

## BEWEISSICHERUNG

§ Die Inhaber von gewerblichen Schutz- oder Urheberrechten stehen häufig vor dem Problem, eine vermutete Rechtsverletzung nicht ohne weiteres sicher nachweisen zu können – beispielsweise wenn der Inhaber einer Software vermutet, dass ein günstig im Internet angebotenes Konkurrenzprodukt tatsächlich in wesentlichen Teilen eine Kopie seiner Software ist, dies ohne Kenntnis des Quellcodes des Konkurrenzproduktes jedoch nicht sicher beurteilen kann.



Dr. Christian Lemke,  
Heissner & Struck

Vergleichbar schwierig kann es für den Inhaber eines Patentes etwa an einer Maschine sein, sicher zu beurteilen, dass Wettbewerbsprodukte mittels einer sein Patent verletzenden Maschine hergestellt sind. In derartigen Fällen lässt sich die Rechtsverletzung nicht einfach durch einen Testkauf ermitteln. Allerdings kann bereits nach § 809 BGB derjenige, der „einen Anspruch in Ansehung der Sache hat“ oder sich Gewissheit über einen solchen Anspruch verschaffen will, verlangen, dass der Besitzer ihm die Sache zur Besichtigung vorlegt oder die Besichtigung gestattet, wenn die Besichtigung der Sache aus diesem Grund für ihn von Interesse ist.

Die Rechtsprechung hat diesen Anspruch auch auf Inhaber von gewerblichen Schutz- und Urheberrechten ausgedehnt. So kann nach der „Druckbalken“-Entscheidung des BGH (GRUR 1985, 512) Anspruch auf Vorlegung einer Sache grundsätzlich auch dem aus einem Patent Berechtigten zustehen, wenn er sich vergewissern möchte, ob ihm gegen den Besitzer der Sache wegen der bei deren Herstellung benutzten patentgeschützten Merkmale Ansprüche wegen Patentverletzung zustehen.

Zudem hat die Rechtsprechung die Voraussetzungen für entsprechende Vorlage- und Besichtigungsansprüche in jüngerer Zeit zunehmend gelockert und für Erleichterungen der Sicherung und Durchsetzung von Ansprüchen wegen Verletzungen von Immaterialgüterrechten gesorgt. Wegweisend war insoweit die „Faxkarte“-Entscheidung des BGH (GRUR 2002, 1046 ff.). Der Besichtigungsanspruch besteht danach nicht nur dann, wenn sich der Anspruch auf die zu besichtigende Sache selbst bezieht, sondern auch dann, wenn das Bestehen des Anspruchs in irgendeiner Weise von der Existenz oder Beschaffenheit der Sache abhängt (hier ging es um die Besichtigung nicht nur einer vermutlich rechtsverletzenden Faxkarte mit ihrer Software, sondern auch um die Besichtigung des hinter der Software stehenden Quellcodes).

Auch Substanzeingriffe wie der Ein- und Ausbau von Sachen beziehungsweise die Entnahme einer Untersuchungsprobe sind danach möglich, wobei im Rahmen der Interessenabwägung zu gewährleisten ist, dass durch einen derartigen Eingriff das Integritätsinteresse des Schuldners nicht unzumutbar beeinträchtigt werden darf. Auch wird es seit längerem als zulässig erachtet, eine einstweilige Verfügung auf Besichtigung und Sequestrierung ohne Anhörung des

Verfügungsgegners zu erlassen, insbesondere wenn die Veränderung oder Vernichtung der Beweismittel droht (vgl. Eck/Dombrowski, GRUR 2008, 387 ff., insb. unter Hinweis auf die Praxis der Landgerichte Düsseldorf und Mannheim; OLG Frankfurt, GRUR-RR 295 ff. – „Quellcode-Besichtigung“ sowie Anm. Rauschhofer hierzu in GRUR-RR 2006, 249 ff.; KG, NJW 2001, 233, 234; LG Nürnberg-Fürth, MMR 2004, 627 f.). Voraussetzung hierfür war, dass der Besichtigungsanspruch zur Durchsetzung im Übrigen erfolgversprechender Hauptansprüche geltend gemacht wird und objektive Indizien für eine Urheberverletzung vorliegen.

In Umsetzung der „Enforcement-Richtlinie“ (Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung des geistigen Eigentums vom 29.04.2004) hat der deutsche Gesetzgeber mit dem „Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums“ zum 1. September 2008 in allen Spezialgesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts (Patent-, Gebrauchsmuster-, Marken-, Halbleiterschutz-, Marken-, Geschmacksmuster- und Sortenschutzgesetz) sondergesetzliche Regelungen über Vorlage-, Besichtigungs- und weitere Sicherungsansprüche verletzter Rechteinhaber getroffen. Diese Ansprüche können durchweg im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden, wenn die Rechtsverletzung offensichtlich ist.

Nach dem neu eingeführten § 101a Abs. 1 Urhebergesetz (UrhG) kann beispielsweise derjenige, der mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Urheberrecht oder ein anderes nach dem UrhG geschütztes Recht (wie etwa Leistungsschutzrechte von ausübenden Künstlern, Sendeanstalten, Tonträger- und Filmherstellern sowie Datenbankherstellern) verletzt, von dem Verletzten auf Vorlage einer Urkunde oder Besichtigung einer Sache in Anspruch genommen werden, die sich in seiner Verfügungsgewalt befindet, wenn dies zur Begründung von dessen Ansprüchen und damit letztlich zur Sicherung von Beweismitteln erforderlich ist. Besteht die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer in gewerblichem Ausmaß begangenen Rechtsverletzung, erstreckt sich der Anspruch auf die Vorlage von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen. Entsprechende Vorlagepflichten können nach § 101 Abs. 3 UrhG im Wege der einstweiligen Verfügung ohne vorherige Anhörung des Gegners angeordnet werden, wobei das Gericht die „erforderlichen Maßnahmen“ zu treffen hat, um den Schutz vertraulicher Informationen zu gewährleisten. Entsprechende Regelungen zur Sicherung der Erfüllung von Schadensersatzansprüchen beinhaltet § 101b UrhG.

Entsprechende gesetzliche Änderungen sind für Ansprüche nach den Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb indes nicht vorgesehen worden. Insbesondere soweit es folglich um Ansprüche wegen allein wettbewerbsrechtlich als unzulässig zu beurteilender Nachahmungen (§ 4 Nr. 9 UWG), Ansprüche wegen Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen (§ 17 UWG) oder Ansprüche wegen unzulässiger Vorlagenverwertung (§ 18 UWG) geht, richten sich Sicherungsmaßnahmen nach den bisherigen Rechtsprechungsgrundsätzen zu §§ 809 und 810 BGB, das heißt, insbesondere der erläuterten „Faxkarte“-Entscheidung des BGH sowie hierzu ergangener instanzgerichtlicher Rechtsprechung.

Im Bereich des Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen hat der BGH die materiell-rechtliche Position der betroffenen Anspruchsinhaber gestärkt: So liegt eine nach § 17 Abs. 2 UWG unzulässige Verwertung einer Kundenliste als Geschäftsgeheimnis eines Unternehmens auch dann vor, wenn die Namen der Kunden zwar im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeit in die persönlichen Unterlagen eines Handelsvertreters gelangt sind, von diesem jedoch bei der Ausübung seiner Geschäftstätigkeit außerhalb des Unternehmens verwertet werden (BGH GRUR 2003, 453 – „Kundenlisten“). Nach der „Kundendatenprogramm“-Entscheidung des BGH (GRUR 2006, 1044) liegt ein unbefugtes „Verschaffen“ eines Geschäftsgeheimnisses i. S. von § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG überdies bereits dann vor, wenn ein ausgeschiedener Mitarbeiter ein Geschäftsgeheimnis seines früheren Arbeitgebers schriftlichen Unterlagen nur entnimmt, die er während des früheren Dienstverhältnisses zusammengestellt und im Rahmen seiner früheren Tätigkeit befugtermaßen bei seinen privaten Unterlagen – etwa in einem privaten Adressbuch oder auf einem privaten PC – aufbewahrt hat. Nach BGH GRUR 2008, 727 – „Schweißmodulgenerator“ schließlich können selbst Informationen, die zum Stand der Technik gehören, Betriebsgeheimnisse darstellen (instruktiv ist diese Entscheidung im Übrigen auch für die Frage der Darlegungslast und Fassung des Unterlassungstenors, wenn nur einzelne Schaltungen eines bestimmten Schaltplans ein Betriebsgeheimnis darstellen).

Schon in Anbetracht der im Rahmen gerichtlich anzuordnender Sicherungsmaßnahmen zu berücksichtigenden Geheimhaltungsinteressen des vermeintlichen Rechtsverletzers kann die Fassung eines Verfügungs- und Beweissicherungsantrags besondere Schwierigkeiten aufweisen. Dies gilt überdies in Anbetracht absehbarer Schwierigkeiten bei der Vollziehung vor Ort. Soll etwa eine IT-Anlage daraufhin überprüft werden, ob sich auf ihr rechtsverletzende Daten finden, so muss sich der Antrag auf Erlass einer entsprechenden Sicherungsverfügung nicht nur darauf richten, Zugang zur Anlage zu gewähren und die Untersuchung durch einen Sachverständigen zu dulden. Zugleich muss der Antrag auch darauf gerichtet werden, die für den Sachverständigen erforderlichen Passworte mitzuteilen, ihm die Anfertigung und Aufbewahrung von Kopien zu ermöglichen und – für den Fall, dass entsprechende Maßnahmen vor Ort nicht möglich sind, insbesondere weil der Schuldner Passworte nicht mitteilt oder angeordnete Maßnahmen nicht duldet, – die IT-Anlagen sowie gegebenenfalls weitere Speichermedien an den Gerichtsvollzieher herauszugeben sind. Der Gerichtsvollzieher hat diese dann dem Sachverständigen solange als „Sequester“ in Verwahrung zu geben, bis die angeordneten Sicherungsmaßnahmen nachgeholt sind.

Als problematisch kann sich weiter erweisen, dass Durchsuchungen und insbesondere Vollstreckungen zur Nachtzeit oder an Sonn- und Feiertagen regelmäßig eines gesonderten gerichtlichen Beschlusses nach § 758a ZPO bedürfen. Die Vorlage eines solchen Durchsuchungsbeschlusses wird gerade dann von den zuständigen Gerichtsvollziehern gefordert, wenn die Vollstreckungsmaßnahme nur zur Nachtzeit (von 21 bis 6 Uhr) oder an Sonn- und

Feiertagen Erfolg verspricht. Für den Erlass eines solchen Beschlusses ist nicht das Verletzungs-, sondern das für den Verletzer zuständige Vollstreckungsgericht (Amtsgericht) zuständig. Besonders problematisch ist dabei, dass ein solcher Beschluss grundsätzlich erst nach einem ersten fruchtlosen Vollstreckungsversuch erlassen wird (und dies in Anbetracht der Überlastung der Vollstreckungsgerichte häufig auch erst nach Monaten). Dies gefährdet jedoch in höchstem Maße den Erfolg der Vollziehung einer Sicherungsverfügung, wenn der Verletzer – was durchweg der Fall sein wird – die Gelegenheit hat, nach erstem fruchtlosen Vollstreckungsversuch rechtsverletzende Gegenstände beiseite zu schaffen oder etwa rechtswidrig gespeicherte und beispielsweise fremde Geschäftsgeheimnisse verkörpernde Daten zu löschen. In derartigen Fällen sind Gerichtsvollzieher nach zutreffender Auffassung aufgrund von „Gefahr im Verzug“ allerdings grundsätzlich ohne gesonderten gerichtlichen Durchsuchungsbeschluss zur Vollstreckung zur Nachtzeit sowie an Sonn- und Feiertagen berechtigt. Die „Gefahr im Verzug“ folgt in aller Regel auch bereits aus dem Umstand, dass das Verletzungsgericht ohne Anhörung des Verletzers im Beschlusswege eine einstweilige Sicherungs- oder Herausgabeverfügung erlassen hat.

Insgesamt gilt: Wer etwa aufgrund zweifelhafter Online-Angebote eines Wettbewerbers den Eindruck gewinnt, seine Rechte seien verletzt, muss von der Rechtsverfolgung nicht deswegen absehen, weil er meint, die Rechtsverletzung gegenwärtig nicht sicher nachweisen zu können.