



BaumgartenBrandt Rechtsanwälte
Friedrichstraße 95 10117 Berlin

Landgericht Berlin
Littenstraße 12-17
10179 Berlin

Sekretariat Frau Haase
Durchwahl +49 30 20 60 97 90-25
E-Mail haase@bb-legal.de
Unser Zeichen 13/11/nh

15. April 2011

Rechtsanwälte

Dr. Ralf Baumgarten
Philipp Brandt
André Nourbakhsh

Intern. Handelszentrum
Friedrichstraße 95
10117 Berlin

T +49 30 20 60 97 90-0
F +49 30 20 60 97 90-20

EILT! Bitte sofort vorlegen!

- 16 O 55/11 -

In der einstweiligen Verfügungssache

Guardaley Ltd. u.a. ./ BaumgartenBrandt GbR

begründen wir unseren Widerspruch vom 15.03.2011 wie folgt:

I. Sachverhalt

1. Zu den Parteien

Die Verfügungsklägerin zu 1) ist eine nach englischem Recht am 24.04.2008 gegründete Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung (Limited).

Glaubhaftmachung: Auszug aus dem Register des Companies' House als

- Anlage AG 1 -

In Deutschland unterhält sie seit dem 29.01.2009 in Karlsruhe eine Zweigniederlassung.

Bangalore Bangkok Beijing Berlin Calcutta Chennai Hong Kong Hyderabad Mumbai New Delhi Shanghai
assoziierte Büros

USt.-Id-Nr. DE246485186

* gem. § 29a BRAO von der Kanzleipflicht befreit. Zustellungsbefähigter: Philipp Brandt

Glaubhaftmachung: Handelsregisterauszug zu der Verfügungsklägerin zu 1) als

- Anlage AG 2 -

Der Verfügungskläger zu 2) tritt im Geschäftsverkehr für die Verfügungsklägerin zu 1) als Director of Data Services auf.

Glaubhaftmachung: Eidesstattliche Erklärung des Verfügungsklägers zu 2) vor dem United States District Court for the District of Columbia vom 31.12.2009 (Az: CA. 1:10-cv-00453-RMC) in englischer Sprache als

- Anlage AG 3 -

Die Verfügungsbeklagte ist eine Rechtsanwaltskanzlei mit Sitz in Berlin.

Herr Rechtsanwalt André Nourbakhsch (ehemals Antragsgegner zu 2) ist Mitarbeiter der Verfügungsbeklagten. Er wird damit unter der Adresse der Verfügungsbeklagten lediglich für die Verfügungsbeklagte tätig und geht dort nicht einer eigenen Geschäftstätigkeit nach. Er ist insbesondere nicht Gesellschafter oder Geschäftsführer der Verfügungsbeklagten.

2. Vertragsverhältnisse der Verfügungsklägerin zu 1) und der Verfügungsbeklagten

Zwischen der Verfügungsklägerin zu 1) und der Verfügungsbeklagten bestand ein Vertragsverhältnis, aufgrund dessen die Verfügungsklägerin zu 1) eine Verwaltungs-Software entwickelt und diese der Verfügungsbeklagten für die Dauer des Vertrages zur Nutzung zur Verfügung gestellt hat.

Daneben hat die Verfügungsklägerin zu 1) mit Inhabern von Urhebernutzungsrechten an Filmen Verträge abgeschlossen. Gegenstand dieser Verträge ist die beweissichere Erfassung und Dokumentation von IP-Verbindungsdaten von Inhabern von Internetanschlüssen, die im so genannten Peer-to-Peer-Verfahren (oder auch File-Sharing genannt) urheberrechtlich geschützte Werke der Kunden der Verfügungsklägerin zu 1) anderen Nutzern urheberrechtswidrig zum Download anbieten. Es wird in diesem Zusammenhang mit Nichtwissen bestritten, dass die Verfügungsklägerin durch ihre Kunden ebenfalls beauftragt wurde, auch die IP-Daten von Anschlussinhabern zu ermitteln, die lediglich versuchten, urheberrechtlich geschützte Werke herunterzuladen, ohne dass dokumentiert wird, dass es tatsächlich zu einem Download gekommen ist, geschweige denn, dass die entsprechenden Werke über diese Anschlüsse selbst zum Download angeboten, also öffentlich zugänglich gemacht worden sind.

Die Verfügungsbeklagte hat wiederum mit Inhabern von Urhebernutzungsrechten, die in der Vergangenheit auch mit der Verfügungsklägerin zu 1) Verträge über die Ermittlung von IP-Adressen abgeschlossen haben, Verträge über die Erbringung anwaltlicher Dienstleistungen abgeschlossen. Die Verfügungsbeklagte beantragt im Rahmen ihrer anwaltlichen Dienstleistungen Beschlüsse zur Sicherung und Herausgabe von IP-Adressen, ermittelt von den Internet Service Providern die hinter den IP-Adressen stehenden Anschlussinhaber und macht gegen diese Unterlassungs- und Schadensersatzan-

sprüche geltend. Von ihren Mandanten wird die Verfügungsbeklagte dabei dazu beauftragt, ausschließlich gegen solche Anschlussinhaber vorzugehen, die urheberrechtswidrig Filme im Internet gem. § 19 a UrhG öffentlich zugänglich machen. Sie wurde und wird nicht dazu beauftragt, gegen Anschlussinhaber vorzugehen, die lediglich versucht haben, Filme herunterzuladen, ohne selbst solche der Öffentlichkeit anzubieten. Zur Beantragung der zur Durchführung der Abmahnungen erforderlichen Sicherungs- und Herausgabebeschlüsse nach § 109 Abs. 9 UrhG hat die Verfügungsbeklagte dem jeweiligen Gericht jeweils eine Eidesstattliche Erklärung des Verfügungsklägers zu 2) vorgelegt, in der der Verfügungskläger zu 2) erklärt, nur IP-Adressen von Internetnutzern zu identifizieren, die Filmwerke zum Download anbieten. Er hat darin nicht erklärt, dass die Verfügungsklägerin zu 1) auch IP-Adressen von Personen ermittelt, die lediglich Filmwerke heruntergeladen oder dies sogar nur versucht haben.

Glaubhaftmachung: Eidesstattliche Erklärung des Verfügungsklägers zu 2) als

- Anlage AG 4 -

Mandanten der Verfügungsklägerin zu 1) waren und sind zum Teil heute noch Mandanten der Verfügungsbeklagten. Herr Mark Damon, der in der eidesstattlichen Erklärung der Frau Barbara Mudge erwähnt wird, vertritt beispielsweise das Unternehmen Foresight Unlimited mit Sitz in den USA, das zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Äußerungen sowohl Kunde der Verfügungsklägerin zu 1) als auch Mandantin der Verfügungsbeklagten war. Zu ihren Mandanten, und damit auch zu Herrn Mark Damon von dem Unternehmen Foresight Unlimited hält die Verfügungsbeklagte selbstverständlich unabhängig vom Bestehen vertraglicher Beziehungen der Mandanten zu der Verfügungsklägerin zu 1) weiterhin eigenen Kontakt, um ihren anwaltlichen Pflichten aus den mit den Mandanten abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsverträgen unter Beachtung der BRAO und der BORA nachzukommen.

3. Kündigung des zwischen der Verfügungsklägerin zu 1) und der Verfügungsbeklagten bestehenden Vertragsverhältnisses

Den zwischen der Verfügungsklägerin zu 1) und der Verfügungsbeklagten bestehenden Vertrag hat die Verfügungsbeklagte bereits mit Datum vom 21.01.2011 fristlos gekündigt. Die Kündigung wurde per Post an die Verfügungsklägerin zu 1) versendet und ging dieser zudem am 21.01.2011 vorab per Fax zu.

Glaubhaftmachung: Kündigungsschreiben der Verfügungsbeklagten vom 21.01.2011 mit Sendebericht der Faxversendung vom 21.01.2011, 20:07 Uhr als

- Anlage AG 5 -

Mit Datum vom 25.01.2011 hat darüber hinaus auch die Verfügungsklägerin zu 1) mit Unterschrift des Verfügungsklägers zu 2) der Verfügungsbeklagten die fristlose Kündigung des bestehenden Vertrages erklärt. Die Kündigung ging der Verfügungsbeklagten am 25.01.2011, 14:37 Uhr per Fax und am 26.01.2011 per Post zu.

Glaubhaftmachung: Telefax des Kündigungsschreibens der Verfügungsklägerin zu 1) vom 25.01.2011, 14:37 Uhr

- Anlage AG 6 -

Damit wussten die Verfügungskläger bei Versand des Antrages auf einstweilige Verfügung an das LG Berlin jedenfalls von der Kündigung des Vertrages durch die Verfügungsbeklagte. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung datiert zwar auf den 21.01.2011, ist aber bei Gericht erst am 26.01.2011 eingegangen. Der Versand des Antrags kann daher nicht vor Dienstag, den 25.01.2011 erfolgt sein. Wir behaupten sogar, dass die Verfügungskläger den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung nach dem 25.01.2011, 14:37 Uhr, also nach Zugang der Kündigung der Verfügungsklägerin zu 1) bei der Verfügungsbeklagten versendet haben. Sollten die Verfügungskläger anderer Auffassung sein, mögen sie dies entsprechend darlegen und beweisen.

Soweit die Verfügungskläger in ihrem Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung angeben, seit 2009 mit der Verfügungsbeklagten in einem vertraglichen Verhältnis zu stehen, haben sie im Ergebnis entgegen ihrem eigenen Wissen die Tatsache unterschlagen, dass dieser Vertrag seit dem 21.01.2011 beendet ist. Wir weisen ausdrücklich auf die strafrechtliche Relevanz dieser Falschaussage hin.

4. Telefonat des Herrn Nourbakhsch mit Frau Barbara Mudge

a. Berufliche Stellung der Frau Barbara Mudge und Anlass des Anrufs bei dieser

Frau Barbara Mudge ist Mitglied des Board of Directors der Independent Film and Television Alliance (IFTA) in Los Angeles, USA. Sie betreut Unternehmen aus der Filmbranche, die Mitglied der IFTA sind. Zu diesen Unternehmen gehört, wie sich auch dem Wortlaut der eidesstattlichen Erklärung der Frau Barbara Mudge (Anlage AS 3) entnehmen lässt, das von Herrn Mark Damon vertretene Unternehmen Foresight Unlimited.

Frau Mudge wird darüber hinaus seit längerem für die Verfügungsklägerin zu 1) als deren Mitarbeiterin tätig.

Glaubhaftmachung: E-Mail von Frau Barbara Mudge vom 25.02.2011 als

- Anlage AG 7 -

Frau Mudge war und ist daher zu keinem Zeitpunkt Kundin der Verfügungsklägerin zu 1) gewesen, sondern deren Mitarbeiterin.

Zudem stellen weder die Verfügungskläger noch Frau Barbara Mudge in der Antragsbegründung bzw. der eidesstattlichen Erklärung die Hintergründe des Telefonats von Frau Mudge mit Herrn Nourbakhsch dar. Frau Barbara Mudge hat nicht ohne Grund mit Herrn Nourbakhsch telefoniert, wie die Antragsbegründung und die eidesstattliche Erklärung suggerieren mögen. Das Telefonat geschah vielmehr, nachdem die Verfügungsbeklagte mit ihrem Mandanten Foresight Unlimited telefoniert hatte. Offenbar hatte anschließend Herr Mark Damon vom Unternehmen Foresight Unlimited mit Frau Mudge telefoniert. Es kann diesseits nicht nachvollzogen werden, ob Frau Mudge anschließend

in Vertretung der Foresight Unlimited oder aber aufgrund ihrer Tätigkeit für die Verfügungsklägerin zu 1) mit Herrn Nourbakhsch gesprochen hat. In jedem Fall erfolgte das Gespräch aber auf Wunsch und Initiative von Frau Mudge und mit Wissen der Mandantin der Verfügungsbeklagten Foresight Unlimited.

Die an Frau Mudge in dem Telefonat mit Herrn Nourbakhsch weitergegebenen Informationen bezogen sich ausschließlich auf das Mandatsverhältnis der Verfügungsbeklagten zur Mandantin Foresight Unlimited und das zuvor mit Herr Mark Damon geführte Telefonat. Frau Mudge wollte die darin aufgeworfenen Fragen selbst noch einmal dargelegt haben. Es wurde in diesem Zusammenhang während des Gesprächs ausdrücklich immer wieder auf das Gespräch mit Herrn Damon Bezug genommen und Frau Mudge hat wiederholt dargelegt, dass Herr Damon ihr Kunde (client) sei und sie daher mit ihrem Anruf einer Bitte von ihm nachkomme, sich das ihm mitgeteilte nochmals selbst darlegen zu lassen.

Glaubhaftmachung: Zeugnis des Herrn Nourbakhsch, zu laden über die Verfügungsbeklagte

Die Antragsbegründung und die eidesstattliche Erklärung von Frau Barbara Mudge erwecken ferner den Eindruck, dass Frau Mudge am 05.01.2011 auf Initiative von Herrn Nourbakhsch angerufen wurde. Tatsächlich war es aber Frau Barbara Mudge selbst, die zunächst versucht hatte, Herrn Nourbakhsch am 05.01.2011, ca. 16:30 Uhr anzurufen.

Glaubhaftmachung: Zeugnis der Mitarbeiterin der Verfügungsbeklagten, Frau Nadine Haase, zu laden über die Verfügungsbeklagte

Da Herr Nourbakhsch zum Zeitpunkt des Anrufs der Frau Mudge nicht zu sprechen war, haben Herr Nourbakhsch sowie Herr Philipp Brandt, Gesellschafter der Verfügungsbeklagten, Frau Mudge noch am selben Tag zurückgerufen.

Glaubhaftmachung: Zeugnis des Herrn Nourbakhsch, zu laden über die Verfügungsbeklagte

Den Inhalt des Telefonats hat Frau Mudge unvollständig und falsch wiedergegeben. Bei Abgabe der eidesstattlichen Erklärung vom 16.01.2011 und damit 11 Tage nach dem Telefonat konnte sich Frau Mudge offenbar schon nicht mehr präzise an den Inhalt des Gesprächs erinnern. Dies zeigt sich an der Tatsache, dass sie schreibt: „Sinngemäß ergab sich folgender Gesprächsinhalt.“ Anschließend gibt sie lediglich „sinngemäß“ eine Zusammenfassung des Gesprächsinhalts wieder, der auf die Anträge der Verfügung verkürzt wurde und das Gesagte unvollständig und falsch wiedergibt. Hinzu kommt, dass das Gespräch auf Englisch und damit einer Fremdsprache für Herrn Nourbakhsch geführt wurde. Der Inhalt des Gesprächs war zudem juristischer Art, weshalb Frau Mudge, die im Unterschied zu Herrn Rechtsanwalt Nourbakhsch keine Juristin ist, das von Herrn Nourbakhsch Gesagte falsch verstanden haben könnte.

Dass Frau Mudge den Inhalt des Gesprächs offenbar falsch verstanden hat, zeigt sich bereits hinsichtlich der nicht mehr Streitgegenständlichen Aussage in Punkt 1) der Eidesstattlichen Erklärung (Anlage AS 3). Schon in diesem Punkt hat Frau Mudge das Gesagte falsch wiedergegeben: Herr Nourbakhsch hat Frau Mudge mitgeteilt, dass die Verfügungsklägerin zu 1) IP-Verbindungsdaten, die die Verfügungsklägerin zu 1) für einen Inhaber von Urheberrechten ermittelt hat, der von der Verfügungsbeklagten recht-

lich vertreten wurde, über einen Zeitraum von fünf Monaten einer anderen Rechtsanwaltskanzlei übermittelt hat. Diese Kanzlei hat sodann auf Betreiben der Verfügungsklägerin zu 1) im Namen des Inhabers der Urheberrechte Verfahren gem. § 101 Abs. 9 UrhG vor verschiedenen Landgerichten geführt und die entsprechenden Beschlüsse auf Herausgabe der Daten der Inhaber der Internetanschlüsse erwirkt. Herr Nourbakhsch teilte Frau Mudge mit, dass ein exklusives Mandatsverhältnis zwischen dem betreffenden Inhaber der Urheberrechte und der Verfügungsbeklagten bestand und die Verfügungskläger den Inhaber der Urheberrechte von der Weitergabe der Daten an die dritte Kanzlei nicht in Kenntnis gesetzt haben. Im Gegensatz hierzu gibt Frau Mudge in der eidesstattlichen Erklärung an, Herr Nourbakhsch hätte erklärt, es seien Rechtstitel eingefordert worden, die an die Verfügungsbeklagte abgetreten worden seien. Die Verfügungsbeklagte lässt sich keine Rechte abtreten. Ebenso ist nicht nachvollziehbar, dass Frau Mudge behauptet, Herr Nourbakhsch hätte behauptet, die dritte Rechtsanwaltskanzlei hätte Klage eingereicht.

b. Zu den streitgegenständlichen Aussagen im Telefonat

aa. Zum Tenor Punkt 1. a) – Diebstahl der Software

Herr Nourbakhsch hat in dem fraglichen Telefonat mit Frau Mudge nicht ausgesagt, dass der Verfügungskläger zu 2) die von der Verfügungsklägerin zu 1) genutzte Ermittlungssoftware von einem Schweizer Unternehmen gestohlen hat. Herr Nourbakhsch hat Frau Mudge vielmehr lediglich über die Umstände der früheren Mitarbeit des Verfügungsklägers zu 2) bei der Logistep AG informiert. Er hat sie namentlich darüber informiert, dass der Verfügungskläger zu 2) bis zum 31. Oktober 2008 als Leiter der technischen Abteilung bei der Logistep AG beschäftigt war und diese eine Software zur Ermittlung von Urheberrechtsverletzungen entwickelt hatte. In einer eidesstattlichen Versicherung, die zu einer Klage in den USA gegen die Verfügungsklägerin zu 1) im Internet veröffentlicht worden ist, hat der Verfügungskläger zu 2) hingegen behauptet, bereits seit Anfang 2007 bei der Verfügungsklägerin zu 1) tätig zu sein.

Glaubhaftmachung: Zeugnis des Herrn Nourbakhsch, zu laden über die Verfügungsbeklagten

Weiterhin hat Herrn Nourbakhsch Frau Mudge berichtet, dass Mitarbeiter der Logistep AG im Dienstwagen des Verfügungsklägers zu 2) noch während dessen Tätigkeit für die Logistep AG Broschüren und Visitenkarten der GuardaLey Ltd. gesehen haben.

Glaubhaftmachung: Zeugnis des Herrn Nourbakhsch, zu laden über die Verfügungsbeklagten

Herr Nourbakhsch hat Frau Mudge ausdrücklich mitgeteilt, dass er aufgrund der Gesamtschau dieser Umstände trotz der langen und guten Zusammenarbeit mit den Verfügungsklägern nunmehr nicht mehr mit Sicherheit davon ausgehen könne, dass der Verfügungskläger zu 2) zur Entwicklung der Software der Verfügungsklägerin zu 1) nicht in rechtswidriger Weise auf urheberrechtlich geschütztes Know-How der Logistep AG zurückgegriffen hat. Herr Nourbakhsch hat dabei wiederholt betont, dass es sich bislang nur um begründete Zweifel handelt, die Verfügungsbeklagte aber versucht hat und weiter versucht, diese Frage mit der Verfügungsklägerin zu 1) zu klären um die Zweifel auszuräumen.

Glaubhaftmachung: Zeugnis des Herrn Nourbakhsh, zu laden über die Verfügungsbeklagten

Herr Nourbakhsh hat Frau Mudge außerdem davon erzählt, dass der Verfügungskläger zu 2) trotz schriftlicher Aufforderung der Verfügungsbeklagten nicht bereit war, diese Zweifel durch Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung auszuräumen.

Glaubhaftmachung: Zeugnis des Herrn Nourbakhsh, zu laden über die Verfügungsbeklagten

All diese Details hat Frau Mudge in der eidesstattlichen Erklärung außen vor gelassen. Sie gibt quasi lediglich das wieder, was bei ihr 11 Tage nach dem Telefonat noch in der Erinnerung „hängen geblieben“ ist. Und das ist allein ihre persönliche Schlussfolgerung aus den Details des Gesagten, nämlich dass die Software „gestohlen“ worden sei.

bb. Zum Tenor Punkt 1. b) aa) – Unzuverlässige Recherchleistungen

Herr Nourbakhsh hat Frau Mudge darauf hingewiesen, dass der Verfügungsbeklagte erfahren hat, dass die von der Verfügungsklägerin zu 1) im Auftrag der Urheberrechte festgestellten IP-Verbindungsdaten nicht zu 100 % korrekt sind. Die Verfügungsbeklagten zu 1) habe mit ihren Ermittlungsleistungen nicht nur so genannte Uploader, also Anbieter von Werken, sondern auch solche Personen erfasst, die lediglich Downloadanfragen an die Verfügungsklägerin zu 1) gestellt habe. Weiter hat Herr Nourbakhsh ausgeführt, dass die Verfügungsklägerin zu 1) die von ihr gelieferten Daten auch nicht nach Up- und Downloaddatensätzen unterscheidet bzw. entsprechend kenntlich mache. Die Download-Anfragen seien als „Erfassungen“, von denen nicht bekannt sei, um wie viele es sich handelt, ohne Ausnahme für zivilrechtliche urheberrechtliche Ansprüche ohne Bedeutung. Dies bedeute, dass eine unbekannte Anzahl von Abmahnungen wegen der Verletzung von Urheberrechten rechtsgrundlos ergangen sein könnten und die Verfügungsbeklagte weder zum damaligen Zeitpunkt noch heute die Möglichkeit habe, diese zu identifizieren. Abschließend hat Herr Nourbakhsh Frau Mudge darauf hingewiesen, dass unberechtigte Abmahnungen unter Umständen zu Regressforderungen der abgemahnten Personen gegen die Inhaber der Urheberrechte führen können.

Glaubhaftmachung: Zeugnis des Herrn Nourbakhsh, zu laden über die Verfügungsbeklagte

cc. Zum Tenor Punkt 1. b) bb) – Sammelklage in den USA anhängig

Herr Nourbakhsh hat Frau Mudge darauf hingewiesen, dass im Internet eine Sammelklageschrift zu finden ist, aus der sich ergibt, dass ein Kläger Klage für sich sowie für über 4.500 andere Betroffene gegen verschiedene Parteien, unter anderem auch gegen die Verfügungsklägerin zu 1) erhoben hat. Er hat ihr darüber hinaus mitgeteilt, dass die Klage ausweislich der Begründung auf dem Vorwurf von „fraud and extortion“ [Betrug und Erpressung] beruht.

Glaubhaftmachung: Zeugnis des Herrn Nourbakhsh, zu laden über die Verfügungsbeklagte

dd. Zum Tenor Punkt 1. b) cc) – Anbieten anderweitiger Zusammenarbeit

Weiterhin ist die eidesstaatliche Versicherung der Frau Mudge insoweit unzutreffend, als dass sie behauptet, Herr Nourbakhsch habe ihr angeboten „ihren Mandanten“ Untersuchungen von Urheberrechtsverletzungen von einem anderen, bestimmten Unternehmen durchführen zu lassen. Zutreffend ist an dieser Aussage lediglich, dass Frau Mudge Herrn Nourbakhsch gefragt hat, ob es Alternativen zu dem Verfügungskläger zu 1) als Dienstleister gibt. Diese Frage hat Herr Nourbakhsch dahingehend beantwortet, dass es zahlreiche Anbieter am Markt gebe. Auf die weitere Frage von Frau Mudge, ob und inwieweit ein Wechsel des Dienstleisters möglich sei, hat Herr Nourbakhsch im Rahmen seines technischen Verständnisses geantwortet, dass die Übernahme der Überwachungstätigkeiten durch einen anderen Anbieter zumindest technisch ohne weiteres möglich sein sollte.

5. Hilfsweise: Keine Behauptung unwahrer Tatsachen

Bei den streitgegenständlichen Aussagen würde es sich zudem um wahre Tatsachen handeln. Dazu im Einzelnen:

a. Zum Tenor Punkt 1. a) – Diebstahl der Software

Es wird behauptet, dass für die Entwicklung der von der Verfügungsklägerin zu 1) zur Recherche genutzten Software auf Wissen fremder Personen zurückgegriffen wurde, die Software also „gestohlen“ wurde. Dass die Ermittlungssoftware der Verfügungsklägerin zu 1) auf Wissen fremder Personen beruht, ergibt sich aus den Umständen, insbesondere den Umständen der Tätigkeit des Verfügungsklägers zu 2).

In dem Gerichtsverfahren vor dem United States District Court for the District of Columbia hat der Verfügungskläger zu 2) in einer eidesstattlichen Erklärung vom 31.12.2009 (Az.: CA. 1:10-cv-00453-RMC) behauptet, bereits seit Januar 2007 bei der Verfügungsklägerin zu 1) tätig zu sein.

Glaubhaftmachung: Eidesstattliche Erklärung des Verfügungsklägers zu 2) vor dem United States District Court for the District of Columbia vom 31.12.2009 (Az.: CA. 1:10-cv-00453-RMC) in englischer Sprache bereits vorgelegt als

- Anlage AG 3 -

Bis zum 31. Oktober 2008 war er allerdings bei der Logistep AG mit Sitz in Steinhäusern, Schweiz in führender Position als Chief Technical Officer, das heißt Leiter der Technik angestellt. Im Anschluss daran war er bis zum 21.02.2009 bei der Logistep AG als freier Mitarbeiter tätig.

Glaubhaftmachung: 1. Eidesstattliche Erklärung des Herrn Richard Schneider, Mitglied des Verwaltungsrates der Logistep AG, Sennweidstr. 45, 6312 Steinhäusern, Schweiz als

- Anlage AG 8 -

2. Zeugnis des Herrn Richard Schneider, Logistep AG, Sennweidstr. 45, 6312 Steinhausen, Schweiz

Die Logistep AG erbringt wie die Verfügungsklägerin zu 1) Dienstleistungen im Internet und im Bereich Internet-Sicherheit.

Glaubhaftmachung: 1. Handelsregisterauszug der Logistep AG als

- Anlage AG 9 -

2. Eidesstattliche Erklärung des Herrn Richard Schneider, Mitglied des Verwaltungsrates der Logistep AG, Sennweidstr. 45, 6312 Steinhausen, Schweiz bereits vorgelegt als

- Anlage AG 8 -

3. Zeugnis des Herrn Richard Schneider, Logistep AG, Sennweidstr. 45, 6312 Steinhausen, Schweiz

Die Logistep AG hat als eines der ersten Unternehmen eine Software für die beweissichere Erfassung von IP-Adressen entwickelt und zum Einsatz gebracht. Diese Software wurde von mehreren Mitarbeitern der Logistep AG im Zeitraum von Februar 2004 bis Mai 2005 entwickelt und wird seitdem beständig fortentwickelt.

Glaubhaftmachung: 1. Eidesstattliche Erklärung des Herrn Richard Schneider, Mitglied des Verwaltungsrates der Logistep AG bereits vorgelegt als

- Anlage AG 8 -

2. Zeugnis des Herrn Richard Schneider, Logistep AG, Sennweidstr. 45, 6312 Steinhausen, Schweiz

Der Verfügungskläger zu 2) hat der Verfügungsbeklagten gegenüber nie offengelegt, dass er in der Vergangenheit überhaupt für die Logistep AG tätig war, noch hat er offengelegt, dass er bis zum 31. Oktober 2008 bei der Logistep AG angestellt und bis 21.02.2009 als freier Mitarbeiter bei dieser beschäftigt war.

Demnach hat der Verfügungskläger zu 2) nach eigenem Vortrag etwa zwei Jahre parallel für die Verfügungsklägerin zu 1) in gleicher Position gearbeitet, ohne dies der Logistep AG gegenüber offengelegt zu haben.

Der Verfügungskläger zu 2) hatte darüber hinaus vor seinem Ausscheiden aus der Logistep AG eine geheime Rufumleitung von seinem Dienstanschluss bei der Logistep AG auf seine Mobiltelefonnummer 0176-24791824 geschaltet. Die Rufumleitung hatte er dabei nicht am Telefon eingestellt, sondern schon bei dem Telefonanbieter der Logistep AG geschaltet, sodass die Rufumleitung auf den Displays der Telefone der

Logistep AG nicht sichtbar war. Die Rufumleitung haben Herr Richard Schneider und Herr Michael Wicher von der Logistep AG erst am 29.04.2010 zufällig entdeckt.

Glaubhaftmachung: 1. Eidesstattliche Erklärung des Herrn Richard Schneider, Mitglied des Verwaltungsrates der Logistep AG bereits vorgelegt als

- Anlage AG 8 -

2. Zeugnis des Herrn Richard Schneider, Logistep AG, Sennweidstr. 45, 6312 Steinhausen, Schweiz

3. Eidesstattliche Erklärung des Herrn Michael Wicher, Mitarbeiter der Logistep AG als

- Anlage AG 10 -

Zudem hat der Verfügungskläger zu 2) während seiner Tätigkeit bei er Logistep AG sämtliche an seine E-Mail-Adresse achache@logistepag.com bei der Logistep AG gerichteten E-Mails an seine private E-Mail-Adresse weitergeleitet.

Glaubhaftmachung: Eidesstattliche Versicherung des Herrn Leszek Oginski, Direktor der Logistep AG als

- Anlage AG 11 -

Herr Oginski von der Logistep AG sah schließlich im Dienstwagen des Verfügungsklägers zu 2) noch während seiner Tätigkeit bei der Logistep AG Broschüren und Visitenkarten der GuardaLey Ltd..

Glaubhaftmachung: Eidesstattliche Versicherung des Herrn Leszek Oginski, Direktor der Logistep AG, bereits vorgelegt als

- Anlage AG 11 -

Der Verfügungskläger zu 2) hat der Verfügungsbeklagten jedoch bereits am 10.12.2008, also noch während dessen freiberuflicher Tätigkeit bei der Logistep AG namens der Verfügungsklägerin zu 1) die Ermittlung von Daten von Inhabern von Internetanschlüssen angeboten, die im Internet urheberrechtlich geschützte Werke zum Herunterladen anbieten.

Glaubhaftmachung: E-Mail des Verfügungsklägers zu 2) vom 10.12.2008 als

- Anlage AG 12 -

Angesichts der Tatsache, dass die Logistep AG für die Entwicklung ihrer Ermittlungssoftware unter Einsatz von mindestens drei Mitarbeitern etwa 16 Monate benötigt hat, ist es auffallend, dass die Verfügungsklägerin zu 1) noch vor dem Ausscheiden des Ver-

fütigungsklägers zu 2) aus der Logistep AG in der Lage war, die gleichen Dienstleistungen wie die Logistep AG anzubieten.

Die Zweifel der Verfügungsbeklagten an der Urheberschaft und vor allem an der Zuverlässigkeit der Software „Observer“ wurden dadurch verstärkt, dass der Verfügungskläger zu 2) Herrn Nourbakhsch am 30.11.2010 per E-Mail kontaktierte und die Verfügungsbeklagte darum bat, das Gutachten über die Funktionsweise und Zuverlässigkeit der Software „Observer“ nur in zwingend notwendigen Fällen zu verwenden, ohne dafür einen glaubwürdigen Grund vorbringen zu können.

Glaubhaftmachung: E-Mail des Verfügungsklägers zu 2) vom 30.11.2010 als

- Anlage AG 13 -

Aufgrund der Gesamtschau dieser Tatsachen sind bei der Verfügungsbeklagten Zweifel an der Urheberschaft der Datenermittlungssoftware „Observer“ der Verfügungsbeklagten aufgekomen. Die Verfügungsbeklagte befürchtete, dass der Verfügungskläger zu 2) für die Entwicklung der von der Verfügungsklägerin zu 1) eingesetzten Ermittlungssoftware auf Know-How seines früheren Arbeitgebers, der Logistep AG, zurückgegriffen haben könnte.

Daraufhin hat Herr Nourbakhsch beide Verfügungskläger zur Ausräumung dieser Bedenken um eine verbindliche Gegendarstellung in Form einer eidesstattlichen Versicherung gebeten.

Glaubhaftmachung: E-Mail des Herrn Nourbakhsch vom 12.01.2011 mit Anhängen als

- Anlage AG 14 -

Beide Verfügungskläger haben bis zur Beantragung der einstweiligen Verfügung die Abgabe einer solchen Erklärung und damit die Ausräumung dieser Zweifel verweigert. Alles, was sie getan haben, ist, der Verfügungsbeklagten mitzuteilen, dass sie die Eidesstattlichen Erklärungen an einen Herrn Guido Hettinger weitergeleitet haben und „erst nach erfolgter Prüfung durch externe“ die eidesstattlichen Erklärungen unterschrieben werden können.

Glaubhaftmachung: E-Mail des Verfügungsklägers zu 2) vom 14.01.2011

- Anlage AG 15 -

Erst im Rahmen der Beantragung der einstweiligen Verfügung haben die Verfügungskläger eine entsprechende Erklärung abgegeben.

b. Zum Tenor Punkt 1. b) aa) – Unzuverlässige Rechercheleistungen

Die Verfügungsklägerin zu 1) ist, wie oben bereits dargestellt, den Mandanten der Verfügungsbeklagten gegenüber lediglich dazu verpflichtet und berechtigt, die IP-Daten von so genannten Uploadern zu ermitteln, nicht dagegen von Personen, die lediglich einen sogenannten Download oder gar nur eine Downloadanfrage von urheberrechtlich

geschützten Filmwerken vornehmen. Entsprechend mahnt die Verfügungsbeklagte lediglich den Upload als öffentliches Zugänglichmachen nach § 19 a UrhG ab.

Im Januar 2011 hat die Verfügungsbeklagte von der ipoque GmbH erfahren, dass die von der Verfügungsklägerin zu 1) erbrachten Recherchedienstleistungen teilweise nicht dem mit den Inhabern der Urheberrechte Vereinbarten, noch dem, was abgemahnt wurde, entsprachen und daher unzuverlässig sind.

Die ipoque GmbH ist ein IT-Unternehmen, welches verschiedene Dienstleistungen im Bereich Bandbreiten- und Internetmanagement anbietet. Das Unternehmen ist weltweit tätig, unter anderem für zahlreiche deutsche Universitäten.

Glaubhaftmachung: 1. Darstellung der Referenzkunden der ipoque GmbH unter deren Internetpräsenz auf <http://www.ipoque.com/company/customer-references> als

- Anlage AG 16 -

2. Zeugnis des Dr. Frank Stummer, zu laden über die ipoque GmbH, Mozartstraße 3, 04107 Leipzig

Ein Teilbereich, für den unter anderem Herr Dr. Frank Stummer zuständig ist, ist die forensische Datenermittlung von IP-Adressen, unter welchen Urheberrechtsverletzungen im Internet begangen werden.

Die ipoque GmbH hat aufgrund folgender Begebenheit festgestellt, dass die Verfügungsklägerin zu 1) IP-Daten von Anschlussinhabern ermittelt, die selbst keine Filmwerke der Öffentlichkeit zugänglich machen, die also keinen „Upload“ vornehmen.

Am 18.11.2009 um 01:03:25 Uhr MEZ hat die ipoque GmbH ein sog. Testscreening zu dem Filmwerk „Antichrist“ im Internet durchgeführt. Dieses Filmwerk wurde zum damaligen Zeitpunkt durch die Verfügungsklägerin zu 1) in Internet-Tauschbörsen, insbesondere Peer2Peer-Netzwerken wie „Bittorrent“ im Namen des Inhabers der Urheberrechte überwacht. Von der Verfügungsklägerin zu 1) erfasste IP-Adressen wurden durch die Verfügungsbeklagte in Verfahren nach § 101 Abs. 9 UrhG identifiziert und deren Anschlussinhaber gem. §§ 97, 19a UrhG wegen des unerlaubten öffentlichen Zugänglichmachens des vorgenannten Filmwerkes abgemahnt.

Im Zuge dieses Testscreenings hat die Software der ipoque GmbH in dem Netzwerk „Bittorrent“ nach Quellen von illegalen Kopien des vorgenannten Filmwerkes gesucht, das heißt Download-Möglichkeiten von Servern gesucht, die diese Dateien anbieten (Uploader). Auf den Servern der ipoque GmbH hat sich zu diesem, wie auch zu keinem anderen Zeitpunkt eine vollständige oder teilweise Kopie des Werkes „Antichrist“ befunden. Aus diesem Grund wurde von der ipoque GmbH in dem Netzwerk „Bittorrent“ weder ein Bestandteil des Films „Antichrist“ angeboten, noch wurde dieser Eindruck im Internet erweckt.

Glaubhaftmachung: 1. Zeugnis des sachverständigen Zeugen Dr. Frank Stummer, zu laden über die ipoque GmbH, Mozartstraße 3, 04107 Leipzig

2. Powerpoint-Präsentation der ipoque GmbH
„Fakten zur Abmahnung „Antichrist“, BaumgartenBrandt an ipoque, 18.11.2009“ vom 13.01.2011 als

- Anlage AG 17 -

Nach dem Testscreening erhielt die ipoque GmbH eine kostenpflichtige Abmahnung der Verfügungsbeklagten, in der die ipoque GmbH zur Abgabe einer Unterlassungserklärung bis zum 18.05.2010 aufgefordert wurde. Tatvorwurf war ein urheberrechtswidriger Upload, das heißt das öffentliche Zugänglichmachen des Filmwerkes „Antichrist“ zum vorgenannten Zeitpunkt des Testscreenings.

- Glaubhaftmachung:**
1. Zeugnis des Dr. Frank Stummer, zu laden über die ipoque GmbH, Mozartstraße 3, 04107 Leipzig
 2. Abmahnung an die ipoque GmbH vom 27.04.2010 als

- Anlage AG 18 -

Es ist beweissicher dokumentiert, dass es technisch ausgeschlossen ist, dass die ipoque GmbH eine solche Datei ganz oder teilweise angeboten hat, also ein so genannter „Upload“ stattgefunden hat. Es ist technisch darüber hinaus sogar ausgeschlossen, dass, was nicht Vorwurf der Abmahnung war, ein Download der Datei stattgefunden hat. Zum Tatzeitpunkt bestand seitens der ipoque GmbH nur zu einem einzigen fremden Server Kontakt, der somit nur der Verfügungsklägerin zu 1) zugeordnet werden kann. Die Verfügungsklägerin zu 1) hat ihrerseits aber keine Bestandteile des Filmes angeboten. Stattdessen war das Bittorrent-Überwachungsprogramm Verfügungsklägerin zu 1) „Observer“ so eingestellt, dass es anderen Benutzern, das heißt deren Programmen durch ein gefälschtes Bitfeld vorgetäuscht hat, immer im Besitz von 50 % der gesuchten, das heißt angefragten, Datei zu sein.

- Glaubhaftmachung:**
1. Zeugnis des sachverständigen Zeugen Dr. Frank Stummer, zu laden über die ipoque GmbH, Mozartstraße 3, 04107 Leipzig
 2. Powerpoint-Präsentation der ipoque GmbH
„Fakten zur Abmahnung „Antichrist“, BaumgartenBrandt an ipoque, 18.11.2009“ vom 13.01.2011, bereits vorgelegt als

- Anlage AG 17 -

Für das technische Verständnis sei erläutert, dass, sobald ein Bittorrent-Clientprogramm eines Benutzers eine solche Meldung von einem anderen Clientprogramm erhält, es dem Client des anderen Benutzers eine Downloadanfrage für diese Dateibestandteile sendet. Eine solche Anfrage wurde seinerzeit vom Programm (Client) der ipoque GmbH an den Server der Verfügungsklägerin zu 1) geschickt, und dabei wurde von der Verfügungsklägerin zu 1) die IP-Adresse des Benutzers, das heißt konkret die damalige IP-Adresse des Servers der ipoque GmbH erfasst. Dies geschah, obgleich der Server der ipoque

GmbH weder einen urheberrechtswidrigen Upload angeboten, noch einen urheberrechtswidrigen Download durchgeführt hat, denn von dem Server der Verfügungsklägerin zu 1) konnte der Server der ipoque GmbH mangels Vorhandensein keine Bestandteile der urheberrechtlich geschützten Datei erhalten.

- Glaubhaftmachung:**
1. Zeugnis des sachverständigen Zeugen Dr. Frank Stummer, zu laden über die ipoque GmbH, Mozartstraße 3, 04107 Leipzig
 2. Powerpoint-Präsentation der ipoque GmbH „Fakten zur Abmahnung „Antichrist“, BaumgartenBrandt an ipoque, 18.11.2009“ vom 13.01.2011, bereits vorgelegt als

- Anlage AG 17 -

Dies führte im Ergebnis dazu, dass die ipoque GmbH aufgrund falscher Datenermittlung zu Unrecht eine Abmahnung erhalten hat.

Die Verfügungskläger trafen sich nach Bekanntwerden der damaligen Abmahnung mit den Anwälten der ipoque GmbH sowie Herrn Dr. Stummer. Im Rahmen dieses Treffens wurde den Verfügungsklägern die vorgenannte Powerpoint-Präsentation (Anlage AG 17) gezeigt.

- Glaubhaftmachung:** Zeugnis des Herrn Dr. Frank Stummer, zu laden über die ipoque GmbH, Mozartstraße 3, 04107 Leipzig

Deren gesamten Inhalt haben die Verfügungskläger der Verfügungsbeklagten und den Kunden der Verfügungsklägerin zu 1) in der Folge vorsätzlich verschwiegen. Erst als die Verfügungsbeklagte im Januar 2011 zufällig in Kontakt zu der ipoque GmbH getreten ist, hat sie davon erfahren, dass die Verfügungsklägerin zu 1) falsche Daten ermittelt. Nachdem die ipoque GmbH der Verfügungsbeklagten telefonisch mitgeteilt hat, dass die Rechercheleistungen der Verfügungsklägerin zu 1) fehlerhaft seien, sind Mitarbeiter der Verfügungsbeklagten, unter ihnen auch Herr André Nourbakhsch und Herr Christian Roloff am 13.01.2011 zu der ipoque GmbH an deren Sitz nach Leipzig gefahren und haben sich dort mittels der Powerpoint-Präsentation, die die ipoque GmbH bereits der Verfügungsklägerin zu 1) gezeigt hatte, den Ablauf des Test-Screenings erläutern lassen.

- Glaubhaftmachung:**
1. Zeugnis des Herrn André Nourbakhsch, zu laden über Verfügungsbeklagte
 2. Zeugnis des Herrn Christian Roloff, zu laden über Verfügungsbeklagte

c. Zum Tenor Punkt 1. b) bb) – Sammelklage in den USA anhängig

Entgegen der Behauptung der Verfügungskläger ist in den USA eine Sammelklage gegen die Verfügungsklägerin zu 1) anhängig. Herr Dimitriy Shirokov hat in eigenem Namen und im Namen von 4.576 Personen gegen Dunlap, Grubb & Weaver PLLC, US Copyright Group, Thomas Dunlop, Nicholas Kurtz, die Verfügungsklägerin zu 1) und

die Achte/Neunte Boll Kino Beteiligungs GmbH & Co KG Klage erhoben. Die dortigen Kläger werden von den Rechtsanwälten BOOTH SWEET LLP mit Sitz in Cambridge, Massachusetts, USA vertreten.

Glaubhaftmachung: Sammelklage von 4.576 Klägern u.a. gegen die Verfügungsklägerin zu 1), online gestellt unter <http://boothsweet.com/wp-content/uploads/2010/08/Master-Complaint1.pdf> von den Rechtsanwälten BOOTH SWEET LLP, 32R Essex Street Studio 1A, Cambridge, MA 02139, USA, als

- Anlage AG 19 -

Die Klage ist spätestens am 26.11.2010 bei dem United States District Court, District of Massachusetts eingegangen. Sie wird dort unter dem Aktenzeichen 1:10-CV-12043-GAO geführt. Mit Datum vom 26.11.2010 hat das Gericht eine Mitteilung an die Beklagten über die Klageerhebung erstellt. Dort heißt es: „A lawsuit has been filed against you“ („Gegen Sie ist eine Klage eingereicht worden“).

Glaubhaftmachung: Mitteilung des United States District Court, District of Massachusetts an die Beklagten über den Eingang einer Klage vom 26.11.2010

- Anlage AG 20 -

Die Mitteilung des Gerichts enthält zugleich die Aufforderung an die Beklagten, innerhalb von 21 Tagen zu der Klage Stellung zu nehmen. An die dortigen Beklagten versandt oder zugestellt wird die Mitteilung des Gerichts vom 26.11.2010 im Parteibetrieb durch die Anwälte der Kläger. Es entzieht sich der Kenntnis der Verfügungsbeklagten, inwieweit die Klage bei der Verfügungsklägerin zu 1) eingegangen ist.

Wir gehen davon aus, dass der Director der Verfügungsklägerin zu 1), wenn er in der Eidesstattlichen Erklärung (Anlage AS 1) schreibt, dass eine Klageschrift einer einzelnen Person existierte, die der Verfügungsklägerin zu 1) nicht innerhalb von 21 Tagen zugestellt worden sein soll, die Klage in **Anlage AG 19** meint. In der Klageschrift in **Anlage AG 19** ist zwar nur von „Plaintiff“ („Kläger“) im Singular die Rede, wie man aber bei genauerem Lesen des Rubrums und von Punkt 1 der Einleitung problemlos erkennen kann, hat Herr Dimitriy Shirokov „on behalf of himself and all others similarly situated“ („für sich selbst und alle anderen in der gleichen Situation“) bzw. „on behalf of himself and 4,576 other similarly-situated victims“ („für sich selbst und 4.576 andere Opfer in der gleichen Situation“) u.a. gegen die Verfügungsklägerin zu 1) Klage erhoben. Zudem wurde die Klage als „Complaint Class Action“, das heißt „Sammelklage“ erhoben und zugelassen. In den Vereinigten Staaten ist dies, anders als in der Bundesrepublik Deutschland möglich. Andere gegen die Verfügungsklägerin zu 1) in den USA erhobene Klagen könnten die Verfügungsbeklagte im Internet, wo Klageschriften in den USA veröffentlicht werden müssen, nicht finden. Die Verfügungsklägerin zu 1) möge, wenn sie bei ihrer Behauptung bleiben sollte, dass eine Klage einer einzelnen Person existiert habe, die Klageschrift dieser einzelnen Person vorlegen.

Festzuhalten bleibt, dass gegen die Verfügungsklägerin zu 1) tatsächlich eine Sammelklage von 4.576 Personen anhängig ist und Herr Nourbakhsh mit seiner Aussage, ge-

gen die Verfügungsklägerin zu 1) hätten 4.300 Personen Sammelklage erhoben, sogar untertrieben hat. Die Aussage des Directors der Verfügungsklägerin zu 1) Herrn Ben Perino in der eidesstattlichen Erklärung (Anlage AS 1), gegen die Verfügungsklägerin zu 1) hätte zu keinem Zeitpunkt eine Sammelklage existiert, widerspricht damit im Ergebnis den Tatsachen.

6. Mangelnde bzw. unvollständige Zustellung des Beschlusses vom 10.02.2011

Der Beschluss des LG Berlin vom 10.02.2011 ist Herrn Nourbakhsh weder unmittelbar übergeben worden noch wurde der Beschluss an der Wohnanschrift des Herrn Nourbakhsh einer dort lebenden oder dort beschäftigten Person übergeben oder in den Briefkasten an der Wohnanschrift des Herrn Nourbakhsh eingelegt. Lediglich die Verfügungsbeklagte hat eine beglaubigte Abschrift des Beschlusses, adressiert an Herrn Nourbakhsh erhalten. Diese ist am 11.02.2011 in den Briefkasten der Verfügungsbeklagten eingelegt worden. Die Unterzeichner haben sich aber bisher weder dem Gericht gegenüber noch den Verfügungsklägern gegenüber zu Verfahrens- bzw. Prozessvollmächtigten des Herrn Nourbakhsh bestellt.

Der Verfügungsbeklagten ist der Beschluss vom 10.02.2011 zwar am Freitag, den 11.02.2011 an dessen Sitz in den Briefkasten eingelegt worden, jedoch ohne die Antragsschrift und deren Anlagen.

II. Rechtliche Erwägungen

- 1. Keine Vollziehung der einstweiligen Verfügung**
- a. Keine Zustellung des Beschlusses an Herrn André Nourbakhsh**

Mangels Zustellung des Beschlusses vom 10.02.2011 an Herrn Nourbakhsh ist der Beschluss ihm gegenüber nicht vollzogen worden, §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO. Der Beschluss ist ihm weder gem. § 191 ZPO i.V.m. § 177 ZPO unmittelbar noch gem. § 178 Abs. 1 Nr. 1 ZPO in der Wohnung des Herrn Nourbakhsh im Wege der Ersatzzustellung zugestellt worden.

Das Einlegen des Beschlusses in den Briefkasten der Verfügungsbeklagten stellt keine wirksame Zustellung an Herrn Nourbakhsh dar. Eine Zustellung an die Adresse seiner beruflichen Tätigkeit durch Einlegen in den Briefkasten der Verfügungsbeklagten war als Ersatzzustellung gem. § 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, § 180 S. 1 ZPO nicht möglich. Bei der Anschrift der Verfügungsbeklagten handelt es sich nicht um Geschäftsräume des Herrn Nourbakhsh i.S.v. § 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. Geschäftsraum i.S.v. § 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO ist der für die Geschäftstätigkeit gerade des Zustellungsempfängers bestimmte Raum (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Auflage, 2011, § 178 Rdnr. 16; BGH NJW-RR 2010, 489 (490) Rdnr. 15). Der Zustellungsempfänger selbst muss unter der Adresse ein Geschäftslokal unterhalten (BGH NJW 1998, 1958 (1959)). Da Herr Nourbakhsh in den Räumen der Verfügungsbeklagten wie oben dargestellt, als Angestellter keiner eigenen Geschäftstätigkeit nachgeht, scheidet schon aus diesem Grund eine Ersatzzustellung an die Adresse der Verfügungsbeklagten aus.

Da vor der Ersatzzustellung auch kein Zustellversuch an den Zustellungsadressaten persönlich unternommen wurde, scheidet eine Ersatzzustellung gem. § 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, § 180 S. 1 ZPO ebenfalls aus.

Eine Zustellung gem. § 172 Abs. 1 ZPO an die Verfügungsbeklagte als Prozessbevollmächtigte des Herrn Nourbakhsch ist ebenfalls nicht wirksam erfolgt, da die Verfügungsbeklagte nicht Prozessbevollmächtigte des Herrn Nourbakhsch war oder ist. Zwar hat sich die Verfügungsbeklagte in der vorgerichtlichen Abmahnung zur Vertreterin des Herrn Nourbakhsch bestellt, diese Bestellung erstreckt sich jedoch nicht auf das gerichtliche Verfügungsverfahren. Das mit der Zustellung der einstweiligen Verfügung beginnende gerichtliche Verfahren ist gegenüber der vorgerichtlichen anwaltlichen Korrespondenz über eine Abmahnung ein neuer Abschnitt und hiervon zu trennen (OLG Hamburg NJW-RR 1993, 958; Musielak, ZPO, 7. Auflage 2009, § 172, Rdnr. 2).

Da der Beschluss Herrn Nourbakhsch gegenüber nicht vollzogen wurde, ist dieser nicht mehr Partei des Verfahrens und kann damit als Zeuge vernommen werden. Wie das Kammergericht entschieden hat, kann ein Streitgenosse, der zwar erstinstanzlich Partei des Verfahrens war, aber mangels Berufung nicht Partei des von einem anderen Streitgenossen durchgeführten Berufungsverfahrens ist, als Zeuge vernommen werden (KG, MDR 1981, 765). Ebenso hat das OLG Koblenz entschieden (OLG Koblenz, NJW-RR 2003, 283). Die gleiche Folge muss für Antragsgegner einer einstweiligen Verfügung gelten, die mangels Vollziehung der Verfügung nicht mehr Partei des Verfahrens sind.

b. Zustellung des Beschlusses an die Verfügungsbeklagte ohne Antragschrift

Auch der Verfügungsbeklagten gegenüber haben die Verfügungskläger die Verfügung nicht vollzogen. Zur Vollziehung hätte es neben der Zustellung des Beschlusses auch der Zustellung des Verfügungsantrages bedurft, denn der Beschluss des LG Berlin vom 10.02.2011 ist aus sich heraus, ohne die Antragschrift, nicht verständlich.

Im Beschluss wird mehrfach auf den Antrag Bezug genommen. So wird bereits in der Kostenentscheidung die Bezifferung laut Antragschrift vorgenommen. Der Verfügungsbeklagten ist damit nicht bekannt, auf welche Punkte des Tenors im Beschluss sich die Teilstreitwerte beziehen. Darüber hinaus wird in den Entscheidungsgründen auf S. 5, 3. Absatz zum Teilantrag zu 2.d) der Antragschrift Stellung genommen, ohne dass der Verfügungsbeklagten deutlich wird, um welchen Antrag es sich dabei handelt und welche Äußerung danach unlauter nach § 4 Nr. 10 UWG sein soll.

In Fällen, in denen eine Beschlussverfügung im Tenor oder auch nur in ihren Gründen auf die Antragschrift Bezug nimmt, ist die Antragschrift der Verfügung beizufügen (LG Wuppertal, Urteil vom 18.03.2009, Az.: 3 O 480/08). Erst recht gilt dies, wenn die Verfügung auf die Antragschrift Bezug nimmt und die Verfügung aus sich heraus nicht verständlich ist (OLG Celle, Urteil vom 03.02.1999, Az.: 2 U 279/98, juris).

2. Kein Verfügungsanspruch

a. Kein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien

Zwischen den Verfügungsklägern und der Verfügungsbeklagten besteht kein Wettbewerbsverhältnis. Eine Mitbewerbereignschaft der Verfügungsbeklagten nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 und 3 UWG scheidet von vornherein aus. Die Verfügungsbeklagte ist aber auch

nicht Mitbewerberin der Verfügungskläger nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Allein die Tatsache, dass sowohl die Verfügungsbeklagte als auch die Verfügungskläger auf dem Gebiet der Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen tätig sind, führt nicht dazu, dass diese Mitbewerber i.S.v. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG sind. Mitbewerber in diesem Sinne sind lediglich Unternehmen, die gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Abnehmerkreises abzusetzen versuchen (BGH GRUR 2007, 884 Rdnr. 35 – Cambridge Institute; BGH GRUR 2007, 1079 Rdnr. 18 – Bundesdruckerei; BGH GRUR 2009, 845 Rdnr. 40 – Internet-Videorecorder; BGH GRUR 2009, 980 Rdnr. 9 – E-Mail-Werbung II). Davon, dass die Verfügungsbeklagte und die Verfügungskläger gleiche oder auch nur gleichartige Dienstleistungen anbieten, kann nicht die Rede sein. Die Verfügungskläger bieten Ermittlungsdienstleistungen im Internet an. Die Verfügungsbeklagte bietet dagegen ausschließlich Rechtsberatung und –vertretung an. Die Tatsache, dass sich die Dienstleistungen beider Parteien auf Urheberrechtsverletzungen beziehen, ändert an der Verschiedenartigkeit der Dienstleistungen nichts.

b. Äußerung gegenüber Frau Mudge weder eine Behauptung noch eine Behinderung von Mitbewerbern

Durch die gegenüber Frau Mudge getätigten Äußerungen wurden weder Tatsachen i.S.d. § 4 Nr. 8 UWG behauptet, noch Mitbewerber nach § 4 Nr. 10 UWG behindert. Da Frau Mudge Mitarbeiterin der Verfügungsklägerin zu 1) ist, sind die ihr gegenüber getätigten Äußerungen der Verfügungsklägerin nach § 166 BGB analog zuzurechnen.

Behauptungen gem. § 4 Nr. 8 UWG müssen aber gegenüber Dritten aufgestellt werden. Der von der Äußerung betroffene Mitbewerber selbst gehört nicht zu Dritten in diesem Sinne. Äußerungen, die ihm gegenüber aufgestellt werden, sind nicht geeignet, den Absatz oder den Bezug des betreffenden Unternehmens zu fördern oder zu behindern. Dies wäre nur bei Äußerungen gegenüber Personen der Fall, die nicht „im Lager“ der Verfügungskläger stehen.

Gleiches gilt hinsichtlich der Unlauterkeit nach § 4 Nr. 10 UWG. Eine Behinderung ist ausgeschlossen, wenn sie durch Äußerungen gegenüber dem von der Äußerung betroffenen Unternehmen erfolgt. In diesem Fall ist die Äußerung nicht geeignet, zu einer Behinderung des Mitbewerbers zu führen.

c. Kein Unterlassungsanspruch zu den streitgegenständlichen Aussagen

aa. Beweiswert der eidesstattlichen Erklärung von Frau Barbara Mudge

Angesichts der verkürzten, „sinngemäßen“ und unzutreffenden Darstellung des Inhalts des Telefonats zwischen Frau Mudge und Herrn Nourbaksch kommt der eidesstattlichen Erklärung von Frau Mudge keinerlei Beweiswert zu.

bb. Zur Aussage im Tenor Punkt 1. a) – Diebstahl der Software

Hinsichtlich der Äußerung unter Punkt 1.a) des Tenors besteht seitens beider Verfügungskläger kein Unterlassungsanspruch. Die Voraussetzungen des § 4 Nr. 8 UWG und des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 186, 187 StGB liegen nicht vor. Da Herr Nourbaksch niemals behauptet hat, dass der Verfügungskläger zu 2) die von der Verfügungsklägerin zu 1) genutzte Software gestohlen habe, hat er schon keine unwahre Tatsache verbreitet.

Im Übrigen handelt es sich bei den Äußerungen des Herrn Nourbaksch gegenüber Frau Mudge als Vertreterin oder zumindest Bevollmächtigte der Mandantin der Verfügungs-

beklagten, Foresight Unlimited um vertrauliche Mitteilungen, an denen die Mandantin der Verfügungsbeklagten ein berechtigtes Interesse hatte, § 4 Nr. 8, 2. HS UWG. Die Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant unterliegt gem. § 43 a Abs. 2 BRAO dem Anwaltsgeheimnis. Auf europäischer Ebene ist das Anwaltsgeheimnis gem. Art. 8 Abs. 1 EMRK (Schutz der Korrespondenz) i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und 3 Buchst. c EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) sowie aus Art. 7 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Achtung der Kommunikation) i.V.m. Art. 47 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 und Art. 48 Abs. 2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Recht auf Beratung, Verteidigung und Vertretung, Achtung der Verteidigungsrechte) geschützt. Den Schutz des Anwaltsgeheimnisses hat der EuGH ausdrücklich festgestellt (EuGH in: NJW 1983, 503). Die dem Anwaltsgeheimnis unterliegende Kommunikation ist als vertraulich und privilegiert einzuordnen. Zudem folgt die Vertraulichkeit der Mitteilung auch aus der Tatsache, dass die Äußerungen des Herrn Nourbakhsch nur an einen Empfänger und nicht gleichzeitig an eine Vielzahl von Adressaten erfolgt sind. Solche Mitteilungen sind nach Ansicht des BGH als vertraulich einzustufen (BGH GRUR 1960, 135 (136) – Druckaufträge).

Herr André Nourbakhsch wie auch die Mandantin der Verfügungsbeklagten Foresight Unlimited hätten auch ansonsten ein berechtigtes Interesse an der Mitteilung gehabt. Bei der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, ob der Mitteilende gesetzlich oder vertraglich zur Mitteilung der Tatsachen berechtigt oder verpflichtet ist (Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Auflage, 2011, § 4, Rdnr. 8.23). Herr Nourbakhsch war als Rechtsanwalt zur Wahrung der Interessen seiner Mandantin Foresight Unlimited berufen und verpflichtet. Dies folgt unmittelbar aus den gesetzlichen und vertraglichen Benachrichtigungs- und Warnpflichten des Rechtsanwaltes (Kleine-Cosack, BRAO, 6. Auflage, Anhang I 1, § 11 BORA). Ein Unterlassen dieser Pflichten hätte die Verfügungsbeklagte einer potentiellen Haftpflicht gegenüber ihren Mandanten ausgesetzt. Dies von vornherein zu unterbinden ist nicht nur Recht, sondern auch Pflicht des Anwalts.

Das Interesse der Mandanten der Verfügungsbeklagten an den streitgegenständlichen Informationen ist wegen der Vielzahl der betroffenen Fälle, die unter Verwendung der Ermittlungs-Software „Observer“ der Verfügungsklägerin zu 1) bearbeitet werden, als sehr hoch einzustufen.

cc. Zur Aussage im Tenor Punkt 1. b) aa) – Unzuverlässige Rechercheleistungen

Hinsichtlich der Äußerung unter Punkt 1.b) aa) des Tenors besteht seitens beider Verfügungskläger ebenfalls kein Unterlassungsanspruch. Die Voraussetzungen des § 4 Nr. 8 UWG und des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 186, 187 StGB liegen auch hier nicht vor. Die Verfügungsklägerin zu 1) hat unzuverlässige Rechercheleistungen erbracht, sodass es sich bei der streitgegenständlichen Aussage um eine wahre Tatsache handelt.

Im Übrigen handelt es sich auch hier bei den Äußerungen des Herrn Nourbakhsch gegenüber Frau Mudge als Vertreterin der Mandantin der Verfügungsbeklagten Foresight Unlimited um vertrauliche Mitteilungen, an denen sowohl die Mandantin der Verfügungsbeklagten als auch die Verfügungsbeklagte aus den gleichen Gründen ein berechtigtes Interesse haben, § 4 Nr. 8, 2. HS UWG.

dd. Zur Aussage im Tenor Punkt 1. b) bb) – Sammelklage in den USA anhängig

Auch hinsichtlich der Äußerung unter Punkt 1.b) bb) des Tenors besteht seitens beider Verfügungskläger kein Unterlassungsanspruch. Die Voraussetzungen des § 4 Nr. 8 UWG und des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 186, 187 StGB liegen nicht vor. Herr Nourbakhsh hat keine unwahre Tatsache verbreitet.

Wie oben dargestellt, ist gegen die Verfügungsklägerin zu 1) in den USA eine Sammelklage sogar im Namen von 4.576 Personen anhängig. Anhängigkeit bedeutet, dass die Klage bei Gericht eingegangen ist, Rechtshängigkeit, dass sie den Beklagten zugestellt worden ist. Herr Nourbakhsh hat nicht von Rechtshängigkeit gesprochen, sondern lediglich davon, dass gegen die Verfügungsklägerin zu 1) eine Klage anhängig gemacht wurde. Die Frage, ob die Klage an die Verfügungsklägerin zu 1) zugestellt worden ist, ist daher nicht entscheidungserheblich.

Im Übrigen handelt es sich bei den Äußerungen des Herrn Nourbakhsh gegenüber Frau Mudge als Vertreterin der Mandantin der Verfügungsbeklagten Foresight Unlimited wiederum um vertrauliche Mitteilungen, an denen die Mandantin der Verfügungsbeklagten ein berechtigtes Interesse hat, § 4 Nr. 8, 2. HS UWG. Auf die obigen Ausführungen dürfen wir verweisen.

ee. Zum Tenor Punkt 1. b) cc)

Punkt 1.b) cc) der Beschlussverfügung ist schon wegen mangelnder Bestimmtheit gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO aufzuheben. Aus dem Tenor wird nicht deutlich, von welchem Vertragsverhältnis die Rede ist. Es ist möglich, dass das Vertragsverhältnis der Verfügungsklägerin zu 1) zur Verfügungsbeklagten gemeint ist. Der Tenor lässt sich aber auch so auslegen, dass mit „Vertragsverhältnis“ die vertraglichen Beziehungen der Verfügungsklägerin zu 1) zu deren Kunden gemeint sein sollen.

Zudem wird durch den Verweis im Tenor auf die eidesstattliche Erklärung von Frau Barbara Mudge nicht klar, in welchen Fällen der Verfügungsbeklagten die Kontaktaufnahme zu Kunden der Verfügungsklägerin zu 1) untersagt ist. Soll eine Kontaktaufnahme zum Anbieten einer Zusammenarbeit ohne Mitwirkung der Verfügungsklägerin zu 1) nur dann untersagt sein, wenn dabei eine der in den Punkten 1. a), 1. b) aa) bis cc) untersagten Äußerungen getätigt wird, oder nur, wenn alle diese Äußerungen getätigt werden? Worin liegt in ersterem Fall der inhaltliche Unterschied des Tenors in Punkt 1 b) cc) zu den übrigen Punkten des Tenors? Punkt 1. b) cc) des Tenors ist mangels Bestimmtheit nicht vollstreckbar.

Sollte mit „Vertragsverhältnis“ in Punkt 1. b) cc) des Tenors der Vertrag zwischen der Verfügungsklägerin zu 1) und der Verfügungsbeklagten gemeint sein, würde der Unterlassungsanspruch der Verfügungsklägerin zu 1) aus § 8 Abs. 1 i.V.m. §§ 3, 4 Nr. 10 UWG materiellrechtlich daran scheitern, dass das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien seit dem 21.01.2011 beendet ist. Allein die Tatsache, dass die Verfügungsbeklagte nach Beendigung ihres Vertrages zur Verfügungsklägerin zu 1) Kontakt zu deren Kunden aufnimmt, führt noch nicht zur Unlauterkeit nach § 4 Nr. 10 UWG. Denn das Abwerben von Kunden gehört zum Wesen des freien Wettbewerbs, und zwar auch dann, wenn es zielbewusst und systematisch (planmäßig) geschieht und die Kunden noch vertraglich an den Mitbewerber gebunden sind. Es ist daher grds. nicht zu beanstanden, wenn ein Unternehmer auf eine Vertragsauflösung unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen (Kündigungs-, Anfechtungs- oder Widerrufsfristen)

hinwirkt und zu eigenen Wettbewerbszwecken ausnutzt. Unlauter wird das Einbrechen in fremde Vertragsbeziehungen erst durch das Hinzutreten besonderer Umstände (Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Auflage, 2011, § 4, Rdnr. 10.33 m.V.a. BGH GRUR 1997, 920 (921) – Automatenaufsteller; BGH GRUR 2002, 548 (549) – Mietwagenkostenerersatz; BGH GRUR 2004, 704 (705) – Verabschiedungsschreiben). Verwertet daher etwa ein ausgeschiedener Handelsvertreter Kundenadressen, die in seinem Gedächtnis geblieben sind, so liegt kein wettbewerbswidriges Verhalten vor (BGH GRUR 1999, 934 (935) – Weinberater).

Auch in dem Fall, dass zwischen der Verfügungsklägerin zu 1) und der Verfügungsbeklagten noch ein Vertragsverhältnis bestehen würde, bestünde aber kein Unterlassungsanspruch.

Allein die Tatsache, dass die Verfügungsbeklagte zu möglichen Kunden der Verfügungsklägerin zu 1) Kontakt aufnimmt, um diesen eine weitere Zusammenarbeit ohne Mitwirkung der Verfügungsklägerin zu 1) anzubieten, führt noch nicht zur Unlauterkeit. Wie oben dargestellt, hat Frau Barbara Mudge im Auftrag oder zumindest mit Befugnis einer Mandantin der Verfügungsbeklagten, des von Herrn Mark Damon vertretenen Unternehmens Foresight Unlimited, mit Herrn Nourbakhsch telefoniert. Die Kenntnis der Kontaktdaten zu Herrn Mark Damon beruhte dabei nicht auf der Vertragsbeziehung der Verfügungsbeklagten mit der Verfügungsklägerin zu 1), sondern auf der Mandatsbeziehung der Verfügungsbeklagten mit dem Unternehmen Foresight Unlimited. Es ist daher nicht so, dass die Verfügungsbeklagte ihr anvertraute oder von ihr rechtswidrig beschaffte Kundenadressen verwendet und damit ihr nicht zustehende Ressourcen nutzt. Der vorliegende Fall ist nicht mit solchen Fällen vergleichbar, in denen Beschäftigte noch während des Beschäftigungsverhältnisses an Kunden des Arbeitgebers herantreten, um sie als künftige Kunden für das eigene oder ein fremdes Unternehmen zu gewinnen.

Davon unabhängig ist allein entscheidend, dass die Verfügungsbeklagte lediglich ihre Mandanten kontaktiert hat. Dass diese auch gleichzeitig Kunden der Verfügungsklägerin zu 1) sind, bzw. waren, spielt keine Rolle.

Darüber hinaus hat Herr Nourbakhsch wie bereits ausgeführt, den Kunden der Verfügungsklägerin zu 1) in keiner Weise Dienstleistungen oder Unternehmen wie die Verfügungsklägerin zu 1) zugeführt oder angeboten, weder unmittelbar, noch mittelbar.

Nach alledem ist die einstweilige Verfügung aufzuheben.

Sollte das Gericht der Ansicht sein, dass der Vortrag der Verfügungsbeklagten unzureichend oder ergänzungsbedürftig ist, bitten wir um einen entsprechenden Hinweis des Gerichts. In diesem Fall wird die Verfügungsbeklagte gerne ausführlich ergänzend vortragen.

Sollte das Gericht eine beglaubigte Übersetzung der **Anlagen AG 3, 19 und 20** benötigen, wird ebenfalls um einen richterlichen Hinweis gebeten.

Die Zustellung an die Verfügungskläger erfolgt gem. § 174 ZPO von Anwalt zu Anwalt.


Susanne Preuß
Rechtsanwältin

Anlagen

- AG 1 Auszug aus dem Register des Companies' House
- AG 2 Handelsregisterauszug zu der Verfügungsklägerin zu 1)
- AG 3 Eidesstattliche Erklärung des Verfügungsklägers zu 2) vor dem United States District Court for the District of Columbia vom 31.12.2009 (Az: CA. 1:10-cv-00453-RMC) in englischer Sprache
- AG 4 Eidesstattliche Erklärung des Verfügungsklägers zu 2)
- AG 5 Kündigungsschreiben der Verfügungsbeklagten vom 21.01.2011 mit Sendebericht der Faxversendung vom 21.01.2011, 20:07 Uhr
- AG 6 Telefax des Kündigungsschreibens der Verfügungsklägerin zu 1) vom 25.01.2011, 14:37 Uhr
- AG 7 E-Mail von Frau Barbara Mudge vom 25.02.2011
- AG 8 Eidesstattliche Erklärung des Herrn Richard Schneider, Mitglied des Verwaltungsrates der Logistep AG
- AG 9 Handelsregisterauszug der Logistep AG
- AG 10 Eidesstattliche Erklärung des Herrn Michael Wicher, Mitarbeiter der Logistep AG
- AG 11 Eidesstattliche Versicherung des Herrn Leszek Oginski, Direktor der Logistep AG
- AG 12 E-Mail des Verfügungsklägers zu 2) vom 10.12.2008
- AG 13 E-Mail des Verfügungsklägers zu 2) vom 30.11.2010
- AG 14 E-Mail des Herrn Nourbakhsh vom 12.01.2011 mit Anhängen
- AG 15 E-Mail des Verfügungsklägers zu 2) vom 14.01.2011
- AG 16 Darstellung der Referenzkunden der ipoque GmbH unter deren Internetpräsenz auf <http://www.ipoque.com/company/customer-references>
- AG 17 Powerpoint-Präsentation der ipoque GmbH „Fakten zur Abmahnung „Antichrist“, BaumgartenBrandt an ipoque, 18.11.2009“ vom 13.01.2011
- AG 18 Abmahnung an die ipoque GmbH vom 27.04.2010
- AG 19 Sammelklage von 4.576 Klägern u.a. gegen die Verfügungsklägerin zu 1), online gestellt unter <http://boothsweet.com/wp-content/uploads/2010/08/Master-Complaint1.pdf> von den Rechtsanwälten BOOTH SWEET LLP
- AG 20 Mitteilung des United States District Court, District of Massachusetts an die Beklagten über den Eingang einer Klage vom 26.11.2010