonfelder von innen bearbeiten zu können (Klage I, Rz. 120; Klage II, Rz. 126; Klage III, Rz. 124; Replik, Rz. 250). Auch das haben wir bereits an der Instruktionsverhandlung gesehen (Prot. 519).
- 53 Damit sind alle Elemente des "Hang", welche die Beklagten als wesentlich für ihr "Werk" bezeichnen, technisch bzw. funktional bedingt. Das "Hang" mag im Zeitpunkt seiner Entstehung zwar technisch innovativ gewesen sein. Technische Innovation lässt sich aber nicht auf dem Umweg des Urheberrechts bis ins nächste Jahrhundert schützen. Genau das wollen die Beklagten aber mit ihren diversen Klagen und Abmahnungen, welche zum vorliegenden Verfahren geführt haben, erreichen. Besonders deutlich wird das, wenn man sich vor Augen führt, was die Beklagten immer wieder als "ihr Werk", das es zu schützen gelte, bezeichnen (vgl. z.B. Beilage 89; Klage II, Beilagen 84 und 86; Klage III, Beilage 89):



54 Damit wollen die Beklagten nichts anderes geschützt sehen als die **Idee eines Instruments** mit (a) einer Linsenform bestehend aus zwei Kugelsegmenten, (b) einer zentralen Kuppel auf der Oberseite, (c) kreisförmig um die Kuppel angeordneten Tonfeldern und (d) einem Resonanzloch auf der Unterseite. Ideen sind aber bekanntermassen urheberrechtlich nicht schützbar (statt vieler OFK URG-REHBINDER et al., Art. 2 N 4; BGE 70 II 75 – *Habla-Notenschrift*).

3. Kein Urheberrecht am "Hang" in Deutschland und in den Niederlanden

55 Ist ein Gebrauchsgegenstand in seinem Ursprungsland urheberrechtlich nicht geschützt, ist er gemäss Art. 2 Abs. 7 der Berner Übereinkunft (RBÜ) auch in den anderen Vertragsstaaten – darunter Deutschland und die Niederlande – nicht geschützt. Für die Einzelheiten verweise ich auf unsere Schriftsätze (Stellungnahme vom 24. August 2023, Rz. 10-27 und 52-66; Replik, Rz. 278-279 und 308-313).

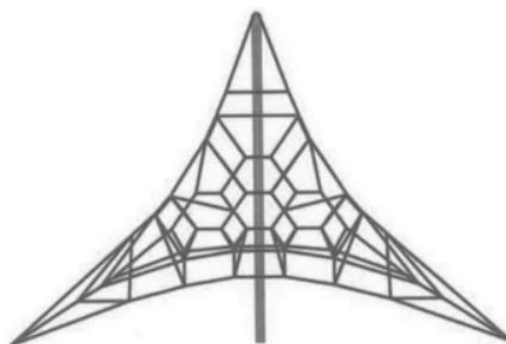
56 Was das "Hang" anbelangt, ist die Schweiz das Ursprungsland. Hier wurde das "Hang" von den hier ansässigen Beklagten entwickelt, hier wurde es serienmässig hergestellt, von hier aus wurde es in die Welt vertrieben, und hierhin mussten später Interessenten reisen, um ein "Hang" zu erwerben. Dass das "Hang" erstmals in Deutschland ausgestellt worden sein soll, ändert daran nichts (Stellungnahme vom 24. August 2023, Rz. 4-9 und 67-68; Stellungnahme vom 4. November 2022, Rz. 102).

57 Weil das "Hang" im Ursprungsland Schweiz urheberrechtlich nicht geschützt ist, ist aufgrund von Art. 2 Abs. 7 RBÜ ein Urheberrechtsschutz in Deutschland und in den Niederlanden zum Vornherein ausgeschlossen. Eine Prüfung nach deutschem und niederländischem Urheberrecht erübrigt sich. Ich werde die dortige Rechtslage daher nur kurz darlegen und verweise auf unsere Schriftsätze.

58 **Deutschland:** Das deutsche Urheberrecht schützt eine "persönliche geistige Schöpfung" (§ 2 Abs. 2 DE-URG). Keine Schöpfung liegt vor, wenn das Erzeugnis lediglich vorbekannte Formen oder solche des Gemeinguts verwendet. Die Schöpfung muss ausserdem eine individuelle Prägung aufweisen, die eine solche Gestaltungshöhe bzw. einen solchen Grad an ästhetischem Gehalt erreicht, dass von einer künstlerischen Leistung gesprochen werden kann (Klage I,

Rz. 301-328; Klage II, Rz. 401-426; Klage III, Rz. 778-803; Replik, Rz. 280-292 und 299-307; Stellungnahme vom 24. August 2023, Rz. 28-51).

- 59 Besonders relevant für den vorliegenden Fall ist der *Seilzirkus*-Entscheid des BGH (Beilage 159). Ich habe diesen bereits eingangs erwähnt. Der BGH hielt fest, dass technisch bedingte Gestaltungsmerkmale und von technischen Erwägungen getragene Entscheidungen keinen Urheberrechtsschutz begründen können. Konkret ging es um ein Klettergerüst für Kinder. Man hätte ein Kletternetz – und erst recht Spielplatzgeräte allgemein – auch ganz anders gestalten können. Man hätte zum Beispiel mehrere Masten oder Ketten verwenden können. Das Kletternetz hätte immer noch seinen Zweck erfüllt. Die Wahl zwischen verschiedenen Optionen ist jedoch in erster Linie dem Zweck des Geräts geschuldet und technisch bedingt. Die Ausnutzung eines technisch-konstruktiven Gestaltungsspielraums ist keine künstlerische Leistung. Das Kletternetz ist daher nicht urheberrechtlich geschützt (Stellungnahme vom 24. August 2023, Rz. 37-38; Replik, Rz. 284-285).



- 60 Beim "Hang" sind wie gezeigt alle Gestaltungsmerkmale dem Gebrauchszweck geschuldet und technisch bedingt. Die Beklagten trafen ausschliesslich technisch-handwerkliche Entscheidungen. Nur weil sich ein Klangobjekt auch anders gestalten liesse (wie sich auch ein Kletternetz oder ein Spielplatzgerät anders gestalten liesse), führt das noch nicht zu einem urheberrechtlich geschützten Werk. Urheberrechtsschutz nach deutschem Recht fällt daher ausser Betracht.

- 61 **EuGH-Rechtsprechung:** Die Rechtsprechung des EuGH und insbesondere der *Brompton*-Entscheid ändern daran nichts. Der EuGH geht von einem vollharmonisierten Werkbegriff in der EU aus. Vorausgesetzt ist insbesondere ein Original, das eine "eigene geistige Schöpfung" des Urhebers ist. Dies entspricht der "persönlichen geistigen Schöpfung" des deutschen Rechts (Replik, Rz. 293). Die

"eigene geistige Schöpfung" setzt gemäss EuGH voraus, dass im fraglichen Gegenstand freie und kreative Entscheidungen des Urhebers zum Ausdruck kommen. Im *Brompton*-Entscheid betonte der EuGH, dass rein funktionale Merkmale, auch wenn eine Wahlmöglichkeit besteht, keine Originalität in diesem Sinne begründen. Durch den *Brompton*-Entscheid wurde die Schutzwelle für Werke der angewandten Kunst in Deutschland gerade nicht herabgesetzt (Klage I, 329-339; Klage II, Rz. 427-437; Klage III, Rz. 804-814; Replik, Rz. 293-298). Im Übrigen wurde der **Urheberrechtsschutz für das *Brompton*-Faltfahrrad** in der Folge durch das Vorlagegericht **verneint** (auch wenn sich Faltfahrräder und erst recht Fortbewegungsmittel allgemein ganz anders gestalten liessen; Replik, Rz. 298; Beilage 165).

- 62 **Niederlande:** In den Niederlanden ist für den Urheberrechtsschutz vorausgesetzt, dass das Werk einen "eigenen, originären Charakter" hat und den "persönlichen Stempel" des Urhebers trägt. Ersteres heisst kurz gesagt, dass die Form nicht der eines anderen Werks entlehnt sein darf. Zweiteres, dass die Form Ergebnis schöpferischer Entscheidungen sein muss. Inhaltlich entspricht dies dem Erfordernis der "eigenen geistigen Schöpfung" der EuGH-Rechtsprechung. Erforderlich ist jeweils eine kreative Leistung. Elemente, die lediglich einer technischen Wirkung dienen oder das Ergebnis einer zu stark durch technische Grundsätze begrenzten Auswahl sind, tragen nicht zum "persönlichen Stempel" bei und sind vom Urheberrechtsschutz ausgeschlossen. Das Gleiche gilt für die Wahl zwischen mehreren technischen Alternativen (Klage I, Rz. 340-357; Replik, Rz. 314-356; Stellungnahme vom 24. August 2023, Rz. 69-114).
- 63 Besonders anschaulich und einschlägig ist die niederländische Rechtsprechung zum unten abgebildeten *Rubik*-Würfel, die in Anwendung des vom EuGH vorgegebenen Rahmens und insbesondere des *Brompton*-Entscheids erfolgte (Replik, Rz. 338-343; Stellungnahme vom 24. August 2023, Rz. 83 und 108-109; Beilagen 185, 186 und 244). Beim *Rubik*-Würfel handelt es sich wie beim "Hang" um einen interaktiven, "spielbaren" Gegenstand. Die niederländischen Gerichte hielten fest, dass die Gestaltung des Würfels an sich, d.h. ohne die farbigen Bereiche, aufgrund der Funktion des Würfels als dreidimensionales Logikspiel in hohem Masse technisch vorgegeben sind. Der Würfel an sich ist daher urheberrechtlich nicht geschützt. Dies, obschon Drehpuzzles und erst recht Logikspiele allgemein ganz andere Formen annehmen können.



- 64 Wendet man diese Grundsätze auf das "Hang" an, ist dieses nach niederländischem Recht urheberrechtlich nicht geschützt. Die Beklagten haben keine gestalterisch-kreativen Entscheidungen getroffen. Die Gestaltung des "Hang" ist in hohem Masse technisch bedingt. Daran ändert auch nichts, dass andere Gestaltungen für ein Klangobjekt möglich sind (wie auch andere Gestaltungen für ein Drehpuzzle oder ein Logikspiel möglich sind).
- 65 Dass einige deutsche und niederländische Gerichte trotz dieser Vorgaben im Rahmen vorsorglicher Massnahmen Verbote gegen einzelne Kläger aussprechen, ist darauf zurückzuführen, dass diese Entscheide auf falschen tatsächlichen Grundlagen in Bezug auf die Entstehungsgeschichte des "Hang" ergingen. Ich komme darauf am Schluss des Parteivortrags zurück.

4. Die Kläger verfügen über ein Feststellungsinteresse

- 66 Sodann hat das Gericht in der Vorladung angeordnet, dass sich die Parteien auch zum Feststellungsinteresse äussern sollen. Vorliegend soll das Nichtbestehen von Urheberrechten festgestellt werden. Es handelt sich also um eine immaterialgüterrechtliche Bestandesklage. Für solche ist allgemein anerkannt, dass keine hohen Anforderungen an das Feststellungsinteresse gelten und bereits der Nachweis einer potentiellen Konfliktlage genügt (statt vieler MARBACH et al., Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, Rz. 1024). Das ist so im Patentrecht (statt vieler SHK PatG-SCHWEIZER, Art. 28 N 6), im Markenrecht (statt vieler BSK MSchG-FRICK, Art. 52 N 21), im Designrecht (statt vieler SHK DesG-STUTZ et al., Art. 33 N 44), und kann im Urheberrecht nicht anders sein.
- 67 Es ist folglich unzutreffend, dass – wie von den Beklagten behauptet – ein Feststellungsinteresse nur bestehen soll, wenn und soweit der Feststellungskläger abgemahnt wurde (Duplik, Rz. 32 ff.). Bei einer Abmahnung besteht gewiss ein

Feststellungsinteresse. Doch darf daraus nicht im Umkehrschluss gefolgert werden, dass ohne Abmahnung kein Feststellungsinteresse besteht. Eine Abmahnung ist für ein Feststellungsinteresse gerade nicht erforderlich (VOLKEN, in: Weinmann et al. (Hrsg.), Schweizer IP-Handbuch, 2. Aufl. 2021, § 29, Rz. 1.18). Es kann auch keine Rede davon sein, dass das Absehen von einem Abmahnerfordernis auf eine "*Popularklage hinauslaufen*" würde (Duplik, Rz. 37). Es ist nicht so, dass dann jedermann auch ohne eigenes Interesse klageberechtigt wäre. Vielmehr ist eine potentielle Konfliktlage erforderlich, aber auch ausreichend.

68 Dass die Kläger alle über ein hinreichendes Interesse an den von ihnen angeführten Feststellungen verfügen, wurde bereits in den Klageschriften und der Replik ausführlich dargelegt. Darauf kann verwiesen werden (Replik, Rz. 14-72; Klage I, Rz. 14-16, 168-172, 187-200, 215-220, 277-279; Klage II, Rz. 14-21, 178-180, 300-312, 338-343, 373; Klage III, Rz. 14-19, 178-181, 295-302, 334-341, 355-365, 409-415, 715-721, 753-757). Zusammenfassend dazu Folgendes:

69 **In persönlicher Hinsicht:** Die Beklagten kündigen auf ihrer **Webseite** <www.panart.ch> an, dass sie gegen Hersteller und Vertreiber von *Handpans* gerichtlich vorgehen werden. Sie drohen also **allen** Herstellern und Vertreibern von *Handpans* unverhohlen mit rechtlichen Schritten, sollten diese ihre Geschäftstätigkeit nicht einstellen. Dieser Drohung verleihen sie Nachdruck, indem sie darauf hinweisen, dass sie bereits erfolgreich Ansprüche gegen Hersteller und Händler von *Handpans* durchgesetzt hätten (Replik, Rz. 15-16).

70 Alle Kläger stellen *Handpans* her, vertreiben *Handpans*, oder sind Organe von Gesellschaften, die dies tun. Die Drohung auf der Beklagtenwebseite richtet sich unmittelbar an sie. Sie **werden** dadurch **in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit erheblich beeinträchtigt**. Sie alle müssen damit rechnen, als nächstes in das Fadenkreuz der Beklagten zu geraten. Diese Ungewissheit ist nicht hinnehmbar. Bereits aufgrund der Drohungen der Beklagten auf ihrer Webseite verfügen somit alle Kläger über ein Feststellungsinteresse (Replik, Rz. 15-18). Wer wie die Beklagten klipp und klar mit Klagen droht, kann sich nicht nachträglich hinter dem Argument verstecken, es fehle den Adressaten dieser Drohung an einem Feststellungsinteresse.

- 71 Hinzu kommt, dass die **meisten** Kläger von den Beklagten **direkt abgemahnt** wurden (im Einzelnen Replik, Rz. 36 [Klägerin 1], 38 [Kläger 2], 40 [Klägerin 3], 49 [Klägerin 5], 51 [Kläger 6-9], 53 [Klägerin 10], 57 [Klägerin 12], 70 [Kläger 18-21 und 23-25]). Die nicht direkt abgemahnten Kläger können grob in drei Gruppen unterteilt werden:
- 72 Eine **erste Gruppe** besteht aus **Geschäftsführern und Gesellschaftern** direkt abgemahnter Gesellschaften (Replik, Rz. 47 [Kläger 4], 55 [Kläger 11], 64 [Kläger 15]). Als solche wären sie für Ansprüche wegen angeblicher Urheberrechtsverletzung passivlegitimiert (etwa Klage I, Rz. 285; Klage II, Rz. 18 und 379, 383, 387). Hinzu kommt, dass die Beklagten in der Vergangenheit bereits Geschäftsführer und Gesellschafter direkt abgemahnt (etwa Replik, Rz. 38 [Kläger 2] und 51 [Kläger 6 bis 9]) oder sogar vorsorgliche Massnahmen gegen sie beantragt haben (Replik, Rz. 42 [Kläger 4]). Es kann daher keine Rede davon sein, dass diese Klägergruppe kein schützenswertes Interesse an den von ihnen beantragten Feststellungen haben soll. Dabei darf auch nicht aus den Augen verloren werden, dass das Urheberrecht kein Registerschutzrecht ist. Ein Urteil, in dem der Urheberrechtsschutz verneint wird, wirkt daher nicht *erga omnes*, sondern nur *inter partes*. Daher bietet nur ein Urteil, das zwischen einem bestimmten Kläger und den Beklagten ergeht, diesem Kläger ausreichende Rechtssicherheit (Replik, Rz. 19 und 32).
- 73 Eine **zweite Gruppe** besteht aus **Konzerngesellschaften** einer direkt abgemahnten Gesellschaft (Replik, Rz. 59 [Klägerin 13] und 61 [Klägerin 14]). Sie sind im Konzern für den Vertrieb von *Handpans* zuständig. Sie wurden nur deshalb nicht abgemahnt, weil sich die Beklagten nicht ordentlich über die Vertriebsstruktur informiert hatten. Nun, da die Beklagten darüber Bescheid wissen, kann ein Feststellungsinteresse dieser Vertriebsgesellschaften nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden. Eine vergleichbare Konstellation liegt bei der Klägerin 22 vor (Replik, Rz. 72). Sie wurde unmittelbar vor dem Abmahnschreiben an den Kläger 23 von diesem gegründet. Die Klägerin 22 betreibt den im Abmahnschreiben an den Kläger 23 genannten Onlineshop und vertreibt dort *Handpans*. Auch sie verfügt über ein Feststellungsinteresse.
- 74 **Drittens** klagt eine **Herstellerin von Handpans**, deren Instrumente in einem Abmahnschreiben an einen ihrer Vertriebspartner als urheberrechtsverletzend

bezeichnet wurden (Replik, Rz. 56 [Klägerin 16]). Es ist abwegig, dass eine Herstellerin kein Feststellungsinteresse haben und tatenlos zusehen müssen soll, wenn ihre Produkte in einem Abmahnschreiben an einen ihrer Abnehmer als rechtsverletzend gerügt werden. Auch ihr Geschäftsführer verfügt aus den dargelegten Gründen über ein Feststellungsinteresse (Replik, Rz. 58 [Kläger 17]).

- 75 **In geografischer Hinsicht:** Es ist zwischen den Parteien unstrittig, dass die Kläger *Handpans* in den Ländern vertreiben, für die sie das Nichtbestehen von Urheberrechten am "Hang" geltend machen, also in der Schweiz, in Deutschland und teilweise in den Niederlanden. Die Beklagten kündigen auf ihrer Webseite an, sie würden ihre Klagen "*vorerst auf Europa*" konzentrieren (Replik, Rz. 15). In ihren Abmahnschreiben machten sie jeweils geltend, Inhaber der "*weltweiten Urheberrechte*" am "Hang" zu sein. Keines der Abmahnschreiben und keine der diesen beiliegenden Unterlassungserklärungen war auf ein bestimmtes Territorium eingeschränkt. Vielmehr geht daraus klar hervor, dass die Beklagten nicht nur verlangten, dass die Abgemahnten den Vertrieb von *Handpans* in einem bestimmten Territorium einstellen, sondern allgemein und überall (Replik, Rz. 36, 40, 49, 53, 57, 70). Damit verfügen die Kläger auch in geografischer Hinsicht an einem hinreichenden Interesse an den angeführten Feststellungen. Im Übrigen wäre selbst im Falle von "territorial spezifischen" Abmahnungen ein Feststellungsinteresse auch in anderen Ländern gegeben (BGE 129 III 295).
- 76 **In sachlicher Hinsicht:** Die Beklagten meinen, bezüglich einiger Prototypen und Varianten des "Hang" bestehe kein Feststellungsinteresse. Das ist abwegig. Die Beklagten behaupten ein Urheberrecht an allen Prototypen und Varianten des "Hang". Weder in ihren Abmahnschreiben noch in ihren Schriftsätzen im vorliegenden Verfahren haben sie das von ihnen geltend gemachte Urheberrecht auf einzelne Ausführungsformen des "Hang" eingeschränkt. Das Feststellungsinteresse bezieht sich entsprechend auch auf alle Prototypen und Varianten. Andernfalls würde es den Beklagten offenstehen, bspw. gestützt auf vermeintliche Urheberrechte am "Low Hang" weiterhin gegen die Kläger vorzugehen, selbst wenn im vorliegenden Verfahren ein Urheberrecht am "Hang" der ersten Generation verneint würde (Replik, Rz. 28). Das von den Beklagten vertretene Verständnis des Feststellungsinteresses ist damit nicht sachgerecht, sondern schlicht prozessökonomischer Unsinn.

77 Hinzu kommt, dass die Beklagten in mehreren Abmahnschreiben den Prototypen 1 abgebildet und behauptet haben, der Prototyp 1 und seine Weiterentwicklungen seien urheberrechtlich geschützt (Replik, Rz. 21-25). Sie haben also ausdrücklich bezüglich aller Prototypen und Varianten abgemahnt. Später gingen sie sogar dazu über, gestützt auf eine Strichzeichnung abzumahlen. Diese soll auch gemäss ihrer Webseite ihr Werk umschreiben. Die in der Skizze zum Ausdruck kommende Idee eines Musikinstruments erfasst zumindest die Prototypen 4 und 5 sowie alle Varianten des "Hang" (Replik, Rz. 26).

5. Stand der Verfahren in Deutschland und den Niederlanden

78 Schliesslich hat das Gericht die Parteien aufgefordert, sich zum Stand der ausländischen Verfahren zu äussern. Zwischen einem Teil der Kläger und der Beklagten 1 fanden Verfahren vor dem Landgericht Hamburg, dem Landgericht Düsseldorf und dem Bezirksgericht Miden Nederland statt.

79 **Landgericht Hamburg:** Die Beklagte 1 stellte am 8. Juni 2020 gegen die Klägerin 3 beim Landgericht Hamburg einen Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen (einstweilige Verfügung; Klage I, Rz. 216; Beilage 92). Nach einer mündlichen Verhandlung erliess das Landgericht mit Urteil vom 20. August 2020 die vorsorgliche Massnahme (Klage I, Rz. 217).

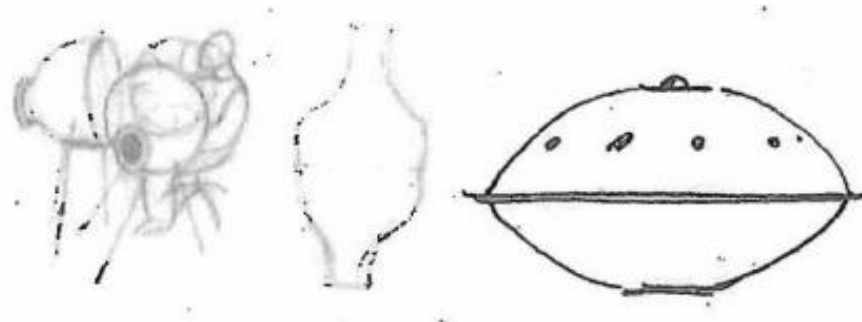
80 Das Urteil des Landgerichts Hamburg (Beilage 93 = Bekl.-Beilage 2) ist aus verschiedenen Gründen unbeachtlich. Generell gilt, dass Massnahmeentscheide in Deutschland für die Hauptsache in keiner Weise bindend sind, auf einer eingeschränkten Prüfung sowie reduzierte Beweisanforderungen beruhen, und rein vorläufiger Natur sind. Wir haben dies bereits an anderer Stelle ausführlich dargelegt (Replik, Rz. 120-124, 153 und 281-283; Klage I, Rz. 218 und 325-328; Klage II, Rz. 175 und 425; Klage III, Rz. 175 und 802).

81 Vorliegend kommt hinzu, dass das Landgericht Hamburg auf eine falsche Entstehungsgeschichte des "Hang" abstellte. So führte das Landgericht in seinem Urteil aus, die Grundidee des "Hang" basiere darauf, die nach unten bzw. innen gerichtete Schale einer *Steelpan* kuppelartig nach oben bzw. aussen aufzurichten (Beilage 93, S. 10). Es verwies hierzu auf das "Black Baby", welches die

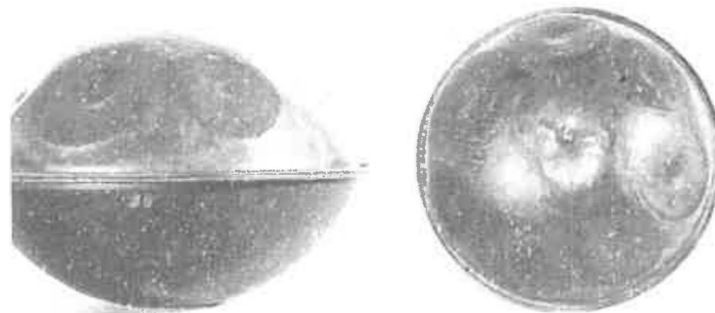
Beklagten im Jahre 1995 entwickelt haben (Replik, Rz. 153) – also fünf Jahre vor dem Besuch von Weber, mit dem die Entwicklung des "Hang" begann:



82 Die Beklagten hätten dann Skizzen zur Weiterentwicklung dieser Form angefertigt (Beilage 93, S. 10):



83 Diese Skizzen hätten sie dann zum unten abgebildeten Erstentwurf des "Hang" geführt (Beilage 93, S. 11 f.), dem wuchtigen Prototypen 1. Diesen hätten sie nach einer Ausstellung in München zum "Hang" weiterentwickelt:



84 Diese Feststellungen beruhen auf falschen Aussagen der Beklagten 2 und 3 in deren eidesstattlichen Erklärungen (Replik, Rz. 121). Sie treffen alle nicht zu.

Wir haben vorhin anhand von Publikationen der Beklagten aufgezeigt, wie es tatsächlich zum Prototypen 1 gekommen ist. Ausserdem war dem Landgericht Hamburg der technische Sachverhalt nicht bekannt. Insbesondere lag ihm auch das Gutachten von Professor Woodhouse (Beilage 150) nicht vor.

- 85 Das Urteil des Landgerichts Hamburg beruht somit auf einer falschen und unvollständigen Tatsachengrundlage. Die Beklagten 2 und 3 haben in ihren eidesstattlichen Erklärungen schlicht und einfach gelogen und wesentliche Elemente unterschlagen (Replik, Rz. 121-122). Aus dem Urteil des Landgerichts Hamburg lässt sich schon aus diesem Grund nichts für das vorliegende Verfahren ableiten.
- 86 Die Klägerin 3 erhob gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg Berufung (Klage I, Rz. 219). Später nahm sie die Berufung wieder zurück. Dies vor dem Hintergrund des zwischenzeitlich eingeleiteten Verfahrens vor dem Handelsgericht Bern und aus Kostengründen. Die vorsorgliche Massnahme gegen die Klägerin 3 besteht damit weiterhin. Es ist diesbezüglich zurzeit kein Verfahren mehr in Deutschland hängig.
- 87 **Landgericht Düsseldorf:** Die Beklagte 1 beantragte am 21. September 2020 den Erlass einer vorsorglichen Massnahme gegen die Klägerin 5 (Klage I, Rz. 279). Ohne Anhörung der Klägerin 5 gab das Landgericht Düsseldorf dem mit Beschluss vom 24. September 2020 statt (Beilage 98). Der Beschluss erging ohne Begründung. Allerdings stützte sich die Beklagte 1 auch hier auf die erwähnten, inhaltlich falschen eidesstattlichen Erklärungen der Beklagten 2 und 3.
- 88 Wird eine vorsorgliche Massnahme wie hier auf dem Beschlusswege angeordnet, kann dagegen Widerspruch erhoben werden (§ 936 DE-ZPO i.V.m. § 924 DE-ZPO; Beilage 98, S. 15). Vor dem Hintergrund des vorliegenden Verfahrens und aus Kostengründen abgesehen hat die Klägerin 5 davon einstweilen abgesehen. Die vorsorgliche Massnahme gilt daher fort. Es sind auch diesbezüglich keine Verfahren in Deutschland mehr hängig.
- 89 **Bezirksgericht Miden Nederland:** Das Bezirksgericht Miden Nederland liess auf Antrag der Beklagten 1 am 27. April 2021 verschiedene Instrumente und Schalen der Klägerin 1 beschlagnahmen. Wie wir bereits gezeigt haben, werden solche Beschlagnahmen als sichernde Massnahmen in den Niederlanden äusserst

leicht bewilligt. Es findet lediglich eine sehr summarische Prüfung statt. Die Anforderungen für eine Aufhebung der Beschlagnahme auf dem Rechtsmittelweg sind dagegen hoch (Replik, Rz. 357). Bereits aus diesen Gründen kann aus der Beschlagnahme nichts für das vorliegende Verfahren abgeleitet werden. Hinzu kommt, dass die Beschlagnahme ohne Begründung erfolgte. Der Beschlagnahmeantrag enthielt wiederum Falschangaben zur Entstehungsgeschichte (Replik, Rz. 125-126; Beilage 117).

90 Die Beklagte 1 leitete in der Folge das Hauptsacheverfahren vor dem Bezirksgericht Den Haag ein. Dieses sistierte das Verfahren aufgrund des hiesigen Prozesses (Replik, Rz. 358; Beilage 193).

Damit schliessen wir diesen ersten Parteivortrag der Klägerinnen zum eingeschränkten Verfahrensgegenstand. Die Klägerinnen halten an sämtlichen Rechtsbegehren und bisher gestellten Beweisanträgen vollumfänglich fest und beantragen die vollständige Gutheissung ihrer Rechtsbegehren unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten. Wir danken Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.