

## Möller, Sind urheberrechtliche Fälle solche des gewerblichen Rechtsschutzes?

gebe sich aber inzident aus § 50 Abs. 3 BRAO. Diese Regelung mache nur Sinn, wenn man gleichzeitig von einer berufsrechtlichen Herausgabepflicht ausgehe.<sup>7</sup> Auch wird für diese Position auf den Willen des Gesetzgebers Bezug genommen.<sup>8</sup>

Die überwiegende Meinung folgt dieser Auffassung zu Recht nicht und verneint eine berufsrechtliche Herausgabepflicht, die weder aus § 50 BRAO, noch aus § 43 BRAO hergeleitet werden kann.<sup>9</sup> Eine berufsrechtliche Herausgabepflicht wird in der BRAO ausdrücklich nur in § 43a Abs. 5 für das Fremdgeld statuiert. Dem Gesetz ist im Übrigen eine Herausgabepflicht unbekannt.<sup>10</sup> § 50 BRAO nennt nach seinem eindeutigen Wortlaut eine Herausgabepflicht gerade nicht. Eine solche kann auch nicht aus der Regelung des Zurückbehaltungsrechts in § 50 Abs. 3 BRAO hergeleitet werden, da damit die Rechtsstruktur der Norm verkannt wird. § 50 Abs. 3 BRAO gibt dem Rechtsanwalt ein Sonderrecht, das es ihm ermöglichen soll, berechnigte Ansprüche gegen den Mandanten außergerichtlich effektiv durchzusetzen. Es ergänzt das allgemeine Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB, wobei es teils weiter, teils enger gefasst ist.<sup>11</sup> § 50 Abs. 3 BRAO ist deshalb eine zivilrechtlich wirkende *lex specialis* zu § 273 BGB, die sich auf den schuldrechtlichen Herausgabeanspruch nach § 667 BGB bezieht, nicht aber selbst berufsrechtliche Herausgabepflichten festzuschreiben will.<sup>12</sup>

Eine berufsrechtliche Herausgabepflicht und, bei deren Verletzung, ein berufsrechtlicher Verstoß, kann auch nicht auf der

Grundlage des § 43 BRAO begründet werden. § 43 BRAO ist eine Generalklausel und ein Auffangtatbestand, aus dem allein heraus Berufspflichten sich nicht mehr konstituieren können. Diese Norm kann nur im Zusammenhang mit anderen gesetzlichen Regelungen außerhalb der BRAO oder der BORA berufsrechtliche Pflichten statuieren, die bei Verletzung Grundlage für eine anwaltsgerichtliche Ahndung sein kann.<sup>13</sup> § 43 BRAO überträgt die sich aus anderen gesetzlichen Regelungen ergebenden Pflichten in das Berufsrecht, soweit diese hierfür Relevanz haben.<sup>14</sup> Damit soll dem auch im anwaltlichen Disziplinarrecht geltenden Bestimmtheitsgebot nach Art. 20 Abs. 3 GG Rechnung getragen werden. § 43 BRAO ist als alleinige Grundlage anwaltsgerichtlicher Maßnahmen zu unbestimmt.<sup>15</sup> Werden somit rein zivilrechtliche Pflichten oder Normen, wie etwa die Herausgabepflicht des § 667 BGB verletzt, so können diese nicht über § 43 BRAO in das Berufsrecht transformiert werden.<sup>16</sup> Die Verletzung des Herausgabeanspruchs nach § 667 BGB hat deshalb nur zivilrechtliche, nicht aber berufsrechtliche Folgen.<sup>17</sup>

#### IV. Fazit

Der Begriff der Handakte umfasst alles, was bei der Mandatsbearbeitung anfällt. Die zivilrechtliche Verpflichtung des Rechtsanwalts zur Herausgabe der Handakte beurteilt sich nach den §§ 675, 667 BGB. Ein Zurückbehaltungsrecht wegen noch offener Honorarforderungen steht ihm nach § 50 Abs. 3 BRAO zu. Eine berufsrechtliche Pflicht zur Herausgabe der Handakte besteht nicht. Sie kann weder aus § 50 BRAO, noch aus § 43 BRAO hergeleitet werden. Die Verletzung der rein schuldrechtlichen Herausgabepflicht hat somit keine berufsrechtlichen Konsequenzen.

7 Kilian/Offermann-Burckart/vom Stein, Praxishandbuch Anwaltsrecht, 2. Aufl. 2010, § 14, Rdnr. 35.

8 Kilian/Offermann-Burckart/vom Stein, a.a.O., § 14, Rdnr. 36, 37 mit Hinweis auf BT-Drucks. 120, S. 79.

9 AnwG Frankfurt a.M., AnwBl 2010, 716; AnwG Düsseldorf, Beschl. v. 24.7.2008 – IV A 1623/07; Hartung/Römermann-Nerlich, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl. 2008, § 50 BRAO, Rdnr. 123, 125; Henssler/Prütting-Stobbe, a.a.O., § 50, Rdnr. 19.

10 AnwG Prütting-Stobbe, a.a.O., § 50, Rdnr. 19.

11 Henssler/Prütting-Stobbe, a.a.O., § 50, Rdnr. 31–33.

12 AnwG Düsseldorf, Beschl. v. 24.7.2008 – IV A 1623/07; i.d.S. auch BGH, NJW 1990, 510; Feuerich/Weyland, a.a.O., § 50, Rdnr. 17.

13 Feuerich/Weyland, a.a.O., § 43, Rdnr. 8, 11 f.

14 Henssler/Prütting-Prütting, a.a.O., § 43, Rdnr. 21, sog. Transformations- und Abschichtungsfunktion.

15 Feuerich/Weyland, a.a.O., § 43, Rdnr. 11 f.

16 Feuerich/Weyland, a.a.O., § 43, Rdnr. 23.

17 Insgesamt zur vorbezeichneten Argumentationskette AnwG Frankfurt a.M., AnwBl. 2010, 716.

## Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz: Sind urheberrechtliche Fälle solche des gewerblichen Rechtsschutzes? – 10 Thesen

Rechtsanwalt Dr. Mirko Möller, LL.M., Dortmund\*

*Es gibt zwischenzeitlich kaum noch einen Antrag auf Gestattung der Führung der Bezeichnung Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz, bei dem nicht eine Fallliste eingereicht wird, in welcher sich eine mehr oder weniger große Anzahl von Fällen findet, die erkennbar dem Urheberrecht zuzuordnen sind. Da § 14h Nr. 5 FAO die urheberrechtlichen Bezüge des gewerblichen Rechtsschutzes als ein Rechtsgebiet anerkennt, aus dem Fälle zum Nachweis der besonderen praktischen Erfahrungen benannt werden können, stellt sich die Frage, ob jeder urheberrechtliche Fall zugleich ein solcher des § 14h Nr. 5 FAO ist und wenn nicht, mit welcher Begründung eine Berufung auf solche Fälle zurückzuweisen ist. Die nachfolgenden Thesen beruhen auf den Erwägungen, die bei der Bearbeitung einer Vielzahl von*

*Fachanwaltsanträgen angestellt worden sind. Da – soweit ersichtlich – bislang keinerlei Rechtsprechung und auch keine sonstige Stellungnahme zu diesen Fragen veröffentlicht worden ist, stellt der Verfasser die nachfolgenden Thesen zur Diskussion. Er betont zugleich, dass sich die hier niedergelegten Gedanken – auch im Hinblick auf die Ausschussarbeit – keineswegs als abschließend verstehen. Der Verfasser ist insofern guten Argumenten gegenüber aufgeschlossen und versteht den Beitrag daher zwar einerseits als praktische Handreichung für Antragssteller, zugleich jedoch auch als Aufruf zur Diskussion.*

**These 1: Allgemeiner Befund: Das Urheberrecht weist Verwandtschaft zum gewerblichen Rechtsschutz auf, gehört diesem jedoch nicht an.**

Das Urheberrecht weist nicht zu leugnende Parallelen zu den Rechtsgebieten des gewerblichen Rechtsschutzes auf. Dies wird bereits daran deutlich, dass es zahlreiche Fachbücher

\* Der Verfasser ist Vorsitzender des Fachausschusses für Gewerblichen Rechtsschutz bei der RAK Hamm und Mitglied des gleichnamigen BRAK-Ausschusses.

## Möller, Sind urheberrechtliche Fälle solche des gewerblichen Rechtsschutzes?

und Zeitschriften gibt, die gleichermaßen gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht behandeln. Ebenso werden verschiedene Fachveranstaltungen abgehalten, die diese Rechtsgebiete umfassen. Auch in der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) sind die genannten Rechtsgebiete nebeneinander und gleichberechtigt vertreten. Die Tatsache, dass das Urheberrecht – wenn es tatsächlich mit umfasst sein soll – regelmäßig gesondert genannt wird („Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht“), deutet allerdings darauf hin, dass dieses Rechtsgebiet trotz einer nicht zu leugnenden Verwandtschaft nicht dem gewerblichen Rechtsschutz selbst zugeordnet wird.

### These 2: Die FAO spiegelt in ihrer Systematik den allgemeinen Befund wider.

Das allgemeine Verständnis des Urheberrechts als dem gewerblichen Rechtsschutz verwandt, diesem jedoch nicht angehörend, spiegelt sich auch in der Systematik der FAO wider, wenn § 14h Nr. 5 FAO vorsieht, dass der Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz auch besondere Kenntnisse im Bereich der „urheberrechtlichen Bezüge des gewerblichen Rechtsschutzes“ nachweisen muss. Angesichts der vorhandenen Parallelen wäre es zwar sicherlich zu rechtfertigen gewesen, einen *Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht* einzuführen. Dies hat der Satzungsgeber jedoch nicht getan. Stattdessen hat er auf der einen Seite den *Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz* und auf der anderen Seite den *Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht* geschaffen. Die Tatsache, dass die Satzungsversammlung – immerhin in einem Abstand von eineinhalb Jahren – die Einführung dieser beiden Fachanwaltschaften beschlossen hat, bedeutet noch nicht, dass ein bestimmter Fall stets nur zu den Gebieten des § 14h FAO oder denen des § 14j FAO gehören kann, weil es – ebenso wie auch bei anderen Fachanwaltschaften – Überschneidungen gibt. Ein Vergleich der Regelungen des § 14h Nr. 5 FAO und des § 14j Nr. 1 FAO macht jedoch deutlich, dass keineswegs das Urheberrecht als Ganzes zu dem Überschneidungsbereich zählt. Während das Urheberrecht insgesamt zu den Rechtsgebieten des § 14j FAO gehört, umfasst § 14h Nr. 5 FAO eben nur die „urheberrechtlichen Bezüge des gewerblichen Rechtsschutzes“.

### These 3: Bei der Fallprüfung ist nicht vorrangig zu prüfen, ob ein Fall dem Urheberrecht angehört, sondern ob es sich um einen solchen des gewerblichen Rechtsschutzes handelt.

Erlaubt die FAO – wie bei § 14h Nr. 5 FAO – den Nachweis von Fällen eines anderen Rechtsgebietes „mit Bezügen“ zu dem jeweiligen Fachgebiet, so können grundsätzlich nur solche Fälle anerkannt werden, die zumindest einen Bearbeitungsschwerpunkte im eigentlichen Fachgebiet haben nach (vgl. etwa *Scharmer*, in: Hartung/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl., § 5, Rdnr. 64). Dies legt es nahe, bei der Fallprüfung nicht vorrangig von dem Begriff des Urheberrechts auszugehen, sondern von demjenigen des *gewerblichen Rechtsschutzes* und gegebenenfalls erst auf einer zweiten Stufe zu prüfen, ob dieser Fall die urheberrechtlichen Bezüge desselben betrifft. Gelangt man auf der ersten Stufe zu dem Ergebnis, dass ein bestimmter Fall ein solcher des gewerblichen Rechtsschutzes ist, kommt es auf der zweiten Stufe nur noch auf die Frage an, ob der Fall als ein solcher des § 14h Nr. 5 FAO oder als solcher der anderen Rechtsgebiete des § 14h FAO zu werten ist, was insbesondere auch für die in § 5 Abs. 1 lit. o FAO vorgesehenen Mindestquoten von Bedeutung sein kann. Würde man umgekehrt zunächst prüfen, ob ein bestimmter Fall ein solcher des Urheberrechts wäre, so hätte man damit jedenfalls im Hinblick auf den Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

noch nichts gewonnen, weil eben das Urheberrecht als solches nicht zu den berücksichtigungsfähigen Rechtsgebieten zählt.

### These 4: Die Regelung des § 14h Nr. 5 FAO läuft auch dann im Hinblick auf den Nachweis der praktischen Erfahrungen nicht leer, wenn man sie so versteht, dass das Urheberrecht für sich genommen kein Rechtsgebiet des gewerblichen Rechtsschutzes ist.

Gegen das Verständnis des § 14h Nr. 5 FAO dahingehend, dass nicht das Urheberrecht als Ganzes zu den für den Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz berücksichtigungsfähigen Rechtsgebieten zählt, ließe sich einwenden, dass ein solches Verständnis die Norm weit gehend leer laufen lässt, weil § 14h Nr. 5 FAO dann die Menge der berücksichtigungsfähigen Fälle gegenüber § 14h Nr. 1 bis 4 FAO nicht erweitert, obgleich § 5 Abs. 1 lit. o FAO ausdrücklich vorsieht, dass Fälle aus den Bereichen des § 14h Nr. 1 bis 5 zum Nachweis der besonderen praktischen Erfahrung benannt werden können. Dieser Einwand verfängt indes nicht. Zunächst ist hier die Regelungssystematik der FAO zu berücksichtigen: § 14h FAO enthält nämlich zunächst einmal gar keine Regelung dazu, welche Fälle zum Nachweis der besonderen praktischen Erfahrung eingesetzt werden können, sondern auf welchen Gebieten der (zukünftige) Fachanwalt „besondere Kenntnisse“ nachweisen muss. Hierzu gehören eben auch die urheberrechtlichen Bezüge – aber auch nur diese – *des gewerblichen Rechtsschutzes*. Von dem Antragsteller kann daher keineswegs verlangt werden, dass er umfangreiche Kenntnisse auf dem Gebiet des Urheberrechts nachweist. Die Beschränkung des § 14h Nr. 5 FAO auf die „Bezüge“ wirkt sich insofern zunächst einmal zu Gunsten des Fachanwaltskandidaten aus, weil hiermit der Bereich der nachzuweisenden Kenntnisse begrenzt wird. Führt man sich diese Systematik vor Augen, erscheint es fast schon zwingend, dass es dem Fachanwalt umgekehrt verwehrt sein muss, sich zum Nachweis seiner besonderen praktischen Erfahrungen auf solche Fälle zu berufen, die reine Urheberrechtsfälle ohne Bezug zum gewerblichen Rechtsschutz darstellen. Die Regelung des § 14h Nr. 5 FAO läuft somit keinesfalls leer, sondern sie behält ihre (auch) begrenzende Funktion.

Wenn man nach Vorstehendem verlangt, dass ein Fall nach §§ 5 Abs. 1 lit. o, 14h Nr. 5 FAO in jedem Fall ein solcher des gewerblichen Rechtsschutzes sein muss, so wird dies regelmäßig darauf hinauslaufen, dass vor allem solche Fälle berücksichtigt werden können, die – zumindest auch – eines oder mehrere der Rechtsgebiete des § 14h Nr. 1 bis 4 FAO betreffen. Damit wäre es dann aber tatsächlich so, dass der Verweis in § 5 Abs. 1 lit. o FAO auf § 14h Nr. 5 FAO nicht zu einer nennenswerten Erweiterung der berücksichtigungsfähigen Fälle führt, da bereits die Zugehörigkeit zu den Rechtsgebieten des § 14h Nr. 1 bis 4 FAO die Berücksichtigung des Falles rechtfertigt. Auch wenn es nach dieser Regelungssystematik nicht zwingend ist, dass § 14h Nr. 5 FAO auch für den Bereich des Nachweises der praktischen Erfahrung eine eigenständige Funktion zukommt, wäre diese hier angesichts der in § 5 Abs. 1 lit. o FAO vorgesehenen Mindestquoten doch gegeben. Wer etwa (nur) 40 Fälle aus dem Bereich des Patentrechts und weitere 40 Fälle aus dem Bereich des Geschmacksmusterrechts nachweisen kann, kann den Mindestquoten entsprechen, wenn zumindest 5 der zuletzt genannten Fälle auch einen urheberrechtlichen Bezug zum gewerblichen Rechtsschutz aufweisen und somit auch dem Gebiet des § 14h Nr. 5 FAO unterfallen. Darüber hinaus ist es auch nicht schlechthin auszuschließen, dass es originäre Bereiche des Urheberrechts gibt, die schon *per se* dem gewerblichen Rechtsschutz zuzurechnen sind. Sehr zweifelhaft erscheint es jedoch, ob *Scharmer*, in: Hartung/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl., § 14h, Rdnr. 9 insofern

## Möller, Sind urheberrechtliche Fälle solche des gewerblichen Rechtsschutzes?

zugestimmt werden kann, als dass der (urheberrechtliche) „Schutz von Software“ und der „ergänzende wettbewerbsrechtliche [sic!] Leistungsschutz“ stets § 14h Nr. 5 FAO unterfallen. Eher schon ließe sich darüber nachdenken, den Schutz des Datenbankherstellers nach §§ 87a ff. UrhG dem gewerblichen Rechtsschutz zuzuordnen, weil hier immerhin eine – regelmäßig in gewerblicher Tätigkeit vorgenommene – Investition geschützt wird und mit § 87c Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1 UrhG Nutzungen zum privaten Gebrauch vom Schutzzumfang ausgenommen sind. Dagegen ließe sich allerdings einwenden, dass diese Ausnahme durch den zweiten Halbsatz der genannten Norm wieder sehr weit gehend aufgehoben wird und der Schutz des Datenbankherstellers insofern auch auf die Nutzung im privaten Bereich ausgedehnt wird, was in den traditionellen Bereichen des gewerblichen Rechtsschutzes nicht der Fall ist, weil hier stets nur Schutz vor Verletzungen im geschäftlichen Verkehr gewährt wird (vgl. etwa §§ 14 Abs. 2 und 4 MarkenG, 11 Nr. 1 PatG, 40 Nr. 1 GeschmMG, 8 Abs. 1 UWG).

**These 5: Auch ein Vergleich mit den Regelungen anderer Fachanwaltschaften verdeutlicht, dass das Urheberrecht nicht im Ganzen als berücksichtigungsfähiges Rechtsgebiet anzusehen ist.**

Das vorstehende Verständnis, wonach Urheberrechtsfälle nicht schlechthin als solche des gewerblichen Rechtsschutzes anzusehen sind, wird auch durch einen Vergleich mit entsprechenden Regelungen zu den anderen Fachanwaltschaften bestätigt: So führt etwa § 14i Nr. 3 FAO u.a. die „Bezüge des Handels- und Gesellschaftsrechts“ zum Strafrecht als relevantes (Teil-) Rechtsgebiet auf, was jedoch nicht bedeutet, dass jede beliebige Strafverteidigung auch als ein Fall des Handels- und Gesellschaftsrecht anzuerkennen wäre. Hier geht es vielmehr vor allem um das spezielle Nebenstrafrecht, welches in den einschlägigen handels- bzw. gesellschaftsrechtlichen Kodifikationen niedergelegt ist (vgl. etwa *Scharmer*, a.a.O., § 14i Rdnr. 23; im Hinblick auf den Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht ist allerdings ein Nachweis aus den Gebieten des § 14i Nr. 3 und 4 FAO mangels eines entsprechenden Verweises in § 5 Abs. 1 lit. p FAO ohnehin ausgeschlossen).

**These 6: Allein die Tatsache, dass eine (mögliche) Urheberrechtsverletzung bei der Ausübung eines Gewerbes begangen wurde, rechtfertigt nicht die Annahme, dass der entsprechende Fall ein solcher des gewerblichen Rechtsschutzes ist.**

Das UrhG differenziert selbst an einigen Stellen zwischen gewerblichen und nichtgewerblichen Handlungen: So können sich etwa nur *nichtgewerbliche* Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung auf die Schutzschränken der §§ 46 Abs. 1, 52a Abs. 1 Nr. 1, 53 Abs. 3 UrhG berufen. Die Schutzschränke des § 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG umfasst ihrem ausdrücklichen Wortlaut nach nur solche Handlungen, die *keinen gewerblichen Zwecken* dienen. Vergleichbares gilt für die Schutzschränken der §§ 53 Abs. 5, 53a Abs. 1, 60 und 87c Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 UrhG. Der Straftatbestand des § 108b Abs. 2 UrhG und der Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 111a Abs. 1 Nr. 1 lit. b UrhG gelten nur für *gewerbliche* Handlungen. § 97a Abs. 2 UrhG begrenzt schließlich den Ersatzanspruch für entstandene Abmahnkosten auf einen bestimmten Höchstbetrag unter der Voraussetzung, dass u.a. eine Verletzung *außerhalb des geschäftlichen Verkehrs* in Rede steht (dazu auch noch unten These 8). Allein diese gesetzesimmanenten Differenzierungen können indes nicht dazu führen, dass alle urheberrechtlichen Fälle, bei denen es um eine gewerbliche Handlung als Verletzungshandlung geht, dem gewerblichen Rechtsschutz zugeordnet werden. Eine entsprechende Differenzierung findet sich auch in anderen Gesetzen, ohne dass man hier die Auffassung vertre-

ten würde, allein durch die Gewerblichkeit einer Handlung würde das Rechtsgebiet des gewerblichen Rechtsschutzes berührt. So kennt etwa das StGB zahlreiche Qualifikationstatbestände, in denen die Erweiterung des Strafrahmens davon abhängig gemacht wird, dass der Täter die Tat *gewerbsmäßig* begeht (vgl. etwa §§ 146 Abs. 2, 152a Abs. 3, 152b Abs. 2, 184b Abs. 3, 184c Abs. 3, 232 Abs. 3 Nr. 3, 233a Abs. 2 Nr. 3, 236 Abs. 4 Nr. 2, 243 Abs. 1 Nr. 3, 253 Abs. 4, 260 Abs. 1 Nr. 1, 260a Abs. 1, 261 Abs. 4, 263 Abs. 3 Nr. 1, 267 Abs. 3 Nr. 1, 275 Abs. 2, 276 Abs. 2, 284 Abs. 1 Nr. 1, 291 Abs. 2 Nr. 1, 292 Abs. 1 Nr. 1, 300 Nr. 2, 303b Abs. 4 Nr. 2, 335 Abs. 2 Nr. 3 StGB). Gleichwohl wird etwa eine Strafverteidigung gegen den Vorwurf einer Urkundenfälschung nicht deshalb zu einem Fall des gewerblichen Rechtsschutzes, weil dem Angeklagten ein gewerbsmäßiges Handeln vorgeworfen und damit ein besonders schwerer Fall der Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 Nr. 1 StGB zur Last gelegt wird.

**These 7: Die Tatsache, dass eine Urheberrechtsverletzung gewerblichen Ausmaßes im Streit steht, rechtfertigt noch nicht die Annahme eines Falles des gewerblichen Rechtsschutzes.**

§ 101 UrhG räumt den Urhebern sowie weiteren Nutzungsberechtigten einen sehr weit reichenden Auskunftsanspruch für den Fall ein, dass das Urheberrecht oder ein anderes nach dem UrhG geschütztes Recht *in gewerblichem Ausmaß* verletzt wird. Nicht nur aus der Gesetzesformulierung, sondern auch aus der Gesetzgebungsgeschichte ergibt sich, dass diese Angabe durchaus wörtlich zu verstehen ist und sich tatsächlich nur auf das Ausmaß der konkreten Verletzung, nicht hingegen auf die Zugehörigkeit zu einer gewerblichen Tätigkeit abstellt. Während die frühere Regelung des § 101a UrhG a.F. auf das Merkmal des *Handelns im geschäftlichen Verkehr* abgestellt hat und auch der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums (BT-Drucks. 16/5048) noch auf eine Rechtsverletzung *im geschäftlichen Verkehr* abgestellt hat, findet sich nunmehr nicht nur die Wendung „geschäftliches Ausmaß“, sondern auch noch der Zusatz in § 101 Abs. 1 Satz 2 UrhG, wonach sich ein solches Ausmaß sowohl aus der Anzahl der Rechtsverletzungen wie aus der Schwere einer Rechtsverletzung ergeben kann. Ob es tatsächlich eine gute Wahl war, den Begriff „gewerblich“ zur Qualifizierung des Ausmaßes zu verwenden – der Begriff stammt aus der Enforcement-Richtlinie –, kann sicherlich diskutiert werden. Unabhängig davon führt indes allein diese Begriffswahl nicht dazu, dass der gesamte Bereich der urheberrechtlichen Auskunftsansprüche nunmehr dem gewerblichen Rechtsschutz zuzuordnen wäre (vgl. hierzu auch die abschließende Bemerkung von *Mes*, GRUR 2011, 1083, 1087). Praktische Bedeutung kommt den Auskunftsansprüchen regelmäßig im Bereich des Filesharing zu (dazu auch die nachfolgende These), bei denen der ganz überwiegende Teil der Rechtsverletzungen durch private Handlungen begangen wird bzw. derartige Handlungen im Streit stehen.

**These 8: Filesharingfälle sind keine Fälle des gewerblichen Rechtsschutzes.**

Es gibt kaum noch eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt, der nicht schon irgendwann einmal mit Filesharing-Fällen zu tun gehabt hätte (zu diesen Fällen *Möller*, NJW 2011, 2560). Es handelt sich bei diesen Fällen um geradezu paradigmatische Fälle des Urheberrechts. Die Rechteinhaber berufen sich regelmäßig auf rechtsgeschäftlich übertragene Nutzungsrechte urheberrechtlicher Art. Die Anspruchsgegner handeln zum ganz überwiegenden Teil in privater Eigenschaft. Selbst wenn Ihnen im Einzelfall ein gewerbliches Handeln zur Last gelegt werden kann und etwa über die Anwendbarkeit von

## Peus, Zwangsgeldandrohung und -festsetzung nach § 57 BRAO

§ 97a Abs. 2 UrhG gestritten wird, werden diese Fälle nicht zu solchen des gewerblichen Rechtsschutzes (dazu bereits vorstehend These 6). Für die Anerkennung als Fall des gewerblichen Rechtsschutzes ist es keinesfalls ausreichend, lediglich auf tatsächliche oder vermeintliche Parallelen des Urheberrechts zu den Rechtsgebieten des gewerblichen Rechtsschutzes zu verweisen (dazu vorstehend These 2). Hinzu kommt noch, dass einige Antragsteller kurzerhand derartige Parallelen behaupten und diese in keinsten Weise mit irgendwelchen, den konkreten Fall betreffenden Ausführungen untermauern. So wird zuweilen vorgetragen, die Fragen des Täter-/Störervorwurfes seien nicht nur im Urheberrecht, sondern bei allen Sonderschutzrechten gleichermaßen von Bedeutung. Diese Argumentation läuft allerdings der Erfahrung des Verfassers zuwider: Der ganz überwiegende Teil der Filesharing-Fälle ist dadurch gekennzeichnet, dass die weitgehend automatisiert erstellten Massenabmahnungen im Anschluss an das Auskunftsverfahren nach § 101 Abs. 9 UrhG ausgesprochen werden. Systembedingt können hierbei nur die im Wege der Providerauskunft namentlich bekannt gewordenen Anschlussinhaber abgemahnt werden, die dann im Sinne eines Alternativvorwurfes als Täter und Störer in Anspruch genommen werden. Da es sich bei § 101 Abs. 9 UrhG um eine urheberrechtliche Spezialvorschrift ohne jede Entsprechung in den Bereichen des gewerblichen Rechtsschutzes handelt, kann gerade nicht bestätigt werden, dass sich die hier relevanten Fragen des Täter-/Störervorwurfes, insbesondere der alternativen bzw. hilfsweisen Geltendmachung gleichermaßen bei allen Sonderschutzrechten stellen. Im Übrigen wäre dies aus den dargelegten Gründen auch unerheblich.

**These 9: KUG-Fälle sind erst recht keine Fälle des gewerblichen Rechtsschutzes.**

Das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie – KUG – war ursprünglich eine der drei maßgeblichen Quellen des Urheberrechts. Es wurde mit der Einführung des UrhG im Jahre 1965 aufgehoben. Eine Ausnahme wurde lediglich hinsichtlich der Vorschriften über das „Recht am eigenen Bild“ gemacht, weil dieses nicht dem Urheberrecht, sondern dem Persönlichkeitsrecht angehört.

Wörtlich hieß es hierzu in der amtlichen Begründung: „Der Entwurf verzichtet schließlich auf eine Neuregelung des Bildnisschutzes (§§ 22, 23 KUG) und anderer reiner Persönlichkeitsrechte [...]. In Betracht kommt nur eine Gesamtkodifikation des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, die jedoch [...] nicht in ein Sondergesetz wie das Urheberrechtsgesetz gehört, sondern in das Bürgerliche Gesetzbuch einbezogen werden müsste ...“ (BT-Drs. IV/270 S. 35). Bekanntlich ist eine entsprechende Gesamtkodifikation des Persönlichkeitsrechts bis zum heutigen Tage nicht erfolgt, weshalb die §§ 22, 23 KUG sowie die damit unmittelbar im Zusammenhang stehenden Regelungen des KUG noch immer fortgelten. Dies ändert aber nichts daran, dass die diesbezüglichen Fälle keine urheberrechtlichen Fälle sind. Erst recht betreffen diese Fälle – soweit nicht ausnahmsweise besondere Umstände gegeben sind – nicht die urheberrechtlichen Bezüge des gewerblichen Rechtsschutzes i.S.d. § 14h Nr. 5 FAO.

**These 10: Unerheblich ist es, dass Seminaranbieter urheberrechtliche Seminare ausdrücklich als Seminare im Sinne des § 15 FAO für Fachanwälte für gewerblichen Rechtsschutz anbieten oder im Rahmen entsprechender Fachanwaltslehrgänge Klausuren zum Filesharingrecht gestellt werden.**

Es ist zu beobachten, dass Seminaranbieter zwischenzeitlich urheberrechtliche Seminare, etwa Seminare zur Bearbeitung von Filesharing-Mandaten anbieten und diese – jedenfalls auch – als Fortbildungsseminare für den Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz nach § 15 FAO deklarieren oder sogar im Rahmen von Fachanwaltslehrgängen Aufsichtsarbeiten zu diesem Thema schreiben lassen. Es bedarf keiner Begründung, warum es nicht der Definitionshoheit der Seminaranbieter obliegt, welche Gebiete als solche des gewerblichen Rechtsschutzes anzusehen sind und welche nicht. Indes sollte die Tatsache, dass derartige Seminare unter derartigem Etikett angeboten werden, hinreichend Anlass dafür sein, noch einmal die selbst vertretene Einschätzung einer Überprüfung zu unterziehen. Die vorstehenden Thesen stellen auch das Ergebnis dieser Überprüfung dar.

## Zwangsgeldandrohung und -festsetzung nach § 57 BRAO

### Zu einigen materiellen Erfordernissen und Formalien<sup>1</sup>

Rechtsanwalt und Notar Dr. Egon A. Peus, Bochum

*Der niedersächsische AGH hat durch Beschluss vom 29.8.2011 einen Zwangsgeldbescheid aufgehoben, weil die zwingend – § 57 Abs. 2 BRAO – vorausliegende Zwangsgeldandrohung nicht wirksam bzw. nicht rechtmäßig gewesen sei.*

*Das Ergebnis des AGH trifft schon deswegen zu, weil im konkreten Fall die Androhung entgegen § 57 Abs. 2 Satz 2 BRAO nicht förmlich zugestellt worden war.*

*Wegen einiger weiterer Erwägungen des AGH meldet der Verfasser – selbstredend nur als persönlich-private Meinung – jedoch Bedenken an.*

1. Der niedersächsische AGH hält es für unzulässig, dass der Vorsitzende einer – im konkreten Fall gem. § 77 Abs. 1 und Abs. 5 BRAO gebildeten – Abteilung die Zwangsgeldandrohung allein unterschreibt. Für den Fall der Bildung einer Abteilung führt der AGH aus:

„Dann ist jedoch erforderlich, dass alle Mitglieder dieser Abteilung und nicht nur der Vorsitzende der Abteilung die Androhung des Zwangsgeldes unterzeichnet. Dies ist nur möglich, wenn ein entsprechender Abteilungsbeschluss vorliegt und dies in der Androhung mitgeteilt wird.“

Es schließt sich der Verweis auf die Kommentierung bei Feuerich/Weyland, § 57 BRAO, Rdnr. 10 an. Im konkreten Fall sei aber auf einen solchen Beschluss in der Androhung nicht hingewiesen worden.

<sup>1</sup> Zugleich Stellungnahme zu niedersächsischer AGH, Beschl. v. 29.8.2011 – AGH 10/11, BRAK-Mitt. 2011, 293, elektronisch abrufbar unter [www.brak-mitteilungen.de/datenbank.htm](http://www.brak-mitteilungen.de/datenbank.htm).