
Datum: 14.01.2009
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: I-2 W 56/08
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2009:0114.I2W56.08.00

Tenor:

I. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 4a Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 4. August 2008 aufgehoben.

II. Die Sache wird an das Landgericht zurückverwiesen, welches unter Be-achtung der Ausführungen in diesem Beschluss erneut über die Aus-händigung des Besichtigungsgutachtens an die Antragstellerin und die Entbindung ihrer anwaltlichen Vertreter von der Schweigepflicht zu ent-scheiden hat.

III. Dem Landgericht wird auch die Entscheidung über die Kosten des Be-schwerdeverfahrens übertragen.

IV. Der Beschwerdewert wird auf 62.500,-- EUR festgesetzt.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig (vgl. Senat, InstGE 8, 186 – Klinkerriemchen II; OLG Düsseldorf (20. ZS), InstGE 9, 41 – Schaumstoffherstellung) und begründet. Die angefochtene Entscheidung, mit der das Landgericht eine Aushändigung des Besichtigungsgutachtens an die Antragstellerin und eine Entbindung ihrer Anwälte von der Schweigepflicht verweigert hat, kann keinen Bestand haben. Ohne vorherige Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen durfte das Landgericht den Verletzungstatbestand nicht verneinen. Die Sache ist deswegen zur weiteren Sachaufklärung an die erste Instanz zurückzuverweisen (§ 572 Abs. 3 ZPO).

I.	2
Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass das zum Zwecke der Besichtigung durchgeführte selbständige Beweisverfahren grundsätzlich mit der Übersendung des Sachverständigengutachtens an die Parteien und einer sich auf Antrag einer der Beteiligten ggf. hieran anschließenden mündlichen Anhörung des Sachverständigen endet (BGH, Mitt 2006, 90). Bezüglich des Besichtigungsschuldners und der zur Verschwiegenheit verpflichteten Anwälte des Besichtigungsgläubigers ergeben sich im Zusammenhang mit der Überlassung des Gutachtens keine Probleme, wenn sie – wie hier – persönlich bei der sachverständigen Besichtigung zugegen waren. Gelingt es dem Besichtigungsschuldner, beachtenswerte Geheimhaltungsinteressen geltend zu machen, bedarf es allerdings einer förmlichen gerichtlichen Entscheidung darüber, ob und ggf. in welcher Form auch dem Besichtigungsgläubiger persönlich das Gutachten zur Kenntnis gebracht und seine Anwälte von der ihnen auferlegten Verschwiegenheitspflicht entbunden werden.	3
1.	4
Bestehen hinsichtlich des Gutachteninhalts selbst keine Geheimhaltungsinteressen, sind den Teilnehmern der Besichtigung jedoch im Übrigen Betriebsinterna zur Kenntnis gelangt, deren Geheimhaltung im berechtigten Interesse des Besichtigungsschuldners liegt, so ist das Sachverständigengutachten dem Besichtigungsgläubiger zuzustellen und ggf. in einem Anhörungstermin zu erörtern. Im Umfang des dokumentierten Besichtigungsergebnisses kann gleichfalls die Pflicht zur Verschwiegenheit entfallen; für die über das Gutachten hinausgehenden (geheimhaltungsbedürftigen) Tatsachen hat die angeordnete Verschwiegenheitsverpflichtung demgegenüber fortzubestehen.	5
Legt das Gutachten (einschließlich Anlagen) selbst Tatbestände offen, an deren Geheimhaltung der Besichtigungsschuldner ein beachtliches Interesse glaubhaft machen kann, so ist zu unterscheiden: Lässt sich der geheimnisgeschützte Sachverhalt ohne Sinnentstellung dadurch eliminieren, dass die betreffende Passage des Gutachtens geschwärzt wird, ist dem Schutzrechtsinhaber ein entsprechend redigiertes Exemplar zu übersenden, womit das selbständige Beweisverfahren beendet ist. Kommt ein solches Vorgehen nicht in Betracht, z.B. weil der besichtigte Gegenstand eine abhängige Erfindung darstellt, so hängt die Aushändigung des Gutachtens an den Besichtigungsgläubiger davon ab, ob bei vorläufiger Beurteilung eine Patentverletzung zu bejahen ist oder nicht: Ergibt die Besichtigung eine (ggf. abhängig erfinderische) Patentverletzung, so hat der Geheimnisschutz des Verletzers hinter den Belangen des Schutzrechtsinhabers, seine gesetzlich verbrieften Ausschließlichkeitsrechte auch gegenüber einer zwar erfinderisch abgewandelten, aber dennoch wortsinngemäß oder äquivalent patentverletzenden Benutzungsform zur Geltung zu bringen, zurückzutreten. Umgekehrt gilt entsprechendes: Stellt der mit Hilfe des Sachverständigen ermittelte Besichtigungsgegenstand keine Patentverletzung dar, gebieten es die nunmehr vorrangigen Geheimhaltungsbelange des Schuldners, dass dem Patentinhaber weder das Gutachten ausgehändigt noch seine Anwälte von ihrer Schweigepflicht entbunden werden (LG Düsseldorf, InstGE 6, 189 – Walzen-Formgebungsmaschine I).	6
2.	7
Die besagten Grundsätze hat auch das Landgericht zutreffend seiner Beurteilung zugrunde gelegt. Seine Entscheidung, der Antragstellerin das Besichtigungsgutachten vorzuenthalten und die Verschwiegenheitsverpflichtung für ihre Anwälte fortbestehen zu lassen, ist dennoch zu beanstanden. Auch wenn die Antragsgegnerin, wovon das Landgericht ausgegangen ist,	8

Geheimhaltungsinteressen für sich reklamieren kann, beruht seine Annahme, die Antragsgegnerin mache von der technischen Lehre des Antragspatents keinen Gebrauch, auf Verfahrensfehlern.

a) 9

Da das Streitpatent einen technischen Bereich betrifft, der den nicht einschlägig vorgebildeten Mitgliedern der Patentstreitkammer ersichtlich nicht geläufig ist, hätte es sich vor einer von der Einschätzung des fachkundigen Gerichtsgutachters abweichenden Bewertung der Verletzungsfrage durch dessen (schriftliche oder mündliche) Anhörung vergewissern müssen, ob seine Überlegungen zur Nichtverwirklichung bestimmter Anspruchsmerkmale wirklich stichhaltig sind. Davon war das Landgericht nicht deshalb enthoben, weil die Auslegung eines Patents und die Bestimmung von dessen Schutzbereichs nach der Judikatur des Bundesgerichtshofs Rechtsfragen sind. Denn in das dem Verletzungsgericht überantwortete wertende Verständnis vom Inhalt der Merkmale eines Patentanspruchs fließen regelmäßig Tatsachen ein, die sich nur aus der Sicht des Durchschnittsfachmanns beantworten lassen und die deshalb aus eben seinem Verständnishorizont festzustellen sind. Dazu gehören etwa ein bestimmtes Vorverständnis Sachkundiger auf dem betreffenden Fachgebiet, aber auch Kenntnisse, Fertigkeiten, Erfahrungen und methodische Herangehensweisen, die dem Fachmann bezogen auf den Prioritätstag eigen waren und mit denen er die Lektüre der Patentschrift vornimmt. Sie alle hat das Verletzungsgericht – ggf. sachverständig beraten und in Auseinandersetzung mit den Ausführungen des Sachverständigen (BGH, GRUR 2006, 962 – Restschadstoffentfernung) – zu ermitteln und auf ihrer Grundlage alsdann den Inhalt des Patents eigenverantwortlich zu ermitteln (BGHZ 160, 204 – Bodenseitige Vereinzelungseinrichtung; BGH, GRUR 2004, 411 – Diabehältnis; BGH, GRUR 2006, 131 – Seitenspiegel). Sobald für ein von der Beurteilung des Sachverständigen abweichendes Verständnis von der Erfindung die eingangs genannten Tatsachen ins Spiel kommen, d.h. sobald die vermeintliche Fehlinterpretation des Gutachters nicht ausschließlich auf einer Verkennung patentrechtlicher Auslegungsregeln beruht, hat das Verletzungsgericht entweder den Sachverständigen ergänzend zu denjenigen Erwägungen tatsächlicher Art zu befragen, mit denen es den Verletzungstatbestand anders beurteilen will, oder aber seine eigene überlegene technische Sachkunde in diesem Punkt darzulegen.

b) 11

Dieser Verpflichtung ist das Landgericht vorliegend nicht in der gebotenen Weise nachgekommen. Mit den von ihm bisher verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen lässt sich eine Patentverletzung nicht verneinen.

aa) 13

Merkmal (b) besagt, dass "der Stream (= Datenstrom) automatisch in Segmenten einstellbarer Länge gespeichert wird."

Datenstrom kann – wie der Sachverständige überzeugend dargetan hat – das von einem bestimmten Sender während eines Tages ausgestrahlte Fernsehprogramm sein. Eine einzelne Sendung innerhalb dieses Programms stellt daher ein Segment im Sinne des Klagepatents (scil.: ein Teil des Ganzen) dar.

Ausgehend hiervon ist das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Lehre des Klagepatents dahin geht, Segmente des Datenstroms zu speichern und diese Segmente nach ihrer Speicherung zu lesen. Letzteres ergibt sich aus dem Merkmal (e), welches besagt,

dass es die *gespeicherten* Daten sind, die über das Internet gelesen werden, sowie dem Merkmal (c), welches festlegt, dass neben dem Beginn des Segments auch dessen Länge oder Endzeitpunkt gespeichert werden. Mit Rücksicht darauf trifft die Annahme des Landgerichts zu, dass eine wortsinngemäße Benutzung nicht festgestellt werden kann, weil bei der angegriffenen Ausführungsform die Sendung als Ganzes als Datei gespeichert wird, ein Lesezugriff jedoch schon vorher, mithin während der laufenden Aufzeichnung, möglich ist.

Das Landgericht hat die Feststellungen des Sachverständigen jedoch unzureichend ausgewertet. Der Gutachter hat nämlich ausgeführt, dass nach dem Inhalt der Patentschrift der wesentliche Grund für die vom Klagepatent geforderte Segmentierung (d.h. genauer die Speicherung von Segmenten des Datenstromes vor einem Lesezugriff) darin liegt, einen konkurrierenden Zugriff auf die audiovisuellen und/oder multimedialen Daten zu ermöglichen. In der Tat heißt es im Absatz [0009] des allgemeinen Beschreibungstextes:

"Bei dem (erfindungsgemäßen) Verfahren ... wird der Stream automatisch in Segmenten einstellbarer Länge gespeichert. Dadurch ist es möglich, unmittelbar nach Abschluss der Speicherung eines Segments auf dieses zuzugreifen. ... Sobald ein Segment gespeichert ist, kann auf dieses zugegriffen werden. Es muss also nicht abgewartet werden, bis der vollständige Stream erzeugt und erfasst worden ist, so dass auf einzelne Punkte des Streams zugegriffen werden kann. ..."

Der Fachmann entnimmt der besagten Textstelle, dass die Speicherung der Datenstrom-Segmente den technischen Sinn hat, den Lesezugriff zulassen zu können, welcher sonst daran scheitern müsste, dass während des schreibenden Zugriffs auf das Segment kein weiterer konkurrierender Zugriff von anderer Seite erlaubt werden kann, der ggf. die Datenaufzeichnung stören könnte.

Nach den Darlegungen des Sachverständigen (GutA S. 7 f.) stellt sich das vom Klagepatent gesehene Problem bei *modernen* Betriebssystemen nicht mehr, weil diese bereits von Hause aus in der Lage sind, während des schreibenden Zugriffs auf ein Datenstrom-Segment einen lediglich lesenden Zugriff auf dasselbe Segment von dritter Seite zuzulassen. Für den Durchschnittsfachmann, dem solche leistungsfähigen Betriebssysteme zur Verfügung stehen, kann es nahegelegen haben, dass er auf die vorherige Speicherung der Datenstrom-Segmente verzichten kann, weil er es sich dank der modernen Betriebssystemtechnik leisten kann, ein- und dasselbe Segment zu beschreiben und – von dritter Seite – gleichzeitig lesen zu lassen.

In rechtlicher Hinsicht kann sich unter solchen Umständen das Problem der Äquivalenzprüfung bei im Prioritätszeitpunkt noch unbekanntem Ersatzmitteln stellen, nämlich dann, wenn der Sachverständige bestätigen sollte, dass die erörterten leistungsstarken Betriebssysteme erst nach dem Prioritätszeitpunkt des Klagepatents verfügbar geworden sind. War das Ersatzmittel als solches am Prioritätstag noch unbekannt, weil es erst durch den weiteren Fortgang der technischen Entwicklung bereitgestellt worden ist, so ließe sich zwar theoretisch folgern, dass in seiner Wahl keine äquivalente Benutzung liegen kann, weil das Austauschmittel für einen Durchschnittsfachmann mit dem Wissen des Prioritätstages naheliegend gewesen sein muss. Diese Konsequenz wäre jedoch unhaltbar, wenn es in Kenntnis des Patents keiner über die Routine des Fachmanns hinausgehender Erwägungen bedurfte, um zu erkennen, dass die patentierte Erfindung objektiv gleichwirkend auch mit dem erstmals nachträglich zur Verfügung stehenden Mittel ausgeführt werden kann. Hier beruht die Abwandlung vom Anspruchswortlaut gerade nicht auf besonderen schöpferischen Überlegungen des Fachmanns, sondern darauf, dass dem Verletzer – zufällig – der allgemeine technische Fortschritt "in den Schoß gefallen" ist. Unter solchen Umständen muss

es für die Einbeziehung in den Schutzbereich ausreichen, dass die Äquivalenzvoraussetzungen des Naheliegens bei Orientierung an der technischen Lehre des Patentanspruchs erfüllt sind, wenn unterstellt wird, dass dem Fachmann das (tatsächlich erst später verfügbar gewordene) Ersatzmittel bereits im Prioritätszeitpunkt bekannt gewesen ist (vgl. zu dem Problemkreis auch Benkard/Scharen, PatG GebrMG, 10. Aufl., § 14 PatG Rn. 113).

Dem hätte das Landgericht zumindest mit einem gerichtlichen Hinweis nachgehen müssen, welcher der Antragstellerin Gelegenheit geben hätte, ihren Sachvortrag entsprechend zu ergänzen. Das gilt umso mehr, als im Rahmen der Entscheidung über die Gutachtenaushändigung ein Zurückstehen von Geheimhaltungsinteressen der Antragsgegnerin nicht erst dann geboten ist, wenn die Verletzungsargumentation der Antragstellerin auf eine schon bestehende höchstrichterliche Rechtsprechung verweisen kann (woran es vorliegend ggf. fehlen würde), sondern schon dann gerechtfertigt sein kann, wenn ernstzunehmende Kommentarstimmen oder, sofern die Rechtsfrage auch in der Literatur noch keine Erörterung erfahren haben sollte, objektiv gewichtige Argumente eine der Antragstellerin günstige Verletzungsentscheidung hinreichend wahrscheinlich machen. Anderenfalls würde der Antragstellerin über die Vorenthaltung der Besichtigungsergebnisse von vornherein die Möglichkeit genommen, eine aussichtsreiche Rechtsverfolgung überhaupt in Angriff zu nehmen. 22

bb) 23

Merkmal (d) verlangt, dass "Highlights markiert werden." 24

Das Landgericht hat – entgegen dem Verständnis des Sachverständigen - eine Verwirklichung des Merkmals (d) mit der Begründung verneint, die bei der angegriffenen Ausführungsform gespeicherten Anfangs- und Endzeitpunkte der Sendung könnten begrifflich nicht als "Highlights" verstanden werden, weil die Speicherung des Segmentanfangs und des Segmentendes gesondert in der Merkmalsgruppe (c) erwähnt sei. Auch diese Annahme begegnet Bedenken. 25

Ausweislich der Erläuterungen im Absatz [0011] ist ein Highlight ein bestimmter Ereigniszeitpunkt innerhalb eines Segments, der entweder manuell oder mittels Hardware markiert wird. Diese Definition trifft fraglos auch auf diejenigen Zeitmarken zu, die den Sendungsbeginn und das Ende der Sendung repräsentieren, weil es sich um konkrete Zeitpunkte handelt, die für ein bestimmtes Ereignis stehen. Als Grenzwerte eines geschlossenen Intervalls liegen beide Daten auch innerhalb – und nicht außerhalb - des Intervalls (GutA S. 10). 26

Richtig ist, dass der Segmentanfang und das Segmentende *als solche* noch keine Highlights darstellen. Haben die Segmente z.B. eine bestimmte Länge (Dauer) von beispielsweise 10 Minuten, so repräsentieren der Anfang und das Ende jedes Segments – ähnlich einem festen Fristbeginn und einem festen Fristende - lediglich eine bestimmte Zeitspanne (z.B. von 12.10 h bis 12.20 h, von 12.20 h bis 12.20 h, etc), aber noch kein über den bloßen Zeitverlauf hinaus gehendes Ereignis. Solches ist – wie die Antragstellerin mit Recht einwendet – erst der Fall, wenn innerhalb des betreffenden Segments (z.B. von 12.10 h bis 12.20 h) der (z.B. auf 12.15 h fallende) Beginn einer bestimmten Sendung als innerhalb des Segments liegendes Ereignis (welches sich zeitlich aus unterschiedlichen Gründen verschieben kann und deshalb der besonderen Kennzeichnung innerhalb des Segments bedarf) markiert wird. An der geschilderten Beurteilung, dass der Sendungsanfang (genauso wie das Sendungsende) ein Ereignis (= Highlight) darstellen, ändert sich nichts dadurch, dass der 27

Segmentbeginn von vornherein auf den Sendungsanfang und das Segmentende von vornherein auf das Ende der Sendung gelegt wird, so dass Beginn und Ende des Segments mit dem Beginn und dem Ende der Sendung (als dem zu markierenden besonderen Ereignis) zusammenfallen.

cc) 28

Nach Merkmal (f) "gibt ein Web-Browser über geeignete Plugins den Stream wieder." 29

Zugunsten der Antragsgegnerin kann unterstellt werden, das sich die angegriffene Ausführungsform zur Wiedergabe des audiovisuellen/multimedialen Datenstroms nicht eines Plugins bedient, sondern von der nach den Ausführungen des Sachverständigen einzigen Alternative einer unmittelbaren Implementierung im Code des Web-Browsers Gebrauch macht. Nach dem Inhalt der Klagepatentschrift kommt den Plugins lediglich die Aufgabe zu, den Datenstrom überhaupt wiederzugeben. Die Patentschrift benennt insofern *ein* taugliches Mittel, ohne dass es irgendeinen Anhalt dafür gibt, dass der Verwendung von Plugins ein Vorteil zugeschrieben wird, der sich mit einer Direktimplementierung im Browser-Code nicht erzielen ließe. Sollte es die letztgenannte Möglichkeit im Prioritätszeitpunkt noch nicht gegeben haben (worauf das Vorbringen der Antragstellerin hindeutet), so spricht vieles dafür, eine äquivalente Benutzung nach den unter aa) dargelegten Regeln anzunehmen. Sollten dem Fachmann beide Lösungsmöglichkeiten am Prioritätstag zur Verfügung gestanden haben, wird es darauf ankommen, ob der Durchschnittsfachmann die Erwähnung von Plugins als bloßes Beispiel für die Funktion "Wiedergabefähigkeit von Multimediadaten" verstanden hat oder als bewusste Beschränkung auf eine ganz bestimmte von mehreren bekannten Konstruktionen zur Realisierung dieser Funktion. Die erstgenannte Alternative kommt zumindest ernsthaft in Betracht, zumal sie auch vom gerichtlichen Sachverständigen seinem Verständnis von der Erfindung zugrunde gelegt worden ist. 30

II. 31

Eines besonderen Ausspruchs dazu, ob der Antragstellerin wenigstens das Ergebnis der Besichtigung als solches mitgeteilt werden darf, bedarf es nicht. Selbstverständlich sind die Anwälte der Antragstellerin hieran nicht gehindert, weil sich ihre Verschwiegenheitspflicht ausschließlich auf betriebsinterne Tatsachen bezieht, während es sich bei der Bekanntgabe davon, ob der gerichtliche Sachverständige im Ergebnis eine Patentverletzung bejaht oder verneint hat, um eine bloße Wertung handelt, die die Geheimnissphäre der Antragsgegnerin offensichtlich nicht berühren kann. Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn bereits die Mitteilung des Besichtigungsergebnisses aufgrund der besonderen Umstände des Falles Rückschlüsse auf eine bestimmte konstruktive Ausgestaltung des Besichtigungsgegenstandes zulässt. 32

III. 33

Der Beschwerdewert entspricht einem Viertel des für das selbständige Beweisverfahren anzusetzenden Hauptsachestreitwertes. Die Besichtigungsergebnisse sind zwar inzwischen dokumentiert; für die Antragstellerin würde die durchgeführte Beweiserhebung aber weitgehend wertlos bleiben, wenn ihr das Besichtigungsgutachten nicht ausgehändigt wird. 34
