

## Einschreiben

Obergericht des Kantons Bern  
Handelsgericht  
Hochschulstrasse 17  
Postfach  
3001 Bern

Roger Staub  
Partner  
Dr. iur.  
Rechtsanwalt  
Direkt +41 58 658 52 89  
roger.staub@walderwyss.com

Manuel Bigler  
Managing Associate  
MLaw  
Rechtsanwalt  
Direkt +41 58 658 56 88  
manuel.bigler@walderwyss.com

Zürich, 24. November 2023

RSA / MBI

## Geschäfts-Nr. HG 20 117: Schlussvortrag

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

Namens und im Auftrag der Kläger reichen wir Ihnen hiermit den Schlussvortrag zum gemäss Ziff. 3 der Verfügung vom 24. Januar 2022 beschränkten Prozessthema ein, halten an allen bisherigen Rechtsbegehren und Anträgen vollumfänglich fest und beantragen die Abweisung der beklagischen Anträge, einschliesslich des an der Hauptverhandlung neu gestellten Antrags zur Formulierung des Dispositivs (Prot. HV, S. 11).

---

### 1. Formelles

- 1 Mit Verfügung vom 23. Oktober 2023 wurde den Parteien Frist zur Einreichung der schriftlichen Schlussvorträge angesetzt. Mit der vorliegenden Eingabe ist diese Frist gewahrt.
- 2 Vor dem eigentlichen Schlussvortrag drängt sich eine Klarstellung zur tendenziösen Darstellung der Vergleichsgespräche durch die Beklagtenvertreter in ihrem Schreiben vom 20. Oktober 2023 auf. Sie wollen mit ihrem Schreiben den

Eindruck erwecken, die Kläger hätten mit den Vergleichsverhandlungen das Verfahren verschleppen wollen. Das Gegenteil ist der Fall:

- 3 In einer Verhandlungspause am zweiten Tag der Hauptverhandlung ging die Beklagte 3 auf die Kläger 2 und 21 zu. Man sprach über den beidseitigen Wunsch einer einvernehmlichen Lösung und verblieb dahingehend, dass sich die Kläger bei den Beklagten melden würden. Dies tat der Kläger 2 bereits am 29. September 2023 und offerierte per E-Mail ein persönliches Treffen am Tag darauf in Bern zwecks weiterer Gespräche. Ein Sohn des Beklagten 2 teilte daraufhin mit, dass die Beklagte 3 zurzeit nicht da sei und die Kläger daher nicht empfangen könne. Die Kläger erkundigten sich dann nach der Möglichkeit eines Video-Calls. Die Beklagten liessen am 12. Oktober 2023 (in einer offensichtlich von ihren Rechtsvertretern verfassten E-Mail) verlauten, dass sie derzeit zu Gesprächen nicht bereit seien und einen ausformulierten Vergleichsvorschlag wünschten. Einen solchen liessen die Kläger den Beklagten am 17. Oktober 2023 zukommen. Obschon dieser Vorschlag es – unter Beibehaltung der vier, die Funktionalität einer *Handpan* ausmachenden und daher nicht verhandelbaren Elemente – ohne weiteres erlaubt hätte, die Instrumente der Beklagten von denjenigen der Kläger optisch zu unterscheiden, lehnten die Beklagten ihn mit knappen (wiederum offensichtlich von ihren Rechtsvertretern verfassten) Worten ab. Während die Kläger also die zur Verfügung stehende Zeit für konstruktive Gespräche nutzen wollten, verwehrten sich die Beklagten dem konsequent. Von ihnen kam weder ein Gesprächs- noch ein Vergleichsangebot.
- 4 Die Kläger werden nachfolgend in Würdigung des Beweisergebnisses aufzeigen, weshalb die streitgegenständlichen Prototypen bzw. Varianten des "Hang" nach Schweizer Recht keinen Urheberrechtsschutz geniessen (Kapitel 2-4). Aufgrund von Art. 2 Abs. 7 RBÜ gilt dieses Ergebnis auch für das deutsche und das niederländische Urheberrecht (Kapitel 5). Aber auch nach den materiellen urheberrechtlichen Bestimmungen dieser beiden Jurisdiktionen besteht kein Urheberrechtsschutz (Kapitel 6). Schliesslich verfügen die Kläger erstelltermassen über ein Feststellungsinteresse (Kapitel 7).

---

## 2. Überblick zum Beweisergebnis

- 5 Die Beklagten tragen die Beweislast für diejenigen Tatsachen, aus denen sich ergeben könnte, dass es sich bei den einzelnen Prototypen und Varianten des "Hang" um urheberrechtlich geschützte Werke handelt. Vorausgesetzt sind dafür **freie, kreative Gestaltungsentscheidungen**. Es muss ausgeschlossen werden können, dass ein Dritter bei gleicher Aufgabenstellung zur gleichen oder einer im Wesentlichen gleichen Formgebung gelangen würde (BGE 134 III 166,

E. 2.3.1 – *Arzneimittel-Kompendium*; BGE 130 III 714, E. 2.3 – *Wachmann Meili*; BGE 136 III 225, E. 4.2 – *Guide Orange*). **Nicht genügend sind technisch-handwerkliche Entscheidungen**, also solche die auf rationalen Auswahlkriterien oder technischen Überlegungen beruhen, weil davon auszugehen ist, dass solche Entscheidungen wiederholt werden (STRAUB, Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts, in: GRUR Int. 2001, S. 1 ff., S. 6 m.w.H.; vgl. auch SENN, Die Zweckänderung bei einer Grundform als Individualitätskriterium?, in: sic! 2023, S. 211 ff., S. 216 f.). Doch selbst wenn nicht bloss technisch-handwerkliche, sondern auch gestalterisch-kreative Entscheidungen getroffen werden, genügen nicht irgendwelche solcher Entscheidungen. Die **Anforderungen an die urheberrechtliche Individualität** sind vielmehr **hoch anzusetzen**. Dies insbesondere deshalb, weil das Designrecht ansonsten überflüssig würde, das Urheberrecht äusserst langen Schutz gewährt (vorliegend voraussichtlich bis ins nächste Jahrhundert; Art. 29 Abs. 2 lit. b URG) und die in der Schweiz hochgehaltene Nachahmungsfreiheit durch eine allzu leichte Bejahung der Individualität ausgehöhlt würde (vgl. auch VOLKEN/STAMPFLI, Führt die Rechtsprechung zum Urheberrecht zu einer Aushöhlung des Designrechts?, in: SJZ 2023, S. 1020 ff., S. 1025 f.; SENN, a.a.O., S. 218; siehe auch die Zusammenstellung der Rechtsprechung zu nicht geschützten Werken der angewandten Kunst in Beilage 158).

- 6 Die Beklagten hätten also hinreichende **freie, kreative Gestaltungsentscheidungen erstens substantiiert zu behaupten und zweitens zu beweisen gehabt. Weder das eine noch das andere** haben die Beklagten getan. Das überrascht nicht: Wir befinden uns in der privilegierten Situation, dass die Beklagten die Entstehungsgeschichte des "Hang" vorprozessual detailliert und wortreich geschildert haben. Nirgends dort werden freie, kreative Entscheidungen beschrieben. Im Gegenteil ergibt sich aus ihrer Beschreibung der Entstehung eindeutig, dass die Beklagten die Prototypen **allein technischen Überlegungen folgend weiterentwickelten**, also rein handwerklich tätig waren, und die verschiedenen Prototypen und Varianten des "Hang" folglich nicht individuell sind. Daher berufen sich die Beklagten im vorliegenden Verfahren auch nicht auf freie, kreative Entscheidungen, sondern einzig auf einen Vergleich mit dem vorbestehenden Formenschatz. Gestützt auf diesen Vergleich machen sie geltend, das "Hang" verfüge über individuellen Charakter. Durch einen solchen Vergleich wird aber bestenfalls aufgezeigt, dass eine Form neu ist. Nur weil etwas neu ist, ist es aber noch lange nicht individuell (bereits BGE 105 II 297, E- 3.a – *Monsieur Pierre*: "*La nouveauté ... ne suffit pas pour qu'il y ait œuvre d'art.*"). Der beklagtische Vergleich lässt keine Schlüsse darauf zu, ob die Beklagten bei der Entwicklung des "Hang" hinreichend freie, kreative Gestaltungsentscheidungen getroffen haben oder ob es sich vielmehr um eine technisch-handwerkliche (Weiter-)Entwicklung handelt.

7 Damit **scheitert** der den Beklagten obliegende **Hauptbeweis der Schutzvoraussetzungen**. Ohnehin hätten die Kläger aber den Gegenbeweis erbracht, und zwar nicht nur, weil das "Hang" wie gezeigt auf **rein handwerklicher Tätigkeit** beruht, sondern auch, weil die vier wesentlichen Elemente des "Hang" **ausschliesslich funktional** sind. Die Beklagten wendeten zwar ein, dass (irgend-)ein Instrument nicht zwingend diese vier Elemente aufweisen müsse. Bei dem von den Beklagten kolportierten Massstab wäre aber nie etwas technisch notwendig. Die Kugelform eines Fussballs wäre nicht technisch notwendig, weil ein Ball theoretisch auch eiförmig sein könnte. Das kann nicht sein. Entscheidend muss unter dem Gesichtspunkt der technischen Bedingtheit bzw. Funktionalität vielmehr sein, ob bei gleichbleibender Zweckbestimmung des fraglichen Gebrauchsgegenstands ein Element auch anders gestaltet werden kann und trotzdem seine technische Funktion gleichermassen erfüllt. Das ist bei keinem der vier Elemente des "Hang" der Fall.

---

### 3. Den Beklagten ist der Beweis von freien, kreativen Gestaltungsentscheidungen nicht gelungen – das Gegenteil ist vielmehr erstellt

#### 3.1. Worum es nicht geht: Klang, Auszeichnungen, Qualität, Erfolg, ästhetischer Gehalt usw.

8 Wir haben an der Hauptverhandlung verschiedentlich gehört, dass der besondere Klang des "Hang" bzw. der *Handpan* die Menschen berührt. Der Kläger 21 (Daniel Bernasconi) bezeichnete die Wirkung des Klangs als "*magisch*" (Prot. HV, S. 21, Zeile 14). Reto Weber gab zu Protokoll: "*Es hatte einen besonderen Ton, der in den Bauch ging und Emotionen ausgelöst hat.*" (Prot. HV, S. 18, Zeilen 54-55). Und die Beklagte 3 bezeichnete den Klang des "Hang" – wohlge-merkt: nicht seine Form – als die Kunst der Beklagten: "*Wie es klingt, ist unsere Kunst*" (Prot. HV, S. 45, Zeilen 170-171).

9 Vorliegend geht es aber nicht um den Klang des "Hang", sondern **einzig und allein** um dessen **Formgebung**. Um urheberrechtlich geschützt zu sein, muss die Form der Prototypen und der Varianten des "Hangs" das Ergebnis hinreichender freier, kreativer Gestaltungsentscheidungen sein, die – sofern es solche Entscheidungen überhaupt gab – zudem im Werk zum Ausdruck kommen müssen.

10 Irrelevant sind daher die **Preise**, welche die Beklagten erhalten haben, und worauf hinzuweisen ihnen gefällt (etwa Prot. HV, S. 6 und 10; Prot. IV, S. 514). Es geht nicht um den Beitrag der Beklagten zur Musik, wie er mit dem Berner Musikpreis gewürdigt wurde. Und es geht auch nicht um besondere *technische*

Leistung im Handwerk, wofür die Beklagten den Bayrischen Staatspreis erhalten haben (und nota bene nicht für besondere *gestalterische* Leistung bzw. besonderes Design, für welche Kategorie ebenfalls ein Preis – aber nicht an die Beklagten – verliehen wurde; vgl. Replik, Rz. 169; Beilagen 132 und 133).

- 11 Doch nicht nur der Klang, sondern auch zig weitere von den Beklagten ins Feld geführte Umstände sind für die Beurteilung des Urheberrechtsschutzes ohne Relevanz: Das gilt etwa für die von den Beklagten beständig wiederholte **Qualität** des "Hang" (etwa Prot. HV, S. 38, Zeile 183: "*Darum kämpfen wir für unsere Qualität*"). Die Qualität oder Güte eines Gegenstands ist kein relevantes Kriterium für die Individualität (bereits Botschaft URG, BBl 1989 III 521; SIWR II/1-VON BÜREN/MEER, Rz. 190). Auch der immer wieder betonte (angebliche) **ästhetische Gehalt** des "Hang" ist unbeachtlich; es handelt sich dabei nicht um ein objektiv beurteilbares Kriterium, sondern um eine subjektive Wertung, wovon der Urheberrechtsschutz gemäss Art. 2 Abs. 1 URG gerade nicht abhängen soll und kann (etwa EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 2 N 17, m.w.H.). Dasselbe gilt für den **Erfolg** des Instruments (Prot. HV, S. 6 oder S. 38, Zeile 188: "*Wir sind froh, haben wir Erfolg gehabt*"). Der Erfolg ist kein Indikator für urheberrechtliche Individualität (etwa TISSOT et al., Propriété intellectuelle, 2019, Rz. 30; so im Übrigen auch EUGH, Urteil C-833/18, Rn. 37 a.E. – *Brompton*). Entsprechend ist dem kontinentaleuropäischen Urheberrecht auch der angelsächsische Ansatz "what is worth copying is worth protecting" gänzlich fremd (BEUTLER/STUTZ, Copyright v. droit d'auteur, in: recht 1998, S. 1 ff., S. 3).

### 3.2. Aufgabenstellung: Spiel- und klangtechnische Verbesserung des zufällig und spontan entstandenen Prototypen 1

- 12 Die Beklagten meinen, dass sich Künstler keine Aufgaben stellten und eine Aufgabenstellung daher nicht ins Urheberrecht gehöre (Prot. HV, S. 9). Das ist falsch: Gerade Produktdesign wird nicht im "luftleeren" Raum entwickelt, sondern gestützt auf eine gewisse Aufgabenstellung (THOUVENIN, Irrtum: Je kleiner der Gestaltungsspielraum, desto eher sind die Schutzvoraussetzungen erfüllt, in: Berger/Macciacchini [Hrsg.], Populäre Irrtümer im Urheberrecht, FS Hilty, 2008; STRAUB, a.a.O., S. 5). Diese Aufgabenstellung ist unverzichtbarer Bestandteil der Prüfung der urheberrechtlich geforderten Individualität (etwa BGE 134 III 166, E. 2.3.1 m.w.H. – *Arzneimittel-Kompendium*).
- 13 Im Verlaufe der Hauptverhandlung scheint diese Einsicht auch bei den Beklagten gereift zu sein. Sie formulierten die Aufgabenstellung dann aber falsch. Die Aufgabe war nicht: "*Baue mir ein Ghatam aus Blech*" oder gar "*Baue mir ein Instrument aus Blech mit mehr Tönen*" (Prot. HV, S. 8, Abs. 7, und S. 28 f., Zeilen

359-373). Die **Aufgabenstellung**, wie sie sich den Beklagten hier **konkret** stellte und von der daher bei der Beurteilung der Individualität auszugehen ist, war vielmehr, den zufällig und spontan entstandenen **Prototypen 1 spielbar zu machen und den Klang zu verbessern** (Replik, Rz. 92 ff.). Erstellt ist dies durch diverse vorprozessuale Äusserungen der Beklagten selbst (Replik, Rz. 93; Beilage 38, ab Min. 26:54; Beilage 110; Beilage 39, S. 2).

- 14 Bevor wir darauf eingehen, dass die Beklagten nicht bewiesen haben, dass sie bei der Beantwortung dieser konkreten Aufgabenstellung in hinreichendem Masse freie, kreative Gestaltungsentscheidungen getroffen haben, gehen wir nachstehend zunächst auf den Ausgangspunkt der Aufgabenstellung ein, also den weiterzuentwickelnden, zufällig und spontan entstandenen Prototypen 1.

### 3.3. **Der Prototyp 1 war banal und entstand spontan und zufällig beim Rumbasteln (Rechtsbegehren-Ziff. 1.i.a)**

- 15 Der Prototyp 1 entstand unstrittig bei einem **Besuch Reto Webers** in der Werkstatt der Beklagten. Das Gericht befragte ihn hierzu. Es sind keine Anhaltspunkte vorhanden, dass Reto Weber ein Interesse an einem für die Kläger positiven Ausgang des vorliegenden Prozesses hätte oder die seine Glaubwürdigkeit sonst wie beeinträchtigen würden. Allerdings wurde Reto Weber wegen seiner Schilderung der Entstehungsgeschichte des "Hang" **von den Beklagten wiederholt angegangen**. So veröffentlichten die Beklagten bspw. eine Gegendarstellung in der Schweizer Musikzeitung zu einem Interview mit Reto Weber (Replik, Rz. 164 f.). Auch wurde den Klägern im Nachgang der Hauptverhandlung zugezogen, dass Reto Weber von den Beklagtenvertretern wegen seiner Darstellung der Entstehungsgeschichte des "Hang" – also genau dem Thema, zu dem er vom Gericht befragt wurde – unmittelbar vor Veröffentlichung seines diesen April erschienenen Buches "Drummin" abgemahnt wurde. All dies mag ihn veranlasst haben, eher zurückhaltend Aussagen zu machen, zumindest, soweit sich diese für die Beklagten potentiell als nachteilig hätten erweisen können.

- 16 Wie Reto Weber in der Hauptverhandlung bestätigte (Prot. HV, S. 17, Zeilen 20-25), äusserte er bei seinem Besuch in der Werkstatt der Beklagten den Wunsch nach einem der Ghatam nachempfundenen Instrument aus Metall, das sich mit den Händen im Sitzen spielen lässt und mehrere Tonfelder aufweist. In den Worten Reto Webers fingen er und die Beklagten dann an "*rumzubasteln*" (Prot. HV, S. 17, Zeilen 28). Diese **Rumbastelei war ebenso banal wie ihr Ergebnis**: "*Damals hatten wir zwei Steelpans genommen, verkehrt aufeinander gesetzt.*" (Prot. HV, S. 17, Zeilen 31-32). Es handelt sich also beim Prototyp 1 – wie von den Beklagten selbst etliche Male vorprozessual festgehalten (Beilagen

107, 108 und 109; Replik, Rz. 88) – um ein spontanes Zufallsprodukt. Die Tätigkeit der Beklagten beschränkte sich darauf – und auch das haben sie vorprozessual etliche Male so geschildert (Replik, Rz. 89; Beilage 40, S. 6; Beilage 32, S. 6; Beilage 59, S. 1; Beilage 86) – mit einem Griff unter die Werkbank zwei vorbestehende Schalen hervorzuholen und zu fixieren. Das hätte auch jede(r) andere in der Position der Beklagten so getan (Prot. HV, S. 29, Zeilen 371-373). Darin kann beim besten Willen **keine freie, kreative Gestaltungsentscheidung** erkannt werden (und schon gar nicht eine hinreichende).

- 17 Weil bei diesem Besuch von Reto Weber keine freien, kreativen Gestaltungsentscheidungen getroffen worden waren, sahen sich die Beklagten im Prozess veranlasst, verschiedene **Nebelkerzen** zu zünden. So wiesen sie bspw. auf eine von ihnen **selbst verfasste "Schöpfungs"-Geschichte** hin (Beklagtenbeilage 45; Prot. HV, S. 35, Zeilen 43-45, und S. 42 f., Zeilen 43-46). Beleuchtet wird darin in erster Linie die Geschichte der Beklagten als Instrumentenbauer. Für die vorliegend strittige Frage nach dem Urheberrechtsschutz der Prototypen und Varianten des "Hang" ist aber der Werdegang und die Persönlichkeit der Beklagten ohne Relevanz. Massgebend ist die Werk- und nicht die Urheberindividualität (BGE 143 III 373, E. 2.1 – *Barhocker*). Die Beklagten mögen als kreative Freigeister überkommen, doch führt das nicht dazu, dass das "Hang" das Ergebnis freier und kreativer Entscheidungen ist. Irrelevant sind aber auch die anderen von den Beklagten entwickelten und in der Entstehungsgeschichte erwähnten Instrumente. Sie haben nichts mit einem etwaigen Urheberrechtsschutz am "Hang" zu tun und führen insbesondere nicht dazu, dass das Herausholen und Zusammenschrauben von zwei vorbestehenden Schalen eine hinreichende freie, kreative Gestaltungsentscheidung wäre. Zum Prototyp 1 findet sich in der erwähnten Beklagtenbeilage ein einziger Absatz (Beklagtenbeilage 45, S. 15). **Von freien, kreativen Entscheidungen ist darin keine Rede.**

- 18 Die Beklagten behaupteten an der Hauptverhandlung ausserdem, dass es sich bei den für den Prototyp 1 verwendeten Schalen **nicht um Steelpan-, sondern um Pang-Schalen** gehandelt habe. Eine *Steelpan* verbinde immer eine Schale mit einem Mantel, es gebe also keine einzelnen *Steelpan*-Schalen (ohne Mantel) (etwa Prot. HV, S. 43, Zeilen 71). Diese Wortklauberei ist – sollte sie dem Versuch dienen, bereits den beiden beim Prototyp 1 verwendeten Schalen Urheberrechtsschutz anzudichten – zum Scheitern verurteilt. Die Beklagten selbst haben die beiden verwendeten Schalen jeweils als *Steelpan*-Schalen bezeichnet (z.B. Beilage 38, ab Min. 26:54 "zwei Schalen von Steel Pans"). Wie gezeigt (Eingabe vom 4. November 2022, Rz. 34-36 und 69), gab es separate *Steelpan*-Schalen zudem schon lange, bevor die Beklagten erstmals mit der *Steelpan* in Kontakt kamen (vgl. Abbildung unten). Ausserdem war eine kreisförmige Anord-

nung von Tonfeldern gerade bei *Steelpans* mit tiefer Stimmung geläufig (Eingabe vom 4. November 2022, Rz. 15; Beilagen 127, S. 200, und 195, S. 105). Es könnte also auch keine Rede davon sein, dass die beiden Schalen, welche beim Prototyp 1 zusammengeschraubt wurden, urheberrechtlich geschützt wären.



- 19 Im Rahmen des Augenscheins an der Hauptverhandlung machten die Beklagten zudem erstmals geltend, der Prototyp 1 habe **keine Resonanzöffnung** aufgewiesen (Prot. HV, S. 51). Das wird bestritten und wurde von den Beklagten in der Behauptungsphase nie vorgetragen. Vielmehr war dort unstrittig, dass der Prototyp 1 eine Resonanzöffnung aufwies. Die neuen Tatsachenbehauptungen der Beklagten zur angeblich fehlenden Resonanzöffnung sind damit **verspätet** und nicht mehr zu hören. Sie wären zudem ungeeignet, irgendetwas zum behaupteten Urheberrechtsschutz des "Hang" beizutragen, ist doch das Anbringen einer Resonanzöffnung ebenso banal wie technisch und funktional bedingt (unten, Rz. 45).
- 20 Schliesslich gaben die Beklagten in ihren Befragungen neu vor, sie hätten Reto Weber den **Prototyp 1 mitgegeben** (Prot. HV, S. 35 f., Zeile 88; Prot. HV, S. 43, Zeile 81). Auch das wird bestritten und wurde von den Beklagten in der Behauptungsphase nie vorgetragen. Die Befragung von Reto Weber enthält keinerlei Anhaltspunkte, dass dem so sein könnte. Im Gegenteil: Reto Weber gab an, erst ein "Hang" der ersten Generation und keinen Prototypen erhalten zu haben (Prot. HV, S. 18, Zeilen 49, 64 und 68). Es muss davon ausgegangen werden, dass die Beklagten (auch hier) **nicht die Wahrheit gesagt** haben.
- 21 Der **Prototyp 1** war somit **Ausgangspunkt und nicht Ergebnis** der sich den Beklagten stellenden Aufgabe. In den Worten des Beklagten 2: "*Und jetzt ging der Weg los.*" (Beilage 38, ab Min. 26:54). Der klobige Prototyp 1 (vgl. auch Prot. HV, S. 48-50) war in den Worten der Beklagten wie auch Reto Webers "*unspielbar*" (Prot. HV, S. 17, Zeile 32, und S. 19, Zeile 125; Beilage 107). Die Aufgabe bestand nun darin, ihn **spielbar zu machen und den Klang zu verbessern** (Replik, Rz. 92 f.; Beilage 38, ab Min. 26:54; Beilage 110; Beilage 39, S. 2).

### 3.4. Die Entwicklung der Prototypen 2 bis 5 war eine rein technisch-handwerklicher Tätigkeit (Rechtsbegehren-Ziff. 1.i.b-e))

- 22 Die Befragung der Beklagten ergab keine Hinweise darauf, dass sie bei der Beantwortung der sich ihnen nun stellenden Aufgabe bzw. bei der Entwicklung der einzelnen weiteren Prototypen freie, kreative Gestaltungsentscheidungen getroffen hätten. Auch die von den Beklagten verfasste Entwicklungsgeschichte schweigt sich hierzu gänzlich aus (Beklagtenbeilage 45, S. 15 f.). Wie bereits in früheren Eingaben dargelegt und durch etliche Zitate der Beklagten selbst und detailliert belegt, waren sie bei der Weiterentwicklung der Prototypen rein technisch-handwerklich und nicht gestalterisch-kreativ tätig:
- 23 Beim **Prototyp 2 (Rechtsbegehren-Ziff. 1.i.b))** verkleinerten die Beklagten Durchmesser und Höhe. Dies, um ein Spiel auf dem Schoss zu ermöglichen (Beilage 39, S. 2; Beilage 30, S. 7). Es handelt sich hierbei um keine freie, kreative Entscheidung, sondern – weil allein von technischen Überlegungen geleitet – um handwerkliches Tun. Folge hiervon war die Linsenform. Sie ist damit nicht Ausdruck freier, kreativer Entscheidungen (Replik, Rz. 97; Stellungnahme vom 4. November 2022, Rz. 78-80). Auch verschoben die Beklagten die Resonanzöffnung von der Unter- auf die Oberseite. Dies im Versuch, den (fehlenden) bassigen Puls zu erhalten (Beilage 30, S. 7; Beilage 107, S. 3). Auch das ist keine freie Kreativentscheidung (Replik, Rz. 98). Der Augenschein ergab zudem, dass sich im Inneren des Prototyps 2 eine Platte befindet (Prot. HV, S. 51). Das Hinzufügen dieser von aussen gar nicht erkennbaren Platte ist irrelevant.
- 24 Beim **Prototyp 3 (Rechtsbegehren-Ziff. 1.i.c))** fügten die Beklagten einen Stöpsel hinzu (Prot. HV, S. 53 f.). Sie versuchten damit, die – gemäss Augenschein bereits beim Prototyp 2 vorhandene – Platte im Innern zum Schwingen zu bringen (Beilage 30, S. 8). Auch das stellt keine freie Kreativentscheidung dar, sondern folgte ausschliesslich technischen Erwägungen (Replik, Rz. 101; Stellungnahme vom 4. November 2022, Rz. 83-84).
- 25 Beim **Prototyp 4 (Rechtsbegehren-Ziff. 1.i.d))** wurde die Resonanzöffnung wieder auf die Mitte der Unterseite verschoben, wo sie sich bereits beim Prototyp 1 befunden hatte. Dies, weil die Resonanzöffnung auf der Oberseite zu Instabilität geführt hatte. Die Verschiebung folgte damit rein technischen Überlegungen und war keine freie, kreative Gestaltungsentscheidung (Replik, Rz. 101 und 107; Stellungnahme vom 4. November 2022, Rz. 90; Beilage 41, S. 2).
- 26 Ausserdem fügten die Beklagten beim Prototyp 4 auf der Mitte der Oberseite eine **Kuppel** hinzu. Das Hinzufügen dieser Kuppel ist das **Einzige**, was die Be-

klagten in der Befragung als (vermeintliche) kreative, gestalterische Entscheidung bei der Entwicklung des "Hang" vorgebracht haben (Prot. HV, S. 41, Zeilen 321-326, auf die Frage, wo in den Veröffentlichungen der Beklagten kreative gestalterische Entscheidungen beschrieben seien: "*Eine kann ich sagen.*"). Zu dieser Kuppel haben wir von den Beklagten im Verlaufe des Verfahrens nun aber schon **(mindestens) fünf verschiedene Geschichten** gehört:

- Mal soll die Kuppel eine gestalterische Reduktion des Stöpsels sein (Duplik, Rz. 170).
- Mal soll sie ein gewölbter Spiegel sein (Klageantwort, Rz. 121).
- Mal soll sie ein Auge sein (Duplik, Rz. 178) (also genau das Gegenteil eines Spiegels...).
- Mal soll sie die erratischen Steine auf dem Gurten erkennen lassen (Prot. HV, S. 41, Zeile 325).
- Und mal soll sie schliesslich ein Stolperstein sein (Prot. HV, S. 41, Zeile 326).

27 Es handelt sich dabei leicht erkennbar um nachträglich hinzugedichtete Motive. Mit dem eigentlichen Grund für das Hinzufügen der Kuppel haben sie nichts zu tun. In Tat und Wahrheit hatten die Beklagten damals intensiv an den Klangeigenschaften von Kuppeln, insbesondere von Gongs, geforscht (insb. Replik, Rz. 157-159). Sie stellten fest, dass sich die Kuppelform auf den Klang auswirkt (Stellungnahme vom 4. November 2022, Rz. 51-67). Und gerade **wegen dieser Klangeigenschaften** (Beilage 41, S. 2: "*gongähnlicher Klang*"; Beilage 39, S. 2: "*gong-like sound*") entschieden sich die Beklagten für eine Kuppel beim Prototyp 4 (Replik, Rz. 104). Die Kuppel beruht damit nicht auf einer kreativ-gestalterischen, sondern einer technisch-handwerklichen Entscheidung (ebenso wenig ist bspw. die Wahl einer bestimmten Saitenstärke für eine Geige eine freie Kreativentscheidung). Die Entscheidung für eine **mittig platzierte** und **nach aussen** anstatt nach innen gerichtete Kuppel war **banal**, entspricht sie doch der seit Jahrhunderten bekannten Kuppelplatzierung und -Gestaltung bei Gong, Becken usw. (Replik, Rz. 157).

28 Beim **Prototyp 5 (Rechtsbegehren 1.i.e))** erhielt die Resonanzöffnung einen längeren Hals. Diese Gestaltung folgte nach eigenen Aussagen der Beklagten klangtechnischen Überlegungen und der Empfehlung von Auto-Tunern (Beilage 30, S. 10; Replik, Rz. 113). Die Resonanzöffnung nach Tuner-Empfehlung zu ge-

stalten, stellt mitnichten eine freie, kreative Gestaltungsentscheidung der Beklagten dar. Zudem war die Verbindung der beiden Schalen punktgeschweisst (Prot. HV, S. 56). Die Beklagten suchten damals nach technischen Möglichkeiten, um die beiden Schalen zu verbinden (Replik, Rz. 111; Beilage 30, S. 9). Die Verbindung sollte nicht zu weich, aber auch nicht zu hart sein. Auf der Suche nach einer geeigneten Verbindungsmethode die Schalen mit Punktschweissen zu verbinden, ist keine freie Kreativentscheidung. Ferner polierten die Beklagten die Kuppel (Prot. HV, S. 56). Gemäss den Beklagten ist dies für den angeblichen Urheberrechtsschutz unerheblich, sodass schon aus diesem Grund bei der Beurteilung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit darauf nicht abgestellt werden darf. Ohnehin ist aber das Polieren der Kuppel banal und führt nicht zu einer auf hinreichenden freien Kreativentscheidungen basierenden Form (ebenso wenig wie das Polieren von Besteck das tut).

- 29 Somit ist auch nach den Zeugen- und Parteibefragungen klar: **Kein Prototyp beruht auf freien, kreativen Gestaltungsentscheidungen**. Stattdessen waren für die Gestaltung klang- und spieltechnische Überlegungen massgebend. Das Wirken der Beklagten war daher handwerklich und nicht künstlerisch. Sie entwickelten die Prototypen nicht weiter, um eine attraktivere Form zu schaffen, sondern um einen optimalen Klang zu erzeugen und das Instrument spielbar zu machen; sie suchten nicht ein ansprechendes Design, sondern einen ansprechenden Klang. Dies war denn auch der Grund, weshalb die Entwicklung des Instruments lange Zeit in Anspruch nahm.
- 30 In ihren eigenen Worten studierten die Beklagten bei der Entwicklung "*etliche technische und akustische [und nicht etwa plastische oder ästhetische] Probleme der Prototypen ... und finden eine Lösung*" (Beilage 32, S. 37; Replik, Rz. 108). Das bestätigte auch die Befragung der Beklagten. So führte der Beklagte 2 aus: "*Das haben wir studiert. Und die Schale musste man planen, bezahlen, die Krümmung wählen, den Flansch, die Grösse, die Dicke, das Material etc. Das sind viele Parameter.*" (Prot. HV, S. 40, Zeilen 270-272). Was er hier beschreibt, stellt den **Inbegriff handwerklicher Tätigkeit** dar. Diese mag zwar aufwändig gewesen sein. Für die Beurteilung des Urheberrechtsschutzes ist in kontinentaleuropäischen Droit-d'Auteur-Systemen, einschliesslich der Schweiz und dem EU-Urheberrecht, der **Aufwand**, der in eine Gestaltung floss, aber **ohne Relevanz** (Botschaft URG, BBl 1989 III 521). Anders – aber hier irrelevant – in den angelsächsischen Copyright-Systemen: Dort wird in erster Linie die Investition in Form von Arbeit, Geld etc. geschützt, aber selbstredend nicht jede Investition (BEUTLER/STUTZ, a.a.O., S. 3).

### 3.5. Die Gestaltung der verschiedenen Varianten des "Hang" beruht nicht auf hinreichenden freien, kreativen Entscheidungen (Rechtsbegehren-Ziff. 1.ii.a-e))

- 31 Auch beim **"Hang" erster Generation (Rechtsbegehren-Ziff. 1.ii.a))** – es handelt sich dabei nicht wie von der Beklagten 3 behauptet (Prot. HV, S. 42, Zeilen 37-38) um von den Klägern stammende Begrifflichkeiten, sondern die Beklagten selbst sprachen von verschiedenen "Generationen" (etwa Beilage 40, S. 14) – lassen sich keine freien, kreativen Gestaltungsentscheide finden: Die Oberfläche wurde etwas "schwarzer", wodurch das Instrument weniger "blechig" wirkte (Prot. HV, S. 57). Kuppel und Resonanzöffnung wurden poliert (Prot. HV, S. 57). Zwar scheint es sich hierbei zum ersten Mal um (auch) freie gestalterische Entscheidungen zu handeln, doch sind diese derart banal, dass sie sicherlich nicht als hinreichend zur Begründung von Urheberrechtsschutz an der Form des "Hang" qualifizieren können. Die Beklagten selbst gehen denn auch davon aus, dass diese *"optischen Verfeinerungen"* (Klageantwort, Rz. 127) urheberrechtlich ohne Relevanz sind. Schon aus diesem Grund darf darauf nicht abgestellt werden (Replik, Rz. 116).
- 32 Was das **"Low Hang" (Rechtsbegehren-Ziff. 1.ii.b))** anbelangt, haben die Beklagten freie, kreative Gestaltungsentscheide weder behauptet noch nachgewiesen. Es unterscheidet sich vom "Hang" erster Generation im Wesentlichen durch seine tiefere Stimmung (Prot. HV, S. 59; Klage I, Rz. 79). Eine tiefere Stimmung und dadurch allenfalls bedingte (aber nicht behauptete) Auswirkungen auf die Form sind nicht das Ergebnis freier Kreativentscheidungen.
- 33 Beim **"Hang" zweiter Generation (Rechtsbegehren-Ziff. 1.ii.c))** wurde Messing in die Oberfläche eingebürstet (Klage I, Rz. 82), der beim Augenscheinobjekt jedoch bereits oxidiert war (Prot. HV, S. 59 f.). Das Einbürsten des Messings geschah unstrittig, weil es sich auf den Klang auswirkte (Klage I, Rz. 82; Beilage 40, S. 14 *"Durch Einbürsten von Messing ... gelang uns eine Verfeinerung der Klangfarbe"*), und somit aus rein klangtechnischen Überlegungen. Nichts anderes gilt für den Messingring: Die Beklagten vermochten nicht aufzuzeigen, dass dieser das Ergebnis freier Kreativentscheidungen war. Vielmehr wurde er hinzugefügt, um das Instrument bei einem Sturz und den Spieler vor der scharfen Kante zu schützen (Replik, Rz. 252; Klage I, Rz. 126; Klage II, Rz. 131; Klage III, Rz. 129; Beilage 40, S. 14). Auch der Ring folgte somit einzig technischen Überlegungen.
- 34 Was schliesslich das **"Integrale Hang" (Rechtsbegehren-Ziff. 1.ii.d))** und das **"Freie Integrale Hang" (Rechtsbegehren-Ziff. 1.ii.e))** anbelangt, haben die Beklagten ebenfalls keine freien, kreativen Gestaltungsentscheidungen behauptet, geschweige denn solche nachgewiesen.

- 35 Es steht somit fest: Die Beklagten trafen auch bei keiner der Varianten des "Hang" **freie und kreative Gestaltungsentscheidungen** und schon gar nicht solche, die für eine urheberrechtliche Individualität genügen würden. Die Individualität ist somit schon mangels hinreichender freier, kreativer Entscheidungen zu verneinen. Es erübrigt sich daher auch zu prüfen, ob das (angebliche) Werk in den einzelnen Prototypen und Varianten zum Ausdruck kommt, was für einen Urheberrechtsschutz zusätzlich erforderlich wäre (etwa Botschaft, BBl 1989 III 521; BGE 105 II 297, E. 3 – *Monsieur Pierre*). Es **genügt** m.a.W. **nicht**, dass eine Form möglicherweise **so aussieht, als ob** sie Ergebnis freier, kreativer Gestaltungsentscheide sein könnte, sondern sie muss auch tatsächlich das Ergebnis solcher Entscheidungen sein. Die blumige und wortreiche Beschreibung des "Hang" durch die Beklagtenvertreter führt m.a.W. nicht dazu, dass dieses deshalb urheberrechtlich geschützt wäre.
- 36 Bei der beklagten Beschreibung des "Hang" handelt es sich denn auch um eine Anhäufung von **reinen Worthülsen**, von denen wir uns **nicht blenden lassen** dürfen. Beispielhaft sei der beständig wiederholte Begriff der "**Klangskulptur**" erwähnt. Die Beklagtenvertreter wollten uns weismachen, dass damit eine Skulptur im herkömmlichen Sinn, eine Plastik, gemeint sein soll. Gemäss den Beklagten selbst bezieht sich **das Skulpturale aber auf den Klang** (Beilage 39, S. 5). Das geht an der hier zu beurteilenden Frage des Urheberrechtsschutzes der Form gänzlich vorbei (bereits Replik, Rz. 81). Ohnehin bezeichneten aber die Beklagten das "Hang" jahrzehntelang nicht als Klangskulptur, sondern als das, was es ist: ein Instrument (Replik, Rz. 79 ff.). Auch gaben die Beklagtenvertreter wiederholt an, es handle sich beim "Hang" um eine "**soziale Plastik**" mit "*harmonisch gestaltete[r] Formgebung*" (etwa Klageantwort, Rz. 124; Duplik, Rz. 73). Mit einer "*sozialen Plastik*" bzw. einer "*sozialen Skulptur*" meinen die Beklagten selbst aber etwas ganz anderes. Es geht nicht um die plastische Form eines Gegenstands, sondern um das **gemeinsame Musizieren** – dieses stelle eine soziale Skulptur dar. So führte der Beklagte 2 aus: "*wir waren in Trinidad und haben dort gespielt, gesehen, was das für eine Skulptur ist, 100 Leute in ihrem Dorf, die das spielen. Das ist eine soziale Skulptur.*" (Prot. HV, S. 39, Zeilen 247-249; vgl. auch die Beklagtenbeilage 45, wo konsequent die *Steel-Band* und nicht das *Steelpan* als soziale Skulptur bezeichnet wird). Auch das hat nichts mit einem Urheberrecht an einer Form zu tun. Als letztes Beispiel seien die Ausführungen des Beklagten 2 zu "**schwebenden Schalen**" erwähnt (Prot. HV, S. 40, Zeilen 279-281). Auf die Frage, was an dem klobigen Prototypen 1 "schwebend" sein soll, wusste der Beklagte 2 keine Antwort (Prot. HV, S. 40, Zeilen 283-295).

### 3.6. Zwischenfazit

37 Den Beklagten ist der Beweis nicht gelungen, dass die Gestaltung der Prototypen und Varianten des "Hang" auf hinreichenden freien, kreativen Entscheidungen beruht. Im Gegenteil haben die Kläger den Gegenbeweis erbracht, dass die Gestaltung ausschliesslich das Ergebnis technisch-handwerklicher Tätigkeit ist. **Urheberrechtsschutz** muss bereits aus diesem Grund **verneint** werden.

---

### 4. Die einzelnen Elemente des "Hang" sind durch dessen Zweck diktiert

38 Nachdem die Beklagten sich bei der Entwicklung und Gestaltung des "Hang" ausschliesslich von technischen Überlegungen haben leiten lassen, überrascht nicht, dass die vier von den Beklagten ins Feld geführten **Elemente des "Hang"** – Linsenform, kreisförmig angeordnete Tonfelder, zentrale Kuppel und Resonanzöffnung – **einzeln und gemeinsam ausschliesslich funktional** sind. Auch das führt dazu, dass ein Urheberrechtsschutz ausgeschlossen ist (SENN, a.a.O., s. 216 f.; HILTY, Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rz. 188 und 192; vgl. auch BGer 4A\_472/2021, E. 6.3.2 – *Feuerring*, wonach sich Einschränkungen der künstlerischen Freiheit auch aus technischen Anforderungen ergeben können, also aus den vom Gebrauchszweck vorgegebenen funktionalen Elementen).

39 Gemäss den Beklagten soll massgebend sein, ob ein Instrument diese vier Elemente aufweisen muss, um einen mit dem "Hang" vergleichbaren Klang zu erzeugen. Dies ist in doppelter Hinsicht falsch: Zum einen ist der konkrete Klang des "Hang" nicht relevant. Die Beklagten haben nie darlegen können, wann denn ein Klang überhaupt "vergleichbar" sein soll, und völlig willkürlich behauptet, dass beliebige Instrumente wie bspw. ein mit Flip-Flops gespieltes Röhreninstrument vergleichbar wie das "Hang" klingen würden (Klageantwort, Rz. 144; Replik, Rz. 191; Beilage 143). Zum anderen kann nicht auf beliebige andere Instrumente abgestellt werden. Die Beklagten haben sich sogar zu der Behauptung verstiegen, dass digitale Instrumente relevant sein sollen (etwa Duplik, Rz. 253). Dies würde im Ergebnis dazu führen, dass nie etwas technisch notwendig wäre. Denn der Klang einer *Handpan* könnte auch in ein E-Piano eingespeist werden. Das ist natürlich Unsinn.

40 Massgebend bei der Beurteilung der technischen Notwendigkeit muss vielmehr sein, ob bei **gleichbleibendem Zweck** diejenigen **technischen Funktionen**, welche die Merkmale des jeweiligen Gebrauchsgegenstands erfüllen, **bei anderer Gestaltung dieser Merkmale gleichermassen erfüllt** werden. Ist dies zu verneinen, besteht aufgrund der technisch-funktionalen Anforderungen an den Ge-

brauchsgegenstand schon gar kein Gestaltungsspielraum, und ein Urheberrechtsschutz ist schon aus diesem Grund ausgeschlossen (etwa HILTY, a.a.O., Rz. 192 m.w.H., wonach ein Urheberrechtsschutz nicht infrage kommt, wenn sich eine Gestaltung auf die für den Gebrauchsgegenstand ohnehin charakteristischen, nicht austauschbaren Bestandteile beschränkt). Bspw. wird ein Barhocker seiner Funktion nach charakterisiert durch die Träger, die eine Sitzgelegenheit in einer bestimmten Höhe tragen, und eine Fussleiste (BGE 143 III 373, E. 2.8.2 – *Barhocker*). Der Zweck kann nicht einfach auf irgendwelche anderen Sitzmöbel ausgedehnt werden; so wäre z.B. ein Stuhl mit kürzeren Beinen/Trägern oder weggelassener Fussleiste keine Alternative. Die Träger des Barhockers können indes angewinkelt oder senkrecht sein, ohne dass der Zweck dadurch weniger gut erreicht würde. Angewinkelte Träger sind daher nicht technisch notwendig. Es kann auch nicht gesagt werden, dass angewinkelte Träger technisch-funktional die beste Wahl darstellen würden, die gemäss Bundesgericht nicht über das Urheberrecht monopolisiert werden darf (BGE 143 III 373, E. 2.8.3 – *Barhocker*; vgl. auch BGer 4A\_472/2021, E. 6.3.2 – *Feuerring*).

- 41 Die Kläger haben im Verfahren substantiiert aufgezeigt, dass die strittigen vier Elemente des "Hang" im soeben umschriebenen Sinn technisch notwendig sind (vgl. Klage I, Rz. 100 ff.; Klage II, Rz. 105 ff.; Klage III, Rz. 103 ff.; Replik, Rz. 198 ff.; Erster Parteivortrag, Rz. 42 ff.). Eine andere Gestaltung der Elemente würde zu einem anderen Instrument und daher aus der Zweckbestimmung herausführen oder wäre technisch-funktional nicht gleichwertig. Das wird auch durch das Beweisergebnis getragen:
- 42 **Linsenform:** Die Beklagten selbst gaben an, dass das "Hang" aufgrund der Linsenform die "*ideale Masse für das Spiel mit den Händen sowie für die akustischen Erfordernisse*" habe (Beilage 149). Der Kläger 21 (Daniel Bernasconi) erläuterte, dass, damit die Schwingungsenergie auf ein Tonfeld begrenzt werden kann, die Fläche, die das Tonfeld umgibt, eine stärkere Krümmung als das Tonfeld selbst aufweisen muss (mechanische Impedanzänderung). Um eine präzise und reproduzierbare Stimmung der Tonfelder zu ermöglichen, ist es unabdingbar, dass der Körper, in welchen die Tonfelder eingearbeitet sind, in alle Richtungen die gleiche Krümmung aufweist (Prot. HV, S. 25 f., Zeilen 217-225 und 233-243; Prot. IV, S. 517), was auch Prof. Woodhouse bestätigt (Beilage 150, S. 2 f.; Replik, Rz. 205-210). Das ist nur bei einem Kugelsegment – wie es bereits von der Spielfläche der *Steelpan* bekannt ist und beim Austreiben von Blech automatisch entsteht – der Fall. Durch die Aussagen des Klägers 21 und das Gutachten ist ausserdem erstellt, dass eine achteckige Form – wie jeder andere Körper mit flachen Geometrien (Pyramiden, Würfel etc.) – aufgrund der Schwingungen dieser Flächen nicht funktionieren würde; es resultierte schlicht ein schlechteres Instrument (Prot. HV, S. 26, Zeilen 233-236; Beilage 150, S. 2;

Replik, Rz. 207). Ausserdem bestätigten der Kläger 21 und Prof. Woodhouse, dass für die Unterseite ein Kugelsegment insbesondere deshalb erforderlich ist, weil dadurch einerseits das Instrument insgesamt versteift wird und andererseits Störgeräusche vermieden werden (Prot. HV, S. 25, Zeilen 225-228; Beilage 150, S. 3). Die beiden Kugelsegmente zusammen ergeben die Linsenform. Eine andere Gestaltung des Körpers wäre technisch-funktional nicht gleichwertig und würde darüber hinaus zu einem anderen Instrument führen. Spieltechnisch ist die Linsenform ausserdem vorteilhaft, weil sich das Instrument dadurch besonders gut mit den Händen auf dem Schoss spielen lässt (Prot. HV, S. 25 f., Zeilen 228-230; Replik, Rz. 199-202). Für diese Art von Instrument ist die Linsenform somit technisch-funktional schlicht die beste Wahl bzw. die Idealform (Prot. HV, S. 26, Zeile 257; Prot. HV, S. 31, Zeile 88). Diese kann nicht über das Urheberrecht monopolisiert werden. Andere *Handpan*-Bauer müssen sich nicht mit technisch-funktional schlechteren Alternativen abfinden.

- 43 **Kreisförmig angeordnete Tonfelder:** Die Begrenzung der Schwingungen auf ein Tonfeld ist nie perfekt. Schwingungsenergie kann aus einem Tonfeld austreten, wodurch andere Tonfelder angeregt werden können (*Crosstalk*). Die beste Möglichkeit, dies zu verhindern, besteht darin, die Tonfelder möglichst weit voneinander entfernt zu platzieren. Die gleichmässige Verteilung führt zur kreisförmigen Anordnung der Tonfelder rund um ein mittiges Tonfeld (Beilage 150, S. 4: "*The best way to do minimise crosstalk is to separate notes by a large amount of internote surface. This accounts for the uniform distribution of notes in a circle around the shell, with one note in the centre.*"). Eine andere Anordnung der Tonfelder wäre klangtechnisch nicht gleichwertig. Auch spieltechnisch ist die kreisförmige Anordnung besonders vorteilhaft, gewährleistet sie doch eine einfache und gute Bespielbarkeit (Prot. HV, S. 26, Zeilen 261-264; Replik, Rz. 220). Eine kreisförmige Anordnung der Tonfelder ist damit technisch-funktional angezeigt. Auch die **Form der Tonfelder** hat einen direkten Einfluss auf den Klang beim Anschlagen, wie die Beklagten selber zugeben (Klageantwort, Rz. 170).
- 44 **Zentrales Tonfeld mit Kuppel:** Dass sich in der Mitte des Instruments ein Tonfeld befindet, folgt aus der soeben erwähnten gleichmässigen Verteilung der Tonfelder. Eine Kuppel im Zentrum eines Tonfelds wirkt sich auf den Klang aus, macht ihn weicher (Prot. HV, S. 26 f., Zeilen 273-275; Prot. IV, S. 517; Replik, Rz. 233-235; Stellungnahme vom 4. November 2022, Rz. 51-64). Auch die Beklagten selbst bestätigten: "*Die Kuppelgeometrie veränderte den Klang. Sie wirkte sich vorteilhaft auf die Modulation im Klanggeschehen aus*" (Beilage 33, S. 24). Der Kläger 21 (Daniel Bernasconi) experimentierte ebenfalls mit anderen Kuppelformen. Wie er bestätigte, führt bspw. eine Einbuchtung zu einer Verschlechterung der Akustik und Stabilität (Prot. HV, S. 23, Zeilen 109-113). Auch

der Kläger 2 (Ralf van den Bor) führte aus, dass sich die Kuppel positiv auf den Klang auswirkt (Prot. HV, S. 32, Zeile 94). Dass sich beim mittigen Tonfeld keine Einbuchtung, sondern eine Kuppel findet, ist aber nicht nur dem Streben nach einem besseren Klanggeschehen geschuldet, sondern daneben auch ergonomisch bzw. spieltechnisch bedingt. Eine Einbuchtung liesse sich hier nicht gleich gut bespielen wie eine Kuppel (Beilage 150, S. 3: *"to enable it to be struck more easily in this apex position, given that the hand and fingers have a different type of trajectory and orientation at the apex of the instrument."*; Prot. HV, S. 27, Zeilen 275-277; Replik, Rz. 234). Würde auf ein zentrales Tonfeld bzw. eine Kuppel im zentralen Tonfeld verzichtet, resultierte folglich ein technisch-funktional schlechteres Instrument.

- 45 **Resonanzöffnung:** Eine solche ist für einen Helmholtz-Resonator unstrittig zwingend (Beilage 150, S. 4; Replik, Rz. 242-244). Wie an den Verhandlungen gesehen und gehört, ermöglicht die mittige Platzierung zudem zum einen die Stimmarbeit im Innern des Instruments (Prot. HV, S. 27, Zeilen 280-288, und S. 32, Zeilen 107-109; Prot. IV, S. 519; Beilage 150, S. 4; Replik, Rz. 248-250). Zum anderen erlaubt sie es, beim Spielen durch Schliessen und Öffnen der Beine die Frequenz der Helmholtz-Resonanz zu beeinflussen. Auch das wurde in den Verhandlungen gezeigt (Prot. HV, S. 27, Zeilen 288-289; Prot. IV, S. 518 f.). Ohne Resonanzöffnung würde das Instrument folglich nicht so funktionieren, wie es das nun eben tut, und eine andere Platzierung würde zu massiven technisch-funktionalen Einschränkungen führen.
- 46 Somit ist durch das Beweisergebnis erstellt, dass die vier von den Beklagten ins Feld geführten Elemente des "Hang" **technisch notwendig** sind. Es gibt zu den einzelnen Elementen keine technisch gleichwertigen Alternativen (und selbst wenn, würde das Urheberrecht keine technischen Merkmale schützen). Vielmehr würden die vermeintlichen Alternativen (z.B. achteckige Form, nicht kreisförmig angeordnete Tonfelder, Einbuchtung statt Kuppel, seitliche Resonanzöffnung) zu einem schlechteren oder gar anderen Instrument führen. Sollte das Gericht wider Erwarten zu einem anderen Schluss gelangen, wären die weiteren Beweisofferten hierzu, insbesondere die angebotenen Gutachten (Replik, Rz. 199 ff.), abzunehmen. Ein **Urheberrecht** ist auch aus diesem **Grund zu verneinen**.
- 47 Im Endeffekt geht es den Beklagten nicht darum, eine gewisse Gestaltung, sondern das Zusammenspiel der vier funktionalen Elemente zu schützen. Dieses Zusammenspiel ist aber kein Werk im Urheberrechtssinn, sondern eine **Idee** für ein Instrument, die als solche urheberrechtlich **nicht schützbar** ist.

48 Selbst wenn die einzelnen Merkmale des "Hang" nicht in diesem Sinn technisch notwendig wären, hiesse dies im Übrigen noch lange nicht, dass das "Hang" deswegen individuellen Charakter aufwiese. Zwar bestünde dann ein gewisser Gestaltungsspielraum. Aus dem **Bestehen eines Gestaltungsspielraums** kann und darf aber **nicht** darauf geschlossen werden, dass dieser **durch hinreichende freie und kreative Entscheidungen ausgeschöpft** wurde. Davon kann hier, wie oben gezeigt, keine Rede sein. Insbesondere können technische Merkmale keinen Urheberrechtsschutz begründen.

---

**5. Ein Urheberrechtsschutz in Deutschland und den Niederlanden ist aufgrund von Art. 2 Abs. 7 RBÜ ausgeschlossen**

49 Ein Urheberrechtsschutz in Deutschland und den Niederlanden ist zum Vorhinein scheidet von vornherein aus, wenn ein Gebrauchsgegenstand in seinem Ursprungsland nicht urheberrechtlich geschützt ist (Replik, Rz. 278 f. und 308 ff.; Stellungnahme vom 24. August 2023, Rz. 3 ff. und 52 ff.). Das "Hang" wurde in der Schweiz von einem hier ansässigen KMU entwickelt, sein Name entspricht dem berndeutschen Wort für Hand, in Bern fand die serienmässige Produktion des Instruments statt und von hier aus wurde es in die Welt vertrieben. Folglich ist die **Schweiz** als **Ursprungsland** anzusehen (Stellungnahme vom 24. August 2023, Rz. 4 ff.). Auch die Beklagten sehen dies bei Lichte betrachtet so: "*Es ist einfach eine starke Geschichte aus Bern*" – und nicht etwa aus München oder Frankfurt (Prot. HV, S. 39, Zeilen 239-240).

50 Die Beklagtenvertreter mögen dies zwar bestreiten, der Nachweis eines anderen Ursprungslands ist ihnen aber nicht gelungen (insb. Stellungnahme vom 24. August 2023, Rz. 8). In diesem Zusammenhang haben die Beklagten auch versucht, im Rahmen der Parteibefragung ihren Vortrag nachzubesubstantiieren (Prot. HV, S. 37, Zeile 150-151). Diese Vorbringen sind jedoch verspätet und daher nicht zu berücksichtigen. Es ist nicht zulässig, dass eine Partei im Beweisverfahren bzw. in der Parteibefragung bis dahin Versäumtes nachzuholen versucht.

51 Somit ist die Schweiz Ursprungsland des "Hang". Wie gezeigt, ist das "Hang" in der Schweiz nicht urheberrechtlich geschützt (Kapitel 2-4). Schon aus diesem Grund ist ein Urheberrechtsschutz in Deutschland und den Niederlanden ausgeschlossen. Ohnehin wären aber die Schutzvoraussetzungen auch nach deutschem und niederländischem Urheberrecht nicht erfüllt:

## 6. Die Prototypen und Varianten des "Hang" wären ohnehin nach deutschem und niederländischem Urheberrecht nicht geschützt

### 6.1. Die ausländischen Massnahmeentscheide sind ohne Relevanz

52 Die ausländischen Massnahmeentscheide sind unbeachtlich, und zwar nicht nur, weil sie rein vorläufiger Natur und daher nicht präjudiziell sind, sondern insbesondere auch deshalb, weil sie erstelltermassen auf einem unvollständigen und falschen Tatsachenfundament beruhen (insb. Replik, Rz. 280 ff.). Zum einen wurden dort die **technischen Aspekte** des Hang **nicht berücksichtigt**, insbesondere lag den Gerichten das Gutachten von Prof. Woodhouse (Beilage 150) nicht vor. Zum anderen gingen die Gerichte – gestützt auf falsche Schilderungen in den eidesstattlichen Erklärungen der Beklagten – von einer ebenso **falschen Entstehungsgeschichte** aus (Replik, Rz. 120-127; Erster Parteivortrag, Rz. 79 ff.). Die Beklagten räumten dies halbherzig ein: *"Es möge sein, dass man das eine oder andere damals nicht so gewusst habe, wie dies heute der Fall ist."* (Prot. HV, S. 6). Das sagt, wer sich nicht selbst einer bewussten falschen eidesstattlichen Versicherung überführen möchte. Die Beklagten haben zur Entstehungsgeschichte umfassend publiziert. Wie sie um die Entstehungsgeschichte plötzlich "anders" bzw. *"nicht so ... wie ... heute"* "gewusst" haben wollen, erschliesst sich nicht. Dass sich die Beklagten dennoch auf diese Entscheidungen berufen (etwa Prot. HV, S. 14: *"Das LG Hamburg als spezialisiertes Gericht habe diesen Entscheid nun einmal gefällt."*), spricht für sich. Demgegenüber übergehen sie geflissentlich, dass ein spanisches Gericht bereits im Jahr 2012 ein Urheberrecht am "Hang" verneint hat (Prot. HV, S. 41, Zeilen 335-336; Beilage 33, S. 35; Beilage 32, S. 10).

### 6.2. Kein Urheberrechtsschutz in Deutschland

53 Die einschlägige Rechtslage in Deutschland wurde von den Klägern ausführlich dargestellt (insb. Replik, Rz. 280 ff.; Stellungnahme vom 24. August 2023, Rz. 30 ff.). Nach der Rechtsprechung des BGH können **technisch bedingte Merkmale keinen Urheberrechtsschutz begründen**. Als technisch bedingt betrachtet der BGH alle Merkmale, ohne die der Gebrauchsgegenstand nicht funktionieren kann. Dazu gehören sowohl Merkmale, die bei **gleichartigen Erzeugnissen** aus technischen Gründen **zwingend** verwendet werden müssen, als auch Merkmale, die zwar **aus technischen Gründen verwendet** werden, aber frei wählbar oder austauschbar sind. Das Ausnutzen eines handwerklich-konstruktiven Gestaltungsspielraums reicht nicht aus (BGH, Urteil vom 12. Mai 2011, Az. I ZR 53/10 [Beilage 159], 1. Leitsatz, Rn. 20 f. und 30 – *Seilzirkus*). Selbst wenn aber

nicht nur ein handwerklich-konstruktiver, sondern auch ein künstlerischer Gestaltungsspielraum besteht, genügt dies für die Bejahung eines Urheberrechts nicht. Vielmehr muss dieser auch ausgenutzt werden (Stellungnahme vom 24. August 2023, Rz. 42 ff. m.w.H.). Vgl. zum Ganzen etwa MÜLLER/PECHAN, Vom Geburtstagszug bis zur Fussgymnastiksandale, in: WRP – Wettbewerb in Recht und Praxis 11/2022, S. 1353 ff., Rn. 55-57:

*"Nicht jedes Ausnutzen von Gestaltungsspielräumen erfüllt die Anforderungen an das Erreichen der Schöpfungshöhe i.S.d. § 2 UrhG. Allein die Tatsache, dass ein Produkt über seinen Gebrauchszweck hinaus einen eigenen, ästhetisch markanten visuellen Effekt hervorruft, ist nicht ausreichend, um einen Urheberrechtsschutz zu rechtfertigen. Technische Gestaltungslösungen begründen keinen Urheberrechtsschutz, und zwar unabhängig davon, ob sie die einzig technisch mögliche Gestaltung oder eine von mehreren oder sogar vielen technischen Lösungen zur Erreichung des Gebrauchszwecks darstellen. Urheberrechtsschutz erfordert das Ausnutzen eines künstlerischen Gestaltungsspielraums durch freie und kreative Entscheidungen."*

- 54 Die **EuGH-Rechtsprechung ändert daran nichts** (etwa MÜLLER/PECHAN, a.a.O., Rn. 22: "auf ein und derselben Linie" und Rn. 25: "keine Wesensunterschiede im Verhältnis zwischen dem unionsrechtlichen und dem nach deutschen Recht anzuwendenden Werkbegriff"). In der **Brompton-Entscheidung** (Urteil vom 11. Juni 2020, Az. C-833/18) bestätigte der EuGH, was in Deutschland schon aufgrund der *Seilzirkus*-Entscheidung galt. Die Schutzwelle wurde damit weder herabgesetzt, noch ergibt sich daraus, dass alles, was nicht technisch zwingend ist, urheberrechtlich geschützt wäre (insb. Replik, Rz. 293 ff.). Im Übrigen gelangte das Vorlagegericht im Anschluss zum Schluss, dass das *Brompton*-Fahrrad gerade nicht urheberrechtlich geschützt ist, obwohl unzählige Alternativen für die Gestaltung eines Faltrads bestehen (Tribunal de l'entreprise de Liège, Urteil vom 16. März 2021 [Beilage 165]).
- 55 Wie bereits oben ausgeführt, fehlt es bei den Prototypen und Varianten des "Hang" an freien kreativen Entscheidungen. Das Zusammenfügen zweier vorbestehender Schalen zum Prototyp 1 ist keine für den Urheberrechtsschutz hinreichende freie und kreative Entscheidung. Bei der Weiterentwicklung der Prototypen hin zum "Hang" der ersten Generation haben sich die Beklagten ausschliesslich von technischen Erwägungen leiten lassen und die Prototypen aufgrund klang- und spieltechnischer Überlegungen optimiert. Darin liegt keine künstlerische Leistung im Sinne des Urheberrechts bzw. führt dies nicht dazu,

dass sich die die Persönlichkeit der Beklagten in der Form des "Hang" widerspiegelt. Die vier Elemente des "Hang" sind denn auch technisch zwingend. Es gibt keine technisch gleichwertigen Alternativen für ein gleichartiges Instrument. Eine andere Gestaltung dieser vier Elemente ergäbe ein spiel- oder klangtechnisch schlechteres oder gar ein anderes Instrument. Selbst wenn man aber davon ausginge, dass eine Wahlmöglichkeit bestünde, so wäre die Wahl zwischen verschiedenen Optionen rein technisch bedingt und damit urheberrechtlich irrelevant. So wird z.B. eine zentrale Kuppel aus rein technischen Gründen verwendet, nämlich weil sie einen besonderen Klang erzeugt (gleich wie beim *Seilzirkus* die Wahl zwischen Seilen oder Ketten oder zwischen verschiedenen Netz-Ausgestaltungen technisch bedingt ist, vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2011, Az. I ZR 53/10 [Beilage 159], Rn. 28 f.). Wenn überhaupt, wurde mit den vier Elementen des "Hang" also ein technisch-konstruktiver Gestaltungsspielraum genutzt. Dies reicht für einen Urheberrechtsschutz nicht aus. Soweit bei den Varianten des "Hang" – etwa mit der Politur – auch ein kreativer Gestaltungsspielraum angetastet wurde, sind die Gestaltungsentscheide derart banal, dass auch sie für die Bejahung eines Urheberrechts nicht ausreichen. Die verschiedenen Prototypen und Varianten des "Hang" sind daher auch nach deutschem Urheberrecht nicht geschützt.

### 6.3. Kein Urheberrechtsschutz in den Niederlanden

56 Auch das niederländische Urheberrecht verlangt hinreichende freie, kreative Entscheidungen, damit ein Urheberrechtsschutz in Betracht kommt. Nicht ausreichend ist insbesondere die Wahl zwischen verschiedenen technischen Alternativen (insb. Stellungnahme vom 24. August 2023, Rz. 70 ff.). Besonders anschaulich – weil ebenfalls einen interaktiven, spielbaren Gebrauchsgegenstand betreffend – sind die verschiedenen Entscheidungen zum Rubik-Würfel. Gleich mehrere niederländische Gerichte kamen einhellig zum Schluss, dass der Zauberwürfel nicht urheberrechtlich geschützt ist, weil die Elemente des Drehspiels technisch und funktional bedingt sind. Dass ein Drehpuzzle auch anders gestalten werden kann, ändert daran nichts (Replik, Rz. 338 ff.; Stellungnahme vom 24. August 2023, Rz. 83 und 108 f.). Aus den gleichen Erwägungen wie für das schweizerische und deutsche Recht besteht somit auch nach niederländischem Recht kein Urheberrechtsschutz an den Prototypen und Varianten des "Hang".

---

## 7. Feststellungsinteresse

57 Am Bestehen eines Feststellungsinteresses können nach der Hauptverhandlung keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen. Zum einen kommt der (verspätete)

Antrag der Beklagten auf positive Feststellung des Urheberrechtsschutzes (Prot. HV, S. 11) einer verkappten Feststellungswiderklage gleich. Zum anderen haben Daniel Bernasconi (Kläger 21) und Ralf van den Bor (Kläger 2) eindrücklich beschrieben, dass die fortbestehende Ungewissheit für *Handpan*-Bauer und -Händler nicht länger hinnehmbar ist (Prot. HV, S. 22 f., Zeilen 89-98 und 122-123, und S. 32 f., Zeilen 126-140), was der Vizepräsident zutreffend mit einem Tätigsein unter einem "Damoklesschwert" umschrieb (Prot. HV, S. 32, Zeilen 133-134). Auch die angebotene Befragung der weiteren Kläger würde ergeben, dass sie alle über ein hinreichendes Feststellungsinteresse verfügen.

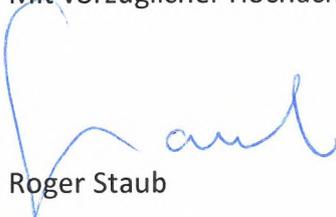
---

**8. Kostennote**

58 Schliesslich reichen wir hiermit unsere Kostennote ein.

**Beilage 261:** Kostennote vom 24. November 2023

Mit vorzüglicher Hochachtung



Roger Staub



Manuel Bigler

Sechsfach, Beilage im Doppel