

## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	XI
A. Einleitung .....	1
B. Ausgangslage: Beweismangel infolge eines Informationsdefizits ...	3
C. Die Besichtigungsanordnung .....	38
D. Die Besichtigung .....	154
E. Das Gutachten.....	236
F. Rechtsschutz gegen die Besichtigungsanordnung.....	297
G. Gesamtergebnis .....	346
Literaturverzeichnis .....	353
Sachregister .....	387

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
A. Einleitung.....	1
B. Ausgangslage: Beweismangel infolge eines Informationsdefizits .....	3
I. <i>Darlegungs- und Beweislast im gewerblichen Rechtsschutz</i> .....	3
1. Öffentliche Nutzung.....	6
2. Betriebsinterne Nutzung.....	7
3. Widerstreitende Interessenlage .....	8
II. <i>Instrumente zur Bewältigung des Informationsdefizits</i> .....	11
1. Vorbereitende Informationsmöglichkeiten .....	11
a) Innerprozessuale Informationsmöglichkeiten.....	12
aa) Vorlage nach §§ 421 ff. ZPO, § 371 Abs. 2 ZPO .....	12
bb) Vorlage nach §§ 142, 144 ZPO.....	13
b) Auskunftsanspruch aus § 242 BGB .....	17
c) „Sekundäre Darlegungslast“.....	18
2. (Vor-)Prozessuale Maßnahmen.....	19
a) Besichtigungsansprüche .....	20
aa) Rechtslage vor der Enforcement-Richtlinie .....	20
bb) Rechtslage seit der Enforcement-Richtlinie.....	22
cc) Hauptsacheverfahren.....	25
dd) Einstweiliges Verfügungsverfahren .....	28
b) Strafrechtliches Ermittlungsverfahren .....	30
c) Selbstständiges Beweisverfahren .....	32
d) Das „Düsseldorfer Modell“ .....	32

<i>III. Ausländische Rechtsordnungen</i> .....	34
<i>IV. Zusammenfassung</i> .....	36
<b>C. Die Besichtigungsanordnung</b> .....	<b>38</b>
<i>I. Rechtsnatur des „Düsseldorfer Modells“</i> .....	38
1. Funktion von selbstständigem Beweisverfahren und Duldungsverfügung innerhalb des „Düsseldorfer Modells“ .....	38
a) Selbstständiges Beweisverfahren .....	39
b) Duldungsverfügung .....	42
2. Verhältnis zwischen selbstständigem Beweisverfahren und einstweiliger Verfügung .....	43
a) Eigenständige Verfahren .....	44
b) Enge Verknüpfung der Verfahren .....	45
c) Getrennte Betrachtung .....	46
3. Zwischenergebnis.....	48
<i>II. Zuständiges Gericht</i> .....	49
1. Allgemeine Zuständigkeit .....	49
2. Ausländische Schiedsvereinbarung .....	51
3. Nachträgliche Veränderung zuständigkeitsbegründender Umstände.....	51
4. Unzuständigkeit.....	52
<i>III. Bestandteile der Besichtigungsanordnung</i> .....	52
1. Selbstständiges Beweisverfahren .....	53
a) Zugänglichkeit des Besichtigungsgegenstandes.....	54
aa) Öffentlichkeit des Besichtigungsgegenstandes .....	54
bb) Befristete Öffentlichkeit des Besichtigungs- gegenstandes .....	55
cc) Fehlende oder eingeschränkte Öffentlichkeit des Besichtigungsgegenstandes.....	56
(1) Besichtigungszweck .....	57
(2) (Partielle) Unkenntnis des Antragstellers.....	58
(3) Herstellung der „Öffentlichkeit“ .....	59
dd) Zwischenergebnis.....	60
b) Zweck des selbstständigen Beweisverfahrens .....	61
aa) Sicherndes Beweisverfahren .....	61
(1) Beweismittelverlust .....	62
(2) Erschwerte Beweismittelnutzung .....	63

	(3) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis.....	63
bb)	Streitschlichtendes Beweisverfahren .....	64
	(1) „Rechtliches Interesse“.....	65
	(2) Vermeidung eines Rechtsstreits .....	67
	(3) Keine Schlüssigkeitsprüfung des Verletzungsvorwurfs.....	68
c)	Zwischenergebnis .....	69
2.	Duldungsverfügung .....	70
a)	Verfügbungsanspruch .....	70
	aa) Anspruchsberechtigter .....	72
	bb) Anspruchsgegner.....	73
	cc) Anspruchsgegenstand.....	74
	(1) Verkörperung.....	75
	(2) Patentrechtliche Verfahren .....	76
	(3) Daten auf Servern Dritter .....	76
dd)	Verfügungsgewalt .....	77
ee)	Hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Verletzung .....	80
	(1) Terminologie .....	81
	(2) Interessenabwägung .....	83
	(3) Konkrete Anhaltspunkte.....	86
ff)	Erforderlichkeit .....	87
	(1) Testkauf .....	89
	(2) Besonderheit bei der Besichtigung von Quellcodes .....	90
gg)	Verhältnismäßigkeit .....	90
hh)	Zwischenergebnis.....	92
b)	Verfügbungsgrund .....	93
aa)	Kein Dringlichkeitserfordernis .....	96
	(1) Kein richtlinienimmanenter Nachweis der Dringlichkeit.....	99
	(2) Anwendbarkeit von § 12 Abs. 2 UWG .....	101
	(3) Dringlichkeitsvermutung .....	103
	(4) Vereitelungsgefahr .....	104
bb)	Längerer Zuwarten bis zu Antragstellung .....	106
	(1) Sinn und Zweck der Duldungsverfügung.....	108
	(2) Verhältnismäßigkeit .....	110
	(3) Unzulässige Rechtsausübung .....	111
cc)	Zwischenergebnis.....	112
c)	Rechtsbestand .....	113
d)	Schutzschrift .....	115
e)	Zwischenergebnis .....	115
3.	Vereinbarkeit von Zwangsmaßnahmen mit dem selbstständigen Beweisverfahren .....	116

a)	Zwangsmaßnahmen im selbstständigen Beweisverfahren ....	117
b)	Keine Anordnung von Duldungspflichten im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens .....	118
c)	Zulässigkeit einer flankierenden Duldungsverfügung.....	123
<i>IV.</i>	<i>Anhörung des Antragsgegners</i> .....	127
1.	Besichtigungsanordnung .....	128
a)	Duldungsverfügung .....	129
b)	Selbstständiges Beweisverfahren .....	131
aa)	Anhörung .....	131
(1)	Anhörungsverzicht .....	131
(2)	Zwingendes Anhörungserfordernis .....	133
bb)	Ladung .....	133
(1)	Anwesenheit des Antragsgegners.....	134
(2)	Anwesenheit der anwaltlichen Vertreter des Antragsgegners .....	135
(3)	„Rechtzeitige“ Ladung .....	135
(4)	Teilnahme- und Teilhaberechte.....	140
2.	Nachträgliche Inkenntnissetzung .....	141
3.	Zwischenergebnis .....	141
<i>V.</i>	<i>Vorschlag und Bestellung des Sachverständigen</i> .....	142
1.	Vorschlag und Auswahl .....	143
2.	Bestellung.....	145
<i>VI.</i>	<i>Veränderungsverbot</i> .....	146
<i>VII.</i>	<i>Sicherheitsleistung und Auslagenvorschuss</i> .....	148
1.	Sicherheitsleistung .....	148
2.	Auslagenvorschuss .....	149
<i>VIII.</i>	<i>Streitwert des Besichtigungsverfahrens</i> .....	150
<i>IX.</i>	<i>Zusammenfassung</i> .....	151
<b>D. Die Besichtigung</b> .....	154	
<i>I.</i>	<i>Zutrittsersuchen</i> .....	154
1.	Zustellung der Besichtigungsanordnung.....	155
2.	Zurückstellen der Besichtigung.....	157
3.	Zwangswise Durchsetzung der Duldungsverfügung.....	158

a)	Zutrittsverweigerung .....	159
b)	Herausgabe beweglicher Sachen .....	161
c)	Vornahme von Mitwirkungshandlungen .....	162
4.	Durchsuchungsanordnung .....	163
a)	Betriebs- und Geschäftsräume.....	164
b)	„Durchsuchung“ .....	165
c)	Zuständigkeit .....	166
d)	Zeitpunkt der Antragstellung.....	168
e)	Keine Gefahr im Verzug.....	169
5.	Zwischenergebnis.....	170
<i>II.</i>	<i>Inhaltliche Ausgestaltung der Besichtigung</i> .....	171
1.	Reichweite der Besichtigung.....	171
a)	Besichtigungsmaßnahmen .....	173
b)	Substanzeingriffe .....	174
c)	Mitnahme des Besichtigungsgegenstandes .....	176
d)	Kein Nachforschungs- und Durchsuchungsrecht .....	177
2.	Mitwirkungspflichten des Antragsgegners.....	179
3.	Standortbenennung.....	181
a)	Allgemeiner Belegenheitsort .....	181
b)	Konkreter Standort .....	182
4.	Antragsüberschreitende Beweissicherung.....	183
<i>III.</i>	<i>Geheimnisschutz</i> .....	184
1.	Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.....	187
2.	Konkreter Schutzgegenstand.....	188
3.	Geheimhaltungswille und Geheimhaltungsinteresse .....	189
<i>IV.</i>	<i>Personelle Ausgestaltung der Besichtigung</i> .....	190
1.	Einschaltung eines gerichtlich bestellten Sachverständigen .....	192
2.	Ausschluss des Antragstellers .....	193
a)	Gerichtlicher Ausschluss des Antragstellers .....	195
b)	Verzicht des Antragstellers.....	198
c)	Kein kameralistisches Geheimverfahren .....	204
3.	Vertreter des Antragstellers.....	206
a)	Rechts- und Patentanwälte des Antragstellers.....	206
b)	Neutrale Dritte .....	208
c)	Gerichtlich bestellte Rechts- oder Patentanwälte .....	208
d)	Privatsachverständiger.....	210
e)	Zweiter gerichtlich bestellter Sachverständiger .....	210
f)	Gestufte Mehrfachbesichtigung.....	211

aa)	Anzahl der Besichtigungen .....	212
bb)	Einflussnahme auf den Gutachteninhalt .....	213
cc)	Erforderliche Spezialkenntnisse.....	213
dd)	Veränderungen am Besichtigungsgegenstand .....	214
g)	Ausschluss der Anwälte des Antragstellers.....	215
4.	<i>Verschwiegenheitsverpflichtung</i> .....	216
a)	Rechtsgrundlage .....	217
aa)	Duldungsverfügung.....	217
bb)	Selbstständiges Beweisverfahren.....	219
b)	Reichweite der Verschwiegenheitsverpflichtung .....	220
c)	Klassisches Berufs- und Tätigkeitsbild .....	221
d)	Eingeschränkter Informationsfluss .....	223
e)	Straf- und berufsrechtliche Sanktionen .....	224
f)	Schadensersatz.....	226
5.	Zwischenergebnis.....	227
<i>V.</i>	<i>Eröffnung eines Insolvenzverfahrens</i> .....	227
<i>VI.</i>	<i>Erneute Besichtigung</i> .....	228
1.	Selbstständiges Beweisverfahren .....	229
2.	Duldungsverfügung.....	231
a)	Leistungserfolg beim Veränderungsverbot .....	232
b)	Leistungserfolg bei der Verschwiegenheitsverpflichtung ....	232
c)	Leistungserfolg bei der Duldungsverfügung als solcher .....	232
3.	Zwischenergebnis.....	234
<i>VII.</i>	<i>Zusammenfassung</i> .....	234
<b>E.</b>	<b>Das Gutachten</b> .....	236
<i>I.</i>	<i>Erstellung durch den Sachverständigen und Vorlage an das Gericht</i> .....	236
1.	Inhalt des Sachverständigengutachtens .....	237
2.	Anhörung des Sachverständigen .....	239
<i>II.</i>	<i>Weiterleitung des Gutachtens an die Parteien</i> .....	240
1.	Gutachtenverwahrung wegen Unzuständigkeit des Gerichts.....	241
2.	Freigabe an den Antragsgegner.....	242
a)	Stellungnahmemöglichkeit des Antragsgegners.....	242
aa)	Anforderungen an die Stellungnahme.....	244

bb) Zeitpunkt für die Beurteilung der Geheimhaltungsinteressen.....	246
b) Aushändigung von Unterlagen durch den Antragsteller .....	246
3. Freigabe an die anwaltlichen Vertreter des Antragstellers.....	249
a) Antragserfordernis .....	250
b) Gesonderte Verschwiegenheitsverpflichtung .....	251
c) Kontakt zum Antragsteller.....	253
4. Freigabe an den Antragsteller .....	255
a) Öffentlichkeit des Besichtigungsgegenstandes .....	256
b) Fehlende oder eingeschränkte Öffentlichkeit des Besichtigungsgegenstandes .....	257
aa) Besichtigung und Gutachten offenbaren keine geheimhaltungsbedürftigen Informationen .....	257
bb) Besichtigung offenbart Geheimnisse und Gutachten enthält keine geheimhaltungsbedürftigen Informationen.....	258
cc) Gutachten beinhaltet geheimhaltungsbedürftige Informationen.....	259
(1) Maßnahmen zum Geheimnisschutz.....	259
(a) Bearbeitung des Sachverständigengutachtens ...	260
(b) Schwärzungen.....	260
(c) Verfahrensaussetzung .....	263
(d) Strafbewehrte Geheimhaltungsverpflichtung ....	263
(e) Sicherheitsleistung .....	264
(2) Entscheidung über die Gutachtenfreigabe.....	265
(a) Nachweis einer Schutzrechtsverletzung .....	266
(b) Widerlegung einer Schutzrechtsverletzung .....	267
(3) „Alles oder Nichts“-Lösung .....	268
(4) Gestufte Gutachtenherausgabe .....	269
c) Zeitliche Aussetzung der Gutachtenweiterleitung.....	271
5. Anhörung des Sachverständigen durch die Parteien .....	273
6. Rechtmäßigkeit der Beweisaufnahme .....	275
7. Zwischenergebnis.....	277
<i>III. Weitere Maßnahmen zum Geheimnisschutz.....</i>	277
1. Keine Offenbarung gegenüber verfahrensunbeteiligten Dritten .	278
2. Abfassung des Urteils.....	279
3. Wechsel der Prozessbevollmächtigten .....	280
4. Nachfolgendes Hauptsacheverfahren .....	281

<i>IV. Ablehnung des Sachverständigen</i> .....	282
1. Besorgnis der Befangenheit .....	283
2. Ablehnungsfrist.....	284
<i>V. Vorwegnahmeverbot</i> .....	285
<i>VI. Wirkung des Gutachtens</i> .....	287
<i>VII. Schadensersatz bei Ausschluss einer Schutzrechtsverletzung</i> .....	289
1. Besichtigungsanordnung .....	289
a) Selbstständiges Beweisverfahren .....	289
b) Duldungsverfügung .....	290
2. Konkreter Schaden .....	291
3. Nachweisschwierigkeiten.....	293
<i>VIII. Zusammenfassung</i> .....	294
<b>F. Rechtsschutz gegen die Besichtigungsanordnung</b> .....	297
<i>I. Aufhebung oder Abänderung der Besichtigungsanordnung</i> .....	299
1. Stattgebender Beschluss.....	300
a) Anordnung des selbstständigen Beweisverfahrens.....	300
aa) Ausschluss der sofortigen Beschwerde.....	300
bb) Anhörungsrüge .....	302
cc) Rüge der Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens .....	303
b) Anordnung der Duldungsverfügung .....	304
aa) Widerspruch .....	304
(1) Kostenübernahmeverklärung.....	307
(2) Erledigungserklärung .....	307
(a) Widerlegung einer Schutzrechtsverletzung .....	308
(b) Unklarheit über eine Schutzrechtsverletzung .....	310
(c) Nachweis einer Schutzrechtsverletzung .....	311
bb) Kostenwiderspruch.....	312
(1) Beschlagnahmefälle.....	313
(2) Verzicht auf eine vorherige Abmahnung .....	314
(3) Frist.....	317
2. (Teilweise) Zurückweisender Beschluss .....	319
a) (Teilweise) Zurückweisung des Antrags auf Erlass des selbstständigen Beweisverfahrens .....	319

b) (Teilweise) Zurückweisung des Antrags auf Erlass einer Duldungsverfügung .....	320
3. Zwischenergebnis.....	321
II. Verhinderung der Gutachtenfreigabe .....	322
1. Gutachtenfreigabe .....	323
a) (Teilweise) Zurückweisender Beschluss .....	323
b) Stattgebender Beschluss .....	324
2. Einwendungen gegen das Gutachten.....	327
a) Keine erweiterte Einwendungsbefugnis .....	327
b) Präklusion .....	328
3. Mündliche Erörterung des Gutachtens.....	330
4. Streitwert des Beschwerdeverfahrens .....	330
5. Zwischenergebnis.....	331
III. Fristsetzung zur Hauptsacheklage.....	332
1. Selbstständiges Beweisverfahren .....	332
a) Fristsetzung.....	333
b) Keine konstitutive Kostenentscheidung .....	334
c) Antragsrücknahme.....	337
d) Anfechtungsmöglichkeit.....	339
2. Duldungsverfügung.....	340
3. Zwischenergebnis.....	341
IV. Erneute Besichtigung .....	342
V. Zusammenfassung .....	343
G. Gesamtergebnis .....	346
Literaturverzeichnis .....	353
Sachregister .....	387