[Briefkopf Anwaltskanzlei]

Einschreiben

Handelsgericht des Kantons Zürich

[Adresse]

8026 Zürich

[Ort], [Datum]

Klage

[Anrede]

In Sachen

CasaBuild GmbH Klägerin

[Adresse], Horgen

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

gegen

PxB AG Beklagte

[Adresse], Winterthur

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

betreffend

Urheber- und Wettbewerbsrechtsverletzung

reichen wir namens und im Auftrag der Klägerin

Klage

ein mit den folgenden

Rechtsbegehren

* 1. Der Beklagten sei unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall zu verbieten, die klägerische Software ABC (wie sie sich aus dem prozessualen Antrag Ziff 10.*a.* ergibt) zu kopieren, zu ändern, sonstwie umzugestalten oder zu bearbeiten.
  2. Der Beklagten sei unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall zu verbieten, entgeltlich oder unentgeltlich Software in den Verkehr zu bringen, zum Download anzubieten, sonst zugänglich zu machen oder zu verbreiten, sowie an den genannten Handlungen mitzuwirken oder solche zu begünstigen, soweit solche Software
     1. ganz oder teilweise eine Kopie der Software ABC im Sinne von Rechtsbegehren Ziff. 1 darstellt;
     2. eine geänderte Fassung, eine sonstige Umgestaltung oder Bearbeitung der Software ABC im Sinne von Rechtsbegehren Ziff. 1 darstellt.
  3. Die Beklagte sei unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB mit Busse und unter Androhung der kostenpflichtigen Ersatzvornahme im Widerhandlungsfall zu verpflichten, Auskunft zu erteilen und nach anerkannten Grundsätzen der Rechnungslegung Rechnung zu legen über alle verkauften oder sonstwie in Verkehr gebrachten Kopien der Software XYZ gemäss prozessualem Antrag Ziff. 10.*b.*, insbesondere über:
     1. den mit dieser Software erzielten Bruttoumsatz, unter Angabe des Verkaufspreises aufgeschlüsselt nach einzelnen Kunden;
     2. den mit dieser Software erzielten Gewinn;
     3. die Namen und Anschriften aller Kunden, die diese Software von der Beklagten, entgeltlich oder unentgeltlich, bezogen haben;
     4. die Angabe der externen Speicherungen (sog. Cloud-Speicherungen), die sie in Bezug auf Programmkopien der Software ABC (gemäss prozessualem Antrag Ziff. 10.*a.*; Quellcode und lauffähige Versionen) sowie der Software XYZ (gemäss prozessualem Antrag Ziff. 10.*b.*; jeweils den Quellcode und lauffähige Versionen) erstellt hat.
  4. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen nach erfolgter Rechnungslegung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 3 zu beziffernden Betrag zuzüglich 5% Zins p.a. seit dem anhand der erteilten Auskünfte festzusetzenden Schadensdatum, Bereicherungsdatum bzw. Datum der Gewinnerzielung zu bezahlen.
  5. Die Beklagte sei unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000.00 pro Tag der Nichterfüllung, mindestens aber CHF 5'000.00 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, sowie der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB mit Busse und unter Androhung der Ersatzvornahme durch behördlichen Zwang zu verpflichten, innert 10 Arbeitstagen seit Rechtskraft des Urteils sämtliche Programmkopien der Software ABC (gemäss prozessualem Antrag Ziff. 10.*a.*; Quellcode und lauffähige Versionen) sowie der Software XYZ (gemäss prozessualem Antrag Ziff. 10.*b.*; jeweils den Quellcode und lauffähige Versionen) irreversibel zu löschen, soweit diese bei der Beklagten vorhanden sind oder als externe Datenspeicherungen, auf die die Beklagte allein oder mit Dritten Zugriff hat (namentlich sog. Cloud-Speicherungen), bestehen. Namentlich hat die Beklagte die folgenden Datenträger, auf denen solche Programmkopien gespeichert sind, zu vernichten: (i) optische Datenträger (CD); (ii) Flash-Speicher (Memorysticks) und (iii) Festplattenspeicher in Recheneinheiten, soweit die Beklagte die irreversible Löschung von Daten von diesen nicht anderswie nachweist. Soweit die Beklagte Dritte (Rechtsbegehren Ziff. 3.*d.*) zur Löschung anweisen muss (z.B. bei Cloud-Speicherungen), sei die Beklagte auf Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung zu verpflichten.
  6. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin innert 10 Arbeitstagen seit Rechtskraft des Urteils eine unbedingte, inhaltlich zutreffende und durch ihre Organe unterzeichnete Bestätigung auszuhändigen, dass sie ihren Verpflichtungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 3 vollumfänglich nachgekommen ist.
  7. Die Klägerin sei zu ermächtigen, auf Kosten der Beklagten nach Rechtskraft des Urteils das Rubrum und Ziffer 1 sowie Ziffer 2 des Dispositivs des Urteils in deutscher Sprache in der Fachzeitschrift «L» (ISSN XXX-YYYY), herausgegeben durch [Herausgeber], und in französischer Sprache in der Fachzeitschrift «L» (ISSN AAA-BBBB), herausgegeben durch [Herausgeber], auf mindestens einer halben Seite zu veröffentlichen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

und den folgenden

prozessualen Anträgen

* 1. Die Akten aus dem Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung zwischen der Beklagten und der Klägerin seien beizuziehen und bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Verfahrens aufzubewahren.
  2. In Bezug auf die ins Recht gelegten Softwarecodes der Klägerin seien Massnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit anzuordnen, insbesondere seien die Beilagen xxx, xxx und xxx der Beklagten nicht zuzustellen.
  3. Die durch die Parteien eingereichten und noch einzureichenden Akten, sofern es sich um Datenträger mit Quellcodes einer der streitgegenständlichen Softwares handelt, namentlich:
     1. Datenträger mit Quellcode der Software ABC,
     2. Datenträger mit Softwarecode der Software XYZ zum Stand xx.xx.xxxx (Einlegerakten aus dem Verfahren betreffend Beweisführung)

seien, auch nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens, bei den Akten zu behalten und die diesbezüglich allfällig angeordneten Schutzmassnahmen seien aufrecht zu erhalten.

Begründung

**I. Formelles**

* 1. Die unterzeichneten Rechtsanwälte sind von der Klägerin gehörig bevollmächtigt und zur Prozessführung vor den Gerichten des Kantons Zürich zugelassen.

BO: Vollmacht vom [Datum] Beilage xxx

* 1. Die vorliegende Klage stützt sich auf Urheberrecht sowie Wettbewerbsrecht. Urheber- und Wettbewerbsrechtsverletzungen sind widerrechtliche Handlungen im Sinne von Art. 36 ZPO. Die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergibt sich aus Art. 36 ZPO. Beide Parteien haben ihren Sitz im Kanton Zürich (Horgen bzw. Winterthur). Die örtliche Zuständigkeit Zürich ist damit begründet.

BO: Handelsregisterauszug betreffend die Klägerin Beilage xxx

BO: Handelsregisterauszug betreffend die Beklagte Beilage xxx

* 1. Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO verlangt für Streitigkeiten im Zusammenhang mit geistigem Eigentum die Bezeichnung einer einzigen kantonalen Instanz. Ebenso verlangt Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO für Streitigkeiten nach dem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), sofern der Streitwert mehr als CHF 30‘000.00 beträgt, eine einzige kantonale Instanz. Im Kanton Zürich ist dies gemäss § 44 lit. a GOG/ZH das Handelsgericht, dessen sachliche Zuständigkeit somit gegeben ist. Ein Schlichtungsverfahren entfällt bei Streitigkeiten, für die nur eine einzige kantonale Instanz zuständig ist (Art. 198 lit. f. ZPO).
  2. Der eingetretene und noch drohende Schaden hängt vom vergangenen und zukünftigen Verhalten der Beklagten ab und kann zurzeit nur schwer abgeschätzt werden. Die Klägerin beziffert den Streitwert der Hauptsache einstweilen auf CHF 350'000.00.

**II. Materielles**

**A. Parteien**

* 1. Die Klägerin wurde am [Datum] gegründet. Sie ist eine Herstellerin von Software zur Berechnung von Gebäudevolumina und Abmessungen innerhalb von Gebäuden. Ihr Hauptprodukt ist die Software ABC. Ihr Abnehmermarkt setzt sich zusammen aus Architekten, Innenarchitekten sowie Möbelhäusern. Seit einigen Jahren hat sie ihre Geschäftstätigkeit auf Abnehmerinnen der öffentlichen Hand ausgedehnt.

BO: Auszug aus der Webseite der Klägerin Beilage xxx

* 1. Die Beklagte wurde am [Datum] gegründet. Sie bezweckt gemäss Eintrag im Handelsregister Dienstleistungen aller Art im Bauwesen für die öffentliche Hand, namentlich Beratung, Entwicklung von Lösungen und Projektleitung.

**BO**: Auszug aus der Webseite der Beklagten Beilage xxx

**B. Streitigkeit über Softwareprodukte**

**a) Die Klagesoftware (Software ABC)**

* 1. Die Software ABC ist das wie folgt ins Recht gelegte Computerprogramm mitsamt Dokumentation:

**BO**: Source Code der Software ABC in elektronischer Form (Version x.21 + Dokumentation Stand [Datum]) **Augenschein**

**BO**: Kompilierte lauffähige Version der Software ABC in elektronischer Form (Version x.21 + Dokumentation Stand [Datum]) Augenschein

**Bemerkung:** Wie ein solcher Augenschein stattfinden soll, lässt sich nicht allgemein bzw. abstrakt festlegen. Typisch ist der Augenschein im Gerichtssaal, unter Anwesenheit eines Experten. Das Gericht wird aber meistens von einem Augenschein absehen und allein auf das Gutachten abstellen. Der Gutachter wird dann aufgefordert, im Gerichtssaal zu berichten (keine Unmittelbarkeit). Die mit dem Augenschein ermöglichte Unmittelbarkeit könnte jedoch eine geeignete Massnahme zum Schutz des eingereichten Softwarecodes darstellen. So liesse sich bewerkstelligen, dass im Gutachten keine Ausschnitte von Softwarecode abgedruckt werden. Der Augenschein ist also ein Mittel, die Software des Klägers vor Offenbarungen zu schützen (bzw. vor einer schriftlichen Festlegung der im Prozess notwendigen Offenbarungen) zu schützen. Freilich ist anzuerkennen, dass der Augenschein bei einer "dichten" Beweisführung (umfangreicher Softwarecode, komplexe Ausgangslage) wenig geeignet ist.

* 1. Die Klägerin ist lnhaberin sämtlicher Rechte an der Software ABC. Sie hat abgesehen von den in Beilage xxx bezeichneten Komponenten alle Module der Software ABC selber bzw. durch Mitarbeitende oder die Firma Software Engineering AG entwickeln lassen.

**BO**: Arbeitsverträge mit Rechtsübertragungsklausel Beilage xxx

**BO**: Projektvertrag mit der Software Engineering AG mit Rechtsübertragungsklausel

Beilage xxx

**BO**: Liste mit eingebundenen Drittkomponenten Beilage xxx

**BO**: Herr A und Herr D, beide per Adresse der Klägerin als Zeugen

* 1. Die Klägerin nimmt mit der Software ABC am Wettbewerb teil und ist in ihrer Wettbewerbsstellung durch das Verhalten der Beklagten beeinträchtigt. Sie hat in die Entwicklung und Herstellung der Software ABC finanziell und zeitlich erheblich investiert.

**BO**: Nachweis der Investitionen in die Software ABC Beilage xxx

**BO**: Frau B, Frau C und Herr D, alle per Adresse der Klägerin als Zeugen

**b) Die Verletzersoftware (Software XYZ)**

* 1. Die Beklagte vertreibt die Software XYZ. Gemäss Anpreisung der Beklagten handelt es sich bei der Software XYZ ebenfalls um eine Software zur Berechnung von Gebäudevolumina und Abmessungen innerhalb von Gebäuden.

**BO**: Auszug aus der Webseite der Beklagten ‹http://www.zzz.com› Beilage xxx

**B. Sachverhalt**

**a) Vorgeschichte**

* 1. Die Klägerin und die Beklagte standen während mehreren Jahren in enger Zusammenarbeit mit dem Ziel, die Software XYZ besser bei Abnehmern der öffentlichen Hand zu platzieren, wobei die Entwicklung im Einzelnen wie folgt zusammenzufassen ist:
  2. Die CasaBuild GmbH mit Sitz in Horgen ist eine Herstellerin von Software zur Berechnung von Gebäudevolumina und Abmessungen innerhalb von Gebäuden. Ihr Hauptprodukt heisst VoluBau (in der Klageschrift «Software ABC»). Ihr Abnehmermarkt setzt sich zusammen aus Architekten, Innenarchitekten sowie Möbelhäusern.
  3. Zur besseren Erschliessung eines neuen Absatzmarktes (öffentliche Hand: Gemeinden, Baubehörden) wollte die CasaBuild GmbH seit 2010 mit einer auf Modernität bedachten Anbieterin von Beratungsleistungen ebenfalls im Baubereich zusammenarbeiten, die in der Branche der öffentlichen Hand über grosse Erfahrung und v.a. über direkte Kontakte zu lokalen Baubehördenmitgliedern verfügt. Es handelt sich um die PxB AG.
  4. Am [Datum] unterzeichnete die CasaBuild GmbH mit der PxB AG einen Kooperationsvertrag, in dessen Rahmen die PxB AG der CasaBuild GmbH Beratungsleistungen zur Verbesserung der Absatzchancen der CasaBuild GmbH im Markt der öffentlichen Hand erbringen sollte. Zu diesem Zweck erhielt die PxB AG auch Einsicht in den Source Code der VoluBau der Gesuchstellerin. Diese Befugnis war allerdings dem Zweck nach beschränkt darauf, der PxB AG das Erbringen ihrer Consulting-Leistungen überhaupt erst zu ermöglichen. Die CasaBuild GmbH untersagte der PxB AG ausdrücklich, Softwarecode aus der VoluBau in eigene Software der PxB AG zu übernehmen (Ziffer 6 des Kooperationsvertrags).

**BO:** Kooperationsvertrag **Beilage xxx**

* 1. Auf Basis der Kontakte der PxB AG sollte die CasaBuild GmbH den Markt der öffentlichen Hand besser erschliessen können. Im Rahmen dieser Zusammenarbeit kam es zu regem Austausch zwischen Mitarbeitern beider Unternehmen, auch betreffend Funktionalitäten der VoluBau Software. Die CasaBuild GmbH händigte der PxB AG gestützt auf den Kooperationsvertrag und eine ausdrückliche Vertraulichkeitsvereinbarung den Source Code für die VoluBau Software aus. Die Vertraulichkeitsvereinbarung stipuliert in Ziffer 1 ein Offenbarungsverbot, in Ziffer 2 das Verbot, die Software nicht ausserhalb der mit dem Kooperationsvertrag begründeten Zusammenarbeit zu verwenden, und in Ziffer 5 die Pflicht, jede Kopie der Software ABC auf erste Mitteilung der Klägerin hin zu löschen.

**BO:** Vertraulichkeitsvereinbarung **Beilage xxx**

* 1. Auf den 1. Oktober 2013 wechselte ein an der Entwicklung der VoluBau Software massgeb-lich beteiligter Mitarbeiter ins Beratungsteam der PxB AG. Im Jahr 2014 endete die Zusammenarbeit, nicht zuletzt wegen des Vertrauensbruchs, den die CasaBuild GmbH wegen des Mitarbeiterwechsels zum 1. Oktober 2013 geltend machte. Die CasaBuild GmbH kündigte in der Folge den abgeschlossenen Kooperationsvertrag.

**BO:** Kündigungserklärung durch die Klägerin **Beilage xxx**

* 1. Seit dem Beginn des Jahres 2015 bedient PxB AG Baubehörden mit einer Software namens VolScano (in der Klageschrift «Software XYZ»), die in funktionaler Hinsicht weitgehende Identität mit der VoluBau aufweist, wie aufgrund frappanter Ähnlichkeit in der Benutzerschnittstelle sowie in Kernfunktionen unschwer zu erkennen ist.
  2. Nach dieser mehrjährigen und gegen Ende nicht mehr ungetrübten Zusammenarbeit mit der Beklagten ist die Klägerin am 20. Januar 2015 auf eine Email aufmerksam geworden, mit welcher die Beklagte offenbar flächendeckend in der deutsch- und französischsprachigen Schweiz Stellen der öffentlichen Hand angeschrieben hat, um auf ihre Software XYZ zu verweisen. Das E-Mail vom 14. Januar 2015 hatte im Wesentlichen den folgenden Inhalt:

Sehr geehrte Damen und Herren,

Wir freuen uns, Ihnen unser Computerprogramm «Software XYZ» neu für Ihre Bedürfnisse als Baubehörden anbieten zu können. Wir haben unsere vertiefte Branchenerfahrung in den vergangenen Jahren dazu genutzt, eine den Markt revolutionierende Softwarelösung zur Erfassung, Messung, Beschreibung sowie grafischer Darstellung von Bauobjekten zu entwickeln, die Ihnen inskünftig die Beurteilung von Baugesuchen, die Kontrolle von Bauobjekten und den Austausch mit Bauherren radikal vereinfachen wird. Bitte lesen Sie unsere Produktbroschüre im Anhang sowie die Angaben auf unserer Webseite http://www.[...].ch.

Wir sind weiterhin DER Ansprechpartner für Ihre spezialisierten Bedürfnisse, allerdings neu für Sie auch als Anbieterin unserer revolutionären Software XYZ.

BO: E-Mail der Beklagten vom 14.01.2015 an die Kunden der Beklagten

Beilage xxx

* 1. Die E-Mail der Beklagten vom 14. Januar 2015 gelangte über eine Kundin der Klägerin in die Hände der Klägerin.

**C. Zum Gesuch um vorsorgliche Beweisführung an diesem Gericht**

* 1. Mit Eingabe vom 28. Februar 2015 stellte die Klägerin Gesuch um vorsorgliche Beweisführung gestützt auf Urheberrecht und unlauteren Wettbewerb.

BO: Gesuch der Klägerin um vorsorgliche Beweisführung vom 28.02.2015

Beilage xxx

* 1. Im Rahmen dieses rund 6 Monate dauernden Verfahrens reichte die PxB AG verschiedene Versionen der VolScano dem Gericht ein. Allerdings befanden sich darunter noch gewisse Berechnungsdateien, die zunächst nicht im Source Code eingereicht wurden, darunter das Modul mit der Bezeichnung «CALC» (ein zentrales Element, das die vom Messinstrument erhobenen räumlichen Daten in eine Datenbank «verteilt») sowie das Bildscan Modul «SCANIT». Diese reichte PxB zunächst nur im Objektcode ein, was eine neue Verfügung des Gerichts erforderlich machte, dann aber in Nachachtung der zweiten Verfügung ebenfalls ins Recht gelegt wurde, allerdings mit dem Antrag, Massnahmen zum Schutz des geistigen Eigentums von PxB an der VolScano zu erlassen.

**BO:** Eingaben der Beklagten im Vorverfahren **Beilage xxx**

* 1. Mit Entscheid vom [Datum] hiess das angerufene Gericht das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung gut und betraute einen gerichtlichen Gutachter mit der Aufgabe, die Source Codes der VoluBau und der VolScano zu vergleichen.

**BO:** Entscheid vom [Datum] betreffend Einsetzung Gutachter **Beilage xxx**

* 1. Dem Gutachter wurde die folgende Aufgabenstellung aufgegeben: Die Quellcodes der Software ABC und der Software XYZ seien zu vergleichen und es sei der Grad der Übereinstimmung zwischen diesen beiden Programmen festzustellen und zu dokumentieren, wobei der Gutachter namentlich die folgenden Fragen konkret zu beantworten hatte:
* In welchen Programmiersprachen sind die Software ABC und die Software XYZ geschrieben?
* Wie hoch ist der Grad der Übereinstimmung der Quellcodes der Software ABC und der Software XYZ? Bei der Bestimmung der textuellen Übereinstimmung bzw. Ähnlichkeit der beiden Softwares müssen Unterschiede, die sich einzig aus notwendigen oder typischen Besonderheiten der gewählten Programmiersprachen ergeben, ausgeblendet werden.
* Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die dem Gericht eingereichte Software XYZ nach dem 28. Februar 2015 verändert wurde?
* Schätzen Sie die Entwicklerstunden, die zur Entwicklung der Software XYZ üblicherweise aufgewendet werden müssen.
  1. Auf dieser Basis erstellte der vom Gericht im Anschluss daran beigezogene Experte ein Gutachten, das zu den folgenden Ergebnissen kam:
* Anzahl Module in der VoluBau: 549 (mit Open Source Software und eingebundener Dritt-software)
* Anzahl Module in der VoluBau: 410 (ohne Open Source Software und eingebundene Dritt-software)
* Anzahl Module in der VolScano: 420 (mit Open Source Software und eingebundener Dritt-software)
* Anzahl Module in der VolScano: 178 (ohne Open Source Software und eingebundene Dritt-software)
* Die Anzahl Programmierzeilen in der VoluBau (ohne Open Source Software, eingebundene Drittsoftware, Leerzeilen und Kommentare) beläuft sich auf 81‘901, während die Anzahl Programmierzeilen in der VolScano 21‘312 beträgt.
* VolScano weist die folgenden Übereinstimmungen zur VoluBau auf:
  + 1. Architektur
    2. Logik
    3. in gewissem Umfang: Textidentität im Source Code
* Zum letzten Punkt (Textidentität im Source Code) hielt der Gutachter in seiner Analyse in Bezug auf einzelne Module (Dateien in der Software der VolScano) Folgendes fest:
  + 1. die zentrale Einstiegsdatei der VolScano «START.m» weist 98% Identität auf. Soweit Unterschiede bestehen, sind diese marginal bzw. oberflächlicher Natur (geändert sind nur Parameter im Text, namentlich nennen Verweise auf externe Dateien die geänderten Dateinamen jener Dateien) oder haben in funktionaler Hinsicht keinerlei Bedeutung (Kommentarzeilen)
    2. das Bildscan Modul «SCANIT» weist eine Übereinstimmung von 41% auf
    3. im Berechnungsmodul «CALC» besteht eine Übereinstimmung von nur 12%
    4. bei einer für die Herausforderungen im Baumarkt zentralen Datei mit der Bezeichnung BDEC zur grafischen Darstellung von Berechnungen: 32% Übereinstimmung.
  1. Die prozentualen Angaben beziehen sich jeweils auf die Dateien in der VoluBau, die erkennbar als ähnliche Dateien aufgesetzt sind und die nach Einschätzung des Gutachters auch innerhalb der VolScano eine mit der VoluBau vergleichbare Funktion erfüllen. Dabei schloss der Gutachter Codebestandteile von Drittanbietern (unter Einschluss von Open Source Software), soweit als solche erkennbar, vom Vergleich zur Beurteilung der Codeähnlichkeit aus.
  2. Einen vollständigen Kreuzvergleich von allen vorgelegten Quelltexten (jede Datei bzw. jeder Codeblock der VolScano mit jedem Codeblock der VoluBau) erachtete der Gutachter weder als möglich noch gefordert. Das Gericht stellte es den Parteien in der Folge frei, ob sie abweichend von der Einschätzung des Gutachters weitergehende Untersuchungen verlangen wollten, was beide Parteien ablehnten.
  3. Der Gutachter führte dazu aus, die Übereinstimmungen oder Ähnlichkeiten in den verglichenen Dateien würden sich nicht auf allgemein übliche Ausdrucksformen (banale Teile) oder Software Dritter beschränken. Anzumerken ist aber, dass die VolScano teilweise auf dieselben Drittsoftwareprodukte abstellt wie die VoluBau.

**BO:** Gutachten vom [Datum] **Beilage xxx**

**D. Resultat des gerichtlichen Gutachten**

* 1. Das gerichtliche Gutachten ergibt klar, dass die Software XYZ mit der Software ABC in wesentlichen Komponenten im Kern identisch ist. Der Gutachter führte in seinem Gutachten aus, dass «die Software ABC aus zwei Hauptprojekten besteht, dem Projekt AB1, welches das GUI und das Hauptprogramm definiert, sowie dem Projekt BC2, in welchem alle Masken und die Programmlogik definiert sind. Die Quellcodes im Modul INIT.m aus dem Projekt AB1 der Software ABC einerseits sowie die Quellcodes im Modul START.m im entsprechenden Projekt der Software XYZ sind bis auf die entfernten Kommentare und einige Variablennamen identisch, so dass der Gutachter auf 98% Identität schliesst. Ein dem Projekt BC2 entsprechendes C#-Projekt fehlt auf dem von der Beklagten bereitgestellten Memory-Stick, aber die im bin-Verzeichnis der Software XYZ abgelegten SCANIT.dll, CALC.dll und BDEC.dll entsprechen aus funktionaler Sicht genau dem zweiten Projekt der Software ABC (BC2). Für diese können Identitätswerte von 41% (SCANIT), 32% (BDEC) und 12% (CALC) festgestellt werden.»
  2. [Es folgen weitere Ausführungen zu Beispielen, die zeigen, dass und inwiefern die Software XYZ mit der Software ABC Identität aufweist.]
  3. Mit anderen Worten lässt sich Folgendes festhalten: Der gerichtliche Gutachter konnte zwar nicht alle Komponenten der Klagesoftware und der Verletzersoftware vergleichen. Die Beklagte hatte gegen dieses Vorgehen im Rahmen des Verfahrens auf vorsorgliche Beweisführung aber nichts einzuwenden. Die untersuchten Komponenten lassen auf jeden Fall keinen anderen Schluss zu als jenen, dass die Verletzersoftware (Software XYZ) in wichtigem Umfang auf Basis der Software ABC erstellt wurde und somit zumindest teilweise eine Kopie der Klagesoftware darstellt. Es ist somit der Beweis geführt, dass die Beklagte Softwarecode aus der Klagesoftware oder einer bestimmten Vorgängerversion der Klagesoftware übernommen hat. Damit liegt zumindest teilweise eine verbotene Kopie der Klagesoftware vor.

**E. Verbreitungshandlungen durch die Beklagte**

* 1. Die Beklagte bietet die Software XYZ weiterhin gegenüber Baubehörden und namentlich an Kunden der Klägerin an. Die Klägerin hat Kontakt zur Gemeinde K. Diese hat die Klägerin am 20. Januar 2015 informiert, dass sie bei der Beklagten am 14. Januar 2015 eine Version der Verletzersoftware (Software XYZ) gekauft hat.

BO: Schreiben der Gemeinde K vom 20.01.2015 Beilage xxx

BO: Herr L.M., Gemeindeschreiber der Gemeinde K als Zeuge

BO: Softwarekopie der Gemeinde K Augenschein

**F. Weiteres Auftreten am Markt und fehlende Unterlassungserklärung**

* 1. Mit Schreiben vom 22. Januar 2015 hat die Klägerin die Beklagte aufgefordert, die weitere Verbreitung der Software XYZ zu unterlassen. Mit Schreiben vom 28. Januar 2015 hat die Beklagte das klägerische Schreiben beantwortet. Darin führte sie aus, zur Verbreitung der Software XYZ berechtigt zu sein, eine Unterlassungserklärung werde sie nicht ausstellen. Die Beklagte weigert sich bis heute, der Klägerin eine verbindliche und vorbehaltlose Unterlassungserklärung auszustellen.

BO: Abmahnschreiben der Klägerin vom 22.01.2015 Beilage xxx

BO: Antwortschreiben der Beklagten vom 28.01.2015 Beilage xxx

**G. Sachverhalt in Bezug auf die lauterkeitsrechtlichen Ansprüche**

* 1. Die Software ABC, sowohl im Objektcode als auch im Quellcode, ist ein Arbeitsergebnis im Sinne von Art. 5 UWG, weil in ihm der gesamte lauterkeitsrechtlich schutzbedürftige Aufwand verkörpert ist. Die Klägerin konnte die Software ABC schon seit Jahren (und auch schon vor Begründung der Zusammenarbeit mit der Beklagten) kommerziell am Markt verkaufen, wie die nachstehend ins Recht gelegten Beilagen zeigen.

BO: Lizenzvertrag mit Kunde G (anonymisiert) Beilage xxx

BO: Lizenzvertrag mit Kunde H (anonymisiert) Beilage xxx

BO: weitere vorbehalten

* 1. Die ins Recht gelegten Lizenzverträge können im Bestreitungsfall unter Namensnennung der Kunden in nicht anonymisierter Form ins Recht gelegt werden, wobei diesfalls Schutzmassnahmen anzuordnen wären.
  2. Die Klägerin hat im Rahmen der Zusammenarbeit mit der Beklagten den Quellcode der Software ABC der Beklagten offengelegt, unter Zusicherung der Vertraulichkeit nach Massgabe der separaten Vertraulichkeitspflichten, die sich aus dem Kooperationsvertrag vom [Datum] und der gleichentags unterzeichneten separaten Vertraulichkeitsvereinbarung ergeben. Die Vertraulichkeitsvereinbarung stipuliert in Ziffer 1 ein Offenbarungsverbot, in Ziffer 2 das Verbot, die Software nicht ausserhalb der mit Kooperationsvertrag begründeten Zusammenarbeit zu verwenden, und in Ziffer 5 die Pflicht, jede Kopie der Software ABC auf erste Mitteilung der Klägerin zu löschen. Die Zusicherung von Vertraulichkeit war Bedingung für die Offenlegung des Quellcodes an die Beklagte. Das Verwertungsverbot wird durch Ziffer 6 des Kooperationsvertrags verstärkt.

BO: Vertraulichkeitsvereinbarung vom [Datum] Beilage xxx

BO: Kooperationsvertrag vom [Datum] Beilage xxx

**III. Ansprüche nach Urheberrecht**

**A. Urheberrechtlicher Schutz der Software ABC**

* 1. Computerprogramme gelten als Werke, wenn sie geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter darstellen (Art. 2 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 URG). Das Erfordernis des individuellen Charakters für Computerprogramme ist rasch erreicht. Ein Programm gilt bereits dann als individuell, wenn es aus Sicht von Fachleuten nicht als banal oder alltäglich bezeichnet werden kann (Barrelet Denis/Egloff Willi, URG, Art. 2 N 25). Urheberrechtsschutz von komplexeren Computerprogrammen ist mit anderen Worten die Regel, wobei die Rechtsprechung von einer tatsächlichen Vermutung ausgeht (OGer ZH, 24.01.2013, sic! 2013 S. 697 – Bildungssoftware).

**B.** Verletzung der Urheberrechte an der Software ABC durch unerlaubte Änderungen

* 1. Der Urheber bzw. die Urheberin hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird (Art. 10 Abs. 1 URG). Insbesondere hat der Urheber bzw. die Urheberin das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk geändert, erweitert oder reduziert werden darf (Art. 11 Abs. 1 lit. a URG). Das Gutachten hat gezeigt, dass die Beklagte unter Übernahme von vorbestehenden Komponenten ein geändertes Computerprogramm entwickelt hat. Der individuelle Charakter der Software ABC blieb dabei erkennbar, wie das Gutachten klar aufzeigt. Streckenweise weisen einzelne Komponente Übereinstimmungen von bis zu 98% auf. Damit ist der Nachweis geführt, dass die Beklagte unter Übernahme von Softwarecode der Klägerin Softwarecode zusammengestellt hat, der eine weit gehende «Beinaheidentität» mit dem Softwarecode der Klägerin aufweist. Es liegt somit eine nach Art. 11 Abs. 1 URG unzulässige Handlung vor. Die Klägerin hat die Urheberrechte an der Software ABC erworben. Also ist das Urheberrecht der Klägerin verletzt.

BO: Gerichtsgutachten Beilage xx

**C.** Verletzung der Urheberrechte an der Software ABC durch unerlaubte Verbreitung

* 1. Der Urheber bzw. die Urheberin hat das ausschliessliche Recht, das Werk zu verbreiten (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG). Da die Software XYZ nachweislich Komponenten (in geänderter oder streckenweise nahezu identischer) Form enthält, ergibt sich vorliegend ein Verbotsanspruch auch aus Art. 10 Abs. 2 lit. b URG.

**D.** Rechtsfolgen

* 1. Da das Urheberrecht der Klägerin in Bezug auf den ins Recht gelegten Softwarequellcode verletzt ist, stehen der Klägerin die Ansprüche gemäss Art. 62 Abs. 1 URG zu. Insbesondere kann die Klägerin Beseitigung des verletzenden Zustands und Schadenersatz verlangen.

**IV. Ansprüche nach Vertragsrecht**

* 1. Indem die Beklagte die Software XZY auch nach Beendigung der Kooperation gemäss Kooperationsvertrag vom [Datum] weiterverbreitet hat, hat sie gegen die ausdrücklichen Pflichten aus der Vertraulichkeitsvereinbarung vom [Datum] verstossen, namentlich gegen das Verwertungs­verbot gemäss Ziffer 2 der Vertraulichkeitsvereinbarung. Die weitere Nutzung in Verletzung der Vertraulichkeitsvereinbarung ist der Beklagten mit sofortiger Wirkung zu untersagen. Namentlich fliesst aus dem Verwertungsverbot gemäss Vertraulichkeitsvereinbarung die Pflicht der Beklagten, jede weitere Vertriebshandlungen von jeder Software, die unter Verwendung der Software ABC erfolgt, mit sofortiger Wirkung einzustellen.

**V. Ansprüche nach Wettbewerbsrecht**

**A. Lauterkeitsrechtlicher Schutz der Software ABC nach Art. 5 lit. a UWG**

* 1. Nach Art. 5 lit. b UWG handelt unlauter, wer ein ihm anvertrautes Arbeitsergebnis unbefugt verwertet. Die Klagesoftware war der Beklagten anvertraut, weil sie ihr nur unter dem Vorbehalt einer restriktiven Geheimhaltungsvereinbarung im Source Code offengelegt wurde. Die Software ABC ist ein marktreifes Arbeitsresultat, weil die Klägerin die Software ABC bereits seit Jahren kommerziell am Markt zu verkaufen vermag. Die Verbreitung der Software XYZ, welche Teile der Software ABC inkorporiert, stellt eine Verwertungshandlung dar. Diese ist unbefugt, weil sie in Verletzung der Vertraulichkeitsvereinbarung vom [Datum] erfolgt. Somit ist der Beklagten die weitere Verbreitung der Software XYZ zu untersagen. Zugleich ist der Beklagten zu untersagen, weitere Software zu erstellen, welche Teile der Klagesoftware inkorporiert. Ausserdem hat die Klägerin aus Art. 5 lit. a UWG einen Anspruch darauf, dass die Beklagte jede bei sich befindliche Kopie der Klagesoftware unwiderruflich vernichtet.

**B. Lauterkeitsrechtlicher Schutz der Software ABC nach Art. 5 lit. c UWG**

* 1. Nach Art. 5 lit. c UWG handelt unlauter, wer das marktreife Arbeitsergebnis eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet. Kerngehalt von Art. 5 lit. c UWG ist, dass ein Arbeitsergebnis ohne angemessenen Aufwand übernommen oder verwertet wurde. Dabei muss der gesamte Aufwand berücksichtigt werden, welcher im übernommenen Arbeitsergebnis verkörpert und somit mit diesem untrennbar verbunden ist, jener Aufwand also, ohne den das Arbeitsergebnis nicht oder nicht in der gegebenen Ausgestaltung vorliegen würde.
  2. Eine unlautere Übernahme liegt vor, wenn sich der tatsächlich erbrachte Bearbeitungsaufwand des Übernehmers gemessen am Gesamtaufwand, der im übernommenen Programm verkörpert ist bzw. der ohne technische Reproduktion des übernommenen Programms vom Übernehmer zu erbringen gewesen wäre, als unangemessen klein erweist (Rüesch, Standard-Software, S. 115 ff., insb. S. 116).
  3. Die Aufwandanalyse im Gutachten hat im Quellcode der beiden Programme je nach Komponenten eine Übereinstimmung von teilweise bis 98% ergeben. Der Gutachter hat im Rahmen seiner Antwort auf Frage 4 des Gutachtens ausgeführt, dass zur Erstellung einer Software wie der Software XYZ der Beklagten mindestens vier Mannjahre Arbeit zu investieren wären.

**BO:** Gerichtsgutachten  **Gutachten**

* 1. Die Klägerin steckte zudem über einen Zeitraum von fünf Jahren mit mehreren Entwicklern einen beträchtlichen Aufwand in die Entwicklung und Herstellung der Software bis zur Marktreife, während die Beklagte die Software XYZ in nur gerade 12 Monaten oder gar weniger auf Basis der Software der Klägerin entwickelt haben muss. Um die Software XYZ zu erstellen, hätte die Beklagte also mindestens vier zu 100% angestellte Entwickler beschäftigen müssen. Die Beklagte hatte aber lange Jahre hinweg keine eigene Entwicklungsabteilung. Der einzige bei ihr angestellte Softwareentwickler ist der seit 1. Oktober 2013 bei der Beklagten angestellte ehemalige Mitarbeitende der Klägerin. Dass dieser die Software XYZ in gut einem Jahr im Alleingang erstellen konnte, ist ausgeschlossen; dass er ein grösseres externes Entwicklerteam koordiniert hat, kann ausgeschlossen werden. Mit anderen Worten hat die Beklagte sich dank der Übernahme von Softwarecode aus der Software ABC der Klägerin in die eigene Software einen Entwicklungsvorsprung von mindestens drei Jahren ermöglicht. Dieser zeitliche Entwicklungsschub ist unter normalen Umständen nur durch die Investition von erheblichen finanziellen Mitteln möglich, wovon die Beklagte aber wegen der unerlaubten Übernahme von Softwarecode aus der Klagesoftware verzichtet hat. Die so erzielte «Beschleunigung» um den Faktor 4 führt zu einem krassen Missverhältnis von Aufwand und Resultat, was zur Annahme einer unlauteren Übernahme i.S.v. Art. 5 lit. c UWG führen muss.
  2. Sollte die Beklagte selber erhebliche Eigenleistungen in die Software XYZ investiert haben, darf dieser im Rahmen von Art. 5 lit. c UWG nicht angerechnet werden, weil sich dieser Aufwand ganz offensichtlich auf Komponenten bezieht, welche die Beklagte eben gerade nicht von der Klägerin übernommen hat. Eine Gegenüberstellung von erbrachten Eigenleistungen (auf Seiten der Beklagten) zu den übernommenen Fremdleistungen (Softwarecode der Klägerin), wie sie nach der Rechtsprechung sonst im Rahmen von Art. 5 lit. c UWG vorzunehmen ist, ist somit gerade nicht anzubringen. Würde man auch solche Eigenleistungen einbeziehen, würden Aspekte einbezogen, die hier gerade nicht zu beurteilen sind. Die Beklagte hat Softwarecode kopiert, und damit ein marktreifes Arbeitsergebnis übernommen. Dass sie daneben auch noch Erweiterungen programmiert haben könnte, ist für die Frage der unlauteren Übernahme von Softwarecode nicht von Belang.
  3. Somit ist der Beklagten auch gestützt auf Art. 5 lit. c UWG in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 UWG die weitere Verbreitung der Software XYZ zu untersagen (Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG). Zugleich ist der Beklagten zu untersagen, weitere Software zu erstellen, welche Teile der Klagesoftware inkorporiert (Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG). Ausserdem hat die Klägerin aus Art. 5 lit. c UWG einen Anspruch darauf, dass die Beklagte jede bei sich befindliche Kopie der Klagesoftware unwiderruflich vernichtet (Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG).

**VI. Zu den Rechtsbegehren im Einzelnen**

**A. Anspruch auf Unterlassung (Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2)**

* 1. Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Klägerin einen Verbotsanspruch nach dem URG in Bezug auf die Vervielfältigungshandlungen der Beklagten hat. Der Verbotsan­spruch in Bezug auf die Verbreitungshandlungen ergibt sich aus dem URG sowie aus dem UWG.
  2. Art. 62 Abs. 1 lit. a URG sowie Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG geben beide den Anspruch auf die Unterlassung einer drohenden Verletzungshandlung, sofern ein hinreichendes, aktuelles Rechtschutzinteresse des Klägers vorliegt. Das Rechtsschutzinteresse wird bejaht, wenn das Verhalten der Beklagten ernsthaft Anlass zur Befürchtung gibt, dass sie das Urheberrecht der Klägerin in der Zukunft verletzen wird. Insbesondere aus einer bereits begangenen Verletzungshandlung kann sich eine sog. Wiederholungsgefahr ergeben. Wird die Wiederholungsgefahr nicht ausgeräumt (z.B. durch eine unbedingte Unterlassungserklärung), ist eine Wiederholungsgefahr gegeben (z.B. BGer 4C.238/‌2003 vom 02.06.2004). Aufgrund der geschilderten Ausgangslage ergibt sich klar, dass die Beklagte bereits Verletzungshandlungen (Vervielfältigungen, Verbreitungshandlungen) ausgeführt hat. Da die Beklagte sich im Rahmen der vorprozessualen Korrespondenz trotz des vernichtenden Befunds des Gutachters beharrlich weigert, eine Unterlassungserklärung zu unterzeichnen, ist die Gefahr einer erneuten Rechtsverletzung durch die Beklagte erheblich. Dass sie sich trotzdem weigert, den offensichtlich begründeten Rechtszustand nicht anzuerkennen, macht deutlich, dass sie nicht davon zurückscheuen wird, weitere Verbreitungshandlungen zu unternehmen. Wiederholungsgefahr ist damit ausgewiesen, sowohl hinsichtlich der Vervielfältigungshandlungen (Rechtsbegehren Ziff. 1) als auch bezüglich der Verbreitungshandlungen (Rechtsbegehren Ziff. 2).

B. Stufenklage auf Rechnungslegung und Schadenersatz/Gewinnherausgabe (Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4)

* 1. Der Klägerin ist es nicht möglich, ihre Forderung auf Schadenersatz und Gewinnherausgabe, die sie mit Blick auf das rechtswidrige Verhalten der Beklagten stellen kann, heute genau zu beziffern. Ihr steht unter diesen Umständen ein Anspruch auf Stufenklage zu (BSK ZPO-Spühler, Art. 85 N 13). Die Stufenklage darf als unbezifferte Forderungsklage erhoben werden, wenn vorgängig ein Begehren auf Auskunftserteilung erhoben wird und begründet ist. Die Begründung für den Auskunftsanspruch ergibt sich aus Art. 62 Abs. 1 lit. c URG sowie Art. 400 i.V.m. Art. 423 OR. Die Klägerin kann sich für ihre finanziellen Ansprüche auf Art. 423 OR stützen, weil die Beklagte in den der Klägerin kraft Urheberrecht an der Software ABC zustehenden Schutzbereich (den Geschäftsbereich der Klägerin) eingreift und sich so eine Geschäfts­führung im Sinne von Art. 423 OR anmasst, und zwar ohne von der Klägerin davon befugt worden zu sein («ohne Auftrag») und gegen den Willen der Klägerin («nicht im Interesse» der Klägerin). Damit wird die Beklagte wie ein Auftragnehmer rechenschaftspflichtig. Nach erfolgter Auskunftserteilung und Rechnungslegung ist der Klägerin Gelegenheit zu geben, ihre finanziellen Ansprüche mit der von ihr dannzumal eingelegten Begründung geltend zu machen. Die Klägerin behält sich vor, ihre finanziellen Ansprüche einzeln oder gesamthaft als deliktsrechtlichen Schaden, als ungerechtfertigte Entreicherung mit entsprechender Bereicherung der Beklagten oder als Abschöpfungsbetrag im Sinne von Art. 423 Abs. 1 OR geltend zu machen.

**C. Anspruch auf Vernichtung von Kopien der Software ABC und der Software XYZ (Rechtsbegehren Ziff. 5)**

* 1. Aus der vertraglichen Regelung in der Vertraulichkeitsvereinbarung sowie aus den urheber­rechtlich sowie wettbewerbsrechtlich begründeten Unterlassungsansprüchen begründet sich der Anspruch der Klägerin auf Vernichtung von jeglichen rechtsverletzenden Kopien der ABC Software. Jede Kopie ist das Resultat einer mit der Vertraulichkeitsvereinbarung verbotenen Verwertungshandlung, ebenso jede bearbeitete Version der Software ABC (also unter anderem jede Software, die der in dem prozessualen Antrag gemäss Ziff. 10.*b.* genauer bezeichneten Software XYZ entspricht oder stark gleicht). Der Vernichtungsanspruch ergibt sich auch aus den Beseitigungsansprüchen der Klägerin gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. b URG sowie Art. 9 Abs. 1 lit. b URG. Da die Kooperationsvereinbarung vom [Datum] beendigt ist, entfällt auch jede Berechtigung der Beklagten, unbearbeitete Kopien der Software ABC bei sich zu behalten. Auch solche sich bei der Beklagten befindliche Kopien der Software ABC hat die Beklagte zu löschen.
  2. Zu vernichten sind jegliche Datenträger, auf denen Softwarecode der Klägerin gespeichert ist, sofern ein irreversibler Löschvorgang nicht möglich ist. Dieser Vernichtungsanspruch erstreckt sich namentlich auf optische Datenträger sowie Festplattenspeicher von Recheneinheiten (Computer). Zu löschen sind auch Vervielfältigungen auf Cloud-Speicherungen, auf welche die Beklagte allein oder mit Dritten Zugriff hat.
  3. Der Vernichtungsanspruch ist unter Androhung der Ersatzvornahme im Widerhandlungsfall so auszugestalten, dass die Klägerin im Fall, dass ein Vollstreckungsentscheid notwendig werden sollte, den Vollstreckungsrichter um Ersatzvornahme angehen kann: Hausdurchsuchung und Beschlagnahmung in den Räumlichkeiten der Beklagten sowie Abgabe einer Willenserklärung an Dritte, welche für die Beklagte verbotene Softwarekopien halten (namentlich relevant in Bezug auf Cloud-Speicherungen).

**D. Anspruch auf Ausstellung einer Löschbestätigung (Rechtsbegehren Ziff. 5)**

* 1. Da sich die Löschung bzw. Vernichtung von Datenträgern weitgehend abspielen wird, ohne dass die Klägerin dies erkennen kann (namentlich ist die Lückenlosigkeit der Löschungen für die Klägerin nicht erkennbar), hat die Beklagte der Klägerin schriftlich in belastbarer Weise die Vollständigkeit der gemäss Rechtsbegehren Ziff. 4 verlangten Löschung von Daten bzw. Vernichtung von Datenträgern zu bestätigen. Die Klägerin wird sich gestützt auf diese Erklärung darauf verlassen, dass die Beklagte die Wahrheit bestätigt und von weiteren Massnahmen gegen die Beklagte absehen. Sollte die Löschungsbestätigung unwahr sein, wird die Klägerin gestützt auf eine solche Bestätigung besser in der Lage sein, die ihr resultierenden Nachteile einzufordern. Solche Löschbestätigungen sind im Rahmen der vertraglichen Auseinandersetzung von Geschäftsbeziehungen üblich und dienen der Befriedung eines streitigen Zustands, weswegen diesem hilfsweise geltend gemachten Anspruch stattzugeben ist. Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Anspruch auf eine Löschbestätigung sich auch aus der ins Recht gelegten Vertraulichkeitsvereinbarung ergibt.

**E. Anspruch auf Urteilspublikation (Rechtsbegehren Ziff. 7)**

* 1. Die Urteilspublikation stellt die einzige Möglichkeit dar, die Öffentlichkeit bzw. in diesem Fall das spezialisierte Fachpublikum, über das gerichtliche Verbot zu informieren. Insofern dient der Publikationsanspruch dem Anspruch der Klägerin, ihre urheberrechtlichen und wettbewerbs­rechtlich geschützten Ansprüche durchzusetzen. Der Anspruch auf Urteilspublikation ergibt sich aus Art. 9 Abs. 2 UWG und Art. 66 URG.
  2. Das nach der Rechtsprechung (BGer 4C.101/2005 vom 02.06.2005 E. 3.1) verlangte zusätzliche Publikationsinteresse ergibt sich für die Klägerin aus dem Umstand, dass der Abnehmerkreis der Software XYZ über das rechtsverletzende Angebot der Beklagten in Kenntnis gesetzt werden muss, um weitere Rechtsverletzungen und weitere Nutzungen von bisher bereits verbreiteter, rechtsverletzender Software zu vermeiden. Die Notwendigkeit zur Urteilspublikation ergibt sich einerseits daraus, dass die Nutzung von rechtsverletzender Software durch Abnehmer (namentlich Gemeindeverwaltungen) ebenfalls zu Rechtsverletzungen (keine gutgläubige Nutzung von rechtsverletzender Software durch Abnehmerinnen) und zu weiteren Vernichtungsansprüchen der Klägerin führt, es der Klägerin aber nicht zugemutet werden kann, jede einzelne potentielle Nutzerin von rechtsverletzender Software anzuschreiben und abzumahnen. Ausserdem ist die Schwierigkeit der Klägerin, solche Abnehmerinnen über die Ausgangslage zu informieren, ohne umgekehrt berechtigte Schutzinteressen der Beklagten zu verletzen, manifest. Zwar würde sich die Klägerin redlich bemühen, nicht in unzutreffender Weise zu informieren. Es ist aber klar, dass sie auf die Rechtsverletzung durch die Beklagte hinweisen müsste, wobei unscharfe bzw. von der Beklagten nicht mitgetragene Angaben gemacht werden könnten. Die Klägerin könnte diesfalls ins Visier der Beklagten geraten, mit anderen Worten könnte gerade das berechtigte Vorgehen der Klägerin zu neuen (wenn auch unberechtigten) Prozessen führen. Eine Urteilspublikation schützt damit Interessen der Klägerin ebenso wie sie im Interesse der Rechtspflege liegt.

**F. Zur Strafandrohung StGB 292**

* 1. Den Anordnungen in den Rechtsbegehren Ziff. 1 (Unterlassung von weiteren Vervielfältigungen), Ziff. 2 (Unterlassung von weiteren Verbreitungshandlungen), Ziff. 3 (Rechnungslegung) und Ziff. 5 (Löschverpflichtung) sind mit der Androhung einer Ungehorsamsstrafe zu verbinden, um den gerichtlichen Anordnungen Nachdruck zu verleihen. Die Ungehorsamsstrafe richtet sich an natürliche Personen, d.h. an die Organe der Beklagten.

**G. Zur Astreinte bei Rechtsbegehren Ziff. 5**

* 1. Es liegt in der Natur der Sache, dass eine Klägerin die vollständige Umsetzung eines Lösch- und Vernichtungsbegehrens nicht überprüfen kann. Entsprechend ist die Klägerin auf eine Verstärkung des Löschanspruchs gemäss Rechtsbegehren Ziff. 5 angewiesen. Die Androhung der Unge­horsamsstrafe an die Organe trifft nicht die Beklagte (*societas delinquire non potest*). Es muss aber ein insbesondere finanzieller Anreiz geschaffen werden, dass die Beklagte ihren Lösch­verpflichtungen tatsächlich nachkommt. Dies namentlich deswegen, weil die Klägerin anderswie kaum die Möglichkeit hat, die Vollständigkeit der Löschverpflichtung durchzusetzen. Namentlich eine Tagesbusse ist ein wirksames Mittel zur Verstärkung der entsprechenden Pflichten der Beklagten. Eine solche Tagesbusse würde im Widerhandlungsfall ab dem zehnten Tag ab Rechtskraft des Urteils fällig, was die Beklagte überzeugen dürfte, die in Rechtsbegehren Ziff. 5 anbegehrte Löschung vollständig umzusetzen. Die Anordnung einer Ordnungsbusse ist unter diesen Umständen notwendig, eine mildere Massnahme ist nicht ersichtlich (als solche ist auch nicht die Anordnung in Rechtsbegehren Ziff. 6 geeignet, da die Massnahme gemäss Rechts­begehren Ziff. 6 nicht direkt der Zwangsvollstreckung zugänglich ist). Die Androhung kann bereits in das zu vollstreckende Urteil aufgenommen werden. Der Vollstreckungsrichter hat sodann in einem zweiten Entscheid festzustellen, ob tatsächlich nicht erfüllt wurde, und allenfalls die Busse zu verhängen sowie deren Höhe festzusetzen.

Abschliessend ersuche ich Sie höflich, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren Oberrichter, sehr geehrte Damen und Herren Handelsrichter, um vollumfängliche Gutheissung der Klage.

Mit vorzüglicher Hochachtung

[Unterschrift des Rechtsanwaltes der Klägerin]

[Name des Rechtsanwaltes der Klägerin]

Anlage: Beweismittelverzeichnis dreifach mit den Urkunden im Doppel