



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

**Stellungnahme
der Bundesrechtsanwaltskammer
zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der
EU-Durchsetzungs-Richtlinie**

**erarbeitet von dem
Ausschuss Gewerblicher Rechtsschutz
der Bundesrechtsanwaltskammer**

Mitglieder:

Rechtsanwalt Dr. Andreas **Bock**, Frankfurt

Rechtsanwalt Dr. Michael **Nieder**, München

Rechtsanwältin Dr. Ine-Marie **Schulte-Franzheim**, Köln

Rechtsanwältin und Notarin Gerlinde **Sternberg**, Hannover

Rechtsanwalt Dr. Christian **Westerhausen**, LL.M., Chemnitz

Rechtsanwältin Mila **Otto**, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer, Büro Brüssel

Oktober 2007

BRAK-Stellungnahme-Nr. 38/2007

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz

Deutscher Bundestag
Rechtsausschuss
Innenausschuss

Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen

Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder

Rechtsanwaltskammern

Deutscher Anwaltverein
Patentanwaltskammer
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Notarverein
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Richterbund e. V., Berlin

C.H. Beck Verlag
Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG
Redaktion Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht / GRUR
Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen
Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln
Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.
ZAP Verlag

Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für die Gelegenheit der Stellungnahme. Die Bundesrechtsanwaltskammer vertritt als Dachorganisation 27 regionale Rechtsanwaltskammern und die Rechtsanwaltskammer beim Bundesgerichtshof. Diese Kammern vertreten die Gesamtheit von derzeit rund 142.800 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten in der Bundesrepublik Deutschland.

Berechnung des Schadensersatzes - § 97 Absatz 2 UrhG-E

Nach dem geltenden § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG ist derjenige, der die Verletzung eines Urheberrechts oder eines anderen nach dem UrhG geschützten Rechts vorsätzlich oder fahrlässig vornimmt, dem Verletzten zum Schadensersatz verpflichtet. § 97 Abs. 2 S. 2 UrhG-E stellt dem Verletzten neben dem konkret entstandenen Schaden nun auch den Gewinn des Schädigers oder eine fiktive Lizenzgebühr als Berechnungsgrundlage zur Wahl. Diese drei Möglichkeiten zur Berechnung des Schadensersatzes bestehen alternativ und sollen laut Begründung des Gesetzesentwurfs ausdrücklich nicht kumulativ gelten. Diese Regelung wird grundsätzlich von der Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt. Allerdings scheint die vorgesehene Regelung insoweit nicht deutlich genug im Wortlaut gefasst. Die Formulierung „Bei der Bemessung des Schadensersatzanspruches kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden“ könnte den Einstieg in die Vermischung der Möglichkeiten bilden. Hier sollte eine Klarstellung im Gesetzestext erfolgen.

Auch der die Möglichkeit einer fiktiven Lizenzgebühr als Berechnungsgrundlage betreffende Normtext des § 97 Abs. 2 S. 3 gibt Anlass zur Kritik. Die Formulierung „Der Schadensersatzanspruch kann auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des verletzten Rechts eingeholt hätte“ sollte dem Wortlaut von Art. 13 der EU-Durchsetzungs-Richtlinie angeglichen werden. So sollte der Pauschalbetrag entsprechend Art. 13 der EU-Durchsetzungs-Richtlinie „mindestens“ der Lizenzgebühr entsprechen müssen, um eine angemessene Entschädigung zu gewährleisten.

Vernichtungsanspruch - § 98 Absatz 1 UrhG-E

In Art. 10 der EU-Durchsetzungs-Richtlinie wird gefordert, dass im Hinblick auf vorwiegend zur Schaffung oder Herstellung rechtsverletzender Sachen dienende „Materialien und Geräte“ von den Mitgliedsstaaten geeignete Maßnahmen zu ergreifen sind. Der

Regierungsentwurf wiederholt diese Begriffe, u. a. in § 140a PatG-E, § 24a GebrMG-E und § 18 MarkenG-E, verwendet jedoch in § 98 Abs. 1 S. 2 UrhG-E den Begriff „Vorrichtungen“. Es wird nicht klargestellt, worin der Unterschied in den Begrifflichkeiten bestehen soll. Aus Gründen der Einheitlichkeit sollte bezüglich sämtlicher Sonderschutzgesetze der Begriff „Vorrichtungen, Materialien und Geräte“ gewählt werden.

Darüber hinaus dehnt der Regierungsentwurf den Vernichtungsanspruch – im Gegensatz zum Referentenentwurf – nicht auf den Besitzer der Materialien und Geräte aus, da ansonsten die entschädigungslose Vernichtung auch unbeteiligte Dritte treffen könnte. Andererseits muss der Möglichkeit des Verletzers, sich mit dem Argument einer Inanspruchnahme zu entziehen, er sei nicht der Eigentümer der zur Herstellung von Vervielfältigungsstücken oder rechtsverletzender Ware dienenden Vorrichtungen, Maschinen und Geräte, deutlich entgegengewirkt werden, da ansonsten die Wirksamkeit der Richtlinie zur Durchführung der Rechte des geistigen Eigentums eingeschränkt würde. Es wird daher angeregt, nach der Regelung des § 98 Abs. 1 UrhG-E (Vernichtungsanspruch) in einem Abs. 2 zu regeln, dass Materialien, Vorrichtungen und Geräte, die sich im Eigentum eines nicht verletzenden Dritten befinden, auf Dauer dem Zugriff des Verletzers entzogen werden können/müssen.

Anspruch auf Rückruf - § 98 Absatz 2, 1. Alternative UrhG-E

Gemäß § 98 Abs 2, 1. Alt. UrhG-E kann der Verletzer eines durch das Urhebergesetz geschützten Rechts von dem Verletzten zum Rückruf von rechtswidrig hergestellten, verbreiteten oder zur rechtswidrigen Verbreitung bestimmten Vervielfältigungsstücken in Anspruch genommen werden. Dieser Anspruch ist jedoch Durchsetzungsschwierigkeiten ausgesetzt, wenn der Verletzer keine Verfügungsgewalt über die Sachen hat und den Anspruch gegenüber Vertragspartnern bzw. Dritten nicht durchsetzen kann. Außerdem dürfte ein uneingeschränkter Rückrufanspruch von vornherein unverhältnismäßig sein, wenn nicht verletzende Dritte in den Besitz der Produkte gelangen. Demnach sollte der Anspruch des Verletzten von vornherein so geregelt werden, dass der Verletzer verpflichtet ist, sämtliche seiner Abnehmer rechtsverletzender Produkte von dem Umstand der Rechtsverletzung zu informieren und – auf seine Kosten – um Rücksendung der Produkte zu bitten. Dieser Anspruch kann erfüllt werden und die Informationspflicht ist dem Verletzer auch zumutbar.

Gemäß § 98 Abs. 2, 2. Alt. UrhG-E kann der Verletzte alternativ zum Rückruf auch das endgültige Entfernen der Vervielfältigungsstücke aus den Vertriebswegen verlangen. Neben

dem Anspruch auf Rückruf ist die Normierung des Anspruchs auf Entfernung jedoch nicht notwendig. In Art. 10 der EU-Durchsetzungs-Richtlinie werden die Abhilfemaßnahmen in alternativer Form aufgeführt (Rückruf, Entfernung „oder“ Vernichtung). Es ist also nicht zwingend erforderlich, beide Anspruchsarten in den Gesetzestext aufzunehmen. Zudem bleibt unklar, wie die beiden Anspruchsarten voneinander zu unterscheiden sind. De lege lata besteht in § 98 Abs. 1 UrhG bereits ein Vernichtungsanspruch, so dass die Anforderungen der Richtlinie bereits erfüllt worden sind und weiterer Umsetzungsbedarf demnach nicht besteht.

Deckelung der Abmahngebühren - § 97 a Abs. 2 UrhG-E

Die im Regierungsentwurf vorgesehene Regelung des § 97 a Abs. 2 UrhG-E beschränkt den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Inanspruchnahme anwaltlicher Dienstleistungen für die erstmalige Abmahnung in einfach gelagerten Fällen bei einer nur unerheblichen Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs auf 50,00 €.

Diese Regelung hat die BRAK bereits in ihren Stellungnahmen Nr. 26/2007 und 39/2007 kritisiert.

Durch die für die Abmahnung erfolgte Einschaltung eines Rechtsanwaltes entstehen Kosten. Die Höhe der Abmahngebühren richtet sich nach der Bemessung des Gegenstandswertes und der Gebührenhöhe. Der Gegenstandswert des mit der Abmahnung geltend gemachten Anspruches bemisst sich nach dem klägerischen Interesse.

Dabei ist zu betonen, dass der abgemahnte Verletzte die Verpflichtungserklärung zur Vermeidung eines gerichtlichen Verfahrens auch dann abgeben kann, wenn er sich nicht hinsichtlich der Kostentragungspflicht unterwirft. Dies hat zur Folge, dass die Angemessenheit des zugrunde gelegten Gegenstandswert und der abgerechneten Geschäftsgebühr gerichtlich überprüfbar bleibt.

Der nach der im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelung zugestandene Betrag von 50,00 € genügt auch bei einem einfach gelagerten Fall nicht für die Abdeckung des anwaltlichen Zeitaufwands zur Erfassung des Sachverhalts notwendiges Mandantengespräch und die Fertigung eines Abmahnschreibens. Die somit entstehende Differenz zwischen den tatsächlichen Anwaltskosten und den ersatzfähigen 50,00 € fielen dem Verletzten zur Last.

Statt den Schutz des geistigen Eigentums zu stärken, würde das falsche Signal gesetzt, dass die Rechtsverletzung von Urheberrechten insbesondere im Internet durch Privatpersonen eine für den Verletzter kalkulierbare und billige Lösung sein.

Aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer wäre allenfalls die Einführung einer Kostenbegünstigung entsprechend § 12 Abs. 4 UWG, § 142 Markengesetz, § 144 Patentgesetz, § 26 Gebrauchsmustergesetz denkbar. Diese Normen bestimmen, dass bei der Bemessung des Streitwertes wertmindern zu berücksichtigen ist, dass die Sache nach Art und Umfang einfach gelagert ist oder die Belastung einer der Parteien mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert aufgrund ihrer Einkommensverhältnisse nicht tragbar erscheint. Zudem könnte daran gedacht werden, eine Missbrauchsvorschrift nach dem Vorbild von § 8 Abs. 4 UWG einzuführen, nach der die Geltendmachung und Beseitigung von Unterlassungsansprüchen unzulässig ist, wenn sie missbräuchlich ist.

„Im geschäftlichen Verkehr“ - § 101 Absatz 1 UrhG-E

Nach § 101 Abs. 1 UrhG-E ist derjenige, der im geschäftlichen Verkehr das Urheberrecht oder ein anderes geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, verpflichtet, dem Verletzten Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der rechtsverletzenden Vervielfältigungsstücke oder sonstigen Erzeugnisse zu erteilen.

Eine Begrenzung der Rechtsverletzungen auf „im geschäftlichen Verkehr“ begangene passt nicht in die Systematik des Urheberrechts. Während in den anderen Bereichen des gewerblichen Rechtsschutzes nur der gewerbliche Bereich erfasst ist, gilt das Urheberrecht gerade auch im privaten Bereich. Auch der Hinweis auf Art. 8 der EU-Durchsetzungs-Richtlinie kann die Beschränkung des Anwendungsbereiches auf Rechtsverletzungen „im geschäftlichen Verkehr“ nicht rechtfertigen. Zwar geht dieser davon aus, dass die Rechtsverletzung im gewerblichen Ausmaß vorgenommen wird. Allerdings stellt der Erwägungsgrund 14 klar, dass die Mitgliedstaaten die in der Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen auch bei nichtgewerblichen Rechtsverletzungen anwenden können.

Es scheint demnach geboten, den Satzteil „im geschäftlichen Verkehr“ aus dem Gesetzestext zu streichen.

Anspruch auf Vorlage und Besichtigung - § 101a UrhG-E

§ 101a UrhG-E verleiht dem durch eine Verletzung des Urheberrechts Beeinträchtigten das Recht, zur Begründung seiner Ansprüche von dem Verletzer die Vorlage einer Urkunde oder Besichtigung einer Sache verlangen zu können. Bei einer in gewerblichem Ausmaß begangenen Rechtsverletzung erstreckt sich der Anspruch gemäß § 101 a Abs. 1 S. 2 UrhG-E auch auf die Vorlage von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen. § 101a UrhG-E eröffnet somit die Möglichkeit einer effektiveren Beweissicherung.

Diesen erweiterten Zugriffsmöglichkeiten des Rechtsinhabers stehen jedoch erhebliche Risiken für die Geheimnisschutzinteressen des Anspruchsgegners gegenüber. Art. 6 Abs. 1 S. 1 sowie Abs. 2 und Art. 7 Abs. 1 S. 1 der EU-Durchsetzungs-Richtlinie stellen deshalb Beweissicherungsmaßnahmen unter den Vorbehalt des Schutzes vertraulicher Informationen. Dieser findet sich im Gesetzentwurf lediglich in der Aufforderung an das Gericht wieder, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um den Schutz der Vertraulichkeit zu gewährleisten (vgl. § 101a Abs. 1 S. 3 und Abs. 3 S. 2 UrhG-E). Dem Geheimnisschutz bei Beweissicherungs- bzw. –beschaffungsmaßnahmen wird damit nicht in ausreichendem Maße Rechnung getragen. Es ist vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers, für die nach § 101a UrhG-E durchzuführenden Verfahren prozessuale Rahmenbedingungen zu schaffen, um den Geheimnisschutz des Anspruchsgegners zu gewährleisten. In dieser Hinsicht besteht zusätzlicher Umsetzungsbedarf.

Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Verfahren nach § 101a Abs. 3 UrhG-E, wonach die Verpflichtung zur Vorlage einer Urkunde oder zur Duldung der Besichtigung im Wege der einstweiligen Verfügung - ohne vorherige Anhörung des Gegners - eingeholt werden kann.

Ein Geheimnisschutz im Prozess könnte durch Einführung eines „in camera“-Verfahren, das sich an § 99 Abs. 2 VwGO orientieren könnte, erreicht werden. Alternativ kommt eine Erweiterung des § 174 Abs. 3 GVG in Betracht, wonach der Rechtsanwalt des Antragstellers – strafbewehrt nach § 353d Nr. 2 StGB – zur Verschwiegenheit gegenüber seinem Mandanten verpflichtet werden könnte.

Sicherung von Schadensersatzansprüchen - § 101b UrhG-E

§ 101b UrhG-E setzt Art. 9 Abs. 2 S. 2 der EU-Durchsetzungs-Richtlinie um. Dieser soll die Erfüllung der Schadensersatzforderung sichern und legitimiert zu diesem Zweck die Verpflichtung zur Vorlage von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen. In § 101b UrhG-E wird nun die Pflicht des Verletzers, Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen, die sich in seiner

Verfügungsgewalt befinden und für die Durchsetzung des Schadensersatzanspruches erforderlich sind, dem Verletzten vorzulegen, normiert. Die Verpflichtung zur Vorlage kann nach § 101b Abs. 3 UrhG-E im Wege der einstweiligen Verfügung angeordnet werden.

Der Gesetzgeber will es auch in diesem Zusammenhang den Gerichten überlassen, die erforderlichen Maßnahmen zum Geheimnisschutz vorzunehmen. Wie in den Fällen des § 101a Abs. 1 S. 3 und Abs. 3 S. 2 UrhG-E muss jedoch auch hier durch geeignete Regelungen der Geheimnisschutz des Anspruchsgegners sichergestellt werden. Insoweit besteht weiterer Umsetzungsbedarf.

Zudem ist zu beachten, dass die von Art. 9 Abs. 2 der EU-Durchsetzungs-Richtlinie bezweckte und mit § 101b UrhG-E normierte Sicherung der Beweismittel nach dem deutschen Recht durch den Arrest gemäß § 916 Abs. 1 ZPO erfolgt. Voraussetzung für einen solchen Arrest ist ein zumindest vorläufig vollstreckbares Urteil.

Es erscheint deshalb verfehlt, einen Anspruch zu schaffen, der ohne vollstreckbaren Zahlungstitel im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden könnte. Stattdessen könnte normiert werden, dass das Arrestgericht die Übermittlung der Unterlagen oder einen geeigneten Zugang zu diesen Unterlagen nach Maßgabe der Arrestvorschriften anordnen kann.
