

Per Einschreiben/Rückschein

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg
Sievekingplatz 2
20355 Hamburg

Dr. Andreas Grünwald
Rechtsanwalt, Partner
agruenwald@mofo.com

Christoph Nüßing
Rechtsanwalt
cnuessing@mofo.com

Aktenzeichen 5 U 73/15

Sekretariat: Sermin Ceylan
T: +49 (30) 72622.1320
F: +49 (30) 72622.1111

Az.: 88170.1

29. November 2016

In dem Rechtsstreit

DIN Deutsches Institut für Normung e.V. ./ Public.Resource.Org, Inc. u.a.
(Aktenzeichen 5 U 76/15)

erlauben wir uns, in der gebotenen Kürze auf den Schriftsatz des Klägers vom 30. November 2015 zu erwidern.

Wir halten an unserem Antrag vom 17. August 2015 fest. Die Berufung ist auch angesichts der zusätzlichen Ausführungen des Klägers weiterhin insgesamt begründet, da der vom Kläger geltend gemachte urheberrechtliche Unterlassungsanspruch nicht besteht.

Für den Fall, dass das Gericht dies anders sehen sollte, müsste es allerdings berücksichtigen, dass § 5 Abs. 3 UrhG verfassungswidrig ist. Insoweit regen wir an,

das Verfahren auszusetzen und eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts darüber einzuholen, ob § 5 Abs. 3 Urheberrechtsgesetz insoweit mit dem Grundgesetz vereinbar ist, als danach das Urheberrecht an privaten Normwerken durch § 5 Abs. 1 und 2 Urheberrechtsgesetz nicht berührt wird, wenn Gesetze, Verordnungen, Erlasse oder amtliche Bekanntmachungen auf solche Normwerke verweisen, ohne ihren Wortlaut wiederzugeben.

Unsere Ausführungen lassen sich insgesamt wie folgt zusammenfassen:

Morrison & Foerster LLP ist eine Personengesellschaft mit beschränkter Haftung (Limited Liability Partnership) nach dem Recht des US-Staates Kalifornien, eingetragen beim Secretary of State, State of California, Sacramento, California (Registrierungsnummer 45391). Das Berliner Büro hat seinen Sitz am Potsdamer Platz 1, 10785 Berlin. Die persönliche Haftung der Partner als Gesellschafter der Morrison & Foerster LLP ist beschränkt. Eine Liste sämtlicher Partner von Morrison & Foerster LLP liegt in unserem Berliner Büro zur Einsichtnahme bereit.

Partner des Berliner Büros: Christoph Wagner, Jens-Uwe Hinder, Hanno Timmer, Dirk Besse, Jörg Meißner, Thomas Keul, Andreas Grünwald, Kristina Ehle (Germany) und Angela Kerek (Germany).

EU-140307

1. Die Beklagten sind unverändert davon überzeugt, dass dem Kläger die geltend gemachten urheberrechtlichen Unterlassungsansprüche schon deswegen nicht zustehen, weil die streitgegenständlichen DIN-Normen **mangels Werkqualität nicht urheberrechtlich geschützt sind**:
 - a) Die streitgegenständlichen DIN-Normen stellen **keine urheberrechtlichen Schutz** genießenden Sprachwerke i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG oder Darstellungen technischer Art i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG dar. Es fehlt ihnen an entsprechender Schöpfungshöhe. Insbesondere bestand bei der Erstellung dieser Normen schon kein für eine schöpferische Leistung erforderlicher Gestaltungsspielraum.
 - b) Weiterhin handelt es sich bei den streitgegenständlichen DIN-Normen keinesfalls um „private Normwerke“ i. S. d. § 5 Abs. 3 UrhG, sondern vielmehr um **amtliche Werke i. S. d. § 5 Abs. 1, 2 UrhG**. Von privaten Normwerken kann dann keine Rede mehr sein, wenn Normen im Auftrag einer öffentlich-rechtlichen Institution im Bereich originärer, staatlicher Regulierung und insbesondere mit Wirkungen geschaffen werden, die den einzelnen Bürger unmittelbar verpflichten.
2. Selbst wenn man eine Schutzfähigkeit der streitgegenständlichen DIN-Normen anerkennen wollte, wäre der Kläger **jedenfalls nicht aktivlegitimiert**, da ihm die geltend gemachten Rechte nicht persönlich zustehen.
 - a) Der Kläger hat es bisher unterlassen, seine Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Urheberrechten an den DIN-Normen darzulegen. In unserer Berufungsbegründung haben wir hierzu bereits ausführlich aufgezeigt, dass **Zweifel an einer tatsächlichen Rechteeinräumung der potentiellen ursprünglichen Rechteinhaber an den Kläger** bestehen. Für die Vermutung des § 10 Abs. 3 UrhG ist hier mangels entsprechender Bezeichnung des Inhabers ausschließlicher Nutzungsrechte kein Raum. Doch selbst wenn man die Voraussetzungen der Vermutungsregelung für erfüllt hielte, wäre der Kläger jedenfalls auf Grundlage sekundärer Darlegungslast verpflichtet, eine lückenlose Rechtekette durch Vorlage der entsprechenden Verträge nachzuweisen. Das ist bisher nicht geschehen.
 - b) Zudem verstößt die Nutzungsvereinbarung bzw. das „Exploitation agreement“, aus denen der Kläger seine geltend gemachten Nutzungsrechte ableitet, gegen das Kartellrecht und ist daher insgesamt nichtig. **Der Kläger hat diese Rechte somit nicht wirksam erworben**. Im Wege einer kartellrechtlichen Gesamtbetrachtung sind dabei alle zusammenhängenden Verträge im Kontext zu würdigen. Daher folgt aus der Kartellrechtswidrigkeit des CEN-CENELEC Guides die Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit des „Exploitation agreements“. Der CEN-CENELEC Guide ist unwirksam, weil er gegen den Grundsatz der Preisfestsetzungsfreiheit verstößt und daher wettbewerbsbeschränkend ist.
3. Sollte das Gericht gleichwohl erwägen, das erstinstanzliche Urteil aufrecht zu erhalten, müsste es das hiesige Verfahren aussetzen und nach Art. 100 Abs. 1 GG eine

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des § 5 Abs. 3 UrhG einholen. **Denn § 5 Abs. 3 UrhG, auf dessen Gültigkeit es sodann für die Entscheidung des Gerichts ankäme, ist als verbotenes Einzelfallgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG verfassungswidrig.**

Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG verbietet insbesondere solche Gesetze, die bei genereller Einschränkung von Rechten Privilegien für Einzelpersonen vorsehen, ohne dass für die Einräumung dieser Privilegien ein zwingendes Bedürfnis bestünde. Diese Voraussetzungen liegen hier vor:

- a) § 5 Abs. 3 UrhG regelt erstens nur einen Einzelfall. Er wurde **auf ausschließliche Initiative des Klägers und speziell zum Schutz seiner individuellen wirtschaftlichen Interessen geschaffen**. Das wird allein daran deutlich, dass nur der Kläger und – soweit ersichtlich – keine sonstigen privaten Normungsorganisationen in nennenswertem Umfang von der Regelung des § 5 Abs. 3 UrhG profitieren oder ähnlich intensiv an deren Einführung beteiligt waren wie der Kläger.

Der Kläger sorgte eigenhändig dafür, dass § 5 Abs. 3 UrhG überhaupt Gesetz wurde. Er schuf zunächst eine Drohkulisse gegenüber der Bundesregierung, indem er insbesondere eine Bevorzugung fremdfinanzierter Normungsvorhaben in Aussicht stellte. Dadurch veranlasste er die Bundesregierung dazu, den sodann vom Kläger selbst vorgeschlagenen § 5 Abs. 3 in ihren Entwurf für ein Gesetz zur Änderung des UrhG aufzunehmen. Während des Gesetzgebungsverfahrens arbeitete der Kläger dann weiter eng mit der Bundesregierung zusammen, um Abweichler in Opposition und Regierungskoalition zu besänftigen, kritische Stellungnahmen zu diskreditieren und den Bundesrat von einer Streichung des § 5 Abs. 3 UrhG im Vermittlungsausschuss abzuhalten. Der Bundesregierung selbst war dabei der § 5 Abs. 3 UrhG „*nicht so überaus wichtig*“.

- b) Zweitens **beschränkt § 5 Abs. 3 UrhG – während er den Kläger einseitig begünstigt – alle anderen Rechtsunterworfenen** in ihrem Recht auf freien Zugang zu allen für sie aufgrund gesetzlicher Anordnung anwendbaren gesetzlichen Regelungen.
- c) Drittens bestand für eine derart singuläre Regelung **kein zwingendes Regelungsbedürfnis**. Die mit der Einführung des § 5 Abs. 3 UrhG verfolgte Absicherung der Funktionsfähigkeit der Normung durch den Kläger hätte der Gesetzgeber auch durch eine weitere staatliche Finanzierung erreichen können.

Im Einzelnen:**I. VORLAGE AN DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT**

Sollte das Gericht erwägen, das erstinstanzliche Urteil entgegen unserer bisherigen und heute ergänzten Ausführungen (siehe unter II.) aufrecht zu erhalten, wäre es jedenfalls gem. Art. 100 Abs. 1 GG verpflichtet, das hiesige Verfahren auszusetzen und eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des § 5 Abs. 3 UrhG einzuholen. Denn § 5 Abs. 3 UrhG, auf dessen Gültigkeit es dann für die Entscheidung des Gerichts ankäme, ist verfassungswidrig.

1. ENTSCHEIDUNGSERHEBLICHKEIT

Die Gültigkeit des § 5 Abs. 3 UrhG ist für die Entscheidung des Gerichts über die Berufung der Beklagten erheblich. Das Gericht käme bei Gültigkeit der Norm zu einem anderen Ergebnis als im Falle ihrer Ungültigkeit (BVerfGE 84, 233 (236 f.)).

Würde das Bundesverfassungsgericht zu dem Schluss kommen, dass § 5 Abs. 3 UrhG verfassungswidrig ist, wäre die Berufung begründet und die Klage abzuweisen. Dem Kläger stünde der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zu. Denn die streitgegenständlichen DIN-Normen hätten dann auf Grundlage des § 5 Abs. 1, 2 UrhG durch die Referenzierung in den entsprechenden gesetzlichen Regelungen – der früheren Rechtsprechung von BGH und BVerfG folgend – ihren urheberrechtlichen Schutz verloren.

Sollte das Bundesverfassungsgericht hingegen entscheiden, dass § 5 Abs. 3 UrhG verfassungsgemäß ist, wäre die Berufung unbegründet und das erstinstanzliche Urteil aufrecht zu erhalten, solange das hiesige Gericht nicht unseren Ausführungen zur einfachgesetzlichen Rechtslage folgen sollte. Denn dann wären – was hier bestritten wird – die streitgegenständlichen DIN-Normen aufgrund des § 5 Abs. 3 UrhG trotz der o.g. Referenzierung weiterhin urheberrechtlich geschützt.

2. VERFASSUNGSWIDRIGKEIT DES § 5 ABS. 3 URHG

§ 5 Abs. 3 UrhG ist ein verbotenes Einzelfallgesetz im Sinne des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG und deshalb verfassungswidrig. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG verbietet insbesondere solche Gesetze, die bei genereller Einschränkung von Rechten Privilegien für Einzelpersonen vorsehen, ohne dass für die Einräumung dieser Privilegien ein zwingendes Bedürfnis bestünde (vgl. zuletzt BVerfG, Beschluss vom 30. Juni 2015, Az. 2 BvR 1282/11, Rn. 127 (juris); *Lerche*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 122 Rn. 36 m.w.N.).

Diese Voraussetzungen liegen hier vor: Die Regelung des § 5 Abs. 3 UrhG regelt einen Einzelfall (dazu unter 2.1). Sie wurde auf ausschließliche Initiative des Klägers und speziell zum Schutz seiner individuellen wirtschaftlichen Interessen geschaffen. Des Weiteren bewirkt § 5 Abs. 3 UrhG im Gegenzug dazu eine generelle Einschränkung von Rechten (dazu unter 2.2). Die dortige Regelung schränkt durch die einseitige Begünstigung des Klägers alle anderen Rechtsunterworfenen in ihrem Recht auf freien Zugang zu allen für sie aufgrund gesetzlicher Anordnung anwend-

baren gesetzlichen Regelungen ein. Schließlich besteht für eine derart singuläre Regelung kein zwingendes Regelungsbedürfnis (dazu unter 2.3.).

2.1 Gesetz wurde auf wesentliche Initiative des Klägers und nur zum Schutz seiner wirtschaftlichen Interessen geschaffen

§ 5 Abs. 3 UrhG regelt einen Einzelfall im Sinne von Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG. Dies ist insbesondere bei solchen Gesetzen der Fall, durch die eine konkrete Person grundrechtlich privilegiert wird (*Dreier*, in: ders., GG, Art. 19 I Rn. 14). Maßgeblich kann dabei auch der objektive Wille des Gesetzgebers sein: Ein Gesetz ist danach als Einzelfallgesetz einzuordnen, wenn es gerade Absicht des Gesetzgebers war, nur einen singulären Sachverhalt zu regeln (vgl. BVerfGE 25, 371 (397)); *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 1, Rn. 37 m.w.N).

Diese Voraussetzungen liegen hier vor: § 5 Abs. 3 UrhG wurde auf wesentliche Initiative des Klägers und maßgeblich zum Schutz seiner individuellen wirtschaftlichen Interessen und seiner angeblich sonst gefährdeten Funktionsfähigkeit geschaffen.

Dies wurde erstmals in Folge eines Antrages auf Grundlage des Informationsfreiheitsgesetzes (IFG) deutlich, den die Beklagten zwischenzeitlich beim Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz gestellt haben. Aufgrund dieses Antrages konnten die Beklagten umfassende Einsicht in die Akten des Ministeriums über das Gesetzgebungsverfahren zum Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10. September 2003 (BGBl. I S. 1774) nehmen. Durch dieses Gesetz wurde § 5 Abs. 3 UrhG geschaffen.

Dabei stellte sich insbesondere heraus, dass nur der Kläger und – soweit ersichtlich – keine sonstigen privaten Normungsorganisationen durchgehend intensiv an der Einführung des § 5 Abs. 3 UrhG beteiligt waren. Der Kläger sorgte geradezu eigenhändig dafür, dass § 5 Abs. 3 Gesetz wurde. Er schuf zunächst eine Drohkulisse gegenüber der Bundesregierung, die diese dazu veranlasste, den sodann vom Kläger selbst vorgeschlagenen § 5 Abs. 3 UrhG in ihren Entwurf für ein Gesetz zur Änderung des UrhG aufzunehmen. Während des Gesetzgebungsverfahrens arbeitete der Kläger eng mit der Bundesregierung zusammen, um Abweichler in Opposition und Regierungskoalition zu besänftigen, kritische Stellungnahmen zu diskreditieren und den Bundesrat von einer Streichung des § 5 Abs. 3 UrhG im Vermittlungsausschuss abzuhalten. Der Bundesregierung selbst war dabei der § 5 Abs. 3 UrhG „*nicht so überaus wichtig*“.

Beweis: Handschriftliche Notiz von Dr. Elmar Hucko, damals Ministerialdirektor im Bundesjustizministerium, auf einem Schreiben von Prof. Dr. Wilhelm Nordemann vom 15. Mai 2003 (beigefügt als **Anlage BK10**).

Bezeichnend ist dabei, dass im gesamten Gesetzgebungsverfahren, soweit ersichtlich, kein anderer Begünstigter des nunmehr eingefügten § 5 Abs. 3 UrhG auch nur annähernd in einem Umfang aktiv wurde, der mit dem Vorgehen des Klägers zu vergleichen wäre. Dies ist auch nicht verwunderlich, ging es im Gesetzgebungsver-

fahren doch in aller Regel nicht um die Funktionsfähigkeit und Zukunft der Normungsarbeit *in Deutschland* als solche. Vielmehr ging es dabei stets nur um die Normungsarbeit *des Klägers*. Es war allen Beteiligten stets klar, dass sich § 5 Abs. 3 UrhG im Wesentlichen zugunsten des Klägers auswirken soll. Entsprechend dürfte die Einführung des § 5 Abs. 3 UrhG auch in der Praxis fast ausschließlich dem Kläger zu Gute kommen. Es ist nicht ersichtlich, dass gesetzliche Regelungen in nennenswertem Umfang auf private Normwerke anderer deutscher Normgeber verweisen.

2.1.1 *Ausgangspunkt: Niederlage des Klägers vor BGH und BVerfG*

Ausgangspunkt für dieses Engagement des Klägers waren die Entscheidungen von BGH und BVerfG aus 1990 bzw. 1998 (BGH, Urteil vom 26. April 1990, Az. I ZR 79/88; BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 1998, Az. 1 BvR 1143/90). Danach seien auch DIN-Normen, auf die Rechtsvorschriften nur verweisen, amtliche Werke im Sinne von § 5 UrhG in der damaligen Fassung und würden als solche keinen urheberrechtlichen Schutz genießen.

Der hiesige Kläger hatte schon diese beiden Verfahren inszeniert, um seine vermeintlichen Ausschließlichkeitsrechte an bestimmten DIN-Normen durchzusetzen: Der Kläger hatte dort im Zivilrechtsweg einen Verlag auf Zahlung von Nutzungsentgelten verklagt. Der Verlag hatte zuvor ein Sammelwerk mit DIN-Normen herausgegeben, die aufgrund eines amtlichen Erlasses oder einer amtlichen Bekanntmachung als „technische Baubestimmung bauaufsichtlich eingeführt wurden“ (zum Sachverhalt vgl. BGH, Urteil vom 26. April 1990, Az. I ZR 79/88, Rn. 1 ff. (juris)).

Nachdem der Kläger in erster Instanz obsiegte, in der Berufungs- und Revisionsinstanz jedoch unterlag, erhob er Verfassungsbeschwerde. Diese hat das Bundesverfassungsgericht jedoch mangels grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung sowie mangels Erforderlichkeit zur Durchsetzung der Eigentumsgarantie bereits nicht zur Entscheidung angenommen (vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 1998, Az. 1 BvR 1143/90, Rn. 21 ff. (juris)).

2.1.2 *Aufbau einer Drohkulisse gegenüber der Bundesregierung*

Um seine vermeintlichen Rechte nach dieser endgültigen gerichtlichen Niederlage dennoch zu sichern, hat der Kläger auf Grundlage insbesondere der letztgenannten Entscheidung in den Folgejahren eine massive Drohkulisse gegenüber der Bundesregierung aufgebaut, indem er insbesondere deutliche Mehrausgaben für die Lizenzierung von in Bezug genommenen DIN-Normen in Aussicht stellte:

- Zum Beispiel forderte der Kläger die Bundesregierung über das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie mit Schreiben vom 25. Januar 1999 dazu auf, sicherzustellen, dass der Bund keine Verweisungen auf DIN-Normen mehr vornimmt, wenn nicht in jedem Einzelfall eine schriftliche (und entgeltliche) Vereinbarung hierüber mit dem Kläger getroffen worden ist:

„Bis zum Abschluß einer [...] generellen Vereinbarung über einen angemessenen finanziellen Ausgleich für die Nutzung von DIN-Normen in Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Bundes und dem damit einhergehenden Verlust des Urheberrechts, den das DIN durch die Bezugnahme des Bundes erleidet, wird das DIN im Sinne der Fortsetzung der jahrzehntelangen guten Zusammenarbeit seine Zustimmung zur Verwendung von DIN-Normen in amtlichen Verlautbarungen im Einzelfall erteilen, jedoch abhängig von einer Übereinkunft über die Zahlung einer angemessenen Vergütung im Einzelfall. [...]

Wir müssen Sie deshalb auffordern dafür Sorge zu tragen, daß von Seiten des Bundes in Rechts- und Verwaltungsvorschriften keine Verweisungen auf DIN-Normen vorgenommen werden, es sei denn, daß im Einzelfall vorher eine schriftliche Vereinbarung mit dem DIN getroffen worden ist.“

Beweis: Schreiben des Klägers an das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vom 25. Januar 1999, S. 3 (beigefügt als **Anlage BK11**).

- Dies führte unter anderem dazu, dass sich der Kläger ausweislich eines internen Schreibens des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vom 16. März 1999 seine Zustimmung zur Verweisung auf elf DIN-Normen innerhalb der zu novellierenden Eichordnung mit einer Zahlung von DM 8.550,- pro Jahr der Gültigkeit der Bezugnahme vergüten lassen wollte:

„Erster konkreter Anwendungsfall für die Forderung des DIN nach Einzelausgleich ist der vom BMWi vorgelegte Entwurf einer 3. Verordnung zur Änderung der Eichordnung. Das DIN hat der darin enthaltenen Bezugnahme auf insgesamt 11 DIN-Normen nur unter der Voraussetzung zugestimmt, daß es eine Vergütung in Höhe von DM 8.550 je Jahr der der Gültigkeit der Inbezugnahme erhält.“

Beweis: Rundschreiben des von Ministerialrat Krischker, Leiter des Referats VI A 3 des Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vom 16. März 1999, S. 1 (beigefügt als **Anlage BK12**).

Es ist davon auszugehen, dass dieses Vorgehen keinen Einzelfall darstellte.

- In einem erneuten Schreiben an das Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vom 24. Juni 1999 bekräftigte der Kläger, dass nach seiner Auffassung für eine Bezugnahme auf DIN-Normen dessen Zustimmung erforderlich sei, die der Kläger von einer Gegenleistung abhängig machen werde.

Beweis: Schreiben des Klägers an das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vom 24. Juni 1999 (beigefügt als **Anlage BK13**).

- Schließlich stellt der Kläger in einem weiteren Schreiben an das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vom 26. Juli 1999 in Aussicht, künftig extern geförderte Normungsvorhaben bevorzugt zu bearbeiten oder die Zahl der Normungsvorhaben zu beschränken:

„Werden durch Rückgang der bisherigen Erlöse aufgrund der kostenlosen Inanspruchnahme und Verwertung durch Dritte von DIN-Normen die Einnahmen des DIN empfindlich reduziert, müßten als Folge auch die Kapazitäten der Normenausschüsse und damit die Zahl der Normungsvorhaben eingeschränkt werden.“

„Dem Grundsatz des DIN folgend, daß vor Aufnahme eines jeden Normungsvorhabens seine Finanzierung sichergestellt sein muß, würden Normungsvorhaben, deren Finanzierung durch Förderer garantiert sind, vorrangig bearbeitet. Normungsvorhaben, die insbesondere Interessen von weniger finanzstarken Interessentengruppen betreffen und die bislang bei Normungswürdigkeit des Vorhabens durch Haushaltsmittel des DIN unterstützt wurden, könnten nicht mehr wie bisher durchgeführt werden.“

Beweis: Schreiben des Klägers an das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vom 26. Juli 1999, S. 3 (beigefügt als **Anlage BK14**).

2.1.3 *Änderung des § 5 UrhG als Ausweg aus der vom Kläger geschaffenen Zwangslage*

Schließlich schlug der Kläger als Ausweg aus der Zwangslage, in die er die Bundesregierung in Reaktion auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts erst selbst gebracht hatte, eine Anpassung des UrhG vor. Die Initiative für die Schaffung des heutigen § 5 Abs. 3 UrhG ging damit wesentlich vom Kläger aus:

- Soweit ersichtlich schlug der Kläger der Bundesregierung gegenüber eine mögliche Änderung des UrhG erstmals im Rahmen seines oben erwähnten Schreiben an das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vom 24. Juni 1999 vor. Dabei stellte er eine Gesetzesänderung ausdrücklich als Ausweg aus der Einzellizenzierung von Normverweisen bzw. als Maßnahme zur Abwendung der von ihm selbst angedrohten Einschränkungen im Normungsbetrieb dar.

Beweis: Schreiben des Klägers an das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vom 24. Juni 1999, S. 4 (bereits vorgelegt als **Anlage BK13**).

- Auf diesen Vorschlag hin fand am 28. September 1999 ein gemeinsames Gespräch insbesondere zwischen dem Kläger, Herrn Prof. Dr. Wilhelm Nordemann als dessen rechtlichen Berater sowie Vertretern der Bundesministerien für Wirtschaft und Technologie sowie der Justiz statt. Für den Kläger als Ansprechpartner bei der Organisation dieser Besprechung fungierte dabei der im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie damals inhaltlich verantwortliche Leiter der Abteilung für „Technologie- und Innovationspolitik“, Dr. Eike Röhling.

Beweis: Organisationsplan des Bundeswirtschaftsministeriums vom 7. Juni Schreiben des Klägers an das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vom 24. Juni 1999, S. 4 (bereits vorgelegt als **Anlage BK15**).

Herr Röhling war jedenfalls im Jahr 2002 zugleich auch Mitglied des Präsidiums des Klägers.

Beweis: Interne Vorlage des Referats III B 3 des Bundesministeriums der Justiz vom 23. Juli 2002, S. 2 (vorgelegt als **Anlage BK16**).

Im Rahmen dieses Gesprächs wurde auch inhaltlich über einen vom Kläger bereits vorformulierten Änderungsvorschlag in Bezug auf § 5 UrhG diskutiert.

Beweis: Schreiben vom 4. Oktober 1999 von Dr. Eike Röhling u.a. an den Kläger mit Vermerk über das Gespräch am 28. September 1999 (beigefügt als **Anlage BK17**).

- Eine sehr ähnliche Formulierung für eine Änderung von § 5 UrhG fand sich schließlich in der am 26. Oktober 2000 vorgelegten Überarbeitung des Diskussionsentwurfes für ein Gesetz zur Änderung des UrhG zur Umsetzung der Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (2001/29/EG). Dieser Diskussionsentwurf wurde insbesondere von Prof. Dr. Wilhelm Nordemann erstellt, der – wie oben angedeutet – gleichzeitig als anwaltlicher Vertreter des Klägers aktiv war, und der auch bereits an der vorangegangenen Kommunikation zwischen Kläger und Bundesregierung beteiligt war.

Beweis: Auszug aus der überarbeiteten Fassung des Diskussionsentwurfs für ein Fünftes Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 26. Oktober 2000 (beigefügt als **Anlage BK18**).

2.1.4 Aufnahme von § 5 Abs. 3 UrhG in Referentenentwurf für UrhG-Änderungsgesetz

Trotz dieser intensiven Bemühungen des Klägers beabsichtigte die Bundesregierung zunächst keine Einführung einer dem heutigen § 5 Abs. 3 UrhG vergleichbaren Neuregelung, um die vermeintlichen Urheberrechte des Klägers an DIN-Normen abzusichern. Ausweislich eines internen Berichts des Bundesministeriums der Justiz vom 16. August 2001 sei vor der Schaffung einer solchen Neuregelung zunächst eine weitere Prüfung erforderlich, da die Frage des Urheberrechts an privaten Normwerken komplexe Fragen von erheblicher praktischer Relevanz aufwerfe.

Beweis: Interner Vermerk des Referats III B 3 des Bundesministeriums der Justiz vom 16. August 2001, S. 16 (beigefügt als **Anlage BK19**).

Der Kläger erfuhr hiervon spätestens aufgrund der Übersendung des Referentenentwurfs durch das zuständige Referat im Bundesministerium der Justiz. Dieses übersandte der Rechtsabteilung des Klägers den Entwurf am 28. März 2002, nachdem der Kläger dem Bundesministerium seinen entsprechenden Wunsch zuvor durch Prof. Dr. Wilhelm Nordemann hatte übermitteln lassen.

Beweis: E-Mail-Verkehr zwischen dem Bundesministerium der Justiz und der Rechtsabteilung des Klägers vom 28. März 2002 (beigefügt als **Anlage BK20**).

Nachfolgend nahm der Kläger direkten Kontakt mit den beteiligten Bundesministerien auf und war fortan eng in das Gesetzgebungsverfahren zum „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ eingebunden. Während des gesamten Verfahrens stand er in ständigem Kontakt zur Bundesregierung, zunächst um die von ihm begehrte Aufnahme einer Änderung des § 5 UrhG in den Gesetzesentwurf sicherzustellen:

- Mit Schreiben vom 25. April 2002 an die Bundesministerin der Justiz stellte der Kläger zunächst nochmals heraus, von seinem Präsidiumsmitglied Dr. Eike Röhling, gleichzeitig zuständiger Abteilungsleiter im Bundeswirtschaftsministerium, über den Fortschritt des Gesetzgebungsverfahrens auf dem Laufenden gehalten zu werden. In diesem Zusammenhang beklagte sich der Kläger darüber, dass eine dem heutigen § 5 Abs. 3 UrhG vergleichbare Regelung zu diesem Zeitpunkt noch nicht im Referentenentwurf enthalten sei. Daher drängte der Kläger „*nochmals nachdrücklich*“ auf eine Änderung des § 5 UrhG in seinem Sinne.

Beweis: Schreiben des Klägers an die Bundesministerin der Justiz vom 25. April 2002 (beigefügt als **Anlage BK21**).

- Knapp einen Monat später wandte sich die Rechtsabteilung des Klägers per E-Mail vom 23. Mai 2002 erneut an das Bundesjustizministerium. Darin teilte der Kläger mit, erfahren zu haben – erneut über das Bundeswirtschaftsministerium, „*dass eine Änderung des § 5 UrhG zeitnah in den Referentenentwurf eingearbeitet werden soll*“. Der Kläger erkundigte sich in diesem Zusammenhang, ob diese Einarbeitung bereits erfolgt sei und bat um eine Übersendung des überarbeiteten Entwurfstextes.

Beweis: E-Mail der Rechtsabteilung der Klägers an das Bundesministerium der Justiz vom 23. Mai 2002 (beigefügt als **Anlage BK22**).

- Per E-Mail des zuständigen Referats im Bundesjustizministerium vom 27. Mai 2002 sowie erneut per Schreiben der Bundesjustizministerin wurde dem Kläger schließlich bestätigt, dass „*das Anliegen des DIN*“ im Referentenentwurf berücksichtigt wurde.

Beweis: E-Mail des Bundesjustizministeriums an die Rechtsabteilung des Klägers vom 27. Mai 2002 (beigefügt als **Anlage BK23**).

- Ausweislich eines weiteren entsprechenden Schreibens der Bundesjustizministerin an den Kläger vom 1. August 2002 enthalte die neue Fassung des Referentenentwurfs eine Ergänzung zu § 5 UrhG, „*nach der das Urheberrecht an privaten Normwerken unberührt bleibt, wenn Gesetze, Verordnungen, Erlasse oder amtliche Bekanntmachungen auf sie verweisen, ohne ihren Wortlaut wiederzugeben.*“

Beweis: Schreiben der Bundesministerin der Justiz an den Kläger vom 1. August 2002 (beigefügt als **Anlage BK24**).

- Mit Schreiben vom 16. August 2002 bedankte sich der Kläger bei der Bundesjustizministerin für die Unterstützung.

Beweis: Schreiben des Klägers an die Bundesministerin der Justiz vom 16. August 2002 (beigefügt als **Anlage BK25**).

Ebenfalls am 16. August 2002 legte die Bundesregierung den Gesetzesentwurf für das Gesetz zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft als BR-Drs. 684/02 vor. Dieser Entwurf enthielt auch den vom Kläger herbeigeführten Vorschlag zur Änderung des § 5 UrhG.

Beweis: Bundesrats-Drucksache 684/02, S. 5 (beigefügt als **Anlage BK26**).

2.1.5 *Zusammenarbeit Kläger/Bundesregierung zur Durchsetzung der Änderung des § 5 UrhG*

Zwischen August und November 2002 wurde der Gesetzesentwurf im Bundesrat (1. Durchgang) und im Bundestag beraten. Der Bundesrat nahm dabei zunächst zum Entwurf des § 5 Abs. 3 UrhG keine Stellung (vgl. BR-Drs. 684/02 (Beschluss)). Schon während der ersten Beratung im Bundestag am 14. November 2002 wurde seitens der Opposition aber Kritik am Vorschlag der Bundesregierung laut. Dieser breche „mit einer gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, inzwischen vom Bundesverfassungsgericht bestätigt“ (BT-Plenarprotokoll 15/10, S. 628(C)).

Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens war der Kläger daher maßgeblich daran beteiligt, zusammen mit der Bundesregierung die geplante Änderung des § 5 UrhG gegenüber der Opposition, dem Bundesrat und kritischen Stellungnahmen Dritter zu verteidigen:

- Per E-Mail vom 3. Dezember 2002 bat das zuständige Referat des Bundesjustizministeriums das Bundeswirtschaftsministerium darum, sobald wie möglich Angaben zu den Fragen zweier Bundestagsabgeordneter von SPD bzw. den Grünen zur Rechtsfolgenabschätzung in Bezug auf die geplante Änderung von § 5 Abs. 3 UrhG zuzuliefern. Dabei ging es insbesondere um die Mehrbelastung für Nutzer von Normwerken bei Änderung des § 5 Abs. 3 UrhG und Auswirkungen auf die Finanzierung des Klägers, sollte eine solche Änderung ausbleiben.

Beweis: E-Mail von des von Irene Pakuscher (BMJ) an Monika Ottemeyer (BMW) vom 3. Dezember 2002 (beigefügt als **Anlage BK27**).

- Mit Schreiben vom 6. Dezember 2002 leitete das Bundeswirtschaftsministerium diese Bitte unmittelbar an den Kläger weiter und bat um Lieferung der vom Bundesjustizministerium angeforderten Angaben. Daneben bat das Bundeswirtschaftsministerium auch um Stellungnahme zu Einwänden von „IDIN Initiative gegen die Direktgeltung privater Normen im Bauwesen“. IDIN hatte sich in zwei Stellungnahmen vom 4. Oktober 2002 und vom 23. November 2002 kritisch mit der geplanten Änderung des § 5 Abs. 3 UrhG auseinandergesetzt.

Beweis: Stellungnahmen von IDIN zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 4. Oktober 2002 (beigefügt als **Anlage BK28**) sowie vom 23. November 2002 (beigefügt als **Anlage BK29**).

- Zu diesen Stellungnahmen von IDIN äußerte sich der Kläger parallel, ebenfalls mit Schreiben vom 6. Dezember 2002, auf eigene Initiative umfassend gegenüber dem Bundesjustizministerium. In seinem Schreiben stellte der Kläger die Stellungnahmen von IDIN als eine

Ausnahme gegenüber einem ansonsten breiten Konsens mit Blick auf die Änderung des § 5 Abs. 3 UrhG dar.

Beweis: Schreiben des Klägers an das Bundesministerium der Justiz vom 6. Dezember 2002 (beigefügt als **Anlage BK30**).

- Mit Schreiben vom 10. Dezember 2002 lieferte der Kläger schließlich die zuvor vom Bundeswirtschaftsministerium angeforderten Kommentare zu den Fragen der Bundestagsabgeordneten und der Stellungnahmen von IDIN. Zu seiner künftigen Finanzierung ohne eine Einführung des § 5 Abs. 3 UrhG äußerte der Kläger, dass hier Einnahmen wegfallen würden, die sodann von anderer Seite sichergestellt werden müssten. Zudem fügte der Kläger einen umfassenden internen „Aktenvermerk“ zu den Stellungnahmen von IDIN bei.

Beweis: Schreiben des Klägers an der Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit vom 10. Dezember 2002 (beigefügt als **Anlage BK31**).

- Mit Schreiben vom 13. Dezember 2002 leitete das Bundeswirtschaftsministerium die Antworten des Klägers weitestgehend unverändert an das Bundesjustizministerium weiter, allerdings ohne dabei durch eigene weitere Einschätzungen auf die ursprünglichen Fragen des Bundesjustizministerium einzugehen.

Beweis: Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit an das Bundesministerium für Justiz vom 13. Dezember 2002 (beigefügt als **Anlage BK32**).

- Mit Schreiben vom 23. Dezember 2002 bat das Bundeswirtschaftsministerium den Kläger erneut um Unterstützung, diesmal bei der Beantwortung einer Kleinen Anfrage der FDP im Bundestag, die ebenfalls kritische Fragen zu der geplanten Änderung des § 5 UrhG stellte. Zur Vorbereitung von deren Beantwortung würden nach Aussage des Bundeswirtschaftsministeriums Beiträge des Klägers „benötigt“, insbesondere zur Funktion und Finanzierung des Klägers und das staatliche Interesse an der Bezugnahme auf Normen. Auch hier lieferte der Kläger entsprechende Formulierungsvorschläge zu.

Beweis: Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit an den Kläger vom 23. Dezember 2002 (beigefügt als **Anlage BK33**).

- Im Folgenden sorgte der Kläger dafür, dass dem Bundesjustizministerium mehrere die Einfügung des § 5 Abs. 3 UrhG befürwortende Stellungnahmen Dritter zugehen: Mit Schreiben vom 9. Januar 2003 übermittelte der Kläger dem Ministerium ein Schreiben vom BDI an die schon oben angesprochene Bundestagsabgeordnete der Grünen.

Darin bat der BDI um Unterstützung für die Umsetzung des geplanten § 5 Abs. 3 UrhG.

Beweis: Schreiben des Klägers an das Bundesministerium der Justiz vom 9. Januar 2003 (beigefügt als **Anlage BK34**).

Einen Monat später, am 7. Februar 2003, übersandte der Kläger dem Ministerium weitere Schreiben des BDI sowie der Harting KGaA an den Bundeswirtschaftsminister und die Bundesjustizministerin. Auch die Autoren dieser Schreiben setzten sich für eine Beibehaltung des § 5 Abs. 3 UrhG ein. Hintergrund dieser weiteren Schreiben war offensichtlich, dass sich Abgeordnete der Regierungsfractionen aus SPD und Grünen im Rechtsausschuss offenbar gegen diese Änderung des UrhG ausgesprochen hatten.

Beweis: Fax des Klägers an das Bundesministerium der Justiz vom 7. Februar 2003 (beigefügt als **Anlage BK35**),

- Mit Schreiben vom 3. Februar 2003 wandte sich der Kläger an den Parlamentarischen Staatssekretär im Bundeswirtschaftsministerium, Dr. Ditmar Staffelt, um diesen über den Stand der Lobbyarbeit zur Überzeugung von eben solchen kritischen Bundestagsabgeordneten zu informieren. Danach habe man die Oppositionsfractionen von CDU und FDP bereits in persönlichen Gesprächen von einer Zustimmung zur geplanten Änderung des § 5 UrhG überzeugen können. Gleichzeitig bat der Kläger den Staatssekretär allerdings um ein Gespräch mit anscheinend noch nicht überzeugten Abgeordneten der Regierungskoalition aus SPD und Grünen. Ein solches Gespräch sei „*absolut notwendig*“. Sollte es nicht gelingen, die Änderung des § 5 UrhG wie geplant zu verabschieden, „*hätte das nicht nur für die Arbeit des DIN Deutsches Institut für Normung katastrophale Folgen, sondern hätte auch für die deutsche Wirtschaft nicht zu kalkulierbare [sic!] negative Konsequenzen.*“

Beweis: Schreiben des Klägers an PStS Dietmar Staffelt vom 3. Februar 2003 (beigefügt als **Anlage BK36**).

- Dr. Staffelt wandte sich daraufhin insbesondere am 25. Februar 2003 mündlich und am 27. Februar 2003 schriftlich an den damaligen rechtspolitischen Sprecher der Fraktion der Grünen, Jerzy Montag, um diesen von einer Zustimmung zu § 5 Abs. 3 UrhG zu überzeugen.

Beweis: Schreiben von PStS Dietmar Staffelt an Jerzy Montag vom 27. Februar 2003 (**beigefügt als Anlage BK37**).

- Anlässlich der abschließenden Beratungen zum Gesetzesentwurf im Rechtsausschuss des Bundestages wandte sich der Kläger mit Schreiben vom 3. April 2003 erneut an das Bundesjustizministerium, um *„noch einmal zur Information der Mitglieder des Rechtsausschusses die „immense Bedeutung einer Ergänzung des § 5 UrhG um den geplanten Absatz 3 für den Wirtschaftsstandort Deutschland zu verdeutlichen.“*

Beweis: Schreiben des Klägers an das Bundesministerium der Justiz vom 3. April 2003 (beigefügt als **Anlage BK38**).

Am 9. April 2003 verabschiedete der Rechtsausschuss des Bundestages schließlich seine Beschlussempfehlung, in der er lediglich vorschlug, den § 5 Abs. 3 UrhG um die heute in § 5 Abs. 3 Satz 2 UrhG geregelte Zwangslizenz zu ergänzen.

Beweis: Bundestags-Drucksache 15/837, S. 4 (beigefügt als **Anlage BK39**).

In dieser Fassung nahm der Bundestag den Gesetzesentwurf am 11. April 2003 an.

Am 13. Mai 2003 empfahlen der Rechts- und Wirtschaftsausschuss des Bundesrats offensichtlich auf Antrag der Länder Baden-Württemberg und Bayern, den Vermittlungsausschuss anzurufen – insbesondere wegen der geplanten Neuregelung des § 5 Abs. 3 UrhG. Diese Neuregelung sei sachlich nicht gerechtfertigt, da sie *„dem schützenswerten Interesse der Rechtsunterworfenen an einer möglichst ungehinderten Information über der die durch staatliche Verweisung für sie geltenden DIN-Vorschriften“* entgegen wirken würde. Zudem seien *„seit dem Urteil des Bundesgerichtshofs [Anm.: Gemeint ist das Urteil vom 26. April 1990, Az. I ZR 79/88] [...] 13 Jahre vergangen, ohne dass eine Gefährdung der Normungsgremien bekannt geworden ist.“*

Beweis: Bundesrats-Drucksache 271/1/03, S. 2 (beigefügt als **Anlage BK40**).

Auch daraufhin wurde der Kläger erneut aktiv, um eine tatsächliche Anrufung des Vermittlungsausschusses noch zu verhindern:

- Ausweislich eines Schreibens von Prof. Dr. Wilhelm Nordemann an das Bundesjustizministerium vom 15. Mai 2003 hatte sich dieser als anwaltlicher Vertreter des Klägers bereits unmittelbar nach dem Beschluss mit dem im Ministerium zuständigen Abteilungsleiter für Wirtschafts- und Handelsrecht über ein Schreiben an die Landesjustizministerien von Baden-Württemberg und Bayern abgestimmt.

Darin regte Prof. Nordemann ebenfalls an, diese Schreiben an die übrigen Mitglieder des Vermittlungsausschusses zu verteilen, sollte die-

ser tatsächlich einberufen werden. Dies lehnte der Abteilungsleiter ausweislich handschriftlicher Notizen ab: „*Dem BMJ ist der 5 III auch nicht so überaus wichtig.*“

Beweis: Schreiben von Prof. Dr. Wilhelm Nordemann an das Bundesministerium der Justiz vom 15. Mai 2003 (bereits vorgelegt als **Anlage BK10**).

- Mit gleichem Datum versandte Prof. Nordemann schließlich die mit dem Bundesjustizministerium abgestimmten gleichlautenden Schreiben an die Justizministerien der Länder Baden-Württemberg und Bayern. Beide Schreiben übersandte er in seiner Funktion als Lehrstuhlinhaber an der FU Berlin und als „*einer der fünf Spezialisten des Urheberrechts, die [...] mit dem sog. ‚Professorenentwurf‘ der Neuregelung des Urhebervertragsrechts den Weg geebnet haben.*“ Dass er gleichzeitig und darüber hinaus schon bei der Erstellung eben dieses Professorenentwurfes als anwaltlicher Vertreter des Klägers dessen Interessen zu § 5 Abs. 3 UrhG vertrat, legte er jedoch nicht offen.

In seinen Schreiben forderte Prof. Nordemann die Länder eindringlich auf, eine Streichung des § 5 Abs. 3 UrhG zu vermeiden. So bescheinigte er dem jeweiligen Sachbearbeiter des Antrages zur Anrufung des Vermittlungsausschusses, „*von den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen offenbar keine Vorstellung*“ zu haben. Zudem würden sich „*mit der Streichung des § 5 Abs. 3 UrhG [...] Bayern und Baden-Württemberg [...] gewissermaßen selbst ins Knie schießen.*“ Davor wolle Nordemann beide Länder bewahren.

Beweis: Schreiben von Prof. Dr. Wilhelm Nordemann an dies Justizministerien der Länder Baden-Württemberg (beigefügt als **Anlage BK41**) und Bayern (beigefügt als **Anlage BK42**) vom 15. Mai 2003.

2.1.6 **Zwischenergebnis: Einführung des § 5 Abs. 3 UrhG in der heutigen Fassung**

Dennoch rief der Bundesrat mit Beschluss vom 23. Mai 2003 auch zu § 5 Abs. 3 UrhG den Vermittlungsausschuss an. Dort wurde § 5 Abs. 3 UrhG allerdings – im Sinne des Klägers – nicht mehr geändert, sodass die entsprechende Neuregelung in der heutigen Fassung verkündet wurde und am 13. September 2003 in Kraft trat. Das Gesetz regelt damit seither einen Einzelfall im Sinne des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG.

2.2 **§ 5 Abs. 3 UrhG beschränkt die Allgemeinheit in ihrem Interesse am freien Zugang zum „Recht“**

Der einseitigen Begünstigung des Klägers durch den noch heute geltenden § 5 Abs. 3 UrhG steht auch die vom Bundesverfassungsgericht weiter geforderte Be-

schränkung der Rechte der Allgemeinheit gegenüber (vgl. dazu BVerfGE 25, 371 (399)). Durch § 5 Abs. 3 UrhG werden alle Rechtsunterworfenen in dem vom Bundesverfassungsgericht auf Grundlage des Publizitätsgebots geforderten freien Zugang zu den für sie geltenden rechtlichen Vorgaben eingeschränkt.

Dabei geht es nicht primär um eine hinreichende Zugänglichkeit der Normwerke (z.B. über – so der Kläger – eine hinreichende Anzahl an Normauslagestellen). Vielmehr folgt aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die übergeordnete Forderung, wonach auf Grundlage gesetzgeberischen Willens verbindlich geltende Vorgaben (egal ob in Form formeller Gesetzes oder privater Normen auf die darin verwiesen wird), die dem Publizitätsgebot unterliegen, nicht Gegenstand von Ausschließlichkeitsrechten einzelner sein dürfen.

Denn die Regelungen zur Gemeinfreiheit der in § 5 UrhG genannten Gegenstände soll nicht (nur) eine möglichst weite Verbreitung amtlicher Werke, sondern deren von Urheberrechten Dritter vollkommen ungehinderte Verbreitung ermöglichen (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 1998, Az. 1 BvR 1143/90, Rn. 35 (juris)). Der Ausschluss des urheberrechtlichen Schutzes soll also z.B. verhindern, dass das Verbot des Urhebers als Druckmittel in Verhandlungen mit an der Nutzung der betroffenen Werke Interessierten eingesetzt werden kann (ebd., Rn. 38 (juris)). Es geht also nicht darum, dass der Bürger sich überhaupt oder unter zumutbarem Aufwand unterrichten kann. Vielmehr fordert das BVerfG eine Möglichkeit zur freien Unterrichtung (ebd., Rn. 41 (juris)).

Selbst wenn der Kläger DIN-Normen also in ausreichendem Umfang zur Einsichtnahme in Normauslegungsstellen sowie zu angemessenen Preisen zum Erwerb in Druck- oder elektronischer Form zur Verfügung stellt, ist damit ohne eine Beseitigung des urheberrechtlichen Schutzes „seiner“ dem Publizitätsgebot unterliegenden Normwerken die freie Unterrichtung über deren Inhalt nicht sichergestellt.

Der Kläger (vgl. Berufungserwiderung, S. 40 f.) und die Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 3 UrhG (vgl. BT-Drs. 15/837, S. 33) gehen also fehl, wenn sie annehmen, dass auch nach der Einführung des § 5 Abs. 3 UrhG die Verbreitung der davon betroffenen privaten Normwerke „ungehindert möglich bleibt“. Durch die Einführung des § 5 Abs. 3 UrhG wird die Verbreitung vielmehr (erstmalig) durch Urheberrechte des Klägers oder abgeleitete Nutzungsrechte Dritter behindert. Bürger müssten sich sodann vielmehr in eine Normauslegungsstelle begeben (wo sie keine kostenfreien Kopien anfertigen dürfen) oder die Normen einzeln oder über Verlagsprodukte gesammelt käuflich erwerben. Eine Weitergabe an Dritte ist nicht zulässig. Die verfassungsrechtlich erforderliche freie Unterrichtung über den Inhalt solcher Normwerke, der aufgrund gesetzgeberischer Verweise direkt anwendbarem Recht gleichsteht, ist so nicht möglich.

2.3 Beschränkung ohne zwingendes Regelungsbedürfnis

Schließlich bestand – anders als vom Kläger schon im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zu § 5 Abs. 3 UrhG vielfach dargestellt – kein zwingendes Bedürfnis, § 5 Abs. 3 UrhG einzuführen. Zwar muss es dem Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG möglich sein, auch Einzelfälle per Gesetz zu regeln, wenn sich

das entsprechende Regelungsbedürfnis auf anderem Wege nicht bewältigen lässt (vgl. zuletzt BVerfG, Beschluss vom 30. Juni 2015, Az. 2 BvR 1282/11, Rn. 127 (juris); BVerfGE 25, 371 (399)). Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

2.3.1 *Schon an sich kein Regelungsbedürfnis erkennbar*

Es bestand schon überhaupt kein gesetzgeberisches Bedürfnis, in Reaktion auf die Rechtsprechung von BGH und BVerfG eine gesetzliche Regelung wie § 5 Abs. 3 UrhG zu schaffen.

Die dortige Regelung war zunächst nicht geboten, um den Kläger in seinen Grundrechten zu schützen. Zwar mag die alte Rechtslage, die der DIN-Entscheidung des BGH zugrunde lag, insbesondere in der konkreten Auslegung durch den BGH in die Grundrechte des Klägers aus Art. 14 GG eingegriffen haben, indem sie von einer gesetzlichen Verweisung betroffenen privaten Normwerken wegen § 5 Abs. 1, 2 UrhG urheberrechtlichen Schutz absprach. Allerdings verletzte diese alte Rechtslage nicht die Grundrechte des Klägers. Dies hat das BVerfG in seiner Entscheidung auf die Verfassungsbeschwerde des Klägers hin ausdrücklich bestätigt (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 1998, Az. 1 BvR 1143/90, Rn. 35 ff. (juris)).

Auch die vielfach angeführte Absicherung der Funktionsfähigkeit der vom Kläger (und vereinzelt von Dritten) betriebenen Normung machte die Einführung des § 5 Abs. 3 UrhG nicht zwingend erforderlich. Zunächst bestand schon vor Einführung des § 5 Abs. 3 UrhG nach dem DIN-Urteil des BGH, das seit 1990 rechtskräftig ist, für etwa 13 Jahre eine Rechtslage, nach der DIN-Normen, auf die in gesetzlichen Vorschriften verwiesen wird, keinen urheberrechtlichen Schutz genießen. Nachteilige Auswirkungen auf das Normungswesen in Deutschland haben sich in diesem Zeitraum nicht erkennen lassen. Auch der Kläger führte in seiner Kommunikation mit der Bundesregierung zum Gesetzgebungsverfahren immer wieder an, dass ihm seit dem BGH-Urteil keine Nachteile, z.B. für seine Finanzierung, widerfahren seien.

2.3.2 *Jedenfalls bestand kein zwingendes Regelungsbedürfnis*

Jedenfalls bestand für die Schaffung des § 5 Abs. 3 UrhG jedoch kein *zwingendes* Regelungsbedürfnis.

Zum einen ist § 5 Abs. 3 UrhG nicht erforderlich, um die Funktionsfähigkeit der Normung durch den Kläger in finanzieller Hinsicht zu sichern. Denn jedenfalls darf der Staat sich nicht aus seiner Publizitätsverpflichtung flüchten, indem er privaten Stellen Ausschließlichkeitsrechte an dem Publizitätsgebot unterliegenden Gegenständen einräumt, nur um deren finanzielle Funktionsfähigkeit zu erhalten:

- Zum einen ist – wie schon in der Berufungsbegründung ausgeführt – nicht ersichtlich, dass diese Funktionsfähigkeit ohne solche Ausschließlichkeitsrechte überhaupt gefährdet wäre. Immerhin hat es nach dem Urteil der BGH vom 26. April 1990 (Az. I ZR 79/88) knapp zehn

Jahre gedauert, bis der Kläger bei der Bundesregierung vorstellig wurde, um (wieder) urheberrechtlichen Schutz für DIN-Normen zu reklamieren. Es ist nicht ersichtlich, dass es in diesem Zeitraum aufgrund einer etwaigen Schutzlücke zu einer Gefährdung der Normungsgremien des Klägers gekommen ist.

- Zum anderen müsste der Staat in solchen Fällen vielmehr primär selbst für eine hinreichende Finanzausstattung sorgen. Insofern geht der auch von der Bundesregierung im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens angebrachte Hinweis auf die knappe Haushaltslage zur Begründung der Notwendigkeit der Schaffung des § 5 Abs. 3 UrhG fehl. Zudem ist die Bundesrepublik auch auf Grundlage des § 1 Abs. 3 des Normierungsvertrages mit dem Kläger vom 5. Juni 1975 dazu verpflichtet, den Kläger finanziell zu unterstützen: Danach fördert die Bundesregierung den Kläger aus dem Bundeshaushalt, insbesondere unter Berücksichtigung des Nutzens, der der Bundesrepublik durch die Tätigkeit des Klägers unmittelbar und mittelbar erwächst. Von der Absicherung von Einnahmen durch eine Schaffung von Ausschließlichkeitsrechten an den im öffentlichen Interesse geschaffenen Normen ist dort nicht die Rede.

Darüber hinaus kann auch die Einbettung des Klägers in das internationale Normungswesen und die daraus ggf. resultierenden Verpflichtungen, einen hinreichenden urheberrechtlichen Schutz der einzelnen Normwerke zu garantieren, die in § 5 Abs. 3 UrhG getroffenen Regelungen nicht rechtfertigen. Die vertraglichen Regelungen, denen sich der Kläger hier unterworfen haben mag, lösen keinerlei staatliche Verpflichtung aus, für den Kläger rechtliche Vorgaben zu schaffen, die es dem Kläger erst ermöglichen, diesen vertraglichen Regelungen nachzukommen.

3. ZWISCHENERGEBNIS

§ 5 Abs. 3 UrhG ist danach ein verfassungswidriges Einzelfallgesetz. Er regelt einen Einzelfall. Die dortige Regelung wurde auf ausschließliche Initiative des Klägers und speziell zum Schutz seiner individuellen wirtschaftlichen Interessen geschaffen. Des Weiteren bewirkt § 5 Abs. 3 UrhG im Gegenzug dazu eine generelle Einschränkung von Rechten. Die dortige Regelung schränkt durch die einseitige Begünstigung des Klägers alle anderen Rechtsunterworfenen in ihrem Recht auf freien Zugang zu allen für sie aufgrund gesetzlicher Anordnung anwendbaren gesetzlichen Regelungen ein. Schließlich besteht für eine derart singuläre Regelung kein zwingendes Regelungsbedürfnis.

Wenn das Gericht also entgegen unserer bisherigen und nachfolgenden ergänzenden Ausführungen erwägen sollte, das erstinstanzliche Urteil aufrecht zu erhalten, wäre es jedenfalls gem. Art. 100 Abs. 1 GG verpflichtet, das hiesige Verfahren auszusetzen und eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des dann entscheidungserheblichen § 5 Abs. 3 UrhG einzuholen.

II. ZUR BERUFUNGSERWIDERUNG IM ÜBRIGEN

Darüber hinaus halten wir weiterhin an unseren bisherigen Ausführungen auf Basis der Rechtslage bei Fortgeltung des § 5 Abs. 3 UrhG fest. Diese Ausführungen vertiefen wir in Erwiderung auf den Schriftsatz des Klägers vom 30. November 2015 lediglich wie folgt:

1. KEIN VERSPÄTETES VORBRINGEN

Der bisherige Vortrag der Beklagten in der Berufungsbegründung ist insgesamt zulässig nach § 531 ZPO. Der Kläger rügt in seiner Berufungserwiderung bloße Rechtsausführungen der Beklagten als verspätet, die jedoch nicht zu den Angriffs- und Verteidigungsmitteln im Sinne der Norm zählen. Insoweit nicht zu beanstanden ist das Vorbringen der Beklagten in der Berufungsbegründung zur Verletzung der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 34 und 56 AEUV, der Wettbewerbsregeln des Art. 106 AEUV, des beihilferechtlichen Durchführungsverbots des Art. 107 AEUV sowie des Art. 101 AEUV.

Höchst vorsorglich weisen wir darauf hin, dass auch unser Vortrag zum Gesetzgebungsverfahren von § 5 Abs. 3 UrhG im Berufungsverfahren uneingeschränkt zu berücksichtigen sein wird. Informationen hierzu erhielten die Beklagten erstmals während des Berufungsverfahrens. Dies geschah überhaupt nur aufgrund der Eigeninitiative der Beklagten, ein IFG-Auskunftsverfahren in die Wege zu leiten. Die Hintergründe des Gesetzgebungsverfahrens waren den Beklagten zuvor nicht bekannt und es gab auch keinen konkreten Anlass, an der Ordnungsgemäßheit des Gesetzgebungsverfahrens zu zweifeln. Ein Vortrag zu den Einzelheiten des Gesetzgebungsverfahrens zu einem früheren Zeitpunkt des Verfahrens war den Beklagten dementsprechend nicht möglich.

Diese Unmöglichkeit wäre den Beklagten nicht vorzuwerfen und ihr Vortrag wäre daher auch nicht präkludiert. Nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufung zuzulassen, wenn sie im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht. Um dem Nachlässigkeitsvorwurf zu entgehen, ist eine Partei nach Ansicht des Bundesgerichtshofs jedoch nicht verpflichtet, ihr unbekannte tatsächliche Umstände zu ermitteln (BGH, Beschluss vom 30. Oktober 2013, Az. VII ZR 339/12). Im Speziellen verneinte der Bundesgerichtshof beispielsweise die Verpflichtung eines Prozessbevollmächtigten, umfangreiche staatsanwaltschaftliche Ermittlungsakten im Einzelnen darauf durchzusehen, ob ihnen Anhaltspunkte für bestimmte Pflichtverletzungen zu entnehmen sein könnten, die nach dem bisherigen Sachstand nicht im Raum standen (BGH, Urteil vom 6. November 2008, Az. III ZR 231/07). Diese Grundsätze gelten auch im vorliegenden Fall. Danach handelten die Beklagten mit der gebotenen Sorgfalt. Es gab im ersten Rechtszug keine Gründe, die formelle Verfassungsmäßigkeit von § 5 Abs. 3 UrhG in Frage zu stellen. Erst die überobligatorischen Bemühungen der Beklagten, die proaktiv ein IFG-Auskunftsverfahren veranlasste, brachten die entsprechenden Informationen hierzu hervor.

2. HINTERGRÜNDE ZUR TÄTIGKEIT DER BEKLAGTEN

Zunächst ist dem Kläger zu widersprechen, wenn er behauptet, eine angeblich „politische Aufladung der Berufungsbegründung durch die Beklagten“ (Berufungserwiderung, S. 2) sei darauf zurückzuführen, dass hinter den von den Beklagten verfolgten Motiven die Interessen des Internetkonzerns *Google* stünden.

Zwar mag es zutreffen, dass die Beklagten vereinzelt finanzielle Mittel von Google erhalten haben. Google war aber lediglich einer aus einer Vielzahl von Förderern der Arbeit der Beklagten. Hierzu zählten auch weitere Unternehmen sowie private Stiftungen.

Die Gewährung dieser Mittel stand aber zu keinem Zeitpunkt in irgendeinem direkten Zusammenhang mit dem Einsatz der Beklagten für einen offenen und uneingeschränkten Zugang zu allgemeinverbindlichen und aufgrund gesetzlicher Anordnung geschaffenen Sicherheitsstandards. Dabei verfolgen die Beklagten keinerlei – also weder eigene noch fremde – wirtschaftlichen Interessen. Ihnen geht es allein darum, der Allgemeinheit einen offenen, kostenlosen und durch Zugriffsschranken (z.B. Barrieren für Menschen mit Behinderungen oder Ausschließungsrechte Dritter) ungehinderten Zugang zu allen verbindlich geltenden rechtlichen Vorgaben zu verschaffen – seien es Gesetze, gerichtliche Entscheidungen oder eben private Normwerke, die durch Verweisungen in Gesetzen rechtliche Verbindlichkeit erlangen. Und dies betrifft eben auch den Zugang der Allgemeinheit zu den streitgegenständlichen DIN-Normen.

Die Beklagten verfolgen diese Ziele international auf einer weitaus allgemeineren Ebene. Dabei werden sie gerade von Einrichtungen unterstützt oder arbeiten mit Einrichtungen zusammen, die großen Internetkonzernen wie Google gegenüber eher kritisch eingestellt sind, z.B. der *Electronic Frontier Foundation* (<http://www.eff.org>) oder dem gemeinnützigen *Internet Archive* (<http://archive.org>). Vertreter dieser Einrichtungen gehören genauso wie die *Digital Public Library of America*, deren Gründungsmitglied der Beklagte zu 2) ist, seit jeher zu den schärfsten Kritikern des *Google*-Projekts „Google Books“.

3. KEIN URHEBERRECHTSSCHUTZ DER STREITGEGENSTÄNDLICHEN DIN-NORMEN

Des Weiteren sind die Beklagten weiterhin davon überzeugt, dass dem Kläger die geltend gemachten urheberrechtlichen Unterlassungsansprüche auch deswegen nicht zustehen, weil die streitgegenständlichen DIN-Normen schon mangels Werkqualität nicht urheberrechtlich geschützt sind. Selbst wenn man jedoch eine Schutzfähigkeit anerkennen wollte, wäre der Kläger jedenfalls nicht aktivlegitimiert, da ihm die geltend gemachten Rechte nicht persönlich zustehen.

3.1 Fehlende Werkqualität der streitgegenständlichen DIN-Normen

Die streitgegenständlichen DIN-Normen genießen weder als Sprachwerke i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG noch als Darstellungen technischer Art i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG urheberrechtlichen Schutz. Ihnen fehlt es an entsprechender

Schöpfungshöhe. Insbesondere bestand schon nicht der für eine schöpferische Leistung erforderliche Gestaltungsspielraum.

3.1.1 *Kein Sprachwerk nach § 2 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 UrhG*

Zu Recht hat das Landgericht Hamburg eine autonome Schutzfähigkeit der DIN-Normen auf Grundlage des § 5 Abs. 3 UrhG verneint. Denn dieser Ausnahmegesetzvorschrift können nicht die Voraussetzungen für das Bestehen eines dem Urheberrechtsschutz zugänglichen Werkes entnommen werden. Vielmehr sind die Voraussetzungen für eine urheberrechtliche Schutzfähigkeit allein in § 2 UrhG geregelt. Wie wir bereits in unserer Berufungsbegründung vom 17. August 2015 ausgeführt haben, genügen die streitgegenständlichen DIN-Normen jedoch auch nicht den in § 2 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 UrhG geregelten Voraussetzungen an ein zu schützendes Sprachwerk.

(a) *Kein hinreichender Gestaltungsspielraum*

Richtig ist, dass für die maßgebliche Frage der Schöpfungshöhe der DIN-Normen zum einen auf das Bestehen eines hinreichenden Spielraums für kreatives Schaffen und zum anderen auf eine Ausnutzung dieses Spielraums durch den angeblichen Urheber abzustellen ist.

Das Landgericht verkennt jedoch, dass ein solcher Spielraum für Darstellung, Formulierung und Inhalt der streitgegenständlichen DIN-Normen nicht bestand. Wenn im Rahmen der Beschreibung schon nicht aus der Gedankenformung und -führung des dargestellten Inhalts auf eine gewisse Schöpfungshöhe geschlossen werden kann (so schon zu Recht das Landgericht Hamburg auf S. 11 der Urteilsbegründung), muss sich eine solche Schöpfungshöhe aus einer „besonders geistvollen Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des dargebotenen Stoffes“ ergeben oder der Gestaltungsspielraum muss in den Ausdrucksmöglichkeiten und ihrer Verwirklichung seinen Niederschlag finden –zum Beispiel in Form besonderer Klarheit des Ausdrucks (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 1. Dezember 2010, Az. I ZR 12/08).

Vor diesem Hintergrund geht auch das Landgericht auf S. 14 des Urteils zutreffend davon aus, dass die DIN-Norm 820 (Normungsarbeit), die detaillierte Handlungsanweisungen für den Aufbau und die Darstellung von DIN-Normen vorgibt, zu einem Ausschluss eines Gestaltungsspielraums im Bereich der oberen Gliederungsebenen der DIN-Normen führt.

Nicht nachzuvollziehen ist jedoch, weshalb das Gericht meint, diese Wertung müsse nicht gleichfalls auch für nachgelagerte Gliederungsebenen gelten. Denn es führt selbst aus, dass die DIN-Norm 820 auch Darstellungsanweisungen für den systematischen Aufbau von Textblöcken enthält, wie zum Beispiel das Gebot, einleitende Absätze zu vermeiden oder das Vorwort inhaltlich nicht zu überfrachten.

Das Landgericht legt seinen Wertungen ausdrücklich das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17. April 1986 zugrunde (BGH, GRUR 1986, 739 (741 f.)). Dieses legt als Maßstab Folgendes fest:

*„Die Frage, ob ein Schriftwerk einen hinreichenden schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad besitzt, bemisst sich dabei nach dem geistig-schöpferischen Gesamteindruck der konkreten Gestaltung, und zwar im Gesamtvergleich gegenüber vorbestehenden Gestaltungen. Lassen sich nach Maßgabe des Gesamtvergleichs mit dem Vorbekannten schöpferische Eigenheiten feststellen, so sind diese der durchschnittlichen Gestaltertätigkeit gegenüberzustellen. Die **Urheberrechtsschutzfähigkeit erfordert ein deutliches Übertreten des Alltäglichen, des Handwerksmäßigen, der mechanisch-technischen Aneinanderreihung des Materials.**“*

Der BGH konnte diese Frage mangels Vorlage des vollständigen Anwaltschriftsatzes gerade nicht zu Gunsten einer Urheberrechtsfähigkeit beurteilen und verwies die Angelegenheit an das Landgericht zurück:

*„Das LG wird [...] sodann zu prüfen haben, ob der Kl. das Material unter individuellen Ordnungs- und Gestaltungsprinzipien ausgewählt, angeordnet und in das Einzel- und Gesamtgeschehen eingeordnet hat. Daran würde es nur **dann fehlen, wenn Aufbau und Einordnung aus Sachgründen zwingend geboten** gewesen wären und keinen Spielraum für eine individuelle Gestaltung gelassen hätten [...].“*

Gerade hierin lässt sich jedoch erkennen, dass eben nicht jede verständliche Darstellung einer technischen Sache Urheberrechtsschutz genießen kann, sondern nur solche Darstellungen, die über das Handwerksmäßige hinausgehen. Sind Aufbau und Einordnung vorgegeben, so ist die Formulierung von Text in diesem Rahmen von keiner besonderen gestalterischen Qualität.

Genauso verhält es sich aber im vorliegenden Fall. Hier gibt die DIN-Norm 820 im Einzelnen vor, wie die Normen zu gliedern und sprachlich abzufassen sind. Dabei genügt die Möglichkeit kleinerer Abwandlungsmöglichkeiten nicht, um den erforderlichen schöpferischen Gestaltungsspielraum zu begründen. Sonst würden auch einfache Briefe, deren Inhalte auch bei bloßer Wiedergabe allgemeiner Geschehnisse ein gewisses Maß an Gestaltungs- und Formulierungsmöglichkeiten aufweisen, urheberrechtlichen Schutz erlangen (dies wird jedoch nach st. Rspr. abgelehnt, vgl. nur BGH, Urteil vom 22. Dezember 1959, Az. VI ZR 175/58).

Maßgebend muss daher die Ausnutzung eines Gestaltungsspielraums sein, der eine gewisse persönlich-schöpferische Tätigkeit erlaubt, nicht jedoch der reine Umstand, dass das Sprachwerk auch anders abgefasst werden kann. Dies verkennt das Landgericht, wenn es auf S. 15 f. zur

Begründung der Schutzfähigkeit ausreichen lässt, dass die streitgegenständlichen DIN-Normen im Laufe der Zeit Veränderungen zugänglich waren. Gestaltungsspielraum ist jedoch gerade nicht mit „jedweder Änderungsmöglichkeit“ gleichzusetzen. Die Änderungen, auf die sich das Landgericht beruft, stellen entweder die lediglich normgetreuere Ausübung der Handlungsanweisungen der DIN-Norm 820 dar oder entsprechen einer im Vergleich zu Vorgängerversionen eingetretenen Änderung des inhaltlich zu regelnden Gegenstandes.

So verhält es sich beispielsweise, wenn – wie auf S. 16 der Urteilsbegründung geschildert – der neu eingeführte Punkt „Brems- und Festigkeitsprüfung“ Aspekte zu dieser Fragestellung nunmehr zusammenzieht und den spezielleren Aussagen vorwegstellt. Wie bereits ausführlich in unserer Berufungsbegründung vom 17. August 2015 ausgeführt, handelt es sich hierbei nur um die Erfüllung der Handlungsanweisung Punkt 5.1.2 der DIN-Norm 820, nicht jedoch um einen schöpferischen Akt der Simplifizierung und Strukturierung.

- (b) *Keine Schöpfungshöhe durch Anwendung besonderer Ausdrucksmöglichkeiten und besonderer Klarheit der Formulierung*

Dem Landgericht ist ebenfalls nicht darin zuzustimmen, dass in den DIN-Normen ein über das Alltägliche hinausgehendes Ausdrucksvermögen oder eine besondere Klarheit der Sprache zum Ausdruck kommt.

Insbesondere ist eine einfach gehaltene Ausdrucksweise nicht notwendigerweise ein Hinweis auf eine schöpferische Leistung. Ganz im Gegenteil wird die Abfassung der Normen minutiös von Punkt 6.1.1 DIN-Norm 820 vorgegeben. Danach muss eine jede Norm

„so kurz wie möglich sein und dabei doch den Inhalt des Dokuments, ohne auf unnötige Einzelheiten einzugehen, so unmissverständlich ausdrücken (muss), dass er sich vom Titel anderer Dokumente unterscheiden [...]. Ausführliche Regeln für die Abfassung von Titeln sind im Anhang E enthalten.“

Dabei ist die Zielsetzung der DIN-Norm 820 eindeutig, eine möglichst uniforme Formulierung zu erreichen und dem Individuum gerade keinen Raum für Abweichungen zu belassen (vgl. z.B. Punkt 4.3 DIN-Norm 820). Dies drückt sich sogar in klaren Vorgaben für die Verbformen aus (Punkt 6.6.1.3):

„Im Anhang H werden in der ersten Spalte jeder Tabelle die Verbformen angegeben, die angewendet werden müssen, um die jeweilige Festlegung auszudrücken.“

Die Tabelle in Anhang H wiederum enthält dann eine Auflistung von Verben und im Ausnahmefall zulässiger Synonyme, wie bspw. „ist zu“

an Stelle von „muss“. Auch inhaltlich und sprachlich gibt es Vorgaben (Punkt 6 DIN-Norm 820):

*„Dabei müssen Ausdrucksformen wie die folgenden verwendet werden: [...] **‘Diese Internationale Norm gilt für...‘**“.*

Diese finden sich blaupausenartig – und als nur ein Beispiel von vielen – in der streitgegenständlichen Norm EN 1400-2 (Schnuller) wieder:

*„**‘Diese Europäische Norm gilt für...‘**“.*

Dies alles führt bei allen (streitgegenständlichen) Normen zu ständigen Wiederholungen generischer Satzkonstruktionen.

Diese Verwendung eines eingeschränkten, rein beschreibenden Vokabulars spricht mangels einer sich niederschlagenden Individualität klar gegen eine eigenschöpferische Leistung. Dies hat der Bundesgerichtshof (BGH, Urteil vom 21. November 1980, Az. I ZR 106/78) für den gut vergleichbaren Fall der Beschreibung einer Kalamiten-Spezies klar gestellt, hier beispielhaft zitiert:

„Diese Zellen sind netzartig angeordnet und erreichen eine radiale Ausdehnung bis zu acht Zellreihen. In dieser Zone tauchen großlumige Zellen auf, die mit schwarzen Inhaltsstoffen angefüllt sind und die sich ‚nesterweise‘ angeordnet oder vereinzelt stehend ringförmig über die gesamte Innenrinde verteilen [...]“.

Es lässt sich kein Unterschied zu den Ausdrucksformen der ebenfalls stark beschreibenden Darstellung der DIN-Normen finden. Für diesen Fall entschied der Bundesgerichtshof ganz eindeutig, dass:

„hinsichtlich der entnommenen Stellen eigenschöpferische Formulierungen des Kl., die allein einen Urheberrechtsschutz begründen könnten, nicht festzustellen seien. Dabei ist im Streitfall von besonderer Bedeutung, daß es sich bei den angeführten Anlehnungen im Wesentlichen um solche Textstellen handelt, in denen die aufgefundene Spezies beschrieben wird, sich also zwangsläufig aus dem gleichen Gegenstand der Beschreibung Übereinstimmungen ergeben.“

Eine schöpferische Gestaltung im Rahmen der wissenschaftlichen Beschreibung eines Objekts wurde hier demnach klar abgelehnt. Daher muss auch die technische Beschreibung eines Schnuller oder eines Rades mangels eigenpersönlicher Züge der Darstellung entfallen.

3.1.2 **Keine Darstellung technischer Art nach § 2 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 UrhG**

Es handelt sich bei den streitgegenständlichen DIN-Normen auch nicht um Darstellungen technischer Art, die nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG Schutz genießen. Denn auch hier bestand, wie bereits in der Berufungsbegründung ausge-

führt, kein hinreichender Gestaltungsspielraum für die Begründung der notwendigen schöpferischen Qualität. Zum einen stellen die Zeichnungen eine bloße Wiedergabe im Rahmen sachlicher Richtigkeit und Übersichtlichkeit dar, zum anderen werden etwaige verbleibende Gestaltungsmöglichkeiten fast in Gänze durch die DIN-Normen zu den Anforderungen an technische Zeichnungen zurückgedrängt.

Auch wenn urheberrechtliche Anforderungen an die Schutzfähigkeit technischer Zeichnungen hinter denen für sonstige Werke zurückstehen, ist auch hier nach gängiger Rechtsprechung jedenfalls ein gewisses Maß individueller Prägung notwendig. Dem Landgericht ist dabei hinsichtlich seiner Feststellung auf S. 18 der Entscheidung zuzustimmen, dass technische Zeichnungen erst dann urheberrechtlichen Schutz genießen können, wenn „die Darstellung eine individuelle, sich vom alltäglichen Schaffen im Bereich technischer Zeichnungen abhebende Geistestätigkeit“ erkennen lässt.

(a) *Komplexität des abgebildeten Gegenstandes irrelevant*

Wie bereits in der Berufungsbegründung ausgeführt, ist die Komplexität des abgebildeten Gegenstandes irrelevant. Dies wird durch den Bundesgerichtshof bestätigt, der feststellt, dass bestimmte Werkarten nicht per se allein deswegen schutzfähig sind, weil die Abbildung des Werkes auch eine geistige Auseinandersetzung mit diesem erfordert (BGH, Urteil vom 28. Februar 1991, Az. I ZR 88/89). Unabhängig davon, ob ein Schnuller oder ein Rennrad dargestellt wird, kommt es also nicht auf die erforderliche Vielzahl an Linien oder Detailvielfalt an.

(b) *Bloße schematische Warenabbildung*

Der Bundesgerichtshof hat in mehreren Entscheidungen die Voraussetzungen für das Vorliegen einer hinreichend eigentümlichen und individuellen Formgestaltung festgelegt (vgl. nur BGH, Urteil vom 28. Februar 1991, Az. I ZR 88/89; Urteil vom 10. Oktober 1991, Az. I ZR 147/89). Hiernach bedarf es im Bereich der Grafiken einer individuellen Auswahl und Kombination bekannter Grafikmethoden und nicht nur der schlicht zeichnerischen Wiedergabe der Gegenstände. Gestaltungsspielraum muss dabei mit Blick auf die Anordnung des Gegenstandes und seiner Einzelteile, der Schattenbildung, der teilweisen reinen Andeutung von Teilen und der Art der Linienführung ausgenutzt worden sein. Die Abbildungen müssen auf Basis der Ausnutzung solcher Gestaltungsmöglichkeiten eine „individuelle Handschrift“ des Grafikers erkennen lassen (BGH, Urteil vom 28. Februar 1991, Az. I ZR 88/89).

Vergleicht man jedoch z.B. die Darsteller der Schnuller in den streitgegenständlichen DIN-Normen mit beliebigen anderen technischen Abbildungen von Schnullern, so zeigt sich, dass ein solcher Gestaltungsspielraum vorliegend gerade nicht genutzt wurde. Legt man die beige-fügte Zeichnung eines für Atemwegserkrankungen von Kleinkindern entwickelten und zum Patent angemeldeten Schnullers neben die DIN

EN 1400-1 Abbildung eines Schnullers (Berufungserwiderung, S. 32 und **Anlage K9** und **K10**), so zeigt sich hier eine fast identische Darstellung. Beide Abbildungen haben gemein, dass sie den Schnuller aus der gleichen Perspektive zeigen, nämlich seitlich, dass das Mundteil sich zum Mund des Kleinkinds hin auswölbt und zum Griffteil hin verjüngt, dass der Mundteilstopper besonders hervorgehoben wird durch eine doppelte und parallel verlaufende Linienführung und dass sich diesem Teil ein in der Breite etwas reduziert dargestellter Aufsatz bzw. Griff anschließt.

Beweis: Offenlegungsschrift zu DPMA-Aktenzeichen 102 39 037.1 vom 11. März 2004, S. 3 (beigefügt als **Anlage BK43**).

Unterschiede in den Zeichnungen sind allein tatsächlicher Natur, d.h. liegen nur insoweit vor, als der medizinischen Zwecken dienende Schnuller aus **Anlage BK43** zusätzlich Medikamentenöffnungen etc. aufweist.

Ein weiteres Beispiel aus dem Bereich der Patente zeigt, dass es sich bei der **Anlage BK43** keinesfalls um einen Einzelfall handelt.

Beweis: Patent US6241750 (B1) vom 5. Juni 2001, Informationen abrufbar unter <https://worldwide.espacenet.com/publicationDetails/biblio?FT=D&date=20010605&DB=&locale=&CC=US&NR=6241750B1&KC=B1&ND=1> (Ausdruck gem. Abruf am 29. November 2016 beigefügt als **Anlage BK44**).

Dreht man die **Anlage BK44** auf den Kopf und blendet man die Zusatzaspekte des Patents (also das Griff- und Schnursystem) aus, so erhält man eine im Vergleich mit Beispiel D aus der streitgegenständlichen Norm DIN EN 1400-1 (Berufungserwiderung, S. 32 und **Anlage K9** und **K10**) täuschend ähnliche Abbildung. Der einzige gestalterische Unterschied zwischen diesen Abbildungen besteht darin, dass die Patentzeichnung die Rundung des Mundteils mit zwei Strichen andeutet. Dass die Wölbung des Griffendes in unterschiedliche Richtungen zeigt, ist demgegenüber bereits allein auf die tatsächlichen Unterschiede des jeweils dargestellten Modells zurückzuführen.

Betrachtet man diese Zeichnungen, kann wirklich nicht davon gesprochen werden, dass sich hier „unterschiedliche Zeichenstile“ des jeweiligen Grafikers zeigen. Auf Grundlage der vom Bundesgerichtshof gesetzten Maßstäbe muss daher ein urheberrechtlicher Schutz der technischen Zeichnungen ausscheiden. Dies gilt umso mehr, als anderenfalls keine Abbildungen mehr denkbar wären, die nicht dem Schutzbereich des Urhebergesetzes unterfielen.

(c) *Vorgabe durch DIN-Normen*

Schließlich stellen die Zeichnungen der DIN-Normen nicht nur die reine Darstellung der tatsächlichen Gegebenheiten dar, sondern entsprechen zudem – z.B. was die Reduzierung auf die wesentliche Merkmale anbelangt – ausschließlich dem wiederum von einer DIN-Norm vorgegebenen Maßstab und können allein deshalb schon keine eigenschöpferische Qualität aufweisen.

Wie bereits in unserer Berufungsbegründung auf S. 27 vorgetragen, existiert eine Vielzahl von DIN-Normen, die konkrete Anweisungen für technische Zeichnungen im Rahmen von DIN-Normen enthalten. So verweist die DIN 820-2 für die Gestaltung von Dokumenten im Rahmen von Normen in Anhang B.8 auf die DIN ISO 128-24 „Technische Zeichnungen – Allgemeine Grundlagen der Darstellung“. Aus der einzig kostenfrei erhältlichen Einleitung dieser Norm (eine Vervielfältigung der gesamten Norm zu Beweis Zwecken ist auch an Auslagestellen nicht möglich) ergibt sich ein Bild detaillierter Vorgaben.

Beweis: Screenshot des „Foreword“ zur Norm ISO 128-24:2014(en), abrufbar unter <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:128:-24:ed-2:v1:en> (Ausdruck gem. Abruf am 29. November 2016 beigelegt als **Anlage BK45**).

So enthält zum Beispiel Teil 20 dieser Norm allgemeine Vorgaben für Linien, Teil 24 enthält Anleitungen für Linien in Zeichnungen der mechanischen Technik und Teil 30 gibt Grundregeln für Ansichten vor.

Aus einem für Grafiker zusammengestellten, auf der Webseite der IEC abrufbaren Überblick über u.a. die für ISO, IEC und DIN gleichermaßen geltenden Regelungen der ISO 128-24 wird auf die Maßgeblichkeit der Normen zum Beispiel für Maße, geometrische Toleranzen, Text, Projektionsmethodik und sogar Graustufen von Schraffuren hingewiesen.

Beweis: Screenshot der Seite „Elements of a figure“, abrufbar unter http://www.iec.ch/standardsdev/resources/draftingpublications/graphics_figures/types_of_figure/figure_elements.htm (Ausdruck gem. Abruf am 29. November 2016 beigelegt als **Anlage BK46**).

Bei der Schaffung der streitgegenständlichen Normen wurde daher ein für technische Zeichnungen potentiell bestehender Spielraum nicht nur gerade nicht ausgenutzt, sondern es standen bereits wesentliche grafische Gestaltungsmöglichkeiten aufgrund der DIN-eigenen Beschränkungen nicht zur Verfügung.

Der Bundesgerichtshof unterscheidet in der Entscheidung „Technische Explosionszeichnungen“ (BGH, Urteil vom 28. Februar 1991, Az. I ZR 88/89) zwischen nicht urheberrechtlich geschützten Zeichnungen, bei denen der Grafiker in der Wahl der Gestaltungstechniken frei ist, und solchen Zeichnungen, bei denen er in der Darstellungsform durch Regeln – wie die ausdrücklich vom Bundesgerichtshof genannten DIN-Normen – eingeschränkt ist. Die in den streitgegenständlichen DIN-Normen verwendeten technischen Zeichnungen sind der zweiten Gruppe zuzuordnen. Denn der ganz überwiegende Teil der besonderen Gestaltungsmerkmale, die der Bundesgerichtshof in „Technische Explosionszeichnungen“ heraushebt, sind ausdrücklich in DIN ISO 128-24 geregelt, namentlich z.B. Linienführung und Schraffuren.

Sofern nach Beachtung der DIN-Vorgaben noch einige wenige Wahlmöglichkeiten verbleiben sollten, zum Beispiel hinsichtlich der Quantität der Striche einer Schraffur, ist dies schlicht nicht mehr zur Begründung eigenschöpferischer Qualität ausreichend. Denn auch die geringen Anforderungen an eine schöpferische Qualität stellen noch eine zu überwindende sachliche Schwelle des Anwendungsbereichs des Urhebergesetzes dar.

Ließe man jeden Bleistiftstrich dem Schutz des § 2 UrhG unterfallen, wäre zum Beispiel der Bereich des Designrechts vollkommen überflüssig. Dass jedoch auch nach der neueren Rechtsprechung trotz Anerkennung eines weiten Anwendungsbereichs des Urhebergesetzes noch eine gewisse Gestaltungshöhe bestehen muss, ist selbst Entscheidungen wie dem „Geburtstagszug“-Urteil des Bundesgerichtshofes zu entnehmen (BGH, Urteil vom 13. November 2013, Az. I ZR 143/12).

3.2 Ausschluss urheberrechtlichen Schutzes durch § 5 UrhG

Weiterhin haben wir bereits auf S. 28 ff. unserer Berufungsbegründung dargelegt, dass es sich bei den streitgegenständlichen DIN-Normen keinesfalls um „private Normwerke“ gem. § 5 Abs. 3 UrhG handelt, sondern dass diese vielmehr schon ohne jegliche Bezugnahme in Gesetzestexten von sich aus amtliche Werke gem. § 5 Abs. 1 und 2 UrhG darstellen. Die klarstellende Regelung des § 5 Abs. 3 UrhG, nach dem für bestimmte Fälle der Verweisung auf private Normwerke ein urheberrechtlicher Schutz bestehen soll, findet danach – abgesehen von der ohnehin vorliegenden Verfassungswidrigkeit der Norm – auf DIN-Normen keine Anwendung.

Denn von „privaten Normwerken“ kann dann nicht mehr gesprochen werden, wenn diese im Rahmen des Auftrags einer öffentlich-rechtlichen Institution im Bereich originärer, staatlicher Regulierung und insbesondere mit in Teilbereichen den einzelnen Bürger verpflichtenden Wirkungen geschaffen werden. Hierbei ist nach ständiger Rechtsprechung allein erheblich, ob der Normeninhalt in irgendeiner Form auf einen Träger öffentlicher Gewalt zurückzuführen ist (BGH, GRUR 2006, 848 (850); 1982, 37 (40); 1990, 1003 (1004); 1992, 382 (385); 1987, 166 (167)). So beruht im vorliegenden Fall zum Beispiel die Schaffung der streitgegenständlichen DIN-Norm für Räder auf einem Auftrag der EU-Kommission an das CEN.

Unerheblich ist dabei schließlich für den vorliegenden Rechtsstreit, ob man den öffentlich-rechtlichen und obligatorischen Charakter der DIN-Normen in der Bezugnahme der entsprechenden Gesetze sieht oder die DIN-Normen selbst bereits als „andere amtliche Werke“ einordnet. Für Einzelheiten zu der gesamten Fragestellung verweisen wir auf unsere Ausführungen in unserer Berufungsbegründung.

Abschließend wollen wir hierzu lediglich die Kuriosität anmerken, dass sowohl der Kläger wie auch das Landgericht sich in ihrer Begründung hinsichtlich des nicht eröffneten Anwendungsbereichs des § 5 Abs. 1 und 2 UrhG nahezu ausschließlich auf die Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 3 UrhG berufen und sich nicht oder kaum mit der im Rahmen des Gesetzeswortlauts vorzunehmenden Einordnung als amtliches oder privates Werk auseinandersetzen. Dies verwundert umso mehr, als es nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 3 UrhG eben nicht allein darauf ankommt, dass auf Normen verwiesen wird ohne ihren Wortlaut wiederzugeben. Vielmehr stellt dieser Absatz als weitere Voraussetzung auf, dass es sich bei dem Verweisungsobjekt um „private Normwerke“ handeln muss.

Da die DIN-Normen aber schon nicht als „private Normwerke“ einzuordnen sind, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit der Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 3 UrhG vollkommen. Denn auch diese kann nicht zu einer Auslegung wider den Gesetzeswortlaut führen. Selbst wenn der Gesetzgeber sogar explizit ausschließlich für den Bereich der DIN-Normen den § 5 Abs. 3 UrhG eingeführt haben sollte, so müssten entsprechende Absichten und Vorstellungen hinter dem Gesetzeswortlaut zurückstehen. Ein solches Einzelfallgesetz wäre zudem ohnehin im Übrigen unzulässig (s. hierzu auch oben unter Ziffer I.).

4. FEHLENDE AKTIVLEGITIMATION DES KLÄGERS

Schließlich hat der Kläger es bisher auch unterlassen, seine Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Urheberrechten an den streitgegenständlichen DIN-Normen darzulegen. In unserer Berufungsbegründung haben wir hierzu bereits ausführlich aufgezeigt, dass Zweifel am tatsächlichen Abschluss einer Rechteeinräumung der ursprünglichen Rechteinhaber an den Kläger bestehen. Für die Vermutung des § 10 Abs. 3 UrhG ist hier mangels entsprechender Bezeichnung des Inhabers ausschließlicher Nutzungsrechte kein Raum. Doch selbst wenn man die Voraussetzungen der Vermutungsregelung für erfüllt hielte, wäre der Kläger jedenfalls auf Grundlage sekundärer Darlegungslast verpflichtet, eine lückenlose Rechtekette durch Vorlage der entsprechenden Verträge nachzuweisen.

4.1 Vermutung der Rechtsinhaberschaft durch Copyrightvermerk greift nicht ein

Entgegen der Ansicht des Landgerichts hat der Kläger seine Aktivlegitimation nicht hinreichend dargelegt. Zu der Unzulänglichkeit eines Copyrightvermerks und dessen klaren, sich allein auf die „Vervielfältigung“ beziehenden Wortlaut haben wir ausführlich in unserer Berufungsbegründung ausgeführt.

Es ist nicht ersichtlich, wie der Kläger zu der Annahme kommt, dass der Begriff „Vervielfältigung“ vom Verkehr mit der Bezeichnung „Verwendung“ – einem offensichtlich und auch im allgemeinen Sprachgebrauch viel weiteren Begriff –

gleichgesetzt wird. Dies erscheint ebenso unwahrscheinlich wie die ebenfalls vom Kläger geäußerte Vermutung, dass der Verkehr aber dennoch die hochkonkrete Ansicht hegen würde, dass sich ein Copyrightvermerk auf „ausschließliche Nutzungsrechte“ beziehen muss. Gerade der vom Kläger vorgetragene Umstand, dass unterhalb des Copyrightvermerks auf den Alleinverkauf durch einen Dritten, nämlich den Beuth Verlag, hingewiesen wird, muss doch für den Durchschnittsbetrachter ein diffuses Bild hinsichtlich der Rechteaufteilung vermitteln.

In Nachbildung des § 10 Abs. 1 UrhG, der die Vermutung der Urheberschaft an eine eindeutig nach außen tretende Zuordnung der Urheberschaft an einem Werk knüpft, muss auch die Rechtsinhaberschaft ausschließlicher Nutzungsrechte einwandfrei zugeordnet werden können (*Ahlberg*, in: BeckOK UrhR, § 10 UrhG, Rn. 54). Zwar ist hierfür nicht immer die konkrete Benennung notwendig, wenn sich aus den Umständen ein gesetzlicher Rechteübergang ergibt. Da dies hier nicht der Fall ist, müssen jedoch die Voraussetzungen für die Vermutungswirkung des § 10 Abs. 3 UrhG vorliegen. Diese soll gerade nur dann ihre weitreichenden Wirkungen entfalten, wenn aufgrund bestimmter Bezeichnungen eine ausschließliche Nutzungsberechtigung in Abgrenzung zu einem nur einfach Nutzungsberechtigten anzunehmen ist. Nach grundsätzlichen Wertungen des Bundesgerichtshofes zu § 10 UrhG entfalten zusätzliche, den Umfang von Rechten begrenzende Angaben auch eine für die Vermutungswirkung einschränkende bzw. ausschließende Wirkung (BGH, Urteil vom 26. Februar 2009, Az. I ZR 142/06):

„Eine Einschränkung der Urhebervermutung kann sich zwar aus zusätzlichen Angaben zu der als Urheber bezeichneten Person im Werkstück ergeben; ist beispielsweise neben dem Namen nur ein bestimmter Teil des Werkes oder eine bestimmte Funktion der Person bei dessen Herstellung angegeben, so beschränkt sich die Vermutung darauf, dass diese Person diesen Teil des Werkes verfasst oder in dieser Funktion bei dessen Herstellung tätig geworden ist.“

Eine Vermutung zugunsten der Urheber- oder ausschließlichen Rechteinhaberschaft kann daher nur in Fällen bestehen, in denen dem Werk bzw. Vervielfältigungsstück neben der bloßen Namensnennung keine einschränkenden Hinweise zu entnehmen sind. Anders verhält es sich hingegen, wenn aufgrund der äußeren Umstände auf eine einfache Nutzungsberechtigung zu schließen ist. Denn dann ist kein Raum für die Vermutung darüber hinausgehender Rechte.

So verhält es sich im vorliegenden Fall: Hier wurde der Copyrightvermerk durch den Hinweis ergänzt, dass dem Kläger lediglich die Genehmigung von Vervielfältigungshandlungen jeder Art vorbehalten ist (und eben nicht von Nutzungs- oder Verwendungshandlungen jeder Art). Gerade in Zusammenhang mit den weiteren, verwirrenden Hinweisen auf Rechte des Beuth Verlags muss sich doch für einen durchschnittlichen Betrachter die Frage stellen, ob nun der Beuth Verlag oder der Kläger oder ganz andere Dritte ausschließliche Nutzungsrechte haben. Selbst wenn man so weit geht zu sagen, dass ein solcher Betrachter erkennt, dass der Beuth Verlag die Rechte vom Kläger ableitet, so spricht dies nur dafür, dass auch dem Beuth Verlag allein einfache Nutzungsrechte für die Vervielfältigung zustehen – denn nur solche kann der Kläger nach dem Copyrightvermerk einräumen.

Daran ändert sich auch nichts, wenn der Kläger zusätzlich die an manchen Stellen angebrachten Hinweise auf Rechte der CEN Mitglieder anführt. Diese Hinweise können nicht den Umstand heilen, dass die Veröffentlichungen der streitgegenständlichen DIN-Normen sich konkret nur auf den Kläger und in diesem Zusammenhang nur auf das Einzelnutzungsrecht der Vervielfältigung beziehen. Nur insoweit besteht hier eine klare Zuordnung zum Kläger und nur insoweit kann daher auch die Vermutungswirkung des § 10 Abs. 3 UrhG greifen.

Denn § 10 Abs. 3 UrhG begründet nur die Vermutung, dass eine auf dem Werk *angebrachte* Zuordnung auch korrekt ist, nicht jedoch, dass entgegen der Zuordnung noch weitere Rechte bestehen. Zweifel müssen in diesem Zusammenhang zu Lasten des angeblich Berechtigten gehen, um eine den angeblichen Rechtsverletzer einseitig prozessual benachteiligende Auslegung des § 10 UrhG zu vermeiden. Denn die Gefahr eines Missbrauchs der Vermutungsregelung wurde auch vom Gesetzgeber gesehen (so z.B. die Vermutung der Wirksamkeit der Rechteabtretung ablehnend die Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums (BT-Drs. 16/5048, S. 47)).

Die letztgenannte gesetzgeberische Wertung muss darüber hinaus auch für die Frage einer sekundären Darlegungslast hinsichtlich der den Kläger angeblich legitimierenden Rechtekette berücksichtigt werden. Keinesfalls könnte hier von einer zunächst vermuteten, ausschließlichen Rechteinhaberschaft – die wir bestreiten – auf eine Wirksamkeit der Lizenzverträge mit den Urhebern geschlossen werden. Den Beklagten ist es nicht möglich diese Lizenzverträge beizuschaffen. Der Kläger hingegen beruft sich selbst darauf, Mitglied des CEN zu sein. Es liegt auf der Hand, dass es dem Kläger daher ohne besondere Umstände möglich sein muss, im Rahmen seines Verbandes – von dem er immerhin seine Rechte ableiten will – die entsprechenden Verträge und Unterlagen zu erlangen.

Im Übrigen verweisen wir für diese Fragestellungen auf unsere ausführlichen Darlegungen auf S. 55 ff. unserer Berufungsbegründung.

4.2 Kartellrechtliche Unwirksamkeit der Rechteeinräumung an den Kläger

Auch das Vorbringen des Klägers gegen das Vorbringen der Beklagten, dass die Rechteübertragung vom CEN auf den Kläger wegen Verstoßes gegen Art. 101 AEUV, § 1 GWB nichtig war, überzeugt nicht:

- Entgegen der Ansicht der Klägerin hat die Rechtswidrigkeit des CEN-CENELEC Guides unmittelbare Auswirkungen auf die Wirksamkeit des „CEN Exploitation Agreement on Copyright and Trademark“. Die Rechteübertragung ist daher unwirksam und der Kläger somit nicht aktivlegitimiert.

Steht die Kartellrechtswidrigkeit mehrerer zusammenhängender Verträge in Frage, muss die kartellrechtliche Prüfung anhand eines wirtschaftlichen Zusammenhangs erfolgen. Eine Vereinbarung, etwa zur Durchführung oder Absicherung, steht in untrennbarem Zusammenhang mit der unzulässigen Grundabrede und nimmt daher an deren Nichtigkeit teil (vgl. BGH, NJW

1975, 1837 (1838); *Jaeger*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. 101 AEUV Rn. 22; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 33 GWB Rn. 116). Der hier die Wettbewerbsbeschränkung enthaltende CEN-CENELEC Guide nimmt in Ziff. 4.3 „Exploitation rights“ direkt Bezug auf die zu schließende Nutzungsvereinbarungen, wie auch der Kläger vorträgt (S. 62 der Berufungserwiderung). Somit ist das „Exploitation agreement“ vom 3. April 2013 ein Ausführungsvertrag zur Durchführung des kartellrechtswidrigen CEN-CENELEC Guides.

Und auch umgekehrt steht das „Exploitation agreement“ in wirtschaftlichem bzw. sachlichem Zusammenhang mit dem CEN-CENELEC Guide. Im Muster zum „Assignment of Exploitation Rights“ heißt es (Anlage K18 zur Klageschrift) im Vorwort („Foreword“): „In order to secure the legal protection of the documents elaborated collectively by the participants (...)“. Zudem ist ohne eine Rechteeinräumung die Umsetzung des CEN-CENELEC Guides schon gar nicht möglich, diese flankiert gewissermaßen die kartellrechtliche Vereinbarung. Das „Exploitation agreement“ kann folglich keineswegs als derart separat bezeichnet werden, wie die Klägerin dies schildert, jedenfalls nicht im Zuge der kartellrechtlichen Wertung. Der eine Vertrag wäre ohne den jeweils anderen Vertrag hinfällig bzw. überflüssig. Eine künstliche Aufteilung der einzelnen Vereinbarungen ändert an der Beurteilung nichts (vgl. vgl. BGH, NJW 1975, 1837 (1838); *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 33 GWB Rn. 116). Eine isolierte Betrachtung verbietet sich insofern. Das „Exploitation agreement“ ist unwirksam.

Für die Statuten des CEN gilt insofern das Gleiche.

- Nach Ansicht des Klägers soll es sich bei dem fraglichen Verbot der kostenlosen Überlassung von Normwerken schon nicht um eine tatbestandsmäßige Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV handeln, weil sich aus Art. 6 Abs. 1 lit. e) und f) der EU-Normungsverordnung Nr. 1025/2012 „eindeutig“ ergebe, „dass private Normwerke nicht kostenlos zur Verfügung gestellt werden“ (Berufungserwiderung, S. 64). Zunächst erstaunt diese Lesart des Art. 6 Abs. 1 lit. e) und f) durch den Kläger, heißt es dort doch gerade im Gegenteil, dass private Normwerke bzw. Kurzfassungen davon „kostenlos“ bzw. zu „Sondertarifen“ zugänglich gemacht werden sollen. Aber selbst wenn die EU-Normungsverordnung, *quod non*, tatsächlich eine Pflicht zur kostenpflichtigen Überlassung von Normwerken enthielte, würde dies den Tatbestand einer Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht ausschließen. Der Umstand, dass wettbewerbsbeschränkendes Zusammenwirken gesetzliche oder administrative Regeln ausführt, reicht nach der Rechtsprechung nicht, um die Wettbewerbsrelevanz auszuschließen (vgl. die Nachweise bei Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, Art. 101 AEUV Rn 73).
- Der Kläger meint weiter, eine Wettbewerbsbeschränkung sei jedenfalls gerechtfertigt, weil das Verbot der kostenfreien Überlassung der Normwerke

zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts „erforderlich und verhältnismäßig“ sei (Berufungserwiderung, S. 66). Das verkennt zum einen den Rechtfertigungsmaßstab nach Art. 101 Abs. 3 AEUV. Danach kommt eine Rechtfertigung überhaupt nur in Betracht, wenn die fragliche Wettbewerbsbeschränkung *unerlässlich* ist, um unter angemessener Verbraucherbeteiligung den Fortschritt zu fördern. Dass die Beschränkung bloß – wie der Kläger meint – „erforderlich und angemessen“ ist, reicht insoweit gerade nicht aus. Unerlässlichkeit i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV verlangt mehr als die bloße Eignung, die Vorteile eintreten zu lassen. Die Vorteile dürfen ohne die Wettbewerbsbeschränkung nicht erreichbar sein (vgl. nur Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, Art. 101 AEUV Rn 162). Das ist hier ersichtlich nicht der Fall. Wie bereits ausführlich vorgetragen, könnte die Klägerin neue Normwerke auch schaffen, wenn sie diese kostenfrei zur Verfügung stellen würde.

- Schließlich überzeugen auch die Einwände des Klägers nicht, dass die Kartellrechtswidrigkeit hier nicht zu einer Gesamtnichtigkeit der Rechteübertragung vom CEN führt. Wie bereits in der Berufungsbegründung ausgeführt, ist das Verbot der kostenlosen Überlassung privater Normwerke ein *fundamentaler Grundsatz* („Fundamental Principle“) des Verhältnisses zwischen dem CEN und der Klägerin. Bereits dies macht deutlich, dass die Rechteübertragung als solche nur unter der – kartellrechtswidrigen – Voraussetzung bewirkt werden sollte, dass der Kläger die Normwerke nicht kostenlos zugänglich macht. Darüber hinaus zeigt auch der klägerische Vortrag selbst einmal mehr, dass die Kostenpflichtigkeit der Normwerke eine tragende Voraussetzung der Vereinbarung mit dem CEN ist. Immerhin würde bei Verzicht auf entsprechende Nutzungsentgelte der Arbeit der Normungsorganisationen „die finanzielle Grundlage entzogen“ (Berufungserwiderung, S. 66).

Nach alledem bleibt es dabei, dass es dem Kläger auch insoweit an der Aktivlegitimation fehlt, als er die geltend gemachten Rechte nicht wirksam vom CEN erworben hat.

5. VERSTOß GEGEN UNIONSRECHT

Schließlich widerspricht § 5 Abs. 3 UrhG auch dem Grundsatz der Transparenz im europäischen Handelsverkehr und verstößt damit gegen Unionsrecht (siehe hierzu bereits S. 39-41 der Berufungsbegründung).

Der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr verlangt die uneingeschränkte Zugänglichkeit zu sämtlichen relevanten Normwerken im europäischen Markt. Relevanz haben dabei nicht nur verbindliche Normungen. Die Konformität eines Produkts mit unverbindlichen Normungen kann ebenso kritisch sein, denn sie ist oftmals mitentscheidend für den Vertriebs Erfolg. Ein anschauliches Beispiel ist das DIN A4 Papierformat – abweichend zugeschnittenes Papier ist in Deutschland kaum zu verkaufen. Zwar ist das Format mittlerweile auch internationaler Standard, jedoch war die DIN A4 ursprünglich ausschließlich eine nationale Regelung.

Die inhaltliche Kenntnis rein deutscher Normungen ist für viele europäische Marktteilnehmer wegen § 5 Abs. 3 UrhG zwangsläufig mit einem nicht unerheblichen Kosteneinsatz verbunden, denn es gibt keine Auslegestellen des Klägers im Ausland. Dies stellt ein unzulässiges Markthemmnis dar.

Soweit der Kläger in seiner Berufungserwiderung hierauf sinngemäß erwidert, der Normgehalt von § 5 Abs. 3 UrhG sei ein anderer, ist dies nicht nur falsch, sondern auch unerheblich. Die Prüfung etwaiger Verletzungen von Europäischen Grundfreiheiten stellt allein auf die konkrete Wirkungsweise einer Norm ab und nicht auf deren Ausgestaltung.

Des Weiteren wird der faktische Kostenzwang, den § 5 Abs. 3 UrhG für eine Vielzahl europäischer Marktteilnehmer bewirkt, nicht, wie der Kläger in der Berufungserwiderung behauptet, durch die Verfügbarkeit von DIN-EN-Normen bei den jeweiligen ausländischen Normungsinstitutionen beseitigt. Nur DIN-EN-Normen sind auch im Ausland publik, nicht jedoch rein national deutsche Normen des Klägers. Hierauf hat der Kläger weiterhin ein urheberrechtliches Monopol.

Ein unzulässiger Eingriff in die Europäischen Grundfreiheiten durch § 5 Abs. 3 UrhG kann schließlich nicht mit Rückgriff auf die *Keck*-Formel abgelehnt werden. Der Kläger meint, § 5 Abs. 3 UrhG sei eine Verkaufsmodalität in diesem Sinne. Das ist unzutreffend. Wie bereits der Kläger vorträgt, wird die *Keck*-Formel nur auf Sachverhalte angewandt, die inländische wie ausländische Erzeugnisse „rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“. Dies ist jedoch gerade nicht der Fall. Wie aufgezeigt führt § 5 Abs. 3 UrhG zu einer deutlich stärkeren Beeinträchtigung von ausländischen Unternehmen gegenüber inländischen. Nationale Normungen des Klägers sind im Ausland faktisch nur gegen Kosten zu beziehen, während deutsche Unternehmen in der Regel auf Auslegestellen des Klägers ausweichen können.

Beglaubigte und einfache Abschrift anbei.

A. Grünwald
(Rechtsanwalt)

C. Nüßing
(Rechtsanwalt)

INHALTSÜBERSICHT

I.	VORLAGE AN DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT	4
1.	Entscheidungserheblichkeit	4
2.	Verfassungswidrigkeit des § 5 Abs. 3 UrhG	4
2.1	<i>Gesetz wurde auf wesentliche Initiative des Klägers und nur zum Schutz seiner wirtschaftlichen Interessen geschaffen.....</i>	<i>5</i>
2.1.1	Ausgangspunkt: Niederlage des Klägers vor BGH und BVerfG	6
2.1.2	Aufbau einer Drohkulisse gegenüber der Bundesregierung	6
2.1.3	Änderung des § 5 UrhG als Ausweg aus der vom Kläger geschaffenen Zwangslage	8
2.1.4	Aufnahme von § 5 Abs. 3 UrhG in Referentenentwurf für UrhG-Änderungsgesetz	10
2.1.5	Zusammenarbeit Kläger/Bundesregierung zur Durchsetzung der Änderung des § 5 UrhG	12
2.1.6	Zwischenergebnis: Einführung des § 5 Abs. 3 UrhG in der heutigen Fassung.....	16
2.2	<i>§ 5 Abs. 3 UrhG beschränkt die Allgemeinheit in ihrem Interesse am freien Zugang zum „Recht“.....</i>	<i>16</i>
2.3	<i>Beschränkung ohne zwingendes Regelungsbedürfnis</i>	<i>17</i>
2.3.1	Schon an sich kein Regelungsbedürfnis erkennbar	18
2.3.2	Jedenfalls bestand kein zwingendes Regelungsbedürfnis	18
3.	Zwischenergebnis.....	19
II.	ZUR BERUFUNGSERWIDERUNG IM ÜBRIGEN	20
1.	Kein verspätetes Vorbringen	20
2.	Hintergründe zur Tätigkeit der Beklagten.....	21
3.	Kein Urheberrechtsschutz der streitgegenständlichen DIN-Normen.....	21
3.1	<i>Fehlende Werkqualität der streitgegenständlichen DIN-Normen.....</i>	<i>21</i>
3.1.1	Kein Sprachwerk nach § 2 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 UrhG	22
3.1.2	Keine Darstellung technischer Art nach § 2 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 UrhG	25
3.2	<i>Ausschluss urheberrechtlichen Schutzes durch § 5 UrhG</i>	<i>29</i>
4.	Fehlende Aktivlegitimation des Klägers	30

4.1	<i>Vermutung der Rechtsinhaberschaft durch Copyrightvermerk greift nicht ein</i>	30
4.2	<i>Kartellrechtliche Unwirksamkeit der Rechteeinräumung an den Kläger</i>	32
5.	Verstoß gegen Unionsrecht	34