[Briefkopf Anwaltskanzlei]

Einschreiben

Handelsgericht des Kantons Zürich

[Adresse]

8026 Zürich

[Ort], [Datum]

Vorsorgliche Massnahme

[Anrede]

In Sachen

CasaBuild GmbH Gesuchstellerin

[Adresse], Horgen

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

gegen

PxB AG Gesuchsgegnerin

[Adresse], Winterthur

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

betreffend

Urkundenedition und Beweissicherung

reichen wir namens und im Auftrag der Klägerin das

Begehren um Erlass von vorsorglichen Massnahmen

ein mit den folgenden

RechtsbegehreN

* 1. Es sei die Gesuchgegnerin im Sinne einer vorsorglichen Beweisführung unter Androhung einer **Ordnungsbusse** von CHF 1‘000.00 pro Tag nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO, 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 im Widerhandlungsfall und unter Androhung direkter Zwangsvollstreckungsmassnahmen (Beschlagnahme) aufzufordern, den kompletten **Source Code** der Software XYZ (samt Hilfsdateien zur Erstellung einer kompilierten Fassung der Software XYZ) in der aktuellsten Version sowie die kompilierte lauffähige Version dazu, die auf Basis des herausgegebenen Source Codes sowie der ebenfalls herausgegebenen Hilfsdateien und Hilfsmaterialien erstellt wurde, in Kopie zu edieren.
  2. Es sei die Gesuchgegnerin im Sinne einer vorsorglichen Beweisführung unter Androhung von Busse gegen ihre verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall zu verpflichten, die zwischen dem 1. Juli 2014 und 27. Februar 2015 angefertigten und in ihrem Gewahrsam befindlichen Kopien des Computerprogramms XYZ sowie sämtliche durch die oder auf Veranlassung der Gesuchgegnerin vorgenommenen Bearbeitungen, die der Weiterentwicklung der Software XYZ bis zum heutigen Stand dienten, in Kopie zu edieren.
  3. Beweissicherung vor Ort bei der Gesuchsgegnerin:
     1. Die gegen die Gesuchgegnerin gerichteten Anordnungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 seien im Sinne einer Beweissicherung mit Hilfe des Spezialdienstes der Kantonspolizei Zürich, nötigenfalls (falls der Spezialdienst der Kantonspolizei Zürich hierfür nicht zur Verfügung steht) unter Beizug eines Experten der Informationstechnologie, an den Standorten der Gesuchgegnerin in Winterthur ([Adresse]) zu erwirken.
     2. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, an der Beweissicherung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 3.*a.* mitzuwirken, indem sie namentlich die Voraussetzungen für die Inbetriebnahme von Servern in ihren Geschäftsräumlichkeiten (insbesondere Server, Personalcomputer und/‌oder Laptops) schafft, z.B. mittels Eingabe eines Passworts zwecks Zugriffs auf die normale Betriebsumgebung der Gesuchsgegnerin.
  4. Eventualiter zu Rechtsbegehren Ziff. 3 sei der Gesuchgegnerin unter Androhung von Busse gegen ihre verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall mit sofortiger Wirkung zu untersagen, Veränderungen an den dem Gericht gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 herauszugebenden Computerprogrammen vorzunehmen.
  5. Die Anordnungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1–4 seien superprovisorisch zu erlassen.
  6. Eventualiter zu Rechtsbegehren Ziff. 3 seien die Parteien kurzfristig (innert Tagen) zu einer Massnahmeverhandlung vorzuladen, zu welcher die Gesuchsgegnerin die gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 zu edierenden Kopien der Software XYZ in lesbarem Format (insbesondere: ohne Passwortschutz) auf geeigneten Datenträgern (z.B. USB-Stick) mitzubringen und dem Gericht auszuhändigen hat.
  7. Es sei ein vom Gericht zu bestimmender technischer Experte damit zu beauftragen, zu Handen des Gerichts und der Gesuchstellerin ein Gutachten zu erstellen, das den Grad der Übereinstimmung der Software XYZ (mindestens in Bezug auf die Version gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1) zu der in Beilage XXX dem Gericht eingereichten Source Code Version der Software ABC der Gesuchstellerin beurteilt.
  8. Es seien, unter Vorbehalt einer abweichenden Kostenverteilung im Hauptprozess, die Gerichts- und Gutachterkosten der vorsorglichen Beweisführung der Gesuchstellerin aufzuerlegen.

Begründung

**I. Formelles**

* 1. Der unterzeichnete Rechtsanwalt ist von der Gesuchstellerin gehörig bevollmächtigt und zur Prozessführung vor den Gerichten des Kantons Zürich zugelassen.

BO: Vollmacht vom [Datum] Beilage xxx

* 1. Die Gesuchstellerin stützt ihr Gesuch um vorsorgliche Beweisführung auf Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. Art. 65 lit. a URG sowie auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO. Das Verfahren richtet sich gemäss Art. 158 Abs. 2 ZPO grundsätzlich nach den Vorschriften über die vorsorglichen Massnahmen.
  2. Örtlich zuständig für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen die Gesuchgegnerin ist zwingend das Gericht, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder die Massnahme vollstreckt werden soll (Art. 13 ZPO). Die Gesuchgegnerin hat ihren Sitz in Winterthur. Somit ergibt sich die örtliche Zuständigkeit in Winterthur (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Darüber hinaus ergibt sich eine örtliche Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Zürich auch am Vollstreckungsort der beantragten Anordnungen. Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich nach der ZPO. Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO ist für Streitigkeiten im Zusammenhang mit geistigem Eigentum einschliesslich Streitigkeiten betreffend Lizenzierung und Verletzung solcher Rechte eine einzige kantonale Instanz zuständig. Diese Instanz ist auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit einer Klage zuständig (Art. 5 Abs. 2 ZPO). Für solche Massnahmen ist das Handelsgericht des Kantons Zürich zuständig (§ 44 lit. a GOG/ZH).
  3. Die Gesuchstellerin hat erhebliche Aufwendungen zur Entwicklung der Software ABC getätigt. Ausserdem beeinträchtigt die Gesuchsgegnerin mit der Software ABC in empfindlichem Masse die Marktposition der Gesuchstellerin. Die Gesuchstellerin wird, wenn sich ihr Verdacht erhärtet, dass die Gesuchsgegnerin in unerlaubter Weise ihre Software ABC in erheblichem Umfang kopiert hat, Schadenersatz von der Gesuchsgegnerin verlangen oder den von der Gesuchsgegnerin unrechtmässig erzielten Gewinn einfordern. Der eingetretene und noch drohende Schaden hängt insgesamt vom vergangenen und zukünftigen Verhalten der Gesuchsgegnerin ab und kann zurzeit nur schwer abgeschätzt werden. Die Klägerin beziffert den Streitwert der Hauptsache einstweilen auf CHF 350'000.00. Dieser Streitwert ist auch diesem Begehren auf vorsorgliche Beweisführung zu Grunde zu legen.

**II. Sachverhalt**

**A. Rechtsinhaberschaft der Gesuchstellerin an der Software ABC**

* 1. Die Software ABC besteht aus dem wie folgt ins Recht gelegten Computerprogramm mitsamt Dokumentation:

**BO**: Source Code der Software ABC in elektronischer Form (Version x.21 + Dokumentation Stand [Datum]) (auf Memory Stick) **Beilage XXXa**

**BO**: Kompilierte lauffähige Version der Software ABC in elektronischer Form (Version x.21 + Dokumentation Stand [Datum]) (auf Memory Stick) Beilage XXXb

* 1. Die Gesuchstellerin 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

**B. Kooperationsvertrag und Vertraulichkeitsvereinbarung**

* 1. Die Parteien waren bis ins Jahr 2014 durch einen Kooperationsvertrag gebunden, der jedoch wegen inhaltlicher Differenzen sowie der Abwerbung von Personal der Gesuchstellerin durch die Gesuchsgegnerin beendet ist. Ausdrücklich zu betonen ist, dass die Gesuchsgegnerin jedenfalls nach Beendigung des Kooperationsvertrags keinerlei Befugnis mehr hat, Softwarecode der Gesuchstellerin zu benutzen. Die Vertraulichkeitsvereinbarung besteht auch nach Beendigung des Kooperationsvertrags fort. Das darin enthaltene Verwertungsverbot macht dies nochmals klar. Die Befugnis der Gesuchsgegnerin, Einsicht in Source Code der Software ABC der Gesuchstellerin zu nehmen, war gemäss Ziffer 6 des Kooperationsvertrags ausdrücklich beschränkt auf Consulting-Leistungen, welche die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin unter dem Kooperationsvertrag zu erbringen hatte. Eine Übernahme und Verwendung von Softwarecode in eigene Software der Gesuchsgegnerin ist unter dem Kooperationsvertrag ausdrücklich ausgeschlossen. Das darin enthaltene Verwertungsverbot unterstreicht das Verwertungsverbot nochmals klar.

BO: Kooperationsvertrag Beilage xxx

**BO**: Schreiben der Gesuchstellerin (Kündigung des Kooperationsvertrags) Beilage xxx

**BO**: Vertraulichkeitsvereinbarung Beilage xxx

**C. Die Gesuchsgegnerin muss Softwarecode der Gesuchstellerin unbefugt in ihre eigene Software XYZ übernommen haben**

* 1. Die Gesuchstellerin hegt den begründeten Verdacht, dass die Gesuchgegnerin bzw. die für sie handelnden Personen ohne Einwilligung der Gesuchstellerin die Software ABC bearbeitet und den Quellcode der Software kopiert haben. Dieser Verdacht ergibt sich aus der Analyse einer Programmkopie, welche eine Kundin der Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin hat zukommen lassen.
  2. [Anmerkung: In der Folge beschreibt die Gesuchstellerin im Einzelnen, unter Abdruck von Screenshots sowohl aus der Verletzersoftware (Software XYZ) als auch der eigenen Software (Software ABC), inwiefern Parallelen bestehen zwischen wesentlichen Funktionen der beiden Softwares, jeweils unter substantiiertem Hinweis darauf, weswegen es sich bei dem von ihr dokumentierten Kenntnisstand um jüngste Hinzufügungen zur Software XYZ handeln muss, welche nicht naheliegend sind und welche die Gesuchsgegnerin nicht einfach so «auf die Schnelle» allein entwickelt haben konnte. Da solche Nachweise sehr sachverhaltsspezifisch sind, wird auf eine detaillierte Beschreibung solcher technisch geprägten Anhaltspunkte in diesem Muster verzichtet. Der Leser darf aber gerade die Arbeit an diesem Passus nicht unterschätzen, bildet er für das Gericht doch das zentrale Textelement zur Prüfung, ob die Gesuchstellerin ihren Anspruch gemäss Urheberrecht glaubhaft machen konnte. Anhaltspunkte zur Beschreibung sind hauptsächlich gleichlaufende Funktionen in der Software und ähnliche Bildschirmoberflächen, obwohl diese im Rahmen der Hauptklage gerade nicht relevant sein können, um eine Rechtsverletzung zu begründen; denn die urheberrechtliche Prüfung wird im Rahmen der Hauptklage auf Basis des Sourcecodes vollzogen werden. Da der Sourcecode im Zeitpunkt des Massnahmebegehrens aber noch nicht vorliegt, muss sich eine Gesuchstellerin «behelfsweise» auf die ihr zugänglichen Anhaltspunkte abstützen. Zusätzlich ist jedes weitere «verdächtige» Verhalten der Gesuchsgegnerin im Einzelnen und substantiiert darzulegen und mit Dokumenten im Sinne eines Glaubhaftmachens zu belegen.]

**D. Urheberrechtsverletzung**

* 1. Die geschilderten Funktionen der Software XYZ sowie ihre neu entstandenen Benutzeroberflächen weisen eine so frappante Ähnlichkeit mit der Software ABC der Gesuchstellerin auf, dass kein Zufall vorliegen kann, sondern der dringende Verdacht der unerlaubten Übernahme von Softwarecode aus der Software ABC in die Software XYZ der Gesuchsgegnerin besteht. Auch das weitere Verhalten der Gesuchsgegnerin weist auf rechtswidriges Verhalten der Gesuchsgegnerin hin. Eine direkte und unveränderte Übernahme von Softwarecode aus der Software ABC in die eigene Software XYZ der Gesuchsgegnerin wäre auch vertraglich nicht erlaubt gewesen, sondern war ausdrücklich ausgeschlossen worden (Ziffer 6 des Kooperationsvertrags).

**BO**: Kooperationsvertrag (Ziffer 6) Beilage xxx

**E. Glaubhaftmachen**

* 1. Zusammenfassend ist glaubhaft gemacht, dass die Software XYZ der Gesuchsgegnerin die Urheberrechte der Gesuchstellerin verletzt.

**III.** Rechtliches

**A. Urheberrecht**

* 1. Computerprogramme sind gemäss Art. 2 Abs. 3 URG urheberrechtlich geschützt. Die Gesuchstellerin ist unstreitig alleinige Inhaberin der Urheberrechte an der Software ABC. Es steht ihr daher das ausschliessliche Recht zu, Kopien der Software herzustellen (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG), diese an Dritte weiterzugeben (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG) sowie zu bestimmen, ob, wann und wie die Software geändert werden darf (Art. 11 Abs. 1 lit. a URG), zumal der Kooperationsvertrag die Verwendung des Softwarecodes der Software ABC durch die Gesuchsgegnerin, sei es unverändert oder in geänderter Form, ausdrücklich ausschliesst. Der Umstand, dass der Quellcode der Software ABC für die Zwecke der Vertragsabwicklung zwischen den Parteien der Gesuchsgegnerin zugänglich war, räumt der Gesuchgegnerin kein Nutzungsrecht daran ein (vgl. BGE 125 III 263  E. 4.c).

**B. Anspruch auf Beweissicherung**

* 1. Das Gericht nimmt jederzeit Beweis ab, wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt (Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO) oder die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO).
  2. Die Anträge auf Herausgabe der in den Rechtsbegehren 1 und 2 bezeichneten Versionen der Software XYZ und der davon angefertigten Kopien und Bearbeitungen verfolgen den Zweck, die Tatsachenvorbringen der Gesuchstellerin, welche von der Gesuchgegnerin bestritten werden (wie die zurückliegenden Gespräche zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin zeigen), zu verifizieren. Das schutzwürdige Interesse der Gesuchstellerin (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO) besteht diesfalls in der Abklärung ihrer Beweis- und Prozessaussichten (vgl. BBl 2006 7221, S. 7315; ZPO-Komm-Fellmann, Art. 158 N 17 ff.).
  3. Die Gesuchstellerin wirft der Gesuchgegnerin eine Verletzung ihres Urheberrechts an der Software ABC vor. Gemäss Art. 65 lit. a URG kann die um Erlass vorsorglicher Massnahmen ersuchende Person verlangen, dass das Gericht Massnahmen zur Beweissicherung anordnet. Eine Beweisgefährdung ist hierfür, im Gegensatz zur vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, nicht erforderlich (vgl. BSK ZPO-Sprecher, Vor Art. 261–269 N 33).

**C. Erheblich drohende Beweisgefährdung**

* 1. Es liegt überdies eine Beweisgefährdung vor: Das bisherige Verhalten der Gesuchsgegnerin war nachhaltig darauf ausgerichtet, die Ausgangslage zu Lasten der Gesuchstellerin zu verschleiern. Die gesamte bisherige «Zusammenarbeit» zwischen den Parteien ist darauf hinaus gelaufen, dass die Gesuchsgegnerin systematisch jegliches Vertrauen der Gesuchstellerin in den Bestand des Kooperationsvertrags, in die Loyalität der Gesuchsgegnerin (z.B. was das Nicht-Abwerben von Mitarbeitenden betrifft) sowie in die Verbindlichkeit des Verwertungsverbots gemäss Vertraulichkeitsvereinbarung unterlaufen hat. Vielmehr hat die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin nach Strich und Faden hintergangen. Während den Auseinandersetzungen im Januar und Februar 2015 hat die Gesuchsgegnerin jegliche Softwareübernah-me aus der Software ABC der Gesuchstellerin vehement abgestritten und hat sich vielmehr durchwegs obstruktiv verhalten. Insbesondere hat die Gesuchsgegnerin sich einer Klärung der Ausgangslage (mittels eines gemeinsam zu bestellenden Gutachters) konsequent und ohne Begründung verschlossen.
  2. [Anmerkung: An dieser Stelle muss auf Basis des Sachverhalts konkret aufgezeigt werden, welche Anhaltspunkte für rechtswidriges Verhalten sich aus dem Verhalten der Gesuchsgegnerin ergeben; diese Arbeit ist eng am streitigen Sachverhalt vorzunehmen; für die Zwecke der Musterklage werden solche Ausführungen jedoch nicht weiter vertieft.]
  3. Damit hat die Gesuchsgegnerin eine Reihe von Machenschaften orchestriert, die systematisch darauf abzielen, die Position der Gesuchstellerin zu beeinträchtigen. Es besteht damit der dringende Verdacht, dass die Gesuchsgegnerin es darauf angelegt hat, auf Zeit zu spielen: Je später sich die Gesuchstellerin ein Bild über den bei der Gesuchsgegnerin bestehenden Softwarestand machen kann, desto erheblicher wird die Gesuchsgegnerin «ihre» Software (die Software XYZ) weiterentwickelt haben, um Softwarecode der Gesuchstellerin durch Neuentwicklungen zu ersetzen und so gegen die Gesuchstellerin angriffssicher auszugestalten.
  4. Bei dieser Vorgeschichte und mit diesem Verhalten der Gesuchstellerin besteht der dringende Verdacht, dass die Gesuchsgegnerin alles unternehmen wird, durch Vernichtung von älteren Softwarereleases die Beweiskette zu Lasten der Gesuchstellerin zu verschlechtern. Es ist anzunehmen, dass ältere Versionen der Software XYZ noch einen viel dramatischeren Nachweis dafür erbringen, in welchem erheblichen Umfang die Gesuchsgegnerin von der Software der Gesuchstellerin abkopiert hat. Es wäre für die Gesuchsgegnerin ein Leichtes, gerade die alten Softwarestände zu vernichten; dies ist insbesondere ohne Beeinträchtigung ihrer Lieferfähigkeit gegenüber aktuellen Kunden möglich (Software wird neuerdings im Serverbetrieb an Kunden angeboten).

**D. Schutzwürdiges Interesse**

* 1. Der Antrag gemäss Rechtsbegehren Ziff. 3, die Beweisaufnahme an den Standorten der Gesuchgegnerin unter polizeilicher Aufsicht sowie im Beisein der Gesuchstellerin durchzuführen und die Herausgabe der verschiedenen Ausgabestände und der angefertigten Kopien und Bearbeitungen der Software XYZ superprovisorisch anzuordnen (Rechtsbegehren Ziff. 1–5), dienen der Beweissicherung. Es soll dadurch verhindert werden, dass die Gesuchgegnerin den Streitgegenstand nur unvollständig oder in veränderter Form herausgibt. Namentlich soll verhindert werden, dass die Gesuchsgegnerin die Beweiskette zu Lasten der Gesuchstellerin verschlechtert. Dieses Interesse gilt als schutzwürdig.

**E. Besondere Dringlichkeit**

* 1. Die Gesuchstellerin hat bis zuletzt versucht, eine Einigung mit der Gesuchsgegnerin zu erzielen.
  2. [Anmerkung: Hier sind ergänzende Anhaltspunkte aus dem streitigen Sachverhalt aufzeigen, die eine besondere Dringlichkeit begründen.]
  3. Es droht die erhebliche und unmittelbare Gefahr, dass die Gesuchstellerin ihre Ansprüche nicht mehr wird beweisen können, wenn die Gesuchsgegnerin dazu übergeht, weitere Mass-nahmen zur Verschleierung der Beweislage vorzukehren.

**F. Verhältnismässigkeit**

* 1. Die Urkundenedition unter polizeilicher Beaufsichtigung ist erforderlich, weil die Gesuchsgegnerin andernfalls frei bzw. ohne das Risiko des Entdecktwerdens darüber entscheiden könnte, welche Versionen der Software sie dem Gericht einreicht. So kann sie namentlich eine ältere Version der Software XYZ als aktuellste Version ins Recht legen (betrifft Rechtsbegehren Ziff. 1) oder sie kann dem Gerichte ältere Versionen der Software XYZ vorenthalten, was sich nachteilig auf den Beweisanspruch der Gesuchstellerin auswirken würde. Die Gesuchstellerin hat durch ihr bisheriges Verhalten gezeigt, dass sie nicht gewillt ist, mit der Gesuchstellerin zu kooperieren und es vielmehr darauf angelegt hat, die Gesuchstellerin mit allen ihr zur Verfügung stehenden Mitteln zu behindern (Abwerbung Mitarbeiter, Obstruk-tionshaltung während der Bemühungen der Gesuchstellerin um eine einvernehmliche Lösung, [hier weitere Anhaltspunkte aus dem Sachverhalt nennen]). Es gibt keinen Grund zur Annahme, dass die Gesuchsgegnerin diese Haltung ablegen würde.
  2. Die von der Gesuchstellerin beantragten Anordnungen zur vorsorglichen Beweisführung gehen nicht weiter, als es die schutzwürdigen Interessen der Gesuchstellerin sowie deren Beweissicherungsanspruch gebieten. Die Gesuchstellerin beantragt weder eine Beschlagnahme von Informatikmitteln noch eine Deinstallation von allenfalls unrechtmässig bearbeiteter Software.
  3. Insgesamt ist die Verhältnismässigkeit der beantragten Beweissicherung gegeben. Dies gilt ohne Weiteres für die Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 (Editionsbegehren), aber auch in Bezug auf die Rechtsbegehren Ziff. 3–5:
* Rechtsbegehren Ziff. 3: die Anordnung einer Beweissicherung unter polizeilicher Aufsicht ist unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit stattzugeben, weil kein milderes Mittel ersichtlich ist, das die Gesuchstellerin in derselben Weise schützt wie das in Rechtsbegehren Ziff. 3 beantragte Vorgehen; insbesondere ist bei einem Vorgehen nur nach Rechtsbegehren Ziff. 4 einem Missbrauch Tür und Tor geöffnet, wobei das Risiko der Gesuchsgegnerin gering ist, dass ein Verstoss gegen Rechtsbegehren Ziff. 4 entdeckt wird. Rechtsbegehren Ziff. 4 schützt die berechtigten und gesetzlich garantierten Rechte der Gesuchstellerin (Art. 65 lit. a URG) damit nur ungenügend; eine mildere Massnahme ist damit untauglich. Der Gesuchgegnerin erwächst über die während des Vollzugs der polizeilich beaufsichtigten Beweissicherung hinaus auftretenden Unannehmlichkeiten kein Nachteil. Eine polizeilich begleitete Beweissicherung und Beweisaufnahme vor Ort ohne Vorwarnung der Gesuchgegnerin ist geeignet, die Vereitelungsgefahr abzuwenden. Darüber hinaus kann auf diese Weise sichergestellt werden, dass tatsächlich die zum Gegenstand des Editionsbegehrens gemachten Versionen und keine anderen Versionen ediert werden. Damit ist eine Anordnung in Gutheissung von Rechtsbegehren Ziff. 3 verhältnismässig.
* Rechtsbegehren Ziff. 4: das Verbot zur Bearbeitung der herauszugebenden Computerprogramme ist ohne Weiteres eine verhältnismässige Massnahme; sollte die Gesuchsgegnerin der Auffassung sein, dass sie, ohne Recht zu verletzen, an ihrem Computerprogramm weiterentwickeln darf, hat sie auch nach der Massnahme (jedenfalls unter technischen Gesichtspunkten) jede Möglichkeit dazu. Ziel von Rechtsbegehren Ziff. 4 ist einzig, den aktuellen Zustand zu sichern. Da Nachteile der Gesuchsgegnerin nicht ersichtlich sind, führt eine Gutheissung von Rechtsbegehren Ziff. 4 in jedem Fall zu einer verhältnismässigen Anordnung.
* Rechtsbegehren Ziff. 5 (Superprovisorium): Die superprovisorische Anordnung der Massnahmen zur vorsorglichen Beweisführung gemäss den Rechtsbegehren Ziff. 1–4 führt für die Gesuchsgegnerin zu keinen Nachteilen. Es ist umgekehrt zu vermuten, dass die Gesuchgegnerin über das technische und organisatorische Wissen verfügt, um die Spuren früherer Bearbeitungen und/oder Eingriffe in den Quellcode zu verwischen. Dadurch würde ein für die Sachdarstellung einer von der Gesuchstellerin beabsichtigten Klage unerlässlicher Beweis vereitelt. Zur Abwendung der Gefahr der Beweisvereitelung ist daher ein überraschendes Vorgehen Voraussetzung, weshalb die beantragten Anordnungen superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Gesuchgegnerin, zu erlassen sind (vgl. David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, SIWR I/2, Rz 634). Da sich das Ziel der gesetzlich garantierten Beweissicherung nicht anders als wie dargelegt erreichen lässt, umgekehrt aber vereitelt würde, wenn kein Superprovisorium angeordnet würde, ist die superprovisorische Anordnung der Massnahmen verhältnismässig.

Es ist ferner nicht geboten, die Gesuchstellerin zu einer vorgängigen Sicherheitsleistung zu verpflichten.

G. Zu den zu erhebenden Beweismitteln

* 1. Elektronische Dateien gelten gemäss Art. 177 ZPO als Urkunden und können daher zum Gegenstand einer vorsorglichen Beweisführung gemacht werden. Die Edition der aktuellsten Version der Software XYZ (Rechtsbegehren Ziff. 1) sowie der vorangehenden Versionen (Rechtsbegehren Ziff. 2) ist geeignet, um zu eruieren, ob in der Zeit unmittelbar vor oder seit der Beendigung der Zusammenarbeit zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchgegnerin unautorisierte Bearbeitungen stattgefunden haben.
  2. Das in Rechtsbegehren Ziff. 7 bezeichnete Gutachten ist ebenfalls ein typisches Ziel der vorsorglichen Beweisführung. Nach Vorliegen des Berichts der Polizei über den Ablauf der Beweissicherung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 3 sei der Gesuchstellerin Gelegenheit zu geben, die Gutachterfragen zu formulieren.

Abschliessend ersuche ich Sie höflich, sehr geehrter Herr Präsident, die beantragten Massnahmen vollumfänglich gutzuheissen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

[Unterschrift des Rechtsanwaltes der Klägerin]

[Name des Rechtsanwaltes der Klägerin]

Anlage: Beweismittelverzeichnis dreifach mit den Urkunden im Doppel