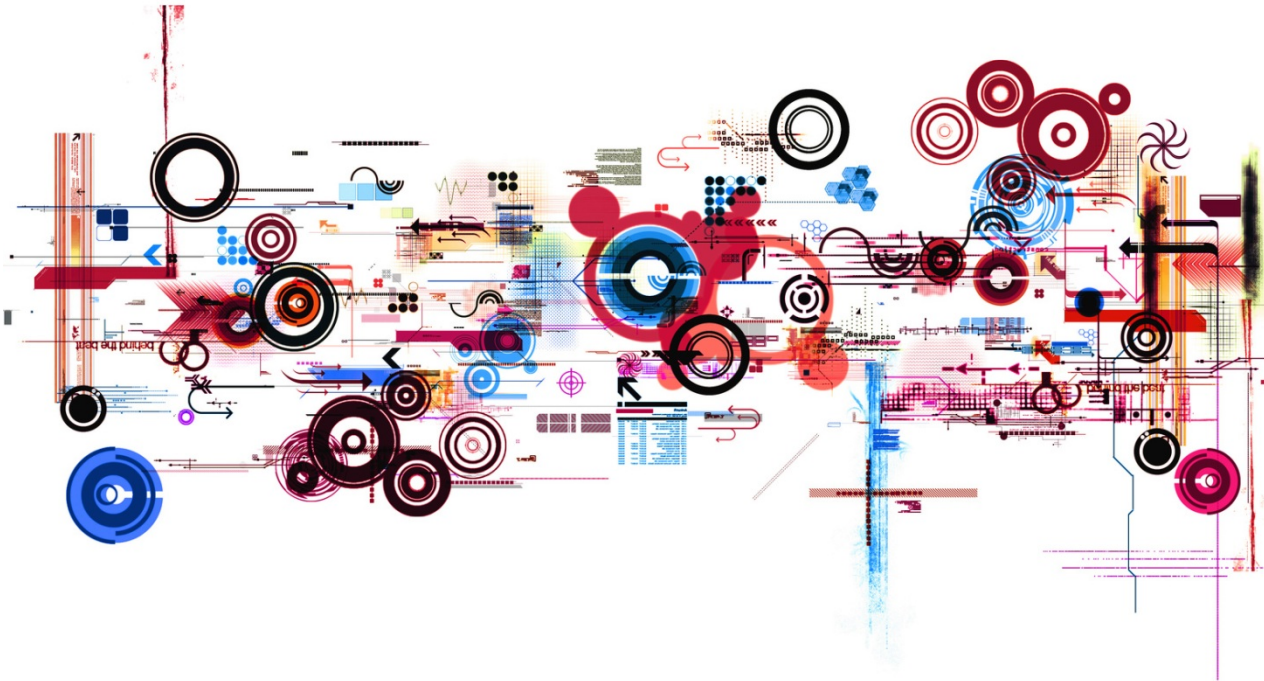


Praxis der „Besichtigung“ im IT-Recht

Der „Antrag im selbständigen Beweisverfahren
auf Sachverständigenbegutachtung und
Duldungsanordnung“



Entwicklung der Anspruchsgrundlagen

- (Unselbständiger) Auskunftsanspruch nach § 242 BGB begrenzt und wegen Gefahr Vorwegnahme Hauptsache nicht im Eilverfahren durchsetzbar
- BGH wandte für eine Besichtigung § 809 BGB als Anspruchsgrundlage an (BGH GRUR 1985, 512 – Druckbalken, für das Patentrecht)
- seit Lockerung durch TRIPS auch im Urheberrecht (BGH GRUR 2002, 1046-Fax-Karte)
- damals divergierende Entscheidungen des Patent- und Urhebersenats des BGH zum Begriff der“ gewissen Wahrscheinlichkeit“ und“ hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ (betraf Beweismaß)

Neuere Rechtsquellen

- Einführung § 101 a.F. UrhG erstmals durch ProduktpiraterieG 1990
- Anspruch selbstständig, weil (auch) gegen Dritte gerichtet
- weiter als § 809 BGB, vgl. Art. 8 Rili 2004/48/EG v. 29.4.2004 (der seinerseits auf Art. 47 TRIPS zurückgeht)
- Seit §§ 97 ff UrhG n.F. v. 7.7.2008 aufgrund von Art. 6 und 7 Rili nun als
 - § 101 UrhG (Drittauskunftsanspruch über Herkunft und Vertrieb)
 - § 101a UrhG („Verdachtsanspruch“). Streit der Senate wurde zugunsten der „Fax-Karten-Doktrin“ ausdrücklich in der Gesetzesbegründung gelöst (BT-Drucks 16/5048, S. 409)
- Parallele zu §§ 140b PatG, § 24b GebrMG, §19 MarkenG § 46 GeschmMG, § 37 SortenSchG, § 9 Abs. 2 HalbleiterSchG

Anspruchsinhalt

- § 101 Abs. 7 UrhG sowie § 101a Abs. 3 Satz 1 UrhG lassen Anordnung der Auskunft im **Eilverfahren** trotz Vorwegnahme Hauptsache ausdrücklich zu,
- wenn Rechtsverletzung bei § 101 UrhG **offensichtlich**
 - hohe Anforderungen an Glaubhaftmachung Rechtsinhaberschaft, Schutzvoraussetzungen, Rechtsverletzung und Eilbedürftigkeit durch Antragsteller; Offensichtlichkeit anschließend objektiv zu beurteilen
- bei § 101a reicht „**hinreichende**“ **Wahrscheinlichkeit**
 - Aber: von der Besichtigung der Sache unabhängige Voraussetzungen sollten so weit feststehen, dass nur noch die Besichtigung erforderlich ist, um die Existenz des Anspruchs abschließend klären zu können
 - Im Antrag ist Sache genau zu bezeichnen, die Art und Weise der Besichtigung, Substanzeingriffe, Preisgabe von Passwörtern, Ausbau bis hin zur Grenze ernsthafter Verletzung der Integritätsinteressen des Gegners
 - dennoch macht § 101 Abs. 1 **keine weiteren Vorgaben** zur Art und Weise der Besichtigung

Praktische Umsetzung

- Gesetzesbegründung nimmt auf Möglichkeit der Beiziehung eines neutralen Sachverständigen und die **Möglichkeit von Schutzanordnungen** Bezug (BT-Drucks. 16/5048, S. 41)
- Bereits 2006 wandte das OLG Frankfurt diese Prinzipien von sich aus erstmals an (GRUR-RR 2006, 295 - Quellcode-Besichtigung)
- Diese Prinzipien sind in der jetzigen Gesetzesfassung in Abs. 3 Sätze 2 und 3 eingeflossen.
- Definition eines **Geheimnisses** richtet sich nach § 203 StGB und wird durch die wegweisende *Lichtbogenschürungs*-Entscheidung des BGH, Urt. v. 16.11.2009, X ZB 37/08, GRUR 2010,318, fortgeführt in BGH, Urt. v. 18.12.2012 ,X ZR 7/12 – *Rohrmuffe* näher beschrieben

„Gebrauchsanweisung“ des BGH (I)

- Im Verletzungsprozess lässt sich allein aus § 286 ZPO nicht die Pflicht des Gerichts herleiten, gemäß §§ 142 ff. ZPO die Begutachtung eines Gegenstandes anzuordnen, der sich in der Verfügungsgewalt der nicht beweisbelasteten Partei oder eines Dritten befindet. (Rz. 20)
- Das Gericht ist allenfalls dann verpflichtet, gemäß § 142 ZPO die Vorlage einer Urkunde durch die nicht beweisbelastete Partei anzuordnen, wenn die Voraussetzungen für einen entsprechenden Anspruch des Gegners aus § 140c PatG erfüllt sind (Bestätigung von BGH, Urteil vom 1. August 2006, X ZR 114/03, BGHZ 169, 30 = GRUR 2006, 962 Rz. 36 ff. – Restschadstoffentfernung; Rz. 22)
- Für eine auf § 144 ZPO gestützte Anordnung, die **Begutachtung eines Gegenstandes** anzuordnen, der sich in der Verfügungsgewalt der nicht beweisbelasteten Partei oder eines Dritten befindet, **gilt nichts anderes**; Rz. 23

„Gebrauchsanweisung“ des BGH (II)

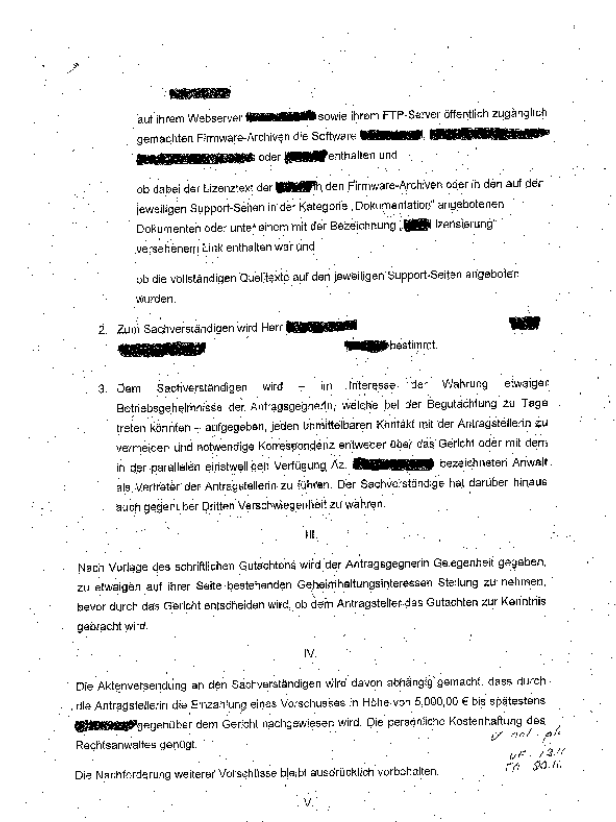
- Ist über den Vorwurf der Rechtsverletzung im **selbstständigen Beweisverfahren** ein Sachverständigengutachten erstellt worden, können Geheimhaltungsinteressen (...) dadurch gewahrt werden, dass der Anspruchsteller die Einsicht in das Gutachten (zunächst) auf namentlich benannte rechts- bzw. anwaltliche Vertreter **beschränkt** und diese insoweit umfassend zur **Verschwiegenheit** verpflichtet werden (Rz.23,24,25,27,29 und 30)
- Zur Einsicht durch den **Anspruchsteller persönlich** darf ein solches Gutachten nicht freigegeben werden, bevor der Anspruchsgegner Gelegenheit hatte, seine Geheimhaltungsinteressen geltend zu machen
- Er hat insoweit im Einzelnen darzulegen, welche Informationen im Gutachten Geheimhaltungswürdiges, namentlich Geschäftsgeheimnisse, offenbaren und welche Nachteile ihm aus der Offenbarung drohen (Rz.37, 38).

So funktioniert der Antrag:

- Es handelt sich um **zwei getrennte Verfahren**, weil die Duldung der Besichtigung ein von der Anordnung der Begutachtung verschiedener Verfahrensgegenstand ist (BGH, Beschl. v. 16.11.2009 – X ZB 37/08, BGHZ 183, 153- 169, Rz. 8, vgl. zur Kombination solcher Anträge auch Kühnen, GRUR 2005, 185 ff).
 - (1) Antrag auf Durchführung eines selbständigen B.-Verfahrens durch Sachverständigenbeweis, ob sich in einer bestimmten Betriebsstätte des Antragsgegners schutzrechtsverletzende Gegenstände (zB Software, patentverletzende Geräte etc.) befinden
 - (2) Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, dass der Sachverständige die in (1) bezeichneten Gegenstände der Betriebsstätte nach Maßgabe näherer Anweisungen besichtigen darf



Beispiel: Beschl. nach § 485 ZPO





Beispiel: EV nach § 937 ZPO

Landgericht München I

Az.: [Redacted] **EV** [Seal]

In dem Rechtsstreit

Antragsteller - [Redacted]

gegen

- Antragsgegnerin -
wegen Urheberrecht

erlässt das Landgericht München I: [Redacted] Zivilkammer - durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht [Redacted] den Richter am Landgericht [Redacted] und den Richter am Landgericht [Redacted] am [Redacted] ohne mündliche Verhandlung wegen Dringlichkeit gemäß § 937 Abs. 2 ZPO folgenden

Beschluss

- Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die Besichtigung der von ihr zu folgenden Zeitpunkten über die jeweiligen unter den folgenden URLs abrufbaren Support-Seiten öffentlich zugänglich gemachte Firmware-Archive zu den folgenden Produkten durch den Sachverständigen zu dulden und dem Sachverständigen zu gestatten, eine Kopie der Dateien anzufertigen:
- Die Antragsgegnerin hat es zu dulden, dass der Sachverständige den Server mit dem Hostnamen www.[Redacted] bzw. der IP-Adresse [Redacted] den Server mit der IP-Adresse [Redacted] den Server mit der IP-Adresse [Redacted] eventuell vorhandene Datei-Server, Log-Server, Backup-Server und Backup-Medien daraufhin untersucht, welche Dateien von ihr im Zeitraum vom [Redacted] bis [Redacted] über die folgenden Support-Seiten unter den folgenden URLs der jeweiligen Produkte

öffentlich zugänglich gemacht wurden und dem Sachverständigen zu gestatten, sich Kopien dieser Dateien anzufertigen. Soweit zur Besichtigung von Backup-Medien spezielle Hardware notwendig ist, hat die Antragsgegnerin zu dulden, dass der Sachverständige von dieser Gebrauch macht.

- Die Antragsgegnerin hat es zu dulden, dass der Sachverständige Zugriff auf den Server mit dem Hostnamen [Redacted], den Server mit der IP-Adresse [Redacted] den Server mit der IP-Adresse [Redacted] eventuell vorhandene Datei-Server, Log-Server, Backup-Server und Backup-Medien nimmt.
- Neben dem Sachverständigen hat die Antragsgegnerin dem anwaltlichen Vertreter des Antragstellers, Rechtsanwalt [Redacted], die Anwesenheit während der Begutachtung zu gestatten.
- Rechtsanwalt [Redacted] und der gerichtlich bestellte Sachverständige sowie dessen Mitarbeiter werden verpflichtet, Tatsachen, die im Zuge des selbstständigen Beweisverfahrens (OH [Redacted]) zu ihrer Kenntnis gelangen und den Geschäftsbetrieb der Antragsgegnerin betreffen, geheim zu halten, und zwar auch gegenüber dem Antragsteller und seinen Mitarbeitern.
- Soweit die Besichtigung (OH [Redacted]) dies erfordert, hat die Antragsgegnerin dem Sachverständigen eventuell zur Besichtigung notwendige Passwörter mitzuteilen.
- Auf Verlangen der Antragsgegnerin wird mit dem Beginn der Besichtigung für einen Zeitraum von zwei Stunden ab Zustellung dieses Beschlusses an die Antragsgegnerin zugewartet, um es der Antragsgegnerin zu ermöglichen, selbst anwaltlichen Rat einzuholen.
- Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
- Der Streitwert wird auf [Redacted] € festgesetzt.
- Mit dem Beschluss sind zuzustellen:
Antragschrift vom [Redacted] Schriftsatz vom [Redacted] und Schriftsätze vom [Redacted], jeweils nebst Anlagen

Gründe:

Wegen des Sachverhaltes wird auf die Antragschrift vom [Redacted], Schriftsatz vom [Redacted] und Schriftsätze vom [Redacted] sowie die damit vorgelegten Unterlagen Bezug genommen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Warum reicht das immer noch nicht?

- Beschl. nach § 485 ZPO wird normalerweise v.A.w. zugestellt
- Beschl. nach § 937 ZPO im Parteibetrieb
- Nichtbefolgung führt zu Beweisvereitelung
- Daher zusätzlicher Durchsuchungsantrag nach §758a ZPO notwendig, gekoppelt mit § 892, 758 Abs. 3 ZPO (Widerstand)

Zustellung und Koordination

- E.V. und Besichtigungstermin müssen über das örtliche zuständige AG mit dem zustellenden GV koordiniert werden; Formular Anlage 1 zu § 1 ZVFV
 - Antrag: „Der zuständige Gerichtsvollzieher wird ohne vorherige Anhörung des Schuldners ermächtigt, zum Zwecke der Beweissicherung die Durchsuchung der Geschäftsräume des Schuldners durchzuführen und dem Sachverständigen und seinen Angestellten sowie dem anwaltlichen Vertreter des Gläubigers Herrn RA X, ebenfalls Zutritt zu diesen Geschäftsräume zu verschaffen“
 - Beifügung Ausfertigungen B-Beschl. und E.V.
 - Evt. Einbezug Nachbaradressen bei Konzern
 - » (ZVFV = Verordnung über Formulare für die Zwangsvollstreckung)

Durchsuchungsbeschluss

- Das AG erlässt folgenden Beschluss:
 - „Auf Antrag der Gläubigerpartei wird zum Zwecke der Beweissicherung die Durchsuchung (...) angeordnet. Die Ermächtigung umfasst die Befugnis, verschlossene Haustüren (...) öffnen zu lassen (Art. 13 Abs. 2 GG, § 758a Abs. 1 ZPO) sowie die Befugnis für den Gerichtsvollzieher, dem SV und seinen Angestellten sowie dem anwaltlichen Vertreter des Gläubigers, Herrn RA X, ebenfalls Zutritt (...) zu verschaffen.
 - Die Besorgnis der Zutrittsverweigerung und Beweisvereitelung begründet das Durchsuchungsinteresse nach den §§ 892, 758a ZPO
 - Gültigkeit: 1 Monat; sofortige Beschwerde

Praktische Durchführung:

- Alles ist zuzustellen, sonst bleibt die Türe zu!
- Gutachter legt Gericht Gutachten vor, welches zunächst nur der Antragsgegnervertreter erhält
- Dann muss Antragstellervertreter Herausgabe an sich
 - a) unter Geheimhaltung gegenüber dem Mandanten oder
 - b) die unbedingte Herausgabe im Beschlusswege beantragen
- Der schlaue Antragsteller nimmt im Antrag die einschränkenden Maßnahmen zum Geheimnisschutz nach § 101a Abs. 3 Satz 3 UrhG selbst auf, da sie „kein Minus“ eines weitergehenden Antrags sind, ansonsten er Abweisung riskiert.

Möglichkeiten des Gegners

- Bei der anschließenden Anhörung hat der Antragsgegner darzulegen, welche Teile des Gutachtens seinen Schutzinteressen entsprechen
- Das Gericht wird nun per Beschluss die Herausgabe ganz oder teilweise anordnen oder ablehnen
- Gegen den Beschluss kann belastete Partei **sofortige Beschwerde** einlegen. Bis zur Rechtskraft des Beschlusses darf das Gutachten nicht bewegt werden!
- Im Fall des BGH (Lichtbogenschnürung) ging diese Frage vom LG Mü I über OLG Mü bis zum BGH (vom OLG nach § 574 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO zugelassene **Rechtsbeschwerde**)
- Aufgrund der Trennung der Verfahren ist die Rechtsbeschwerde auch nicht etwa unstatthaft, weil sich der Rechtszug im Eilverfahren mit dem OLG erschöpft.

Gute Argumente für Beschwerdebeurteilung

- Gutachter habe hinsichtlich der Beweisfragen nichts Relevantes festgestellt, für eine weitergehende Einsicht fehle daher das Rechtsschutzbedürfnis (vgl. LG Mü I)
- Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb, welches auch Know-how umschließt, schützt gegen Ausforschung (vgl. OLG München)
- Aber Vorsicht: Verwertungsverbot des § 101 Abs. 8 erstreckt sich nur auf Strafverfolgung, nicht zivilrechtliche Verfahren und schützt nicht vor Strafverfolgung Dritter, die nicht nach § 52 Abs. 1 StPO privilegiert sind

Reichweite des Geheimnisschutzes

- Maßstab § 203 StGB, **weit zu verstehen**:
 - sämtliches betriebsbezogenes technisches und kaufmännisches Wissen, das nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt ist und von dem sich ein größerer Personenkreis nur unter Schwierigkeiten Kenntnis verschaffen kann,
 - wenn der Unternehmer an dessen Geheimhaltung ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse hat und in Bezug auf dieses seinen Geheimhaltungswillen bekundet hat)
- BGH entschied, dass Aushändigung des Gutachtens an die anwaltlichen Vertreter des Rechtsinhabers mit Verpflichtung zur Verschwiegenheit gegenüber Mandant unbedenklich sei. Dies ergebe sich aus der **ehrwürdigen Stellung** des Anwaltsberufs unter Androhung der Strafbarkeit nach § 203 StGB andererseits (Rz. 30). Eine Kollision zwischen Verschwiegenheitspflicht und Beratungspflicht ergebe sich nicht (Rz. 26).