

beiden Verträge aufeinander spricht nur für einen geringen Zusammengehörigkeitswillen der Parteien (vgl. Zahrnt, DV-Verträge: Rechtsfragen und Rechtsprechung, Hallbergmoos 1987, S. 120 ff.). Dann ist auf den Willen der Parteien im übrigen abzustellen. Und dieser spricht sehr für das Auftreten der beiden Lieferanten als Einheit: Gemeinschaftsstand in Hannover (Hersteller mit verschiedenen Softwarehäusern auf seinem Stand); Vertragsschlüsse am selben Tag.

Weiterhin kommt ein Softwareanbieter nicht von ungefähr auf die Vorgabe, daß seine Software nur auf X-Computern eingesetzt werden darf. Schließlich ist das erst einmal negativ für ihn: er schränkt seine Absatzmöglichkeiten ein. Also spricht alles dafür, daß er diese Vorgabe auf Wunsch des Herstellers aufgenommen hat: Dieser will dadurch seinen Hardwareabsatz fördern. Dann muß dieser als Trittbrettfahrer auch die Konsequenzen tragen. (ch. z.)

## Besichtigungsanspruch und Kosten

**LG München I, Beschluß vom 8. Juli 1985 und Urteil vom 13. September 1985 (21 O 12260/85) OLG München, Beschluß vom 31. Oktober 1986 (11 W 1282/86)**

### Paragrafen

BGB: § 809; § 811

ZPO: § 91; § 402

### Stichworte

Urheberrechtsfähigkeit — Urheberrechtsverletzung — Besichtigungsanspruch — einstweilige Verfügung — Vorlage an Sachverständigen

Tenor des Beschlusses des LG München I vom 8. Juli 1985

Einstweilige Verfügung „wegen Unterlassung (UrhG)

- I. Der Antragsgegnerin wird ... §§ 890, 935 ff. ZPO verboten im Geschäftsverkehr zur Werbung für die von ihr angebotenen Computer-Programme die mit dieser einstweiligen Verfügung verbundene Werbeschrift ... zu verwenden.
- II. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, in ihren Geschäftsräumen die der in Ziffer I näher bezeichneten Werbeschrift zugrundeliegenden Disketten, Platten oder Bänder mit den Typenbezeichnungen ... und/oder die in der Hardware der Typen ... angeordneten Festspeicher mit den Programmen der oben erwähnten Typenbezeichnungen dem Sachverständigen ... in Begleitung eines Gerichtsvollziehers zum Zwecke der Vorführung und zur Erstellung eines Sachberichts vorzulegen, um festzustellen, inwieweit die oben näher bezeichneten Programme mit den entsprechenden Programmen der Antragstellerin mit den Typenbezeichnungen ... ganz oder teilweise übereinstimmen.

Im übrigen wird der Sachverständige zur Verschwiegenheit verpflichtet.“

Die Verfügungsgegnerin legte Widerspruch allein wegen der Verurteilung zur Tragung der Kosten ein. Das LG hielt die Verfügung in diesem Punkt im Urteil vom 13. September 1985 aufrecht.

Bei der anschließenden Kostenfestsetzung wurden die Sachverständigenkosten nicht festgesetzt. Dagegen wandte sich die Klägerin mit der Erinnerung bzw. mit einer sofortigen Beschwerde. Diese wurde vom OLG München zurückgewiesen.

### Gründe des OLG

„1. Die von der Klägerin geltend gemachten Sachverständigenauslagen sind keine Kosten der einstweiligen Verfügung. Es handelt sich bei ihnen weder um gerichtliche, noch um außergerichtliche Kosten des Rechtsstreits im Sinne von § 91 ZPO, da sie weder für das Verfahren noch in diesem entstanden sind.

Die Bestimmung des Gutachters durch die einstweilige Verfügung ist entgegen der Meinung der Klägerin nicht als

gerichtliche Beauftragung eines Sachverständigen gem. §§ 402 ff. ZPO zur Durchführung einer Beweisaufnahme anzusehen. Das Gericht hat hier auf Grund materiellen Rechts einen Empfangs- und Besichtigungsberechtigten ausgewählt und hierbei gleichzeitig dem Wunsch der Klägerin entsprochen, einen Computersachverständigen als Dritten zu bestimmen. Gestützt auf § 809 BGB hat die Klägerin von der Beklagten die Vorlage der Computerprogramme zur Besichtigung verlangt. Grundsätzlich steht nach § 809 BGB dem Vorlegungsgläubiger das Recht zu, Vorlegung an sich zu verlangen und die Sache auch persönlich zu besichtigen. Dieses Recht auf unmittelbare Besichtigung kann jedoch eingeschränkt sein, wenn glaubhaft gemachte Geheimhaltungsinteressen des Vorlegungsschuldners bestehen (BVerfGE 27, 344). In diesen Fällen ist ein Dritter zu beauftragen, der die Besichtigung für den Vorlegungsgläubiger unter Wahrung der Betriebsgeheimnisse des Vorlegungsschuldners durchführt (BGHZ 93, 191/213). Dem hat die Klägerin mit ihrem Antrag Rechnung getragen, indem sie die Vorlage der Programme an einen Dritten begehrt hat.

Diesem Dritten kommt eine doppelte Funktion zu: Gegenüber dem Vorlegungsschuldner hat er wegen der Verpflichtung zur Geheimhaltung eine treuhänderähnliche Stellung. Gegenüber dem Vorlegungsgläubiger ist er Beauftragter, der für diesen die Vorlegungssache zu besichtigen hat, um gegebenenfalls in einem späteren Rechtsstreit der Parteien als Zeuge auftreten zu können (Leppin, GRUR 1984, 560).

Obwohl das mit der einstweiligen Verfügung verfolgte Begehren der Klägerin auf Beweissicherung gerichtet war, wurde hier kein Beweissicherungsverfahren nach §§ 485 ff. ZPO durchgeführt. Das in der ZPO geregelte Beweissicherungsverfahren zielt auf eine sofortige Beweisaufnahme durch das Gericht ab, während das mit dem einstweiligen Verfügungsverfahren von der Klägerin verfolgte Begehren lediglich ein Beweismittel beibringen soll. Die Verwendung des Begriffes „Sachverständiger“ bei der Auswahl des Dritten und die Beschreibung seiner Aufgabe im Tenor der einstweiligen Verfügung erwecken zwar zunächst den Anschein einer Beauftragung des Sachverständigen im Rahmen einer vom Gericht angeordneten Beweisaufnahme. Eine solche hat das Landgericht jedoch weder gewollt noch vollzogen, was sich daraus ergibt, daß es von der Klägerin keinen Kostenvorschuß für die Beauftragung des Sachverständigen verlangt hat. Das Landgericht hat es vielmehr zutreffend der Klägerin überlassen, den Sachverständigen zu beauftragen. Abgesehen davon wäre ein Beweissicherungsverfahren, da ein Rechtsstreit zwischen den Parteien noch nicht anhängig war, gem. § 487 Abs. 3 ZPO vor dem Amtsgericht und nicht vor dem Landgericht durchzuführen gewesen. Die Bestellung eines Sachverständigen hätte auch nicht durch eine einstweilige

Verfügung, sondern im Rahmen eines gesondert durchzuführenden Beweissicherungsverfahrens durch einen Beweissicherungsbeschluß erfolgen müssen (§§ 485 ff. ZPO).

Da die Beauftragung des Sachverständigen nach seiner Auswahl durch das Gericht, somit außerhalb des einstweiligen Verfügungsverfahrens, erfolgte, können die Sachverständigenauslagen auch nicht Verfahrenskosten sein.

2. Die Klägerin kann die Auslagen für den Sachverständigen auch nicht gem. § 788 ZPO als Kosten der Zwangsvollstreckung erstattet verlangen. Den Vorschriften der §§ 91 und 788 ZPO liegt die allgemeine gesetzgeberische Entscheidung zugrunde, daß die obsiegende Partei die notwendigen Kosten der ihr durch das Urteil eröffneten Maßnahmen zur Verfolgung und Durchsetzung ihres Anspruchs von dem Unterlegenen zurückfordern kann (BGH MDR 74, 573). Die Überbürdung der Kosten der Zwangsvollstreckung auf den Schuldner stellt hierbei den gerechten Ausgleich für die vom Gläubiger anstelle des erfüllungsunwilligen Schuldners mit Hilfe der staatlichen Vollstreckungsorgane durchgeführten Maßnahmen zur Durchsetzung seiner Ansprüche dar. Hieraus folgt, daß Auslagen, die dem Gläubiger lediglich anlässlich der Zwangsvollstreckung entstanden sind, ohne daß sie gerade der Verfolgung und Durchsetzung seines materiellen Anspruchs dienten, keine Kosten der Zwangsvollstreckung sein können. Hierunter fallen alle Kosten des Gläubigers, die er bei freiwilliger Leistung des Schuldners nach materiellem Recht auch selbst zu tragen hätte (Stein-Jonas, ZPO, 20. Aufl. § 788 Rdnr. 13). Da bereits auf Grund materiellen Rechtes die Einschaltung eines Dritten erforderlich war, dieser also auch bei freiwilliger Vorlage der zu besichtigenden Sache seitens des Schuldners hätte tätig werden müssen, können die Auslagen des Gläubigers für die Beauftragung des Dritten zur Besichtigung und Anfertigung eines Sachverständigengutachtens keine Kosten der Zwangsvollstreckung sein.

Fraglich ist es, ob der Dritte dadurch, daß er durch die einstweilige Verfügung als Empfänger der vorzulegenden Computerprogramme ausgewählt worden ist, nicht die Stellung eines *Sequesters* im Sinne von § 938 ZPO erhalten hat. Die Tätigkeit eines Sequesters ist dadurch gekennzeichnet, daß er Gegenstände, die der Zwangsvollstreckung unterliegen, während des Laufes des Zwangsvollstreckungsverfahrens als Treuhändler in Gewahrsam nimmt und diese verwahrt bzw. verwaltet (KG Rpfleger 82, 80; OLG München MDR 85, 855). Der Dritte wurde hier nicht Sequester, da eine etwaige Verwahrung der Computerprogramme durch ihn außerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens erfolgte. Gem. § 883 ZPO, der hier auf die Vorlage der Computerprogramme entsprechend anzuwenden ist (Palandt-Thomas, 45. Aufl., § 809 Anm. 4; OLG Hamm, Der Betrieb, 1973, 2443 m. w. N.; a. A. Münch. Komm., Wallenthin, § 809 Rdnr. 9 m. w. N.), endet nämlich die Zwangsvollstreckung, wenn die vom Schuldner vorzulegende Sache vom Gerichtsvollzieher an den Gläubiger übergeben worden ist. Nichts anderes gilt, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache an einen vom dem Gläubiger beauftragten Empfangsbevollmächtigten übergeben hat. Die Tatsache, daß vorliegend der Empfangsbevollmächtigte vom Gericht ausgewählt worden ist, ändert hieran nichts. Da mit der Aushändigung der Computerprogramme an den Dritten die Zwangsvollstreckung beendet war, konnte ein Zwangsverwahrungsverhältnis, für dessen Kosten die Beklagte hätte aufkommen müssen (vgl. OLG Stuttgart, Rpfleger 1981, 157), demnach nicht entstehen.

Der mögliche Fall einer Bestellung des Dritten als Sequester durch den Gerichtsvollzieher lag hier nicht vor. Bei einer solchen Sachlage ergäbe sich auch eine unterschiedliche Kostentragungspflicht entsprechend den unterschiedlichen Tätigkeiten des Dritten. Die Kosten für seine Sequestertätigkeit

wären als Zwangsvollstreckungskosten dem Vorlegungsschuldner, die Besichtigungs- und Begutachtungskosten vom Vollstreckungsgläubiger zu tragen.

Die Auswahl des Sachverständigen durch das Gericht und seine anschließende Beauftragung durch die Klägerin erweisen sich somit als nicht im Vollstreckungsrecht wurzelnde materiell-rechtliche Bedingungen für die Durchsetzung des Vorlegungsanspruches. Die Rechtslage ist hierbei ähnlich wie bei der Vollstreckung einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung (§ 756 ZPO). Auch in diesem Fall muß der Gläubiger eine aus materiellem Recht sich ergebende Bedingung – das ordnungsgemäße Angebot der Gegenleistung an den Schuldner – vorher erfüllen, damit der Gerichtsvollzieher mit der Zwangsvollstreckung beginnen kann. Auch hier hat nach heute herrschender Meinung der Gläubiger für das Angebot selbst zu tragen, soweit sie ihn auch ohne Zwangsvollstreckung treffen würden (OLG Frankfurt Jur-Büro 79, 1721 = Rpfleger 80, 28; Zöller-Stöber, ZPO, 14. Aufl., Rdnr. 4 zu § 788; Stein-Jonas, aaO, § 788 Rdnr. 13; noch anderer Ansicht OLG Hamburg JurBüro 70, 1069; Nowak DGfVZ 75, 148).

3. Gegen eine Überbürdung der Sachverständigenkosten auf die Beklagte spricht auch die in § 811 Abs. 2 BGB getroffene Kostenregelung. Hiernach hat die Kosten einer Vorlegung derjenige zu tragen, der sie verlangt. Der Rechtsgedanke, der dieser Regelung zugrunde liegt, ist, daß der Gläubiger, der die Vorlegung begehrt, ein eigenes Geschäft führt. Es ist deshalb ein Gebot der Gerechtigkeit, den Vorlegungsschuldner nicht mit Kosten zu belasten. Hieraus folgt, daß auch die Kosten für die Einschaltung eines Empfangs- und Besichtigungsberechtigten den Vorlegungsgläubiger treffen. Auch wenn der Dritte in Rücksicht auf die Betriebsgeheimnisse des Vorlegungsschuldners bestellt wird, ändert dies nichts daran, daß der Vorlegungsgläubiger auch dann noch ein eigenes Geschäft führt. Die Regelung in § 811 Abs. 2 BGB hat damit auch unmittelbare Auswirkungen auf die Kostentragungspflicht im Zwangsvollstreckungsverfahren. Aus § 811 Abs. 2 folgt nämlich gerade, daß alle Kosten der Vorlage, die auch ohne Zwangsvollstreckung angefallen wären, vom Gläubiger zu tragen sind. Bejaht man wie der beschließende Senat eine aus § 811 Abs. 2 BGB sich ergebende materiell-rechtliche Pflicht des Vorlegungsgläubigers, die Kosten für die Beauftragung des Dritten zu tragen, entfällt auch auf Grund materiellen Rechts die Möglichkeit, die Kosten hierfür dem Vorlegungsschuldner nach § 788 ZPO zu überbürden.

Somit besteht für den Vorlegungsgläubiger kein prozessualer Kostenerstattungsanspruch auf Ersatz der Sachverständigenkosten gegenüber dem Vorlegungsschuldner (ebenso Leppin, aaO, 561, 709, jedoch ohne nähere Begründung).

Durch die Verneinung eines prozessualen Kostenerstattungsanspruchs wird das Recht der Klägerin, Ersatz für die Sachverständigenkosten in einem Schadensersatzprozeß von der Beklagten zu verlangen, falls eine Urheberrechtsverletzung durch die Beklagte gegeben sein sollte, nicht berührt (vgl. Leppin, aaO, 713, 778).<sup>4</sup>

### Anmerkung

Es handelt sich nicht um die erste Entscheidung der 21. Kammer zum Thema Urheberrecht und Programme. Dementsprechend darf davon ausgegangen werden, daß das Gericht sich etwas dabei gedacht hat, daß es die Frage nicht – wie sonst üblich – gestellt hat, ob die Programme überhaupt urheberrechtsfähig sind. Es spricht von der Prozeßökonomie und von der Effektivität des Rechtsschutzes her alles dafür, daß der Besichtigungsanspruch erst einmal bejaht wird. Das gilt insb., wenn der Antragsteller die Kosten für den Sachverständigen im Verfügungsverfahren selber tragen muß. (ch. z.)