

Wettbewerbsgefahren der Vernetzung freier Berufe – Zum Kartell- und Berufsrecht bei Nutzung gewerblicher Schutzrechte

von Harald Herrmann

Die Untersuchung ist auf die Wettbewerbsprobleme gerichtet, die sich mit dem Aufkommen des Franchising und franchise-ähnlicher Formen der Vernetzung in der Folge der Liberalisierung der Freiberufsrechte ergeben haben. Im Zentrum stehen die auf den Märkten für Rechts- und Steuerberatung üblichen Alleinbezugs- und Ausschließlichkeitsbindungen. Anhand des Fallrechts der essential facilities doctrine kann exemplarisch gezeigt werden, dass und unter welchen Voraussetzungen der Netzzugang offen bleiben muss, damit Mindest-Wettbewerb erhalten bleibt und der Transfer von Marktmacht auf die Freiberufsmärkte verhindert wird. Daraus ergeben sich besonders aktuelle Folgerungen für den Zwangslizenzeinwand gegen Unterlassungsklagen aus § 97 UrhG, aber auch für weitere Begrenzungen des urheberrechtlichen Schutzes im Bereich gewerblicher Kooperation freier Berufe.

Überblick

| | |
|--|-----------|
| I. Vernetzungsformen und Wahrung freiberuflicher Unabhängigkeit..... | 1 |
| II. Vertragsrechtliche Einordnung..... | 5 |
| 1. Vertragstypen, insbes. Franchising und Rechtspacht (5) | |
| 2. Weisungsbefugnisse und Alleinbezugsabrede (9) | |
| III. Berufsrechtliche Zulässigkeit und Grenzen..... | 10 |
| 1. Beteiligungsrecht und Kooperationsverbot des § 56 Abs. 4 StBerG (10); 2. Prinzipien der Freiberuflichkeit und mandatsneutrale Werbung (15); 3. Auslegungsgrundsatz gesetzmäßigen Parteiwillens (19) | |
| 4. Kündigungsfolgen und berufsrechtliche Unmöglichkeit (21) | |
| IV. Kartellrechtliche Grundprobleme..... | 24 |
| 1. Vertikales Kartellverbot und Zurückbehaltungsrechte des Netznutzers (24); 2. Behinderungsmissbrauch und Essential Facility Doktrin (26); 3. Marktabgrenzung und freiberufswidriger Machttransfer (29); 4. Unwirksamkeit der Lizenzkündigung und Aufnahmepflicht (31) | |
| V. Auswirkungen auf gewerbliche Schutzrechte..... | 32 |
| 1. Unterlassungsanspruch aus § 97 Abs. 1 UrhG und Zwangslizenzeinwand (32); 2. Zweckübertragung und erlaubte Umarbeitung (34); 3. Zum Wettbewerb mit eigenen Produkten des Nutzers (38); 4. Kernbereich nachahmungsfreier Nutzung (40); 5. Eingeschränkte Störerhaftung und Eigenverantwortlichkeit (41); 5. Güterabwägung und weitere Rechtfertigungsgründe freiberuflichen Vertrauensschutzes (44) | |
| VI. Wesentliche Ergebnisse und Fazit..... | 46 |

I. Vernetzungsformen und Wahrung freiberuflicher Unabhängigkeit

Mit dem Franchising hat in Deutschland eine Kooperationsform Verbreitung gefunden, die im anglo-amerikanischen Rechtsraum schon lange etabliert ist und weitgehend neue Formen der technischen und werblichen Zusammenarbeit von Unternehmen aller

Wirtschaftsbereiche eröffnet. Die Zusammenarbeit bleibt hinter der Kapitalbeteiligung und Mit-Inhaberstellung am Unternehmen zurück, doch wird anstelle von Finanzinvestitionen ein bestimmtes know how zur Verfügung gestellt und statt mit Zinseinnahmen mit Nutzungsentgelten Geld verdient.³ Es wundert deshalb nicht, dass die Franchise-Verträge und franchise-ähnliche Gestaltungsformen auch vor den freien Berufen nicht halt machen, obgleich hier oft Kooperationsverbote der Berufsrechte entgegenzustehen scheinen. Da die Freiberufsmärkte noch bis vor nicht allzu langer Zeit stark überreguliert und streng abgeschottet vor gewerblichen Zutritten waren, war hier eine Art lukratives Vacuum entstanden, in das es sich nach der Aufhebung der Werbeverbote lohnte, mit reichlicher Namensphantasie einzudringen. Firmenähnliche Bezeichnungen wie *DocMorris*, *McZahn* oder *McSteuer* erregten die Gemüter, um Assoziationen für Billigdienste zu wecken, die treffend als Aldisierung bezeichnet werden. Aber auch ohne primär preiswettbewerbliche Ziele kam es zu hoch innovativen Marktzutritten durch Vernetzung und Marktverkettung freiberuflicher Dienste. Beispiele dafür sind *Janolaw* und *Legitas* in der Rechtsberatung⁴, die „Marke ‚KONZ‘“ in der Online-Steuerberatung⁵ und die *Eurodata* im Bereich der Steuerberatung für Tankstellenbetriebe.⁶

Dabei wird einem allgemeinen Entwicklungstrends zu digital unterstützter Beratung und Netzwerkbildung gefolgt, der zugleich die Tendenz internationaler Verflechtung fördert. Netzdienste zu Hilfe zu nehmen, bietet sich bei den Aufgabenstellungen freier Berufe in unterschiedlichster Weise an, sei es dass Datenbanken mit Fachliteratur genutzt, oder Systemlösungen für die Sammlung und Verwaltung eigener Datenerhebungen nachgefragt werden. Doch ist die Handhabung nicht selten geeignet, die für die Freiberuflichkeit typische persönliche, eigenverantwortliche und unabhängige Leistungserbringung⁷ technisch zu ersetzen.⁸ Allzu leicht kommt die den Freiberuflern vorgegebene eigenständig individualisierende Wahrung von Interessen in Gefahr, wenn die Entscheidungsabläufe zu sehr bestimmten systematisierten Routinetechniken unterworfen werden.⁹ Zugleich bieten sich mit der systemspezifischen Automatisierung weitreichende Möglichkeiten, die Reichweite der

³ Näher v. *Westphalen*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 32. Ergänzungslieferung, 2012, Rdn. 1 m.w.Nachw. zur betriebswirtschaftlichen Wesensbestimmung.

⁴ www.legitas.de; www.janolaw.de; *Heintze*, Rechtsanwalts-Franchising, 2003; Überblick b. *Henssler/Streck*, Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2011, S. 683 ff.; zum „one stop shopping“ *Henssler*, BRAK-Mitt. 2007, 238, 240.

⁵ Dazu vgl. BGH v. 16.3.2011, Az. StbSt (R) 3/10, DB 2011, 869; OLG Celle, v. 7.4.2010, DStR 2010, 1862.

⁶ Dazu schon LG Düsseldorf, zit. in *Maxl*, DStR 1993, 145, 146; neuerlich OLG Saarbr. Urteil v. 12.6.2006, Az. 1 U 106/06-29-7 II O 99/05 (unveröffl., Hauptsacheverf. anhängig)

⁷ Vgl. – grdl. V. *Deneke*, Die freien Berufe, 1956, S. 115, passim; neuerer Forschungsstand bei *J. Kämmerer*, a.a.O., vorige Fn., insbes. S. H 18 ff.

⁸ Zu den Grenzen der Automatisierung wegen persönlicher Berufsausübung vgl. schon *Henssler*, JZ 1992, 697, 704; *Kämmerer* Die Zukunft der Freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung, 2010, S. H.20.

⁹ Vgl. mit bes. Blick auf Großkanzleien nochmals *Henssler*, JZ 1992, 697, 704.

Dienstangebote über die bisherigen relativ engen örtlichen und sachlichen Grenzen hinaus auszudehnen und im grenzübergreifenden internationalen Wettbewerb tätig zu werden.

Die wirtschaftliche Dynamik der Vorgänge trifft auf eine Rechtsentwicklung, die ihrerseits in kräftigem Wandel begriffen ist. Denn das Recht freier Berufe ist bereits seit fast 25 Jahren dabei, sich vom Spezialrecht des Berufsstandes¹⁰ zum allgemeinen Wirtschaftsrecht fortzuentwickeln.¹¹ Dadurch wird es einerseits überhaupt erst möglich, dass Werbung und alle möglichen Errungenschaften des modernen Marketing Einzug halten. Wo bislang strenge Werbeverbote herrschten, darf heute jede Information und Selbstdarstellung sein, wenn diese nur die Grenzen der Sachlichkeit und direkten Mandatswerbung nicht überschreitet. So sehr man dies begrüßen mag, weil Wettbewerb nach moderner Ansicht und nach heute maßgebendem Recht als erlaubt und sogar als wesentlicher Normzweck für die Freiberufsprinzipien anerkannt ist¹², so sehr sind doch auch die damit verbundenen Gefahren wettbewerbswidriger Vermachtung und des Machtmissbrauchs zu berücksichtigen.¹³ Die Sonderstellung freier Berufe bewahrt eben weder vor der Dynamik technischer Innovation noch vor ökonomischer Entwicklungsbrisanz, sondern sie hat sich gerade in diesen Zusammenhängen zu bewähren. Das betrifft v.a. die Kooperationsverbote, aber auch die Grundprinzipien der Freiberuflichkeit: die Gewissenhaftigkeit, persönliche Leistungserbringung, Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit. Wie weit, so fragt sich, müssen diese Verbote reichen, um einerseits die Vorteile der extra-professionellen Zusammenarbeit nicht zu versperren und andererseits doch den Gefahren entgegen zu wirken, die mit der Einflussnahme des Franchise-Gebers auf die freie Entscheidung der Berufsträger verbunden sind?

Zur Lösung dieser Fragen wird hier zunächst dadurch beigetragen, dass die Vertragstypen des Franchising und der diesem verwandten Lizenzabreden eingeordnet (II.) und auf Vereinbarkeit mit den Freiberufsrechten insbes. für den Fall untersucht werden, dass der Systemnutzer subordinierenden Bestimmungen, wie Weisungen oder Alleinbezugs Klauseln des Betreibers zu folgen hat (III.1/2). Die anschließenden Folgerungen sind für den praktisch wichtigen Fall gedacht, dass die betr. Subordinationsabreden zwischen den Parteien streitig sind (III.3). Erst aufgrund der zutreffenden Vertragsauslegung kann beurteilt werden, ob es

¹⁰ Zu früheren Ähnlichkeiten mit dem mittelalterlichen Ständerecht vgl. Vgl. nur *E. Steindorff*, Freie Berufe-Stiefkinder der Rechtsordnung, 1980; *H. Herrmann*, in: J. Merz (Hrsg.), Freie Berufe im Wandel der Märkte, 2002.

¹¹ Vgl. – grdl. – BVerfGE 71, 171; 196, sog. Bastille-Entscheidung, näher s.u. zu I.3.

¹² Bes. programmatisch der Beitrag von *J. Basedow* zum 68. DJT, 2010, Thesen 7, 9 und Beschluss Nr. 6, www.djt.de/fileadmin/downloads/68/68_djt_beschluesse.pdf; zust. *Herrmann*, 10 Jahre NWiR., www.NWiR.de 2012/2, zu II.

¹³ Vgl. – grdl. – EuGH Urteil v. 5.12.2006, C-94/04, *Cipolla*; näher s.u. zu II.4; IV.2.

sich bei Vorliegen von Abweichungen um Nebenpflichtverletzungen handelt, die zur Kündigung des Franchise-Vertrages berechtigen (III.4). Zum Abschluss dieses Abschnitts wird alternativ der Frage nachgegangen, ob für den Fall eines vereinbarten Abweichungsverbots einer und Alleinbezugsbindung sogar aus § 275 Abs. 1 BGB zu folgern wäre, dass die Franchise-Nehmerin von einer solchen Pflicht wegen rechtlicher Unmöglichkeit freigeworden sein würde (III.5).

Im kartell- und wettbewerbsrechtlichen Teil der Stand der Rspr. zum Umfang zulässiger Franchise-Abreden zusammengestellt, auch wenn diese bezwecken, den Markt gegen newcomers abzuschirmen. Es geht zunächst nochmals um Fragen der Alleinbezugsbindung. Für den Fall, dass ein solche Klausel vereinbart sein ist, fragt sich aus dem Blickwinkel des § 1 GWB und Art. 101 AEUV, ob es sich dabei – unabhängig von den freiberufsrechtlichen Einwänden – um eine wettbewerbswidrige Vertikalabrede handelt (IV.1). Zudem könnte es sich um Behinderungsmissbrauch eines marktbeherrschenden Unternehmens handeln, der nach §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB, Art. 102 AEUV verboten ist, und unter die Rspr. zur Essential-facility-Doktrin fallen würde (IV.2/3). Hat man dies zu bejahen, so ist eine Kündigung des Franchise-Vertrages auch aus kartellrechtlichen Gründen unwirksam, ja es besteht sogar ein Aufnahmезwang, der bei Vertragsauflösung aus anderen Ursachen zum Wiedereintritt in das Franchise-Netz führt. Es wird zu zeigen sein, dass der gewerbliche Rechtsschutz zurückzutreten hat, wenn Urheber- oder Markenrechte dazu benutzt werden, den letzten Restwettbewerb im Markt des Rechtsinhabers zu beseitigen (IV.4).

Den Abschluss der Untersuchung bildet der Urheberrechtsteil. Dabei wird den Fragen nachgegangen, die sich urheberrechtlich aus den in den freiberufs- und kartellrechtlichen Teilen der Untersuchung festgestellten Verletzungen der §§ 56 f., 60 StBerG, 1, 19 f. GWB ergeben. Denn aus den gesetzlichen Verboten weisungsabhängiger Kooperation könnte für das Urheberrecht die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB herzuleiten sein, oder man könnte daran denken, dass den im UrhG geregelten Abwehransprüchen aufgrund rechtlicher Unmöglichkeit i.S. § 275 BGB lediglich eingeschränkte Geltung zukommt (V.1). Schließlich können u.U. auch Rechtfertigungsgründe oder Zurückbehaltungsrechte entgegenstehen (V.2).

Insgesamt wird zu zeigen sein, dass die Entwicklung des Freiberufsrechts zum Wirtschaftsberufsrecht noch nicht abgeschlossen ist und mit dieser auch Fortbildungen im gewerblichen Wirtschaftsrecht einherzugehen haben. Aus der Perspektive einer neuen Wettbewerbskultur geht es v.a. darum, bei der Anwendung des Wirtschaftsrechts diejenigen Auslegungsmöglichkeiten heranzuziehen, die mehr als bisher auf die Wahrung menschlicher Belange abzielen. Die Erhaltung der freiberufsethischen Bindungen ist deshalb von

besonderer Bedeutung, weil sie dem Interesse an Gewinnerzielung keinen generellen Vorrang vor dem fachlichen Berufs Anliegen einräumen. In dieser Hinsicht ist das Freiberufsrecht bei aller Liberalisierung und Kommerzialisierung immer noch beispielhaft geblieben, so dass man es durchaus als Fortschritt bezeichnen kann, wenn es zu rechtssystematischen Rückwirkungen der freiberufsrechtlichen Bindungen auf das allgemeine Wirtschaftsrecht kommt.

II. Vertragsrechtliche Einordnung

Die berufsrechtliche Zulässigkeit interdisziplinärer Zusammenarbeit von Freiberuflern wissenschaftlich benachbarter Fachrichtungen ist heute im Prinzip unbestritten. Doch haben sich vielfältige Fragen zu den Grenzbereichen erlaubter Kooperation ergeben. Teils wünscht man sich die Betreuung des Mandanten aus einer Hand¹⁴, weil die Komplexität der Fachfragen nicht mehr anders bewältigt werden kann, teils sind die Geschäftsmodelle bereits selbst derart interdisziplinär angelegt, dass dauerhafte Zusammenarbeit mit ein und demselben Leistungserbringer erforderlich erscheint. Zusammenschlüsse von Steuerberatern mit Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern sind deshalb ebenso verbreitet wie solche mit Unternehmensberatern, Insolvenzverwaltern, Architekten und Ingenieuren. Für die Beurteilung nach den Freiberufsrechten ist nach Vertragstypen zu unterscheiden.

1. Vertragstypen, insbes. Franchising und Rechtspacht. Das Freiberufsrecht enthält relativ strenge Regelungen zur Zulässigkeit von Gesellschaftsverträgen und sog. Bürogemeinschaften; andere Vertragstypen dagegen, wie Miet- und Benutzungsverträge sonstiger Art, lässt das Gesetz gänzlich oder weitgehend unreguliert. Dazu steht es wiederum im Gegensatz, dass § 56 Abs. 5 StBerG die sog. Kooperationen lediglich für fachnahe und verkammerte Freiberufe erlaubt und damit die Zusammenarbeit in Kooperationsform mit anderen freien und gewerblichen Berufen unterschiedslos zu verbieten scheint. Das Regulierungsgefälle hat in der Lit. zu Kontroversen bis hin zu verfassungsrechtlichen Streitfragen zur Gleichbehandlung gem. Art. 3 Abs. 1 GG und zur Verletzung der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG geführt.¹⁵ Darauf wird zurückzukommen sein¹⁶, doch beschränkt sich die Untersuchung vorerst auf die bloße Zuordnung der Gestaltungsform zu den gesetzlichen Vertragstypen des BGB.

Schon aufgrund der von den Vertragsparteien häufig gewählten Bezeichnung als Franchising liegt es nahe, auf die für diesen Vertragstyp üblichen Zuordnungen der Literatur abzustellen. Doch liegt darin nur bedingt eine Vereinfachung, da das Franchising eine

¹⁴ Zum „one stop shopping“ vgl. nur *Henssler*, BRAK-Mitt. 2007, 238, 240.

¹⁵ Vgl. nur BGH v. 25.7.2005, Az. AnwZ (B) 42/04, NJW 2005, 2692, zu II.2a/bb mit w. Nachw.

¹⁶ S.u. zu II.2-4.

Vertragsgestaltung ist, die als Mischform verschiedener BGB-Vertragstypen in der Praxis entwickelt wurde und deshalb recht dogmatisch nicht eindeutig abzugrenzen ist. Zur Annäherung wird in der Literatur meist auf eine Definition der EU-Kommission zurückgegriffen, die diese für die kartellrechtliche Freistellung verwendet hat. Danach handelt es sich um Franchise-Verträge, wenn die Vertragspartner vereinbaren, eine „Gesamtheit von Rechten an gewerblichem oder geistigem Eigentum wie Warenzeichen, Handelsnamen, Ladenschildern, Gebrauchsmustern, Geschmacksmustern, Urheberrechten..., die zum Zweck des Weiterverkaufs von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen an Endverbraucher genutzt wird...“ gemeinschaftlich verwenden.¹⁷ Ergänzend typisiert die EU-VO 4087/88 danach, ob der Vertrag eine „fortlaufende kommerzielle oder technische Unterstützung des Franchisenehmers durch den Franchisegeber während der Laufzeit der Vereinbarung“ umfasst.¹⁸ Wesentlich geht es also um eine Art Gemeinschaftswerbung mit einer auf Schutzrechte zugeschnittenen Image-Werbung.¹⁹

Legt man dies zugrunde, so fragt sich zunächst, ob die Netzvereinbarung zumindest auch auf einem Marken- oder Urheberrecht des Systemanbieters beruht. U.U. ist die urheberrechtliche Stellung umstritten, weil der vernetzte Nutzer in früherer Zeit selbst zu der Entwicklung des Systems beigetragen hat. Aber die Eintragung einer Marke i.S. des Markenrechts wird meist unstr. sein. Auch wird sicher eine laufende technische Unterstützung durch die im Netzverbund versprochen sein; und wenn dann noch sogar ein gewisses einheitliches Auftreten ausgemacht ist, um etwa den Kunden und deren Geschäftspartnern Vereinheitlichungsvorteile zu bieten, spricht Vieles für die rechtliche Einordnung als Franchising-Vertrag.

Geht es den Parteien bei Abschluss des Lizenzvertrages nicht um einen gemeinschaftlichen Werbeerfolg gegenüber dem Endverbraucher, so liegt unechtes Franchising vor. Das kommt bei Freiberuflern zwar heutzutage nicht mehr wegen strenger Werbeverbote in Betracht. Wohl aber ist der Berufsträger auch nach Öffnung für die gemäßigten Formen an die Vorgaben zur sog. Informationswerbung gebunden, wie sie z.B. in gem. § 57a StBerG geregelt sind. Danach darf nur in sachlicher Form über die „berufliche Tätigkeit“ unterrichtet werden. Bei echtem Franchising wird dagegen oft durch Veranlassung von Fehllassoziationen verstoßen, wie die

¹⁷ Vgl. v. *Westphalen*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 32. Ergänzungslieferung, 2012, Rdn. 1 im Anschluss an die Legaldefinition der früheren EU-Verordnung 4087/88, ABl. EG Nr. L 359/46 v. 28.12.1988 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁸ Verordnung v. 28.12.1988, ABl. EG Nr. L 359/46.

¹⁹ Zur Image-Werbung im Allgemeinen vgl. *Knoblich/Esch*, Stichwort image in Diller (hrsg.), *Vahlens Großes Marketinglexikon*, 2. Aufl. 2001, S. 627; *Bayon*, ebd., S. 645 f.; *H. Diller*, Grundprinzipien des Marketing, 2002, S. 93 f.; bei freien Berufen s. *Akerlof*, *Qu.J.Ec.* 1979, 488 ff.; *H. Herrmann*, in: *Kirchhoff u.a. (Hrsg.)*, *Fschr. Reiss*, 2008, S. 554, 561.

schon genannten Beispiele von *McZahn*, *McOhr* und *McSteuer* zeigen. Durch die Anklänge der Firmierung an Billiganbieter wie *McDonalds* wird der Eindruck erweckt, als ginge es bei zahnärztlichen Leistungen oder bei der Steuerberatung um Discount-Honorare mit Preisunterbietungen im Stile von Filialläden und Restaurantketten. Davon sind aber die Vernetzungen ohne Niedrigpreiswerbung deutlich unterschieden.

Den Franchise-Kriterien ist allerdings auch in solchen Fällen immer noch genügt, wenn der Netznutzer sich in anderer Weise als durch Niedrigpreiswerbung verpflichtet, den Auftritt seines Unternehmens in seinem Werbeimage, d.h. ganzheitlich auf die einheitliche Linie des Franchisegebers zu bringen. Auch dem steht es aber beispielsweise entgegen, dass die Parteien nicht mit einheitlichen Firmenmerkmalen ihres Systemverbundes werben. Sie firmieren nicht wie in den Mc-Beispielen als filialähnliche Anbieter von Beratungsdiensten, sondern unter anderen Firmen und Bezeichnungen, z.B. dem Namen des Firmengründers.

Aber auch jenseits sprachlicher Imageeffekte kann das Netz-System als unechtes Franchising einzuordnen sein, etwa wenn sich der Netznutzer von Anfang an vorbehält, die Lizenz auch in Abweichung von Systemvorgaben nutzen zu dürfen. Sogar wenn ein solcher Vorbehalt nicht ausdrücklich vereinbart ist, ist es naheliegend anzunehmen, dass ein Freiberufler, der im Verhältnis zu seinem Mandanten, Klienten oder Patienten typischer Weise seinen überlegenen Fachverstand einbringt, daran interessiert ist, Besonderheiten zu erproben, die sich im jeweiligen Beratungsfall als zweckmäßig erweisen. Zwar gibt es neben dem streng weisungsabhängigen Franchising (sog. subordinatives Franchise) auch mehr partnerschaftliche Formen mit Gleichordnung der Vertragsparteien. Bei gleichgeordneter Beteiligung fehlt es insbes. an Weisungsrechten und generellen Weisungsregeln. Der Franchise-Geber vertraut darauf, dass seine Innovation grundlegend genug ist und sich im Zeitablauf erfolgreich weiter entwickeln wird, ohne dass er genaue Einhaltung von Vorgaben sicher stellen oder Abweichungen verbieten muss. Aber typusbestimmend bleibt in den echten Franchise-Fällen, dass im Kernbereich der Vermarktung Einheitlichkeit bestehen soll. Daran wird es beim freiberuflichen Nutzungssystem schon aus tatsächlichen Gründen im Regelfall fehlen. Folglich handelt es sich in diesen Fällen dann zwar um einen gemischttypischen Vertrag, aber die austauschvertraglichen Elemente i.S. eines Nutzungsvertrages überwiegen. Ein Franchising liegt weder in der Form des Subordinations-Franchising noch in der des partnerschaftlichen Franchising vor.

Auch von gesellschafts- und gemeinschaftsrechtlichen Vertragstypen ist der Vernetzungsvertrag meist deutlich unterschieden. Der Systemnutzer verfolgt etwa als Steuerberatungsgesellschaft den Zweck, Mandanten steuerlich zu beraten und zu betreuen. Der

Franchise-Geber will dagegen mit dem Angebot der Nutzungs-Lizenz nicht gemeinschaftlich an der freiberuflichen Leistungserbringung mitwirken, sondern lediglich technische Unterstützungsdienste verkaufen. Damit ist zugleich ausgedrückt, dass man bei Vertragsschluss keinen Gemeinschaftszweck angestrebt hat, der die Lizenzvereinbarung zum Gesellschaftsvertrag gemacht und damit gegen das Zusammenschlussverbot des heutigen § 56 StBerG verstoßen hätte. Eine wesentlich gemeinschaftliche Zweckförderung, wie sie § 705 BGB voraussetzt, liegt demgemäß nicht vor.

Sogar eine schlichte Rechts- oder Bruchteilsgemeinschaft i.S. § 741 BGB liegt meist fern. Auch wenn die Abgrenzung der schlichten Rechtsgemeinschaft von Austauschverträgen, wie Miete oder Pacht, nicht immer ganz leicht ist, wird für § 741 vorausgesetzt, dass den Parteien ein Recht gemeinschaftlich zusteht und nicht im Wege der Leistung und Gegenleistung ausgenutzt wird. Allenfalls wäre an ein Gemeinschaftsinteresse hinsichtlich der urheberrechtlichen Stellung zu denken, die der Systemanbieter im Hinblick auf das von ihm entwickelte System für sich in Anspruch nimmt. Lizenznehmer und Lizenzgeber eines solchen Urheberrechts²⁰ sind aber nicht Inhaber des selben Rechts, sondern es wird aus dem absoluten Verwertungsrecht des Inhabers eine schuldrechtliche Nutzungsbefugnis herausgelöst. Es wird keine dingliche Rechtsbeteiligung geschaffen, sondern lediglich ein schuldrechtliches Benutzungsrecht eingeräumt, das nicht gleichberechtigt neben die Stellung des Inhabers des Urheberrechts tritt, sondern lediglich in eine sog. synallagmatische austauschvertragliche Beziehung gesetzt wird. Dafür wurde als Gegenleistung vereinbart, dass das EKW-System im Wesentlichen zugrunde gelegt werden sollte, sofern die Tankstellenpächter dies wünschten, und dass vierteljährliche Referate über die einschlägigen Praxiserfahrungen zu halten waren. Die eine Leistung wird um der anderen Willen im Wege eines Austauschvertrages erbracht und nicht als Beitrag zu gemeinschaftlicher Innehabung eines Rechts geleistet.

Es bleibt deshalb gar nicht anderes übrig, als primär auf die bloße Nutzungsabrede für das System abzustellen und diese als austauschvertragliches Rechtsverhältnis einzuordnen. Da es sich dabei nicht um die Nutzung einer Sache i.S. körperlicher Gegenstände gem. §§ 90, 581 BGB handelt, bleibt nur die Rechtspacht. Diese fällt, wie die Sachpacht unter § 581 BGB, da die Vorschrift mit dem Begriff des Gegenstandes auch Rechte umfasst.²¹ Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Nutzungsberechtigung ein bestehendes Urheberrecht oder die bloße tatsächliche Befugnis betrifft, das System technisch störungsfrei benutzen zu können. Die Verpächterin ist verpflichtet, den Gebrauch und die Fruchtziehung in pachtüblicher Weise zu

²⁰ Die Untersuchung ist in diesem Punkt rein hypothetisch, da nach hier vertr. Ansicht letztlich kein Urheberrecht der *Eurodata* gegeben ist (s.u. zu IV.1).

²¹ Vgl. nur BGH NJW-RR 1986, 1243; Palandt-Weidenkaff, § 581 BGB, Rdn. 1 m.w.Nachw.

gestatten; und die Pächterin hat das dafür nach dem zuletzt vereinbarten Vertrag vorgesehene Entgelt zu entrichten. Nebenpflichten entsprechen denen des Mietrechts; und es kommen u.U. Treuepflichten hinzu, die sich aus dem persönlichen Vertrauensverhältnis der Parteien ergeben können.²² Ob die Pächterin deshalb verpflichtet ist, keine Systemabweichungen zu praktizieren und keine alternativen Systeme zu verwenden, wird sogleich noch näher zu erörtern sein. Hier genügt die Feststellung, dass es sich dabei um Fragen pachtrechtlicher Natur handelt.

2. Weisungsbefugnisse und Alleinbezugsabrede. Mit dem Begriff des subordinativen Franchising und dessen Unterscheidung der partnerschaftlicher Vertragsgestaltung klingt bereits an, dass es vielfältige Formen innerhalb dieses Typs gibt. Aber auch jenseits der Typusgrenzen kann man von franchise-ähnlichen Nutzungsverträgen sprechen und darin mehr oder weniger partnerschaftsähnliche Ausprägungen erkennen, die bei weitreichenden Weisungsbefugnissen bis hin zu subordinativem Quasi-Franchising reichen. Praktisch besonders wichtig scheinen die Abreden zu sein, wonach dem Lizenznehmer keinerlei Freiheit belassen wird, von den Vorgaben des Netzsystems abzuweichen. Damit sind vielfach Klauseln verbunden, die es verbieten, neben dem lizenzierten System alternative Modelle zu verwenden, seien es Konkurrenzprodukte oder eigene des Lizenznehmers. Zunächst zum Abweichungsverbot:

Der Lizenzgeber hat einerseits ein Interesse daran, dass seine Systemvorgaben recht genau befolgt werden. Andererseits ist ihm daran gelegen, dass der Nutzer als Franchise-Nehmer oder Pächter eigenverantwortlich unternehmerisch tätig wird. Handelt es sich um freiberufliche Systemnutzung, so liegt es im Wesen des Berufs, dass hoher Sachverstand mit eigenverantwortlicher und unabhängiger Aufgabenwahrnehmung verbunden wird. Dadurch werden Weisungsbefugnisse des Lizenzgebers nicht nur von Rechts wegen eingeschränkt²³, sondern schon die wirtschaftliche Interessenlage spricht für möglichste Entscheidungsautonomie des Lizenznehmers. Ist dieser etwa ein Steuerberater, so liegt es nahe, dass ihm für Entscheidungen im fachlichen Bereich des Steuerrechts und der angrenzenden bwl. Fragen die Ermessensfreiheit verbleibt, die er benötigt, um das System mandantengerecht zum Einsatz zu bringen.

Das Gleiche gilt auch für die sog. Alleinbezugs Klauseln. Darunter versteht man Abreden, wonach der Lizenznehmer dazu verpflichtet wird, ausschließlich das lizenzierte System zu verwenden und keine Alternativangebote konkurrierender Systemanbieter abzunehmen. Sogar die Entwicklung eigener Konkurrenzsysteme kann ihm im Nutzungsvertrag untersagt worden

²² Dazu BGH LM § 581 BGB Nr. 8 (Apotheke); *Weidenkaff*, a.a.O., vorige Fn. Rdn. 12.

²³ Dazu s.u. III.1-2.

sein.²⁴ Dadurch soll für den Lizenzgeber erreicht werden, dass der sog. Inter-brand-Wettbewerb beschränkt wird, d.h. der Markt wird für das lizenzierte Produkt vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses an weitgehend gegenüber Marktzutritten Dritter abgeschottet; und auch bereits etablierten Mitbewerbern werden Absatzmöglichkeiten genommen, die wegen des Einsatzes mehrerer Systeme bei ein und demselben Abnehmer entstehen können. Sieht der betr. Steuerberater etwa technische Vorteile bei Konkurrenzprodukten, die für seinen Mandanten speziell passender sind als bei dem bereits vertraglich genutzten System, so kann er darauf nicht eingehen, weil die Alleinbezugs Klausel ihn daran hindert.

Der Systemanbieter kann dafür als Gläubiger der Alleinbezugs pflicht darauf vertrauen, dass etwaige Investitionen, die er für die lizenzierte Benutzung getätigt hat, ausschließlich der Verwendung seines Produkts zugute kommen. Darin sind solche Abreden völlig vergleichbar mit den bekannten Bierbezugsbindungen in Gaststätten und dergl. Vereinbarungen im Warenverkehr, nur dass sich die Bindung auf Dienste anstatt auf Waren bezieht.

III. Berufsrechtliche Zulässigkeit und Grenzen

1. Beteiligungsrecht und Kooperationsverbot des § 56 Abs. 4 StBerG. In berufsrechtlicher Hinsicht fragt sich in erster Linie, ob das Verbot kooperativer Vertragsbeziehung zu gewerblichen Unternehmen gem. § 56 Abs. 4 StBerG auf den Nutzungsvertrag Anwendung findet. Dazu interessiert zunächst die Reichweite des Kooperationsbegriffs. Werden lediglich gemeinschaftsrechtliche Verhältnisse erfasst, die nicht synallagmatischer Natur sind, aber auch nicht dem Gesellschaftsrecht und den dazu bestehenden Beteiligungsverboten unterfallen? Oder reicht das Kooperationsverbot auch in den Bereich der austauschrechtlichen Schuldverhältnisse, zu denen der Pachtvertrag gehört?

Obleich bereits geklärt ist, dass mit der Lizenzabrede keine Gesellschaftsbeteiligung verbunden ist, setzt die Betrachtung beim Gesellschaftsrecht an. Denn hier ist die Regulierung von Besonderheiten für freie Berufe am weitesten entwickelt. Das allgemeine Gesellschaftsrecht ist vom Grundsatz der Normativbedingungen bei ansonsten bestehender Gründungs- und Rechtsformfreiheit geprägt.²⁷ Darunter versteht man, dass es den Gesellschaftern und Kooperationspartnern freisteht, ob sie sich zusammenschließen wollen und in welcher Rechtsform dies geschehen soll. Sie müssen lediglich Mindestnormen befolgen, die

²⁴ Zur Berufsrechtswidrigkeit s. allerdings u. zu III.

²⁷ Vgl. nur *Assmann/Kübler*, Gesellschaftsrecht, 2006, § 4 IV.3b; *Herrmann/Roth*, Gesellschafts- und Konzernrecht, 2008, S. 59 ff.

für die jeweils gewählte Rechtsform per Gesetz festgelegt sind. Dazu gehört auch ein *numerus clausus* der Rechtsformen, so dass es den Parteien nicht frei steht, abweichend von den Mindestbestimmungen eine neue eigenartige Rechtsform vertraglich zu vereinbaren.

Von diesem Grundsatz weichen die Rechte verkammerter freier Berufe trotz weitgehender verfassungsrechtlicher Fundierung insofern ab, als sie teils die Rechtsformenwahl begrenzen, teils über die Normativbedingungen hinausgehende Regelungen für die Kapitalbeteiligung, Geschäftsführung und Vertretung durch Angehörige der betr. Freiberufe sowie die Höchstzahl fachfremder Gesellschafter, Vertreter etc. machen. Da dies zum Schutz vor unseriösen Einflüssen und vor Beherrschung durch berufsfremde Kapitalinteressen bis zu einem gewissen Grade erforderlich erscheint, sind diese Abweichungen vom Prinzip freier Körperschaftsbildung von der Rspr. in bestimmtem Umfang gebilligt worden. Jedoch wurden nach und nach Liberalisierungen durchgesetzt, die insbes. die freie Formenwahl der AG und GmbH betreffen.²⁸ Immer noch bleiben aber strenge Bestimmungen erhalten, die festlegen, in welchem Umfang die Gesellschaft mehrheitlich im Anteilsbesitz von Freiberuflern stehen müssen, bzw. welche Mehrheitsverhältnisse in der Geschäftsleitung der betr. Gesellschaft tätig zu sein haben.

Speziell für Steuerberater gilt Folgendes: Nach § 56 Abs. 1 StBerG dürfen sich Steuerberater nur mit Fachkollegen und Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern, vereidigten Buchprüfern, Rechts- und Patentanwälten „verbinden“, d.h. in Form von Gesellschaftsverträgen zusammenschließen. Vorausgesetzt ist, dass der Zusammenschluss in einer erlaubten Rechtsform erfolgt. Erlaubnisfähig sind Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Partnerschaftsgesellschaften (§ 49 Abs. 1 StBerG). § 56 Abs. 2 StBerG gestattet zudem die Kooperation von Steuerberatern und fachnahen Berufsträgern i.S. § 56 Abs. 1 StBerG, „...auch in „Bürogemeinschaften“. Andere Kooperationsformen als die der GbR, der schlichten Rechtsgemeinschaft und der „Bürogemeinschaft“ werden in § 56 Abs. 5 StBerG²⁹ ebenfalls mit der in Abs. 1 enthaltene Beschränkung auf fachnahe Kammerberufe erlaubt, gelten aber ansonsten im Gegenschluss zu dieser Vorschrift sowie auch deshalb verboten, weil sie gegen das Verbot gewerblicher Tätigkeiten in § 57 Abs. 4 Nr.1 StBerG verstoßen.³⁰ Das gilt allerdings nur für „berufliche“,

²⁸ Vgl. nur BGHZ 124, 224, betr. Zahnärzte-GmbH; BayObLG, NJW 1995, 199 m. Anm. *Taupitz*, ebd. S. 399; *Hartung/Römermann*, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl. 2008, § 59c BRAO, 2.

²⁹ Neufassung mit dem 8. StBÄndG 2008 v. 8.4.2008, BGBl. I, 666.

³⁰ Vgl. nur Drs. BT 16/7077, S. 32; *Riddermann*, in Kuhls u.s. (Hrsg.), Komm. zum StBerG, 3. Aufl. 2012, §56 Rdn. 133.

d.h. spezifisch steuerberatende Zusammenarbeit, aber in diesem Fall sowohl für die einzelfallbezogene als auch für die „auf Dauer angelegte“ Kooperation.

Andere Freiberufsrechte enthalten überhaupt keine gesetzlichen Spezialbestimmung über die Zulässigkeit von nicht gesellschaftsrechtlichen Formen der Zusammenarbeit. In § 59a BRAO³¹ findet sich die gleiche Unterscheidung zwischen Rechtsformbestimmungen des Gesellschaftsrechts und Bürogemeinschaften wie im StBerG. Danach sind gesellschaftsrechtliche Zusammenschlüsse mit fachnahen freien Berufen erlaubt (Abs. 1 und 2) und für Bürogemeinschaften entsprechende Anwendung dieser Regeln angeordnet (Abs. 3). Bloße Kooperationen ohne Vergemeinschaftung von Büroräumen sind nach h.M.³² ohne anwaltsrechtliche Einschränkung geblieben. Das hat der BGH unter besonderem Hinweis darauf bestätigt, dass die Berufsausübung in gemeinsamen Räumlichkeiten einen gesteigerten Eindruck herausragender fachlicher Qualität und freiberufstypischer Seriosität hervorrufe. Eine Privilegierung für räumlich abgetrennte Kooperation außerhalb von Bürogemeinschaften, sei deshalb nicht gegeben, so dass keine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes anzunehmen sein soll, wenn diese Tätigkeit unreguliert gelassen wird.³³

In der Literatur wird das Gesellschafts- und Gemeinschaftsrecht vom allgemeinen Kooperationsrecht dahingehend unterschieden, dass ersteren nur die „auf Dauer angelegten, organisatorisch verfestigten Kooperationen“ unterfallen.³⁴ Wo keine derartige Dauerabrede und Organisationsstruktur gegeben sei, könne das Kooperationsverbot aber immer noch eingreifen, weil es ausdrücklich auch die Einzelfallkooperation umfasst.³⁵ Die bloße Nutzung gemeinsamer Ressourcen soll aber nicht darunter fallen, weil darin keine „berufliche“ Zusammenarbeit verstanden werden könne³⁶ und jeder Partner für die Beachtung der ihm auferlegten Pflichten selbst verantwortlich sei, da er „unternehmerisch und rechtlich selbständig“ bleibe.³⁷

Ausdrücklich nicht dem Kooperationsverbot unterfallen soll nach dieser Ansicht auch das Franchising, also die Rechtsform, die es hier zu untersuchen gilt. Franchising sei den sog. „Club-Systemen“ und bloßen „Allianz-Systemen“ vergleichbar³⁸, da es, wie diese, nicht die eigentliche Berufsaufgabe betreffe, sondern im Kern auf die werbliche Zusammenarbeit

³¹ Bundesrechtsanwaltsordnung v. 1.8.1959, i.d.F. v. 23.7.2013, BGBl. I, 2586.

³² Vgl. nur *Hartung* in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 59a, Rdn. 125 m.w.Nachw.

³³ BGH v. 25.7.2005, Az. AnwZ (B) 42/04, NJW 2005, 2692.

³⁴ BRAK-Mitt. 1995, 12; vgl. *Hartung*, in Henssler/Prütting, BRAO-Komm., a.a.O., § 59a, Rdn. 99 m.w.Nachw.

³⁵ Vgl. nur Kuhls/*Riddermann*, a.a.O., § 56 Rdn. 131 unter Hinweis auf § 52 Abs. 1 BOSTB a.F., wo schon vor der Neufassung in 2010 ebenfalls „jedweder berufliche Zusammenschluss außerhalb der Sozietät“ erfasst werden sollte.

³⁶ Ebd. und *Hartung* in Henssler/Streck, Hdb. Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2011, S. 681 ff.

³⁷ *Hartung*, a.a.O., § 59a, Rdn. 102.

³⁸ Vgl. die Auflistung bei *Riddermann*, a.a.O.; näher nochmals *Hartung*, a.a.O.

begrenzt ist und lediglich auf gemeinsamer Ressourcennutzung beruht. Im Unterschied zu Bürogemeinschaften soll es sich schon nach älterer Ansicht bei der bloßen Nutzungen von Geräten um „gegenständlich begrenzte Praxisgemeinschaften“ handeln.³⁹ Gegenständlich geht es dabei häufig um technische Geräte und Anlagen, z.B. um den gemeinsamen Betrieb von Schreibautomaten und EDV-Anlagen sowie auch um umfänglichere Dienste, wie medizinisch-technische Diagnosezentren und Ärztehäuser. Berufsrechtlich relevante Kooperationsformen sollen dabei erst vorliegen, wenn die beteiligten Ärzte sich zu Praxisgemeinschaften oder einer Gemeinschaftspraxis zusammenschließen.⁴⁰ Für Anwälte wird darauf abgestellt, ob das berufliche Handeln „aus Mandantensicht...abgestimmt“ erscheine, selbst wenn die rechtlichen Auftragsbeziehungen getrennt sind.⁴¹

Jüngst sind die Unterschiede zwischen Kooperation und austauschvertraglicher Zusammenarbeit durch die Rspr. anhand von Fällen präzisiert worden, die verschiedene Formen telekommunikativer Dienstleistungsangebote betrafen. Zunächst ging es um telefonische Anwaltsdienste durch sog. hotlines, die durch eine automatisierte Zentrale vermittelt und über 800er Telefonnummern abgerechnet wurden. Der BGH⁴² hatte schon 2002 einen Fall zu entscheiden, in dem Telefonzentrale, die „Anwalts-Suchservice-Informationendienst für anwaltliche Dienstleistungen GmbH“ (ASI) sich öffentlich – auch via Internet – erboten hatte, Ratsuchenden kostenlos einen Rechtsanwalt zu benennen, der nach dem Sitz seiner Kanzlei und seinem überwiegendem Tätigkeitsgebiet in Betracht kam. Das Gericht verwarf die Ansicht der zuständigen RAK, es handele sich um unzulässige, weil irreführende und berufswidrige Werbung, Gebührenunterschreitung oder verbotene Provision. Zum Provisionsverbot des § 49b Abs. 3 Satz 1 BRAO heißt es: „Die fragliche Vergütung wird ... unabhängig davon geschuldet, ob und wie viele Ratsuchende in der fraglichen Zeit anrufen. Die erfolgsunabhängige Vergütung ist daher mit der Raummiete, mit den Kosten der Telefonanlage oder mit den Kosten für einen Anwaltssuchdienst im Internet vergleichbar“.⁴³ Mietvertragliche Zusammenarbeit wird danach implizit ebenso als unbedenklich beurteilt wie Internet-Suchdienste.

Zwar kommt das Kooperationsrecht in der Entscheidung zur Anwaltshotline nicht explizit zur Sprache, doch hat die Rspr. hieran auch in Fällen angeknüpft, in denen es um die

³⁹ So *L. Michalski*, Das Gesellschafts- und Kartellrecht der berufsrechtlich gebundenen freien Berufe, 1989, S. 96 m.w.Nachw.

⁴⁰ *Michalski*, ebd., S. 97; *H. Narr*, Ärztliches Berufsrecht, 2. Aufl. 1977 ff., Rdn. 1146.

⁴¹ *Henssler*, DB 2007, 447; ders., AnwBl. 1997, 129, 132 f.

⁴² BGH v. 22.9.2002, Az. I ZR 44/00; dazu *Herrmann*, NWiR 2003/2, www.nwir.de, zu Nr. III.1 und IV.1.

⁴³ Ebd. zu Nr. II.3d; vgl. *Grunewald*, ZIP 2000, 2005, 2007; *Büring/Edenfeld*, MDR 1999, 532, 533; *Römermann/Funke*, MDR 2001, 1, 7; a.A. *Schmittmann*, K&R 1999, 309 f.

gemeinsame Nutzung von Internet-Plattformen und dergl. Werbeveranstaltungen ging.⁴⁴ Die bloße Beteiligung an Werbeveranstaltungen ist auch dann keine Kooperation, wenn sie auf Dauer angelegt ist. Das war im Fall des OLG Celle nicht einmal aufgrund des Umstandes anzunehmen, dass der beteiligte Steuerberater zum Betrieb der Plattform eine „Vortragstätigkeit“ ausgeübt hatte, in deren Rahmen er Themen der „Qualitätssicherung, Marketing, IT-Lösungen und Dokumentenmanagement“ behandelt und schließlich sogar eine „Qualitätssicherungstätigkeit zur Erhöhung der Berechnungsgenauigkeit von Steuersoftware“ vorgenommen hatte.⁴⁵ Das Gericht betonte, dass die Plattform lediglich die „Außendarstellung“ betreffe, und keiner der Beteiligten „...Einfluss auf den Inhalt der Tätigkeit (des Anderen) zu nehmen“ hatte.⁴⁶ Genau darin liege die Gemeinsamkeit mit der Fallgruppe Anwaltshotline und weiteren werberechtlichen Fällen, in denen der eigentliche Inhalt der freiberuflichen Aufgabenwahrnehmung frei bleibe.

Allerdings wurde die Entscheidung des OLG Celle vom BGH⁴⁷ im weiteren Verfahren aufgehoben und in einem wesentlichen Punkt korrigiert. Wenn nicht nur ein gemeinsamer Internetauftritt vorliege, sondern die Beteiligten einen „einheitlichen, maßgeblich auch gewerblichen Vertrieb einer gemeinsamen Produktlinie“ bezweckt hätten, handele es sich um unzulässige Kooperation mit einem Gewerbebetrieb i.S. §§ 56, 57 Abs. 4 StBerG. Das sei anzunehmen, wenn die „optische Aufmachung...aus der maßgeblichen Sicht eines verständigen Verbrauchers die Annahme der Vermarktung einer gemeinsamen einheitlichen Produktlinie“ nahe lege. Insofern sei v.a. dem Umstand Bedeutung beizumessen, dass bei unvoreingenommenen Internetnutzer der Eindruck entstehe, dass der auf der Plattform mit beworbene Steuerratgeber „KONZ, 1000 ganz legale Steuertricks“ als „Marke ‚KONZ‘“ gemeinschaftlich beworben werde. Denn dadurch würde der Inhalt der freiberuflichen Berufstätigkeit nach Maßgabe eines „Markenlizenzvertrages“ berührt, so dass die „unabhängige Berufsausübung“ gefährdet werde. Bei Einschätzung der Beeinflussungsgefahren müsse das OLG Celle sowohl den Inhalt des Lizenzvertrages würdigen als auch dem Umstand Rechnung tragen dass die beteiligte Steuerberatungsgesellschaft in erheblichem Umfang in Fremdbesitz stehe und deshalb für freiberufsfremde gewerbliche Interessen besonders anfällig sei.⁴⁸

⁴⁴ Vgl. nur OLG Celle, v. 7.4.2010, DStR 2010, 1862 mit Bezug auf BGH v. 25.2.2003, NJW 2003, 1540 f.; in gleicher Sache auch – wenngleich mit abw. Erg. – BGH v. 16.3.2011, Az. StbSt (R) 3/10, DB 2011, 869.

⁴⁵ S. OLG Celle, a.a.O. zu Nr. II a.E.

⁴⁶ Ebd. zu III.

⁴⁷ BGH v. 16.3.2011, Az. StbSt (R) 3/10, DB 2011, 869.

⁴⁸ BGH ebd. unter Verweis auf Gehre/Kosłowski, StBerG, 6. Aufl., § 57 Rdn. 25.

Daraus hat man verallgemeinernd zu folgern, dass Vernetzungen zwar nicht generell, wohl aber dann dem Kooperationsverbot unterfallen, wenn sie so ausgestaltet sind, dass in besonderer Weise Abhängigkeitsgefahren drohen. In diesem Zusammenhang ist darauf zu achten, dass die vom Netzanbieter angebotenen Nutzungsbedingungen vielfach vorsehen, dass der Nutzer keine Systemabweichungen vornimmt und dass er sich sogar bindet, für seine Praxis kein alternatives System zu benutzen, sei es ein solches eines Konkurrenten, sei es ein Eigenes. Am deutlichsten wird dies, wenn man die Entsprechung zum Weisungsverbot sieht. Denn mit der Abrede, nicht von den Vorgaben des Systemanbieters abzuweichen, verpflichtet sich der Lizenznehmer, das System sozusagen sklavisch zu nutzen. Er darf keine Besonderheiten bei der Nutzung vorsehen, die er für den Einzelfall des betr. Mandanten für fachlich geboten oder auch nur für sachangemessen hält. Ist dies aber so, so wird damit die Unabhängigkeit des freien Berufes gegenüber dem gewerblichen Vertragspartner in genau der Weise beeinträchtigt, die das Kooperationsverbot verhindern will. Soweit die Systembindung sich auf Fachfragen des Freiberuflers bezieht, ist sie mit 59a Abs. 1 BRAO i.V. § 30 BORA⁴⁹ ebenso wenig vereinbar wie mit § 56 Abs. 5 StBerG.

Nichts Anderes kann auch für die Alleinbezugsabrede gelten. Denn das freiberufliche Ermessen ist selbstverständlich auch auf die Nutzung technischer Hilfen für die Erfüllung der Berufsaufgaben gerichtet. Der Rechtsanwalt und Steuerberater muss in seiner Entscheidung frei bleiben, ob er für die Beratung und Betreuung seines Mandanten das lizenzierte System für optimal geeignet hält, oder einem Konkurrenzprodukt den Vorrang einräumen will. Handelt es sich um ein eigenes System, das er selbst entwickelt hat, so kann er auch dieses nach seinem Ermessen nutzen. Eine entgegenstehende Abrede mit dem Lizenzgeber verletzt das Kooperationsverbot.

2. Prinzipien der Freiberuflichkeit und mandatsneutrale Werbung. Die freiberufsrechtliche Untersuchung ist damit nur insofern abgeschlossen, als es um die Zusammenarbeit der Netzpartner als solche geht. Im Folgenden sind noch einige Aspekte zusammen gestellt, die die Prinzipien unabhängigen und eigenverantwortlichen Handelns betreffen. Für Rechtsanwälte und Steuerberater sind die Regeln dazu gleich. § 59a Abs. 2 BRAO sieht dazu die Kompetenz für die Kammersatzung vor, die nach § 1 Abs. 3 BORA zur Unabhängigkeit und nach § 3 zum Interessenwiderstreit ausgefüllt ist. § 57 Abs. 1 StBerG regelt beide Grundsätze als Kern des Berufsbildes und als Typuselement des Freiberufs selbst, um die Unterscheidung von gewerblicher Aufgabenwahrnehmung auf der Ebene des formellen

⁴⁹ Betr. die Zusammenarbeit „in sonstiger Weise“ unter Wahrung des anwaltlichen Berufsrechts.

Gesetzesrechts sicher zu stellen.⁵⁰ Im Wesentlichen ist mit Unabhängigkeit nach moderner Abgrenzung nicht mehr die wirtschaftliche Selbständigkeit gemeint, sondern die fachliche Souveränität und Weisungsfreiheit in Fachfragen.⁵¹

Davon lässt sich die Eigenverantwortlichkeit heute eigentlich kaum noch sinnvoll unterscheiden, selbst wenn man dies, wie vielfach, mit der persönlichen Leistungserbringung zusammenzieht. Dabei wirkt sich insbes. aus, dass in Freiberufsgesellschaften generell ein intensives Zusammenwirken der Berufsträger untereinander und mit Anderen anzutreffen ist.⁵² Aber man kann es zur Eigenverantwortlichkeit und persönlichen Aufgabenwahrnehmung wohl immer noch rechnen, dass der Vorgang nicht voll automatisiert erbracht werden darf.⁵³ Zumindest insofern kommt diesem Freiberufsmerkmal eine wichtige Sonderbedeutung neben der fachlichen Unabhängigkeit zu.

Zur Notwendigkeit fehlender fachlicher Weisungsbindungen bedürfen sowohl der Weisungscharakter der Gebundenheit als auch die Fachbezogenheit der Bindungsfreiheit näherer Klärung. Weisungen können konkrete Einzelanordnungen sein oder abstrakt-generelle Verfügungen. Der vertragliche Charakter der Festlegung ändert an der Weisungsnatur nichts, da der fachliche Inhalt der die Entscheidungsfreiheit des Berufsausübenden beschränkenden Vorgaben einseitig durch den Systemanbieter determiniert vorgestellt ist. Weisungsbindung würde der Vorschrift des § 57 Abs. 1 StBerG schon im Hinblick auf das Prinzip der Unabhängigkeit zuwider laufen.

Entsprechendes ergibt sich auch zur Eigenverantwortlichkeit i.S. der erörterten Mindestfreiheit von Automatismen beruflicher Entscheidungsfindung. Das dahinter stehende Postulat relativer technischer Autonomie ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung in einer Zeit, in der insbes. die technischen Zwänge der Digitalisierung und des Internet nachgerade ins Unermessliche ansteigen. Nach einem Bericht der Zeitschrift Tankstelle führt die Handhabung des EKW-Systems im Netzverbund der ETL-Gruppe, eines englischen Konzerns⁵⁴, u.a. dazu, dass die Steuerberater von der persönlichen Betreuung ihrer Mandanten zu weitgehend Abstand nehmen und sich auf weniger als notwendige Besuche vor Ort in den betreuten Betrieben beschränken.⁵⁵ Insoweit könnten unpersönliche Automatismen zur Gewohnheit

⁵⁰ Vgl. – immer noch lesenswert – *Deneke*, ; zur notwendigen Überwindung des typisierenden Ansatzes durch subsumptionsgerechte Merkmale s. *Taupitz*, Die Standesordnungen freier Berufe, 1991, 23 ff.; zust. *Kämmerer*, a.a.O., S. H 19 ff.

⁵¹ Vgl. insbes. § 1 Abs. 2 PartG und BVerfG, NVwZ 2008, 1102, 1106; *Kämmerer*, a.a.O. S. H. 20.

⁵² S. – grdl. – *M. Henssler*, JZ 1992, 697, 704; auch BayObLG, NJW 1995, 199; dazu auch *Kämmerer*, a.a.O., S. H. 20 Fn. 41.

⁵³ Belege, wie vor.

⁵⁴ Vgl. die Konzernangaben bei *Mark Müller*, Selbständig im Verbund, in *Steuer und Studium* 2012, S. 47 ff. (Heft 6).

⁵⁵ *St. Preuß*, Die Tankstelle 7/2005, S. 55 f.

geworden sein⁵⁶, die mit dem Prinzip persönlicher und eigenverantwortlicher Leistungserbringung unvereinbar wären.

Hier braucht nicht exakt bestimmt zu werden, wo genau die Grenzlinie zwischen automatisierten Entscheidungsabläufen und autonomer freiberuflicher Willensbildung und fachlicher Eigenständigkeit verläuft. Denn jedenfalls steht fest, dass die Einschränkungen der Fachkompetenz keinen Umfang erreichen dürfen, der den mit der Sache befassten Steuerberater in seiner Beurteilung der steuerlichen Vorgänge beim Mandanten behindert oder einengt. Das ist ganz unabhängig vom Gegenstand der berührten Fachfragen anzunehmen, wenn dem Berater die Befugnis genommen wird, in längerem Zeitablauf Veränderungen am System vorzunehmen. Denn gerade die steuerrechtlichen Neuerungen haben längst Ausmaße angenommen, die eine ständige Anpassung der Rechtsberatung bis hin zu einfachsten Fragen der steuerlichen Datenerfassung erforderlich machen. Beeinträchtigungen der Anpassungsflexibilität dürften schon allein deswegen wesentlich sein, weil sie eine generelle Systemtreue verordnen.

Demnach liegen bei Vereinbarung von Abweichungsverboten Verletzungen der Prinzipien der Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit vor. Die Berufsrechtswidrigkeit kann sich aus dem Text des Vertrages oder daraus ergeben, dass der Sinn und Zweck eine stillschweigende Regelung dieser Art erfordert. Auf die damit verbundenen Auslegungsfragen ist sogleich zurückzukommen (zu II.5). Doch kann zudem auch noch das Werberecht verletzt sein.

Zum Werberecht des StBerG gibt es eine ältere Entscheidung des LG Düsseldorf⁵⁷, deren Maßgeblichkeit allerdings nach den werberechtlichen Reformen der 90er Jahre⁵⁸ zu relativieren ist. Zunächst ist deshalb festzustellen, dass das aktuelle Werbeverbot des Steuerberatungsrechts in § 57a StBerG die werbliche Präsentation von Steuerberatern auf den Märkten nicht mehr total verbietet, sondern sie erlaubt, soweit sie „...in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist.“ Erkennbar handelt es sich um die Umsetzung der auch zum Anwaltsrecht nach der Bastille-Entscheidung des BVerfG⁵⁹ entwickelten Lehre von der Informationswerbung. Dazu war von Anfang an umstritten, ob als sachliche Information nur Angaben über die Qualifikation der Berufsträger, Praxisschwerpunkte, Ausstattung und dergl. gehören, oder ob auch sonstiges Imaging mit mehr öffentlichkeitswirksamen assoziativen Merkmalen zulässig ist. Die Kasuistik dieser Rspr. braucht hier nicht weiter vertieft zu werden. Denn jedenfalls lässt sich

⁵⁶ Zur Absicherung der MÖGs durch Kreditversicherungen anstatt durch Einschätzung persönlicher Kreditwürdigkeit s. nochmals Preuß, a.a.O. vorige Fn., S. 56.

⁵⁷ Vgl. *Maxl*, Anm. zum Urteil des LG Düsseldorf v. 18.8.1989, 34 StL 12/89.

⁵⁸ Vgl. die schon erwähnte Bastille-Entscheidung des BVerfG, BVerfGE 71, 171; 196.

⁵⁹ A.a.O., vorige Fn.

sagen, dass die Werbung mit sachlichen Alleinstellungsmerkmalen erlaubter Kooperation nicht mehr verboten ist, während eine werbliche Hervorhebung gesetzeswidriger Praktiken auch dann unzulässig sein dürfte, wenn die mitgeteilten Fakten in rein sachlicher Form vorgetragen werden. Abzugrenzen ist zudem nach einhelliger Ansicht die unerlaubte marktschreierische Werbung und die Selbstanpreisung durch Urteile in eigener Sache sowie das sog. ambulance chasing, d.h. durch Ausnutzung der Notlage oder Betroffenheit des Mandanten.

Das LG Düsseldorf hat 1989 noch angenommen, dass *Eurodata* und die ihr verbundenen Steuerberater die Generalklausel des UWG bzw. das StBerG verletzen, wenn sie veranlassen bzw. dulden, dass Vertreter der Mineralölgesellschaften (MÖGs) den Tankstellenpächter vorschreiben, sich nur von den mit der *Eurodata* zusammenarbeitenden Steuerberatern betreuen zu lassen. Darin liege verbotene Werbung um Praxis i.S. des heutigen § 57a StBerG, weil der mit einer EKW-Lizenz ausgestattete Steuerberater es zumindest hinnehme, dass seitens des MÖG-Vertreters Hinweise auf ihn als einen solchen Lizenzinhaber erfolgten, die den Tankstellenpächter veranlassten, gerade diesen Steuerberater als Vertragspartner seines Vertrauens auszuwählen. Umgekehrt liege unerlaubte gewerbliche Tätigkeit des betr. Steuerberaters vor, weil dieser gegenüber dem Mandanten für die *Eurodata* werblich tätig werde, indem er der von ihm betreuten Tankstelle die Benutzung des EKW-Systems nahe lege. Und schließlich werde eine „wirtschaftliche Abhängigkeit des Berufsangehörigen...von der *euro data*...verfestigt.“⁶⁰

Zum Hauptvorwurf des LG Düsseldorf von 1989, es handele sich um verbotene Werbung um Praxis i.S. des § 57a StBerG („Einzelfall“), muss man heute sicherlich verlangen, dass die Umstände der Hinnahme werblicher Dritthinweise verdeutlicht werden. Das Gericht hat sich damals nicht zu einer Präzision veranlasst gesehen, ob bloß passives Verhalten i.S. von Unterlassen des Berufsträgers angenommen wurde, oder ob eine Hinnahme durch positives Tun etwa dadurch vorgelegen haben sollte, dass die EKW-Lizenz in gezieltem Kontakt mit dem betr. Steuerberater erworben wurde. Bloßes Unterlassen kann, wie ganz allgemein im Strafrecht, nur dann eine Berufsrechtsverletzung oder eine Zuwiderhandlung gegen das UWG sein, wenn eine Pflicht zu positivem Tun bestanden hätte, d.h. der Berufsträger verpflichtet gewesen wäre, sich der EKW-Hinweise durch MÖG-Vertreter zu widersetzen. Dafür wäre ein vorangegangenes gefährdendes Verhalten vorauszusetzen. Das dürfte zu verneinen sein, wenn der Berufsvertreter zwar von sich aus eine EKW-Lizenz erworben hat, diese aber eine zulässige Form freiberuflicher Kooperation darstellt,

⁶⁰ Zit. n. *Maxl*, a.a.O. vorige Fn.; zur Schreibweise der Bekl. im zit. Text ist anzumerken, dass die *Eurodata GmbH&Co.KG* gemeint ist.

Anders ist es aber dann, wenn der EKW-Lizenzwerb mit beruflich unzulässigen Bindungen erfolgt ist. Denn dann wird schon mit dem Abschluss des EKW-Vertrages eine Gefahr berufswidrigen Verhaltens verursacht, die mit der unterlassenden Hinnahme der Hinweiswerbung seitens der MÖG-Vertreter verwirklicht wird. Hinzu kommt, dass auch dann verbotene Werbung um Praxis durch Unterlassen anzunehmen ist, wenn von Seiten Dritter wirtschaftlicher Druck auf die Tankstellenpächter ausgeübt wird, einen EKW-Lizenzinhaber als Steuerberater auszuwählen, und der Berufsträger eine solche Druckausübung zu seinem Vorteil ausnutzt. Ein solcher Sachverhalt könnte dem Urteil des LG Düsseldorf von 1989 zugrunde gelegen haben. Dafür muss dem Berufsträger aber nachgewiesen sein, dass er von der Art und Weise der Druckausübung Kenntnis gehabt und diese durch seine Bereitschaft unterstützt hat, in der gewünschten Weise zu agieren. Viel kommt also auch insofern darauf an, dass die Eigenständigkeit des Steuerberaters vom Systembetreiber erhalten bleibt – ein Umstand, der natürlich um so mehr gefördert wird, wenn die Grenzen erlaubter Kooperation im hier begründeten Sinne eingehalten werden.

Zu weiteren Gestaltungsformen der Öffentlichkeitsarbeit im Rahmen der EKW-Lizenzpraxis fehlt es an tatsächlichen Anhaltspunkten aus dem vorliegenden Aktenmaterial. Deshalb sei hier nur der Hinweis darauf gestattet, dass die erlaubte Kooperation selbstverständlich ebenso werblich publiziert werden darf wie jeder gesellschaftsrechtliche Zusammenschluss und jede zulässige Bürogemeinschaft. Es liegt sachliche Informationswerbung vor, die nach modernem Verständnis des § 57a StGB bedenkenfrei zulässig ist.

3. Auslegungsgrundsatz gesetzmäßigen Parteiwillens. Aus alledem folgt, dass die Systemvernetzung zwar als solche keine Verletzung der freiberuflichen Kooperationsverbote und Berufsprinzipien bewirkt, wohl aber dann gesetzwidrig ist, wenn man der Lizenzvereinbarung eine Bindungswirkung i.S. systemtreuen Verhaltens und mit der Maßgabe eines Abweichungsverbots oder eine Bezugsbindung zu unterstellen hat. Jedoch verbietet sich eine solche Auslegung des Vertrages weitgehend schon aus dem Prinzip gesetzeskonformer Auslegung und aus der sog. Zweckübertragungslehre des Urheberrechts.

Zunächst zum allgemeinen Schuldrecht. Der Grundsatz gesetzmäßigen Parteiwillens ist von der Rspr. seit Langem entwickelt und besagt, dass bei Auslegungszweifeln derjenigen Interpretation zu folgen ist, die einen Gesetzesverstoß vermeidet.⁶¹ Den Parteien kann nicht ohne besondere sprachliche Anhaltspunkte im Vertrag selbst oder erwiesene Begleitumstände unterstellt werden, dass sie etwas vereinbaren wollten, was mit dem geltenden Gesetzesrecht in

⁶¹ Vgl. BGH NJW 2003, 819; 2004, 1240; Pal./Ellenberger, § 133, 25 f.

Widerspruch steht. Denn dann würden von vornherein Geltungsdefizite aus § 134 BGB drohen, die sowohl dem Bindungswillen der Parteien zuwider laufen würden, als auch mit dem allgemeinen vertraglichen Vertrauensverhältnis gem. § 242 BGB nicht zu vereinbaren wären.

Demzufolge ist auf die hier herausgearbeiteten Regulierungen der BRAO, BORA und des StBerG abzustellen und anzunehmen, dass die Vertragsparteien sie einhalten wollten. Der Freiberufler hat einen eigenständigen Beurteilungsspielraum. Folgt man dem, so ergibt sich des Weiteren, dass der Lizenzvertrag mangels Verletzung des Kooperationsverbots zwar rechtswirksam zustande gekommen ist.

Ergänzend kann auf das Urhebervertragsrecht und auf die dazu entwickelte Zweckübertragungslehre abgestellt werden. Die Lehre von der sog. Zweckübertragung besagt im Kern, dass der Urheber im Zweifel keine weiteren Rechte überträgt, als nach dem Zweck des Vertrages erfordert werden.⁶² Denn das Urheberrecht als solches ist wegen Höchstpersönlichkeit nicht übertragbar, so dass lediglich die Nutzungsbefugnisse abgespalten werden können, und dies eben nur insoweit erfolgt, als es der Urheber im Rahmen seiner vertraglichen Zwecksetzung besonders vorsieht. Daraus darf man aber nicht etwa folgern, die Zwecksetzung sei rein subjektiv nach den Absichten des Urhebers auszulegen. Vielmehr handelt es sich um die Anerkennung der teleologischen Methode der Vertragsauslegung im Urhebervertragsrecht⁶³, so dass der subjektiven Zwecksetzung beider Parteien Rechnung zu tragen ist und damit zusammenhängende objektive Intentionen einzubeziehen sind.⁶⁴

In dieser Hinsicht kommt dem Umstand besondere Bedeutung zu, dass die Parteien bei Abschluss des Lizenzvertrages neben etwaigen betriebswirtschaftlichen Zwecken auch auf steuerliche bzw. anwaltliche Beratungshilfe abgezielt haben. Das ergibt sich zunächst schon aus dem Rationalisierungszweck der EDV-Technik der Analysen selbst; denn gerade in der Zusammenfassung der innerbetrieblichen Datenerfassung und externen Rechnungslegung liegen die Vorteile des Systems. Aber auch im Wortlaut des Lizenzvertrages findet der freiberufliche Zweck meist dadurch Ausdruck, dass die Lizenz auf alle Beratungsgesellschaften erstreckt wird, an denen der Lizenznehmer oder eine der von ihm beherrschten Gesellschaften zu mehr als 25% beteiligt sind.

Aus der steuerlichen Zwecksetzung der Parteien folgt zugleich, dass dies im Einklang mit dem geltenden Freiberufsrecht erfolgen sollte. Auch dies folgt aus der o.a. Zweckübertragungstheorie der Rspr. Der BGH hat sogar gelegentlich – wenngleich mit

⁶² Vgl. nur BGHZ 137, 387 = NJW 1998, 1716.

⁶³ Vgl. ausdrücklich *M. Rehbinder*, Urheberrecht, a.a.O., Rdn. 569.

⁶⁴ Zum objektiven Erklärungswert i.S. des Interesses beider Vertragsparteien vgl. besond. BGH NJW-RR 2010, 773, Rdn. 14; Pal./Ellenberger, § 133 BGB, Rdn. 18.

unpassendem Ergebnis – dem Umstand Rechnung getragen, dass der Lizenznehmer Freiberufler war.⁶⁵ Zwar ging es in dieser Entscheidung nicht um das Rechts- oder Steuerberatungsrecht, sondern um die Stellung des Lizenznehmers als freiberuflich tätiger Journalist. Auch war im Ergebnis der journalistische Zweck der Lizenz im Ergebnis nicht hinreichend Vertragsbestandteil geworden. Aber das Gericht legte doch Gewicht auf die berufliche Aufgabenstellung des Lizenznehmers und dessen Freiberuflichkeit, weil die Zweckübertragungslehre ebendiese Einbeziehung erfordert. Ein Abweichungsverbot oder eine Alleinbezugsbindung können auch aus diesem Grunde nicht in den Vertrag hineininterpretiert werden.

4. Kündigungsfolgen und berufsrechtliche Unmöglichkeit. Für das Kündigungsrecht ist zunächst festzustellen, dass die ordentliche Kündigung nach dem Vertrag und unter Einhaltung der dort geregelten Fristen erfolgen kann. Das dispositive Gesetzesrecht ist den Regeln des Pachtrechts zu entnehmen, soweit die Nutzung des Netzsystems als Rechtspacht einzuordnen ist.⁶⁶ D.h. es gilt eine Frist von 6 Monaten zum Ende des Pachtjahrs nach § 584 Abs. 1 BGB.

Bei der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund findet § 584 Abs. 2 keine Anwendung, so dass die Bindung an die gesetzliche Frist insofern nicht besteht.⁶⁷ Im Übrigen muss eine Nebenpflicht einbezogen und gröblich verletzt sein⁶⁸, so dass dadurch das vertragliche Vertrauen grundlegend erschüttert ist. Denn eine einfache Pflichtwidrigkeit ist, selbst wenn sie schuldhaft erfolgt, nicht ausreichend.⁶⁹ Sofern eigenes Verschulden des Gläubigers mitgewirkt hat, schließt das zwar das außerordentliche Kündigungsrecht nicht notwendig aus; doch ist dies dann anzunehmen, wenn die Mitwirkung überwiegende Ursache für die Störung des Vertrauensverhältnisses ist.⁷⁰

Zunächst zur Pflichtwidrigkeit und deren Schwere. Oft wird dafür auf die erörterten Abweichungsverbote und Alleinbezugsbindungen abgestellt. Das darf natürlich nicht sein, wenn die Auslegung nach dem Prinzip gesetzeskonformen Parteiwillens dafür spricht, dass gar keine solche Pflicht vereinbart wurde. Liegt aber eine ausdrückliche Nebenpflichtabrede vor, so kann immer noch die Schuldbefreiung wegen berufsrechtlicher Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB in Betracht kommen, da die vorstehend untersuchten gesetzlichen Vorschriften des Freiberufsrechts entgegenstehen.

⁶⁵ BGH ZUM 2002, 214 – Spiegel-CD-Rom; vgl. KG ZUM-RD 2001, 485 (i. Erg. allerdings ablehnend).

⁶⁶ S.o. zu II.1.

⁶⁷ Vgl. nur Pal./Weidenkaff, § 584 BGB, Rdn. 3 m.w.Nachw.

⁶⁸ Vgl. nur BGH NJW 2012, 376; Pal./Grüneberg, § 314, Rdn. 7: Interessenabwägung im Rahmen vertraglicher Pflichten und Nebenpflichten.

⁶⁹ BGH DB 1972, 2054; OLG MÜ. NJW-RR 2009, 57; Pal./Grüneberg, § 314 Rdn. 7 m.w.Nachw.

⁷⁰ BGHZ 44, 275; NJW 1981, 1265; Grüneberg, ebd.

§ 275 BGB betrifft die Fälle nachträglicher und anfänglicher⁷¹ subjektiver und objektiver Unmöglichkeit aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen, und gilt nicht nur für Hauptleistungspflichten, sondern auch für Nebenleistungspflichten.⁷² In jedem Fall soll niemand über das hinaus verpflichtet werden, was möglich ist.⁷³ Zur rechtlichen Unmöglichkeit geht die Begründung dahin, dass niemand an etwas gebunden sein soll, dem ein dauerndes Rechtshindernis entgegensteht, weil die Rechtsordnung das Ergebnis der Pflichterfüllung nicht anerkennt.⁷⁴ Deshalb tritt Schuldbefreiung kraft Gesetzes und unabhängig vom Verschulden ein.⁷⁵ Bei Hauptleistungspflichten im Gegenseitigkeitsverhältnis kommt eine Befreiung von der Gegenleistungspflicht gem. § 326 BGB in Betracht, während bei Nebenleistungen nur Schadensersatzfolgen nach §§ 275 Abs. 4, 280 BGB drohen, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat.

Daraus ergibt sich zur Berufsrechtswidrigkeit: Bei Vertragsauslegung entgegen dem zuvor erörterten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit kommt es zu einer notwendig gesetzwidrigen Nebenpflichtenbindung, die Vorgaben des Systems ohne Abweichung zu befolgen. Es liegt ein Fall rechtlicher Unmöglichkeit vor, der zur Schuldbefreiung aufgrund § 275 Abs. 1 BGB führt. Nicht der Vertrag als Ganzes wird nichtig, sondern nur die einzelne Pflicht erlischt.⁷⁶ Im Hinblick auf das Kooperationsverbot ist das entgegenstehende Rechtshindernis in § 56 Abs. 5 StBerG zu sehen. Die Pflicht hat keinen Bestand und kann deshalb auch bei Zuwiderhandlung nicht als wichtiger Grund für die Kündigung herangezogen werden.

Abschließend bleibt zu untersuchen, was gilt, wenn dem Lizenznehmer vorgeworfen wird, bei der Benutzung eines eigenen Systems gegen das Urheberrecht verstoßen zu haben. Denn dann handelt es sich zwar um eine verletzte Nebenpflicht, doch fragt sich, ob und unter welchen Voraussetzungen darin eine schwerwiegende und vertrauensverletzende Verfehlung liegt. Auszugehen ist gem. § 97 Abs. 1 UrhG davon, dass es für die Unterlassungsansprüche nicht auf ein Verschulden des Schutzrechtsverletzers ankommt. Demzufolge hat dieser auch das Risiko von Abmahnungen und Unterlassungsklagen unabhängig vom Verschulden zu tragen.⁷⁷ Aber die allgemeine Risikoverteilung spielt keine Rolle mehr, wenn der

⁷¹ S. den Wortlaut des § 275: „unmöglich ist“ statt „unmöglich wird“.

⁷² Vgl. nur Pal./Grüneberg, § 275 BGB, Rdn. 3, 6; Schadensersatzpflicht aber bei anfänglichem Leistungshindernis nach § 311a Abs. 2, statt nach § 280 BGB, vgl. OLG Karlsruhe, NJW 2005, 989.

⁷³ Vgl. das römische Prinzip des *ultra posse nemo obligatur*.

⁷⁴ Vgl. nur BGH NJW 2008, 1070; Pal./Grüneberg, a.a.O., vorvorige Fn., Rdn. 16.

⁷⁵ OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1232, 1233.

⁷⁶ Vgl. Pal./Grüneberg, a.a.O., Rdn.31 unter Hinweis auf die fortbestehende Pflicht vertraglichen Schadensersatzes; zur Vertragsähnlichkeit des Schadensersatzes bei anfänglichem Leistungshindernis s.o. vorvorletzte Fn. und die ältere Rspr. zur culpa in contrahendo.

⁷⁷ Vgl. insbes. die Rspr. zur Tragung der Anwaltskosten aus Geschäftsführung ohne Auftrag bei Abmahnung von Wettbewerbsverstößen, BGH NJW-RR 2010, 1130; Pal./Sprau, § 683 Rdn. 6 m.w.Nachw. ; vertiefend

Schutzrechtsinhaber eine Lizenz erteilt und den Umfang erlaubter Nutzung seines Rechts vertraglich vereinbart hat. Denn dann darf der Lizenznehmer seine vertraglichen Rechte ausüben, ohne das Urheberrecht des Lizenzgebers rechtswidrig zu verletzen. Etwaige Schutzrechtsstörungen sind gerechtfertigt, soweit sie im Lizenzvertrag ausdrücklich oder stillschweigend gestattet sind.

Insofern kommt es auch für die urheberrechtlichen Nebenpflichten auf die dargestellten Besonderheiten des Kooperationsverbots des § 56 Abs. 5 StBerG an. Es handelt sich beim Lizenzvertrag um eine austauschvertragliche Bindung, in der dem Lizenznehmer jederzeit das Recht zustehen muss, als Konkurrent ein eigenes System zu verwenden; und er ist dazu auf Grund des gesetzlichen Grundsatzes weisungsfreier Eigenverantwortlichkeit und Gewissenhaftigkeit gem. § 57 Abs. 1 StBerG sogar verpflichtet. Wenn es dabei, wie hier hypothetisch unterstellt, zu Überschreitungen im Grenzbereich des urheberrechtlich Erlaubten gekommen sein sollte, so handelt es sich jedenfalls nicht um schwerwiegende Pflichtverfehlungen.

Hinzu kommt, dass der Lizenzgeber durch eigenes Verhalten zu einem etwaigen Fehlverhalten dadurch beigetragen hat, dass er widerrechtlich auf einer Alleinbezugsbindung bestanden hat. Darin – und nicht in der angeblichen Schutzrechtsverletzung – liegt eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses. Denn das Verhältnis der Parteien ist wesentlich von der freiberuflichen Aufgabenstellung geprägt. Wird die Freiberuflichkeit durch die Behauptung einer Alleinbezugsbindung beeinträchtigt und damit die Weisungsfreiheit geleugnet, so kommt dies einer Vereinnahmung für gewerbliche Zwecke gleich, die mit dem Wesen der Steuerberatung nicht in Einklang zu bringen ist. Der Steuerberater ist nach dem Freiberufsrecht im Allgemeinen und nach § 56 Abs. 5 StBerG im Besonderen verpflichtet, seine Gewinnerzielungsinteressen nicht an erste Stelle der Unternehmensziele zu verfolgen. Das hat der EuGH als Rechtfertigung für das Fremdbesitzverbot im eingangs hervorgehobenen Fall *DocMorris*, wie folgt, betont⁷⁸:

Der freiberuflich tätige Apotheker betreibe sein Geschäft „...nicht nur aus rein wirtschaftlichen Zwecken..., sondern auch unter einem beruflich-fachlichen Blickwinkel. Sein privates Interesse an Gewinnerzielung wird somit durch seine Ausbildung und berufliche Erfahrung und die ihm obliegende Verantwortung gezügelt“.

Dem entsprechend gilt auch für den Normzweck des Kooperationsverbots, dass das Interesse am Umsatz des Netz-Produkts zurückzutreten hat, soweit es die Verantwortung für das Mandanteninteresse gebietet. Obgleich dadurch nicht ausgeschlossen wird, ein

Häsemeyer, Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit, 1979, S. 13 ff., 32, 70 u.ö.; anders bei sog. Begleitschäden, ebd. S. 130, 139.

⁷⁸ EuGH C-140/03, Slg. 2005, I-3.177, zu Rdn. 37 (Hervorhebung hinzugefügt).

urheberrechtlich geschütztes System für die freiberufliche Aufgabenwahrnehmung zu nutzen, darf sich der Steuerberater nicht verpflichten, die Gewinnerzielungsinteressen des gewerblichen Schutzrechtsinhabers vorrangig zu wahren und insbes. dafür die eigene Innovationsbereitschaft aufzugeben, wenn er sieht, dass damit dem Interesse des Mandanten besser gedient ist als mit dem bisher verwendeten System. Denn die Innovationsfähigkeit zählt heutzutage zu den wichtigsten Merkmalen freiberuflicher Sorgfalt. Wird sie im Interesse eines gewerblichen Lizenzvertragspartners aufgegeben, so ist damit das Wesen des Freiberufs in Frage gestellt. Deshalb würde der Beitrag des Lizenzgebers an einem hypothetischen Scheitern der Vertrauensbeziehung der Parteien jedenfalls überwiegen, so dass auch aus diesem Grunde ein wichtiger Kündigungsgrund zu verneinen ist.

IV. Kartellrechtliche Grundprobleme

Die Untersuchung hat bereits ergeben, dass der Netzanbieter in Nutzungsverträgen mit Freiberuflern keine Alleinbezugsbindungen vorsehen darf, die die fachliche Entscheidung des Nutzers einschränken. Das folgt aus den berufsrechtlichen Kooperationsverboten ebenso wie aus den Prinzipien der Unabhängigkeit und der Eigenverantwortlichkeit. Zusätzlich kann das Kartellrecht verletzt sein. Praktisch sind diese Bestimmungen zum Einen deshalb wichtig, weil sie nach § 33 GWB Unterlassungs- und Schadensersatzfolgen haben, die im Freiberufsrecht nicht vorgesehen sind; und zum Anderen ist nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB bei rechtswidriger Verweigerung des Netzzugangs ein Kontrahierungszwang gegeben, der für den Freiberufler u.U. existenzertreuend wirkt. Doch zunächst zur Tatbestandsseite des Problems:

1. Vertikales Kartellverbot und Zurückbehaltungsrecht des Netznutzers. Verpflichtet sich ein Abnehmer dazu, für seine Geschäfte auf der nachgelagerten Marktstufe ausschließlich das Produkt des Lieferanten zu nutzen, so handelt es sich um eine Alleinbezugsbindung, die als vertikale Kartellvereinbarung gem. § 1 GWB und Art. 101 AEUV verboten sein kann. Die Verbote sind verletzt, wenn die Bindungsabrede die Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Ausnahmen sind in § 2 Abs. 2 GWB dahin gehend geregelt, dass die EU-Vertikal-GVO entsprechende Anwendung findet. Dort sind neben Alleinbezugsbindungen durch Ausschluss fremder Belieferung auch solche erfasst, die dem Gebundenen verbieten, eigene Produkte im Wettbewerb mit den vom Partner der Vertikalabrede gelieferten zu verwenden. Denn die GVO soll grundsätzlich sämtliche Bezugs- und Vertriebsvereinbarungen erfassen, wenn diese nur Bedingungen festlegen, zu denen Waren oder Dienstleistungen „bezogen, veräußert oder weiterverkauft“ werden.⁷⁹ Es genügen also

⁷⁹ *Habermeier/Ehlers*, in MünchKommKartellrecht, EinlGVO 2790/1999, Rdn. 7.

bloße Veräußerungsbeschränkungen, sofern sie im Zusammenhang mit dem Bezug von Dienstleistungen für die Zwecke weiteren Vertriebs vereinbart werden.⁸⁰

Für diese Auslegung spricht auch der Normzweck der vertikalen Beschränkungsverbote. Sie sollen verhindern, dass der Anbieter auf seiner Marktstufe den Wettbewerb beschränkt, indem er die Abnehmer zu Ausschließlichkeits- und Alleinbezugsabreden veranlasst. Wird der Systemnutzer durch die Vertikalabrede im Hinblick auf sein Verhalten im nachgelagerten Freiberufsmarkt zur Unterlassung verpflichtet, ein anderes System zu benutzen oder ein Eigenes anzubieten, so wird der Wettbewerb auf der Stufe der Systemanbieter eingeschränkt. Das soll nach dem Kartellrecht nur unter den besonderen Voraussetzungen der Vertikal-GVO zulässig sein.

Das Verbot von Alleinbezugsabreden unterfällt bei internationaler Marktauswirkung auch dem Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV, kann aber davon gem. Abs.3 dieser Bestimmung i.V. der Vertikal-GVO ausgenommen sein. Nach Art. 3 Abs. 1 der GVO setzt die Ausnahme allerdings voraus, dass der Lieferant nicht mehr als 30% Marktanteile auf dem Markt des Produkts hält; denn dann wird vermutet, dass die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung die zugleich bezweckten Vorteile überwiegen.⁸¹ Diese Vermutung ist zwar widerlegbar, so dass immer noch die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht kommen kann.⁸² Aber davon sind wiederum die sog. Kernbeschränkungen ausgenommen, die die GVO in der Form der sog. schwarzen Liste verboten hat. Dazu gehört die Regel des Art. 5 Buchst. a Vertikal-GVO, wonach die Bezugsbindung nicht auf unbestimmte Dauer oder für mehr als 5 Jahre vereinbart werden darf. Eine solche zeitliche Klausel fehlt jedenfalls immer dann, wenn die Alleinbezugsabrede selbst gar nicht explizit vereinbart ist, sondern nur im Wege der Auslegung in den Vertrag hineinzudeuten ist. Dagegen stehen im Regelfall, wie erörtert⁸³, die Grundsätze des gesetzeskonformen Parteiwillens und die Zweckübertragungslehre.

Ist dennoch eine Alleinbezugspflicht verabredet, aber keine 5-Jahresgrenze vorgesehen, so ist das Kartellverbot verletzt. Der Netznutzer hat einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gegen den Anbieter gem. § 33 Abs. 1 GWB. Zunächst zum Anspruch auf Unterlassung der Alleinbezugsbindung.

Rechtsgrundlage ist § 33 Abs. 1 i.V. §§ 1, 19 Abs. 4, 20 Abs. 1 GWB, wonach die Alleinbezugsbindung heute nicht mehr nur der Kartellamtsaufsicht unterliegt, sondern unmittelbar verboten ist und zu individualrechtlichen Ansprüchen führt. Die Voraussetzungen

⁸⁰ Vgl. auch die Abreden zur Untersagung von Nutzungen außerhalb von Franchising, dazu Sack, WRP 1999, 592, 607; *Habermeier/Ehlers*, a.a.O., vorige Fn., Art. 3 Vertikal-GVO, Rdn. 24.

⁸¹ Vgl. VO 2790/1999, ABl. L 336/21, Rdn. 9.

⁸² Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000, C 291/1 Rdn. 65.

⁸³ S.o. zu III.3.

zur Bejahung der Kartellrechtsverletzungen sind nach dem Ergebnis der obigen Untersuchung erfüllt; und das Verbotensein der Alleinbezugsbindung hängt insofern nicht von einer marktbeherrschenden Stellung ab. Es genügt, dass die Schwellenwerte der Vertikal-GVO von 30% Marktanteilen überschritten und in der (hypothetisch angenommenen) Alleinbezugs Klausel keine 5-Jahres-Begrenzung vorgesehen sind. Die Beweisbarkeit der Marktanteile scheint unproblematisch, da es für den Unterlassungsanspruch genügt, wenn auch nur auf einem einzigen regional abgegrenzten Teilmarkt die Anteilsschwelle überschritten wird. Das Fehlen einer 5-Jahres-Begrenzung ergibt sich aus dem Nutzungsvertrag.

Keine unüberwindlichen Schwierigkeiten dürften auch zum Unterlassungs- und Beseitigungsantrag bestehen. Es ist lediglich darauf hinzuweisen, dass für den Anspruch nach § 253 ZPO ein hohes Maß an Bestimmtheit erforderlich ist⁸⁴, dafür aber relativ problemlos auf die Verweigerung der Netzbetreibers abgestellt werden kann, die im gekündigten Lizenzvertrag festgelegten Dienstleistungen zu erbringen.

Im Übrigen braucht nur noch das Nähere zum Zurückbehaltungsrecht wegen Ansprüchen aus § 33 Abs. 1 GWB ausgeführt zu werden. § 273 BGB setzt zunächst Konnexität voraus, d.h. die gegenüberstehenden Ansprüche müssen aus ein und demselben Schuldverhältnis herrühren. Dabei ist aber nicht auf den Einzelvertrag abzustellen, sondern auf die Identität der Parteien und auf den innerlichen Zusammenhang eines einheitlichen Lebensverhältnisses.⁸⁵ Das trifft auf die hier untersuchte Konstellation zu. Es geht sowohl beim Unterlassungsanspruch aus § 97 UrhG um das Nutzungsverhältnis als auch beim gegenüberstehenden Anspruch aus § 33 GWB. Gläubiger und Schuldner beider Ansprüche sind wechselseitig identisch. Folglich bestehen auch keine Zweifel an der Konnexität der Forderungen.

Nach h.M. ist § 273 BGB zwar auch auf Unterlassungsansprüche anwendbar, dies aber nur insoweit, als dadurch die Durchsetzung des gegenüberstehenden Anspruchs nicht auf Dauer verhindert wird.⁸⁶ Denn die Zurückbehaltung soll den Anspruch nicht vereiteln, sondern nur seine Durchsetzung auf Zeit vom Erfüllungseintritt des entgegenstehenden Rechts abhängig machen.⁸⁷ Wendet man diesen Gedanken auf die Beziehung der Vertragspartner an, so ergibt sich, dass keine Anspruchsvereitelung mit der Zurückbehaltung verbunden wäre. Denn als Rechtsfolge des § 33 GWB kommt die Belieferung mit den Systemdiensten in Betracht, die der Systemanbieter seit der Kündigung des Nutzungsvertrages vorenthalten hat. Dadurch wird der

⁸⁴ Vgl. nur BGH NJW 2000, 1792, 1794; Zöller/Greger, Zivilprozessordnung, 30. Aufl. 2014, § 253 ZPO. Rdn. 13b.

⁸⁵ Vgl. BGHZ 92, 196; 115, 103; BGH NJW 1997, 2945; st. Rspr.; Pal./Grüneberg, § 273, Rdn. 9.

⁸⁶ S. die Nachw. vorige Fn.

⁸⁷ Vgl. insbes. BayObLGZ 95, 339, 345.

Anspruch aus § 97 UrhG nicht vereitelt, der bei Unterstellung eines Urheberrechts besteht. Denn wenn die Nutzung des Systems bei Wiederanschluss eröffnet wird, kann der Nutzer nicht nur weiterhin im Markt verbleiben, sondern auch ohne Nutzung des eigenen Systems auskommen.

2. Behinderungsmisbrauch und Essential Facility Doktrin. Im Vernetzungsstreit der Vertragsparteien geht es oft um die Gefahr, dass der Systemanbieter seine marken- (und urheber-) rechtlich geschützte Macht auf dem Markt der Rechendienste unzulässig auf den des betr. Freiberufsmarktes ausdehnt. Derartige Probleme bei Zugang und Teilhabe an Netzwerken sind bei infrastrukturellen Einrichtungen seit Langem bekannt und werden dort v.a. im Europarecht mit der sog. essential facility Doktrin bekämpft, die die Kommission und die Rspr. im Rahmen des Missbrauchsverbots des heutigen Art. 102 AEUV nach dem Grundmuster des US-amerikanischen Antitrustrechts entwickelt hat.

§ 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB hat für diese Fallgruppe nun einen eigenen Tatbestand normiert, der die Behinderung beim „Zugang zu den eigenen Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen“ verbietet. Doch soll dazu nach gefestigter Rspr.⁸⁸ nicht die hier erhebliche Fallvariante gehören, dass die Benutzung zu einem urheberrechtlich geschützten Vertriebsnetz marktmachtmissbräuchlich versperrt wird. Dafür wird der allgemeine Behinderungstatbestand des § 19 Abs. 4 Nr. 1 zugrunde gelegt. Dennoch ist unbedenklich auf das Fallmaterial des EuGH zur essential facility doctrine zurückzugreifen, da die maßgebenden Kriterien dort herausgearbeitet sind.

Grundlegend für die Entwicklung im Bereich der Lieferverweigerungen im Netzvertrieb für urheberrechtlich geschützte Produkte war der Fall *Magill*, den der EuGH schon 1995 zu entscheiden hatte.⁸⁹ Im Wesentlichen ging es darum, dass einer Programmzeitschrift (*Magill*) der Netzzugang zu urheberrechtlich geschützten Vorab-Informationen über die TV-Programme verweigert wurde, um den Wettbewerb im Vertrieb dieser Programminformationen auszuschließen. Der EuGH erkannte im Grundsatz an, dass die Monopolstellung als Urheber gesetzlich legitimierte Marktmacht sei⁹⁰, nahm aber eine ungerechtfertigte Wettbewerbsbehinderung an, weil die Rechteinhaber jeden Wettbewerb auf dem betroffenen Markt ausgeschlossen hätten. Unter derart „außergewöhnlichen Umständen“ müsse es sogar einem Schutzrechtsinhaber zugemutet werden, von seinem durch das Urheberrecht eigentlich

⁸⁸ Vgl. nur BGH 160, 67 = NJW-RR 2005, 269-Standard Spundfaß; V. Emmerich, Kartellrecht, § 27, Rdn. 107 m.w.Nachw.

⁸⁹ EuGH, C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995, I-743-*Magill* TV Guide/BBC, ITP und RTE; Bestätigung der Kommissionsentscheidung v. 31.12.1988, ABl. 1989 Nr. L78/43.

⁹⁰ So die bislang h.M., vgl. EuGH C-238/87, Slg. 1988, 6211, Rdn. 8-*Volvo/Veng*; ausnahmen aber schon in EuGH C-102/77, Slg. 1978, 1139, Rdn. 16-*Hoffmann-La Roche/Centrafarm*.

geschützten Nutzungsmonopol Abstand zu nehmen und den Marktzugang für Konkurrenten in gewissem Umfang zu öffnen. Der Zugang müsse für den potentiellen Wettbewerber wirtschaftlich unentbehrlich sein, und es dürfe kein alternativer Dienst bereit stehen.⁹¹

Das Erfordernis des Wettbewerbsausschlusses wurde später im Fall *Bronner* dahingehend modifiziert, dass der Netzbetreiber seine vorhandene Marktmacht auf dem vorgelagerten Markt nicht missbräuchlich verstärken und nicht auf den nachgelagerten Markt übertragen dürfe. Die Marktmachtausweitung dürfe nicht weiter gehen, als dies für den Netzbetrieb unabdingbar notwendig sei, was man daran erkennen können, ob ein effizienter Wettbewerber in der Lage wäre, das betreffende System zu wirtschaftlich weniger belastenden Bedingungen zu betreiben.⁹² Dabei müsse der Inhaber der Infrastruktur bzw. des Schutzrechts nicht notwendig allen aktuellen und potentiellen Wettbewerber gleiche Marktzutrittsgelegenheiten geben, sondern er dürfe eine vernünftig begründete Auswahl treffen und in diesem Rahmen selbst beurteilen, wie funktionsfähiger Wettbewerb im Schutzrechtsmarkt bestehen bleibe.⁹³ Doch muss die Auswahl objektiv nachvollziehbar und d.h. wettbewerbswissenschaftlich zumindest insofern haltbar sein, als keine unrealistischen Annahmen zugrunde gelegt werden.⁹⁴ sein. Dazu scheint sich inzwischen auch die Erkenntnis durchzusetzen, dass den Besonderheiten auf Freiberufsmärkten Rechnung zu tragen ist. Belege der Praxis dafür sind bereits angezogen.⁹⁵

Neuere Entscheidungen haben die Konzeption der essential facility Doktrin im Wesentlichen bestätigt¹⁰⁰ und auf das deutsche Recht mit der Maßgabe übertragen, dass die Kriterien dieser Lehre im Hinblick auf Schutzrechtslizenzen nicht auf § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

⁹¹ EuGH, C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995, I-743, 808; vgl. *Emmerich*, a.a.O. Rdn. 38 m.w.Nachw. zur neueren Rspr.

⁹² EuGH, C-7/97, Slg. 1998, I-7791, Rdn. 44 f.-*Bronner*; vgl. *Säcker/Eilmannsberger*, Kartellrecht Bd. 1, 2007, EG Art. 82, Rdn. 342 m.w.Nachw.

⁹³ Vgl. EuGH, C-7/97, Slg. 1998, I-7791, Rdn. 45.

⁹⁴ *Immenga/Mestmäcker/Möschel*, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV, Rdn. 235 f.; zur Realitätsnähe s. insbes. Diskussionspapier der EU-Kommission, Dez. 2005, Tz. 240 und Komm., ABl. 2002 L 59/18, Rdn. 179 ff.-*NDC Health/IMS-Health*; *Säcker/Eilmannsberger*, a.a.O., Rdn. 348.

⁹⁵ Siehe v.a. den Fall *NDC Health/IMS Health* aus dem Gesundheitsbereich mit heilberuflichen Aspekten, a.a.O., vorige Fn.; zur Berücksichtigung von Marktstrukturen des Anwaltswettbewerbs vgl. insbes. die *Cipolla*-Entscheidung des EuGH, Urteil v. 5.12.2006, C-94/04; dazu schon o. zu I.2; zu den extremen Deregulierungsfolgen als Reaktion hierauf in der Gesetzgebungspraxis Italiens s. Bundesverband der Freien Berufe, Leitbild 2009, S. 9 zu Fn. 3.

¹⁰⁰ Vgl. nur EuGH, Slg. 2004, I-5069, 5081 f., Tz. 34 ff.; auch Diskussionspapier der EU-Kommission, Dez. 2005, Tz. 240.

angewendet werden, sondern auf den allgemeinen Behinderungstatbestand des Abs. 4 Nr. 1.¹⁰¹ Obgleich die systematische Einordnung heute allgemein anerkannt ist, sind Einzelheiten insbes. zur Zwangslizenz in der Fachliteratur bis heute heftig umstritten.¹⁰² Das gilt auch für die Fallgruppe der Microsoft-Entscheidungen des EuG von 2004 und 2007, wonach die Unerlässlichkeit der umstrittenen Schutzrechtsbenutzung bestätigt und dahingehend präzisiert wurde, dass es zur Unerlässlichkeit des Lieferzwangs auch gehöre, dass es keine anderwärts erhältlichen Produkte geben darf, die technisch und wirtschaftlich als Alternativlösungen in Betracht kommen.¹⁰³ Auch darauf wird zurück zu kommen sein.¹⁰⁵

3. Marktabgrenzung und freiberufswidriger Machttransfer. Für die konkrete Beurteilung der Umstände auf den Freiberufsmärkten muss aber vorab noch geklärt werden, um welche Märkte es geht, und welche Marktstrukturen auf diesen in Frage stehen. Denn nur auf diese Weise lässt sich beurteilen, ob der Systemanbieter überhaupt Marktmacht innehat, zu der ihm Missbrauch vorgeworfen werden kann.

Die Marktabgrenzung folgt im Ansatz dem sog. Bedarfsmarktkonzept, wonach zu fragen ist, auf welche Produkte die Nachfrage zu einem bestimmten Verwendungszweck beim durchschnittlichen Verkehrsteilnehmer gerichtet ist.¹⁰⁶ Ergänzend ist die Produktions- und Angebotsumstellungsflexibilität der Hersteller zu berücksichtigen, d.h. die Bereitschaft anderer Hersteller, ihre Produktion kurzfristig umzustellen, um das fragliche Marktsegment zu bedienen.¹⁰⁷

Auch für freiberufliche Dienstleistungen wird prinzipiell nach dieser Methode abgegrenzt, auch wenn hier insbes. im Bereich der Heilberufe noch erhebliche Meinungsstreitigkeiten bestehen.¹⁰⁸ Zwar wird hier z.T. die Ansicht vertreten, Gesundheitsleistungen verschiedener Fachdisziplinen weitgehend zu ein und demselben Markt zusammen zu fassen, weil der Durchschnittspatient die Fachverschiedenheiten nicht säuberlich auseinander hält. Aber eine übergreifende Einbeziehung gewerblicher Dienste in freiberufliche Leistungen, wie bei EDV-Betriebsabrechnungen und Steuerberatung ist bisher, soweit ersichtlich, noch nirgends

¹⁰¹ Vgl. nochmals BGHZ 160, 67, wie o.; näher schon o. zu IV.1; ausführl. *Chr. Schmidt*, Lizenzverweigerung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, 2005.

¹⁰² Vgl. die Nachw. bei Immenga/Mestmäcker/W. *Möschel*, a.a.O., Art. 102 AEUV, Rdn. 241; ausführl. s. nochmals *Chr. Schmidt*, a.a.O., vorvorige Fn.

¹⁰³ EuG, WuW/EuR 863; 1367; dazu auch *Körber*, a.a.O., S. 1209; *Emmerich*, a.a.O., § 10, Rdn. 43.

¹⁰⁴ vacat.

¹⁰⁵ S.u. zu III.3.

¹⁰⁶ Grdl. zuletzt BGHZ 160, 321, 326=NJW 2004, 3711-Melitta/Schultink; *Emmerich*, a.a.O., § 27, Rdn. 13.

¹⁰⁷ BGH, wie vor und BGHZ 170, 299, 305 ff.=NJW 2007, 1823-National Geographic II.

¹⁰⁸ Vgl. etwa BKartA, WuW/EuR DEV1297, 1299 ff. betr. Krankenhausmarkt mit Zurechnung von Alten- und Pflegeheimen; zur Aufteilung in medizinische Fachrichtungen, wie Chirurgie, Frauenheilkunde und innere Medizin s. OLG Düsseldorf, AG 2007, 551-Rhönklinikum/Lankreis Rhön-Grabfeld.

angenommen worden. Dem ist v.a. auch unter dem Aspekt der Angebotsumstellungsflexibilität zuzustimmen, da diese nicht allein faktisch, sondern auch unter rechtlichen Aspekten zu bestimmen ist. Die Durchbrechung von Marktgrenzen freier Berufe mag von Seiten der Nachfrager oft wünschenswert erscheinen, doch ist sie durch das Freiberufsrecht jedenfalls in Abgrenzung zu gewerblichen Angeboten versperrt. Die Umstellungsflexibilität ist insoweit zu verneinen, zumal man unterstellen darf, dass die Anbieter im Regelfall rechtmäßig verfahren werden.

Beim Markt des fraglichen Netzbetriebs hat man von einer marktbeherrschenden Stellung schon dann auszugehen, wenn der Anbieter des Systems 1/3 der Marktanteile innehat. Denn die Marktmacht wird nach § 19 Abs. 3 S. 1 GWB bereits ab 1/3 der Marktanteile vermutet. Die Märkte für Rechts- und Steuerberatung können lokal sehr unterschiedlich zu beurteilen sein.¹¹⁰ Doch ist zumeist keine Marktbeherrschung durch einzelne Mitbewerber vorhanden. Vorbehaltlich abweichender Strukturdaten zu den von den Rechtsstreiten der Parteien konkret betroffenen Märkten wird deshalb im Folgenden von polypolistischem Wettbewerb auf den Beratungsmärkten ausgegangen.

Seit der *Magill*-Entscheidung¹¹¹ des EuGH ist ein weiteres maßgebendes Kriterium für die essential facility Doktrin und deren Anwendung gem. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB, dass der missbräuchlich Behinderte auf die Systemzugehörigkeit wirtschaftlich notwendig angewiesen sein muss. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn der betr. Freiberufler sich auf ein bestimmtes Marktsegmente spezialisiert hat und gerade in diesem vom Systemanbieter behindert wird. Ein Beispiel dafür ist das EKW-System der *Eurodata* mit den von diesem System abhängigen Nutzern. Nach Lage der Dinge¹¹² bestehen im Bereich der Tankstellen-Steuerberatung extreme Abhängigkeitsverhältnisse. Auf Drängen der MÖGs werden die Tankstellenpächter zur einheitlichen Verwendung von EKW-Abrechnungen veranlasst, so dass Berater, die von diesem System ausgeschlossen werden, aber auf die Beratung von Tankstellenpächtern stark spezialisiert sind, höchst wahrscheinlich vom Markt gedrängt, wenn sie von der Systemnutzung ausgeschlossen werden.

Des Weiteren ist, wie gezeigt¹¹³, vorauszusetzen, dass der Schutzrechtsinhaber den Wettbewerb vollständig ausschließt oder doch so beseitigt, dass kein hinreichend funktionsfähiger Restwettbewerb mehr bestehen bleibt. Zwar bleibt die Selektion der

¹¹⁰ Vgl. *H.Herrmann*, EWS 2009, 10 ff.

¹¹¹ EuGH, C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995, I-743-*Magill* TV Guide/BBC,ITP und RTE; dazu schon o. zu III.2.

¹¹² Vgl. nochmals *St. Preuß*, Die Tankstelle 7/2005, S. 55 f.

¹¹³ S.o. zu IV.2.

Vertragspartner des Schutzrechtsinhabers diesem überlassen, doch ist seine Auswahl unter objektivem Wettbewerbsaspekt zu kontrollieren. Danach scheint es unangebracht, wenn der Systemanbieter den Nutzungsvertrag mit der Begründung kündigt, dass der Berater sich die Freiheit herausnimmt, von den Systemvorgaben im Rahmen eigenverantwortlichen Beratungsermessens abzuweichen und eigene Systemelemente in Ergänzung zum vertragsgegenständlichen System zu praktizieren. Dadurch soll nicht ein funktionsfähiger Restwettbewerb gesichert werden, sondern im Gegenteil erreicht werden, dass die in der berufsrechtlichen Eigenverantwortlichkeit der Berater liegende wettbewerbliche Handlungsfreiheit beseitigt wird. Es liegt keine wettbewerbsadäquate Entscheidung des Schutzrechtsinhabers vor, wie sie nach gefestigter Rspr. verlangt wird.

Die Wiederaufnahme des Systemnutzers ins Netz muss schließlich auch zumutbar sein. Dagegen kann nicht etwa eingewendet werden, dass von den Systemvorgaben unzulässig abgewichen wurde. Denn dies geschah wegen der Vorgaben des Kooperationsverbots und der Freiberufsprinzipien vertragsgemäß, weil das Abweichungsermessen im Rahmen zwingender freiberufsrechtlicher Voraussetzungen erlaubter Zusammenarbeit liegt.¹¹⁴ Ein solcher Umstand kann nicht im Rahmen des Kartellrechts als unzumutbar angesehen werden, sondern muss im Gegenteil als wichtiger Grund der Zumutbarkeit einer Wiederaufnahme in den Netzbetrieb ins Gewicht fallen.

Es bleibt lediglich die Frage, ob ein Aufnahmezwang aus urheberrechtlichen Gründen nicht zugemutet werden kann, wenn dem Systemanbieter denn ein solches Recht zusteht. Hierzu wird im Folgenden eine gesonderte Prüfung durchgeführt. Im Vorgriff darauf kann festgestellt werden, dass selbst bei Unterstellung eines Urheberrechts kein (klagbarer) Unterlassungsanspruch gem. § 97 Abs. 1 UrhG bestünde, weil die Schutzrechtsverletzung berufsrechtlich gerechtfertigt ist, und dem Unterlassungsbegehren jedenfalls kartellrechtliche Unterlassungsansprüche als Zurückbehaltungsrecht i.S. § 273 BGB entgegengehalten werden können.¹¹⁵ Das unterstellte Schutzrecht kann deshalb auch nicht dem Missbrauchsverbot gem. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB entgegen stehen.

4. Unwirksamkeit der Lizenzkündigung und Aufnahmezwang. Damit sind die maßgebenden Voraussetzungen der essential facility Doktrin erfüllt, so dass eine Behinderung i.S. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB vorliegt. Die Rechtsfolge besteht darin, dass der Systemanbieter die Lizenz zwangsweise zu erteilen hätte. Nun liegt es im Fall einer Kündigung so, dass der Netzzustand bisher bestanden hat, schließlich aber gekündigt wurde. Deshalb fragt sich, ob die Kündigung Bestand haben kann, obgleich ihre Vertragsaufhebende Wirkung doch sogleich

¹¹⁴ S.o. zu III.1/2.

¹¹⁵ S.u. zu IV.4/5.

wieder zunichte gemacht würde, wenn der Lizenznehmer den Aufnahmewang im Wege der Erteilung einer Zwangslizenz einklagen würde.

Auf Fälle dieser Art ist die Rspr. zur Pflicht zu alsbaldiger Rückgewähr gem. § 242 BGB (*dolo petit quod statim rediturus est*) anzuwenden, wonach ein Recht nicht durchsetzbar ist, wenn das Verlangte sogleich mit dem Zuspruch durch Klagerfolg oder in sonstiger Weise wieder zurück gewährt werden müsste.¹¹⁶ Das Argument ist in der Rspr. auch zum Kündigungsrecht akzeptiert.¹¹⁷ Die Kündigung der Lizenz durch den Systemanbieter ist deshalb treuwidrig und damit nichtig. Es braucht keine Zwangslizenz angeordnet zu werden, da der Lizenzvertrag vom März 2003 mangels wirksamer Kündigung fortzusetzen ist.

V. Auswirkungen auf gewerbliche Schutzrechte

Zum Urheberrecht wird an die Ergebnisse der bisherigen Untersuchung angeknüpft. Es hat sich gezeigt, dass sowohl das Vertragsrecht als auch das Kartellrecht Besonderheiten regeln, soweit das Vernetzungsgeschäft die Kooperationsverbote bzw. die Freiberufsprinzipien verletzt. In urheberrechtlicher Hinsicht liegt es zunächst nahe, den sog. Zwangslizenzeinwand zu untersuchen, soweit ein selbständig einklagbarer Anspruch nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB bzw. nach Art. 102 Abs. 1 AEUV begründet ist. Schon dieser Anspruch belegt, dass der Schutzrechtsumfang eingeschränkt sein kann, wenn der Netzzugang marktmachtmissbräuchlich versperrt wird. Die Zwangslizenz kann aber nicht nur selbständig eingeklagt werden, sondern sie ist unter besonderen Voraussetzungen auch im Wege des Einwandes gegen den Unterlassungsanspruch aus § 97 Abs. 1 UrhG durchsetzbar.

1. Unterlassungsanspruch und Zwangslizenzeinwand. Nach dieser Vorschrift muss sich nicht nur ein „geschütztes Recht“ verletzt sein¹¹⁸, sondern es darf auch nicht ein Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegenstehen. Ein solcher Einwand ist allgemein aufgrund § 242 BGB anerkannt, wenn der Unterlassungsgläubiger durch Erfüllung des Anspruchs etwas erhalten würde, das er im gleichen Moment wieder zurückzugewähren hätte. Speziell gilt für den Fall einer kartellrechtlichen Zwangslizenz, dass keine Unterlassung aus § 97 Abs. 1 UrhG verlangt werden kann, wenn sie aus Nicht-Nutzung eines Netzdienstes geht, den der Unterlassungsschuldner aus § 19 Abs. 4 GWB einklagen könnte. Er würde insofern zu einer Unterlassung einer Handlung gezwungen, auf die er einen selbständig klagbaren Anspruch hat.

¹¹⁶ BGHZ 10, 75; 110, 33; Pal.-Grüneberg, § 242, Rdn. 52.

¹¹⁷ Vgl. nur OLG Köln NJW-RR 1992, 1162.

¹¹⁸ Das Recht „kleiner Münze“ i.S. von BGHZ 123, 208=ZUM 1994, 509, betr. Buchhalterprogramme, wird im Folgenden unterstellt.

Der BGH hat schon 2002 dem Grunde nach anerkannt, dass eben dieser Zwangslizenzeinwand entgegengehalten werden kann, dafür aber damals aufgrund der Besonderheiten des Falles verlangt, dass der Unterlassungsschuldner ernstlich angeboten hat, anstelle der Schutzrechtsstörung den streitgegenständlichen Netzdienst zu nutzen und dafür das nach § 11 Abs. 2 UrhWG geschuldete Entgelt zu zahlen.¹¹⁹ Da bei gegebener Störung bereits eine Nutzung vorliegt, muss die Lizenzgebühr sogar im Zeitpunkt der Erhebung des Zwangslizenzeinwandes hinterlegt sein.¹²⁰ Ist die vom Netzanbieter geforderte Gebühr überhöht, so kommt eine Herabsetzung gem. § 315 BGB in Betracht.¹²¹

Kürzlich hat der BGH seine Ansicht auch für den Fall eines Anspruchs auf Zwangslizenz aus dem Recht des Marktmachtmissbrauchs des GWB bestätigt. Außerdem wurde klargestellt, dass die analog § 14 UrhWG gebotene Anrufung der zuständigen Schiedsstelle auch dann erforderlich ist, wenn der Schutzrechtsstörer gar nicht selbständig auf Erteilung der Zwangslizenz klagt, sondern lediglich den Einwand aus § 242 BGB zur Abwehr des Unterlassungsanspruchs geltend macht.¹²² Ob diese Voraussetzung inzwischen tatsächlich erfüllt worden ist, ist dem Verf. derzeit noch unbekannt.

Unklar ist weiterhin, ob die Analogie zu § 13 UrhWG auch dann gilt, wenn der Schutzrechtsstörer bereits unter Vertrag steht, weil er einen Lizenzvertrag abgeschlossen hat, aber wegen streitiger Urheberrechtsverletzungen gekündigt ist und ein Rechtsstreit wegen der Kündigung schwebt. In einem solchen Fall zahlt der Störer u.U. das vertraglich vereinbarte Nutzungsentgelt, so dass es keinen Sinn macht, die Schiedsstelle wegen Festlegung einer angemessenen Lizenzgebühr anzurufen. Das vertraglich geschuldete Entgelt ist von den Parteien in beiderseitigem Einvernehmen vereinbart, und Besonderheiten ergeben sich nur noch daraus, dass Streit über den Kündigungsgrund besteht. Für diese Frage ist aber, wie gezeigt, das Freiberufsrecht von besonderer Bedeutung, nicht das Urheberrecht. Aus diesem Grunde passt die Analogie zu § 14 UrhWG nicht. Zwar mag eine Regelungslücke vorliegen, doch scheint der Normzweck des UrhWG nicht einschlägig. Denn die Schiedsstelle hätte nicht über die Fachfragen zu entscheiden, für deren Beurteilung sie aufgrund Gesetzes eingerichtet ist.

Über ein anderes zwingendes Verfahren nachzudenken, das dem Schiedsstellenverfahren i.S. § 14 UrhWG entspricht, scheint rechtspolitisch angezeigt, entbehrt aber de lege lata einer Grundlage. Auch fehlen rechtsvergleichende Vorarbeiten, die für eine Einschätzung de lege

¹¹⁹ BGH NJW 2002, 896, Tz. 42.

¹²⁰ BGH GRUR 2009, 964 – „Orange Book Standard“; dazu *Th. Höppner*, ZWeR 2010, 395 (Internetversion, download v. Jan. 2014).

¹²¹ Vgl. *Höppner*, a.a.O., vorige Fn.

¹²² BGH Urteil v. 11.4.2013, Az. I ZR 152/11, GRUR-Prax 2013, 250 – „Internet-Videorecorder II“

ferenda unabdingbar notwendig wären. Deshalb kann insofern lediglich auf künftige Forschung verweisen werden.

2. Zweckübertragung und erlaubte Umarbeitung. Vielleicht noch dringender ist die Klärung des Einwands zulässiger Änderung des und Bearbeitung des Systemprodukts gem. §§ 23, 39 UrhG. Gibt es doch eine Vielzahl von Ansätzen der Rspr., die den Schutz des Rechtsinhabers in Fällen einschränken, in denen die Schutzrechtsverletzung aus Rechtsgründen aner kennenswert erscheint, obgleich die strengen Marktmachtvoraussetzungen des Kartellrechtsschutzes zur Zwangslizenz nicht in Betracht kommen. Teils wird dafür an Rechtfertigungsgründe wie das das Notwehr- und Notstandsrecht sowie auch die Selbsthilfe i.S. § 229 BGB oder an den übergesetzlichen rechtfertigenden Notstand angeknüpft¹²³, teils denkt man an „ungeschriebene Rechtfertigungsgründe“.¹²⁴ Das muss hier dahingestellt bleiben.¹²⁵ Zunächst aber bedarf immer der Überprüfung, ob mit der Übertragung des Nutzungsrechts zugleich bestimmte branchen- oder berufsübliche Bearbeitungsrechte übertragen oder Werksänderungen zugelassen sind.

Rechtsgrundlage dafür sind die §§ 23 S.1, 39 Abs. 2 UrhG und die dazu von der Rspr. nach § 31 Abs. 5 entwickelte Zweckübertragungstheorie. Diese Lehre besagt nicht nur, dass der Urheber im Zweifel keine weiteren Rechte überträgt, als nach dem Zweck des Vertrages erfordert werden, sondern kann auch für Erweiterungen des Übertragungsgegenstandes herangezogen werden, wenn sich diese nur aus den Festlegungen der Parteien über den Vertragszweck zwingend ergeben.¹²⁶ Besonders wichtig ist im Zusammenhang der Zweckanalyse, dass die Verträge zur Nutzung freiberuflicher Netzhilfen, soweit bekannt, klar vorsehen, dass und welchen Freiberufsaufgaben genützt werden soll. Zudem kommt es vor, dass der Nutzungsvertrag ausdrücklich festlegt, der Nutzer sei uneingeschränkt verpflichtet und berechtigt, den Vorgaben des für ihn geltenden Berufsrechts Folge zu leisten. Ist dies aber so, so wird man daraus zunächst ohne Weiteres zu folgern haben, dass der Nutzer im Rahmen der Zweckübertragung berechtigt sein soll, mandantenspezifische Systemabwandlungen vorzunehmen.¹²⁷

Daran schließt die Frage an, ob mit der Abwandlungserlaubnis zugleich auch verbunden ist, dass in das Schutzrecht des Systemanbieters im Wege von Bearbeitungen bis zu einem

¹²³ KG NJW 1995, 3392, 3394; LG Berlin GRUR 1962, 207, 210; Wandtke/Bullinger/Wolf, Urheberrecht, § 97 UrhG, Rdn. 34.

¹²⁴ So LG Hamburg, Urteil v. 8.1.2013, Az. 310 O 347/12 (mit Ablehnung i. Erg.); dafür aber OLG Stuttgart, GRUR 2004, 619, 621; zur Entsprechung im Markenrecht s. BGH GRUR 2005, 583, 584 f.; Wolf, a.a.O., vorige Fn.

¹²⁵ S. aber Herrmann, NWiR 1/2014 (i. Ersch.) zu V.4.

¹²⁶ Vgl. nur BGHZ 137, 387 = NJW 1998, 1716; GRUR 2010, 623, 624, Tz. 20 m.w.Nachw.

¹²⁷ Zur Ähnlichkeit mit der gesetzekonformen Auslegung s.o. zu III.2.

gewissen Grade eingegriffen werden darf. Zwar ist aus grundsätzlichen Erwägungen Vorsicht bei der Annahme solcher Zusatzbefugnisse geboten. Denn die Zweckübertragungslehre darf nicht in ihr Gegenteil verkehrt werden, indem man dem Vertrag stillschweigende Abreden unterstellt.¹²⁸ Aber wenn der Vertragszweck ausdrücklich auf die Nutzung in einem Wirtschaftszweig oder Beruf Bezug nimmt, ist anerkannt, dass damit auch auf die branchenüblichen Bearbeitungsbefugnisse abgestellt wird.¹²⁹ Auch für neuartige technische Verwendungszwecke kann sich schnell eine Branchenüblichkeit im gemeinten Sinn entwickeln. So übertrug der Urheber etwa schon Mitte der 70er Jahre dem Filmhersteller mit dem Recht auf Verwendung für „alle Rundfunk- und Filmzwecke“ zugleich auch das Recht zur audio-visuellen Zweitverwertung.¹³⁰ Bei Werbemaßnahmen sind Anpassungen an die aktuelle Marktlage zu dulden.¹³¹ Für den Architekten ist es üblich, mit der Übertragung des Bauplans alle Nutzungsrechte einzuräumen, die der Bauherr für die Errichtung und zum später evtl. erforderlichen Teilabriss des Gebäudes zwingend benötigt.¹³²

Zum Eingriff in das Urheberrecht des Architekten am Kulturwerk des Bahnhofsgebäudes Stuttgart hat der BGH dazu erst kürzlich wieder bekräftigt, dass der Schutz des Urhebers bei entgegenstehenden hochrangigen Belangen des Nutzers abzuwägen ist, und aufgrund dessen sogar planwidrige Abriss- und Umbaumaßnahmen zulässig sein können.¹³³ Die Folgen dieser Rspr. sind gravierend, wie eine Entscheidung des OLG Dresden v. Nov. 2012 zur Entkernung des dortigen Kulturpalastes nochmals herausragend belegt.¹³⁴ Der BGH hat schon im Fall Stuttgart21 betont, dass das Schutzrecht schon wegen seiner langen Dauer¹³⁵ keine absolute Sperre gegenüber besonders wichtigen Veränderungsbedarfen entfalten kann, sondern zumindest nach weitgehendem Verstreichen der 70-Jahresfrist¹³⁶ mit entgegenstehenden Belangen und insbes. solchen des Nutzerinteresses zur Abwägung zu bringen ist. Auf die Öffentlichkeit der Interessen soll es dabei ausdrücklich gar nicht ankommen.¹³⁷ Waren es beim Bahnhofsgebäude der Großstadt die veränderten Erfordernisse der Verkehrsinfrastruktur, so führte das Gericht im jüngsten Fall des Dresdener Kulturpalastes die Kulturbelange an

¹²⁸ Vgl. dazu nochmals BGH ZUM 2002, 214 – Spiegel-CD-ROM; KG ZUM-RD 2001, 485.

¹²⁹ Vgl. *Soppe*, Beck-OnlineKomm. UrhG, § 97, Rdn. 96: „branchenübliche Nebenrechte“; zu § 39 Abs. 2 UrhG BGH ZUM 1989, 84; BGH v. 9.11.2011, Az. I ZR 216/10, – „Stuttgart 21“; GRUR 2012, 172 m. Anm.

Elmenhorst/v.Brühl; OLG Dresden v. 13.11.2012, Az. 11 U 853/12; zu § 69d Abs. 1 UrhG vgl. BGH ZUM-RD 2000, 419 - Programmfehlerbeseitigung.

¹³⁰ BGH GRUR 1974, 786 - Kassettenfilm.

¹³¹ Vgl. schon LG München I, AfP II, 1979, 37; *M. Rehbinder*, Urheberrecht, a.a.O., Rdn. 415.

¹³² BGHZ 64, 145 – Wohnungsneubau; bzw. BGH GRUR 2012, 172 – Stuttgart 21.

¹³³ BGH GRUR 2012, 172 – Stuttgart 21; ähnlich schon BGHZ 62, 331, 335 -Schülerweiterung; BGH ZUM 2008, 862 –St. Gottfried.

¹³⁴ OLG Dresden v. 13.11.2012, Az. 11 U 853/12, GRUR-Prax 2013, 18 m. Anm. *Schmidt-Thomé*.

¹³⁵ Dazu s. § 64 UrhG.

¹³⁶ A.a.O., Tz. 5.

¹³⁷ Ebd., Tz. 7.

vielseitiger Verwendung des Gebäudes für Musikkonzerte ins Feld.¹³⁸ Der Architekt als Werksinhaber habe bei Einräumung des Nutzungsrechts mit dem Nutzer zum Zweck der Verkehrsverwendung bzw. der Konzertaufführungen übereingestimmt, so dass er sich nun wegen des Wandels der Mittel daran festhalten lassen müsse. Vom Kläger vorgeschlagene weniger einschneidende Folgen könnten außer Betracht bleiben, wenn nur die objektive Zumutbarkeit bewahrt bleibe und kein Vollabriss erfolge.¹³⁹

Der skizzierte Meinungsstand zeigt, dass einige Besonderheiten gegenüber den allgemeinen Vorgaben für Interessenabwägungen geboten sind. Man wird insofern darauf abzustellen haben, dass § 39 Abs. 2 UrhG für Abänderungen des geschützten Werkes zu beachten ist und mit dem darin geregelten Erfordernis von Treu und Glauben nicht bloß auf § 242 BGB verwiesen, sondern Spezifisches für die (dinglich-absolute¹⁴⁰) urheberrechtliche Interessenlage geregelt ist. Besonders auffällig ist, dass die Rspr. einhellig vom Grundsatz schonendsten Mitteleinsatzes (GsM) abweichen will, obgleich dieser ansonsten gefestigter Ansicht der Güterabwägungslehre entspricht. Doch gehen die Meinungen nicht so weit auseinander, wie es zunächst den Anschein hat. Denn letztlich stellt auch die urheberrechtliche Abänderungslehre auf Zumutbarkeitserwägungen ab, und darin stimmt sie vollkommen überein mit der Interessenabwägung nach § 242 BGB.¹⁴¹

Zunächst zum GsM: Darunter versteht man, dass die abwägende Entscheidung nie zu schwerwiegenderer Beeinträchtigung des entgegenstehenden Interesses führen darf als unbedingt erforderlich, d.h. es darf kein milderer Eingriff denkbar sein, der sozusagen schonender mit dem zurückgesetzten Interesse umgeht. Objektive und subjektive Aspekte sind denkbar, wobei man im Fall Dresdener Kulturpalast wohl versucht hat, die subjektive Variante durchzusetzen. Denn der Kläger hatte versucht, den umstrittenen Teilabriss dadurch zu verhindern, dass er eine alternative Umbaulösung vorschlug. Hierauf, so das Gericht, brauche der Nutzer nicht einzugehen, da die von ihm bevorzugte Lösung noch innerhalb der (objektiven) Zumutbarkeit für den Kläger gelegen habe.¹⁴² D.h. der Eingriff darf über das Geringstmögliche subjektiv hinausgehen, doch wäre ein objektives Überschreiten des Erforderlichen unverhältnismäßig. Was objektiv zumutbar ist, bemisst sich am gemeinschaftlich festgelegten Nutzungszweck. Für § 39 Abs. 2 UrhG wird sogar über den

¹³⁸ A.a.O., zu Nr. II.2b/dd.

¹³⁹ Vgl. zur Verletzung des Schutzrechtskerns i.S. der Werk Tendenz BGHZ 55, 1,4; *Spautz/Götting*, in Beck'scher Online-Komm. UrhG, 2014, m.w.Nachw.

¹⁴⁰ Dogmatische Grundlagen bei *Rigamonti*, Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, 2001; *M. Reh binder*, Urheberrecht, Rdn. 88, 91 m.w.Nachw.

¹⁴¹ Vgl. nur BGHZ 135, 333, 337; BGH NJW 2009, 1343, Tz. 41, betr. subj./obj. Elemente der Interessenabwägung; Pal./Grüneberg, § 242 BGB, Rdn. 7.

¹⁴² Übereinstimmend z. Zumutbarkeit auch der BGH in der Entscheidung Stuttgart 21, a.a.O., zu Tz. 6.

Wortlaut hinaus angenommen, dass in erster Linie an Änderungen gedacht ist, die „im Verkehr als unwesentlich angesehen“ werden.¹⁴³ Geht der Eingriff in das Schutzrecht weiter, so ist das möglich, aber nie über die Grenze objektiver Zumutbarkeit hinaus.

Was ergibt sich daraus für die Zweckübertragung mit Abänderungsbefugnis beim freiberuflichen Franchising? Wie gezeigt, verlangt das Berufsrecht, dass dem freiberuflichen Lizenznehmer eine Abwandlungsbefugnis verbleibt. Das ist mit dem Kooperationsverbot und den Freiberufsprinzipien der Eigenverantwortlichkeit und Weisungsunabhängigkeit gesetzlich zwingend vorgeschrieben.¹⁴⁴ Ebenso wie daraus nach dem Grundsatz gesetzeskonformer Auslegung folgt, dass die Parteien im Zweifel nichts Anderes gewollt haben, liegt auch der weitere Schluss auf einen dahin gehenden verkehrüblichen Übertragungszweck nahe.¹⁴⁵ Gesetzesbefolgung ist in aller Regel verkehrüblich. Vorausgesetzt ist für die Zweckübertragungslehre nur noch zusätzlich, dass die Parteien im Vertrag eigens vorgesehen haben, dass der Einklang mit der betr. Gesetzesvorschrift einvernehmlich gewollt ist. Ist dies der Fall, so schließt der Vertragszweck die Abwandlungsbefugnis nach jeder Gesetzesänderung oder Änderung der Rspr.¹⁴⁶ ein; und das bedeutet zugleich, dass der Lizenznehmer befugt sein soll, das System bei Abwandlung auch wie eine eigene Bearbeitung zu nutzen. Denn die schuldrechtliche Abwandlungsbefugnis ist dinglich entweder als Bearbeitungslizenz i.S. § 23 S. 1 UrhG einzuordnen oder sie folgt zumutbare Änderungsbefugnis aus § 39 Abs. 2 UrhG.

Allerdings kann die Zustimmung bzw. die Zumutbarkeit nicht weiter reichen, als dies gemäß dem Übertragungszweck zwingend geboten und objektiv zumutbar ist. Dem Erfordernis ist v.a. dann genügt, wenn die Abwandlung Geringfügiges betrifft. Hierfür kann man die Unterscheidung zwischen den beiden Hauptformen der Abänderung heranziehen: der sog. inhaltlichen Umgestaltung und der bloßen Umformung, bei der das Originalwerk inhaltlich unberührt bleibt, und lediglich eine sprachliche Neufassung oder die Übertragung in eine andere Werksgattung, wie Verfilmung, Dramatisierung, digitale Postproduktion und dergl. erlaubt wird.¹⁴⁷ Aus der Praxis der Systemvernetzung für freiberufliche Zwecke sind lediglich Umformungen bekannt. Beispielsweise kann der Nutzer veranlasst sein, für die Zwecke der Steuerberatung an betriebswirtschaftlichen Analyseprogrammen textliche Warnsignale oder Glockenbildchen zu farblichen Ampelsymbolen verändern. Das liegt derart an der Grenze unerheblicher Abänderung, dass §§ 23 Abs. 1, 39 Abs. 2 UrhG anwendbar sind. Ähnlich liegt es bei Formunierungsvarianten, wie „betrieblicher Geldüberschuss“ oder „betrieblicher

¹⁴³ So schon BGHZ 55, 1,4; *Spautz/Götting*, in Beck'scher Online-Komm. UrhG, 2014, Rdn. 11.

¹⁴⁴ Näher s.o. zu II.1.

¹⁴⁵ Vgl. auch OLG Frankfurt/M GRUR 1989, 203 betr. Zensurbestimmungen bei Filmen.

¹⁴⁶ Näher zu den zeitlichen Voraussetzungen s.u. zu V.4.

¹⁴⁷ Vgl. nur BGH ZUM 2000, 160 – Comic Übersetzungen II.

Finanzüberschuss“. Auch bei Umformulierung betriebswirtschaftlicher Begriffe in Analysesystemen, für die schon nicht ganz sicher ist, ob die Verwendung zum allgemeinen oder wissenschaftlichen Sprachgebrauch zu rechnen ist und deshalb die Schutzfähigkeit von vornherein ausscheidet. Beispiele sind die Aufgliederung des Systems in Umsatzzahlen aus dem Mineralölgeschäft von Tankstellen und solche des Nebensortiments/Nicht-Mineralölbereich, oder die Verwendung von Deckungsbeitragsrechnungen mit oder ohne Zurechnung von Provisionen. Ist der Schutz gleichwohl zu bejahen, so kommt jedenfalls § 39 Abs. 2 wegen geringer Erheblichkeit in Betracht. Der Nutzer darf das dahin gehend (formal) umgearbeitete Werkstück als eigenes anbieten, ohne dass er eine weitere Zustimmung dafür einholen muss.

Handelt es sich um mehr als bloße Umformungen und inhaltliche Umgestaltung, so kommt auch insofern noch u.U. erlaubte Abänderung in Betracht. Es gilt nur eine Obergrenze, die besagt, dass das Werk nicht in der Tendenz oder in ihrem Kern verändert werden darf.¹⁴⁸ Zur Einbezogenheit in den konsentierten Nutzungszweck im Vergleich zu den Bauwerksfällen zu berücksichtigen, dass es sich zumeist um sehr viel kürzerfristige Abänderungsbedarfe handelt, u.U. sogar um solche, die sich bereits in der Anfangszeit nach Abschluss des Lizenzvertrages aus den Besonderheiten des Mandantenverhältnisses ergeben. Auch dies schadet der Änderungsbefugnis jedoch nicht, wenn der Lizenzvertrag selbst erkennen lässt, dass die Parteien die Nutzung ausdrücklich im Rahmen der gesetzlich vorgeschriebenen und derzeit häufig veränderten Berufspflichten vereinbart haben. Stellt sich nun heraus, dass der Lizenzgeber keine Alleinbezugsbindung vorsehen darf, so muss es dem Nutzer gestattet sein, nicht nur Wettbewerbsprodukte heranzuziehen, sondern auch das lizenzierte System zu modifizieren, um auf bestimmte Vorzüge der Konkurrenz zu reagieren. Er braucht dafür nicht die Zustimmung des Lizenzgebers einzuholen.

3. Zum Wettbewerb mit eigenen Produkten des Nutzers. Etwas anders liegt es, wenn der Nutzer nicht nur das Produkt abändert, sondern eben diese Änderungen in ein eigenes System einbezieht und dieses dann anstelle des lizenzierten Produkts benutzt. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden: es werden lediglich die abgeänderten Teile für ein Alternativsystem verwendet, das ansonsten keine Überschneidungen mit dem lizenzierten aufweist (a.); oder das konkurrierende Eigenprodukt enthält auch Übereinstimmungen mit dem des Lizenzgebers (b.).

a. Der Lizenznehmer wird gem. § 23 UrhG selbst Urheber bezüglich der zulässigen Abänderungen, soweit diese das schöpferische Niveau des UrhG erreichen, sei es auch nur,

¹⁴⁸ Vgl. nochmals *Spautz-Götting*, in Beck'scher Online-Komm. UrhG, 2014, § 39 Rdn. 11; *Schricker/Loewenheim/Dietz/Peukert*, § 39 Rdn. 24; zur Notwendigk. enger Auslegung BGH GRUR 1974, 675, 676.

dass die Voraussetzungen der Schöpfungswerkes „kleiner Münze“ erfüllt werden. Der BGH hat den Schutz des UrhG auch hierauf ausdrücklich erstreckt.¹⁴⁹ Auch für den Fall wissenschaftlich üblicher Begriffsverwendung mit abweichenden Varianten ist geklärt, dass erlaubte Abänderung vorliegt, und dann aber der änderungsbefugte Nutzer auch ein eigenes Schutzrecht erhält.¹⁵⁰

b. Zur Anpassung an die Marktlage ist bereits behandelt, dass der Urheber von Werbeanzeigen oder Prospekten mit Änderungen durch den Nutzer zu rechnen hat und diese dulden muss.¹⁵¹ Der werbliche Nutzungszweck schließt die Inkaufnahme von marktadäquaten Änderungen mit ein; und der Nutzer braucht hierzu nicht etwa darauf hinzuweisen, dass er Änderungen gegenüber dem Original vorgenommen hat. Allerdings wird man voraussetzen haben, dass das alternativ verwendete Produkt auch dort, wo es nachahmerische Elemente enthält, den Voraussetzungen für die Abänderung entspricht. D.h. es muss für Beides übereinstimmend festgestellt werden, inwiefern die Parteien mit dem vereinbarten oder stillschweigend zugrunde gelegten Zwecks selbständiger freiberuflicher Nutzung zugleich in Kauf genommen haben, dass der Nutzer so verfahren durfte und die Zumutbarkeit gewahrt ist.

Demzufolge kommen auch im Hinblick auf zulässige Nachahmungen hauptsächlich relativ geringfügige Überschneidungen mit dem Lizenzprodukt in Betracht. Beispiele dafür sind v.a. die formale Übereinstimmungen oder auch Ähnlichkeiten betreffend die Verwendung wissenschaftlich gängiger Aufgliederung von Umsatzzahlen, Deckungsbeiträgen, Finanzierungsgrößen etc. Erst recht sind Konkurrenzprodukte des Lizenznutzers trotz identischer oder ähnlicher Warn- oder Werbesymbole unbedenklich, wenn nur festzustellen ist, dass deren Verwendung im Rahmen des Marktüblichen liegt.

Allerdings ist die Grenze der Unzumutbarkeit für den Lizenzgeber dann erreicht, wenn das vom Nutzer entwickelte Alternativprodukt Identisches im Kern- oder Tendenzbereich des geschützten Werkes enthält. Denn dem Lizenzgeber wird in keinem Fall unterstellt werden können, dass er mit der Vereinbarung des Nutzungszweckes auch in eine künftige Nachahmung derjenigen Produktbestandteile eingewilligt hat, die dessen Besonderheit und Alleinstellung im Wettbewerb ausmachen. Mit der Lizenz bringt er im Gegenteil zum Ausdruck, dass er – anders als bei Vollübertragung seines Urheberrechts – die Rechtsstellung des Werksschöpfers behalten will. Diese Begrenzung der Zweckübertragungslehre muss streng gewahrt bleiben.

¹⁴⁹ BGH ZUM 2000, 160 – Comic-Übersetzungen.

¹⁵⁰ BGH GRUR 1981, 521 betr. Fragensammlung in medizinischem Lehrbuch.; ähnlich Leitsätze der Rspr., BGH GRUR 1992, 385.

¹⁵¹ Vgl. nochmals LG München I AfP II, 1957, 37.

4. Kernbereich nachahmungsfreier Nutzung. Was zum Schutzrechtskern in diesem Sinne gehört, ist beim Franchising freier Berufe und den franchise-ähnlichen Produkten oft nicht ganz leicht auszumachen. Das gilt insbes. dann, wenn Zweifel bestehen, ob überhaupt ein Schutzrecht begründet ist, weil die Parteien darüber streiten, ob die dafür erforderliche Schöpfungshöhe erreicht ist. Doch ist im Prinzip anerkannt, dass auch Computerprogramme und Buchhaltungsprogramme als sog. kleine Münze des Urheberrechts schutzfähig sind.¹⁵² Bislang ungeklärt ist allerdings, wo genau die Grenze zwischen der Schutzfähigkeit als solcher und dem Kernbereich des Urheberschutzes verläuft.

Zunächst zur Untergrenze der Schutzfähigkeit: für die nötige Schöpfungshöhe wurde schon vor der EG-Richtl. v. 14.5.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen¹⁵³ verlangt, dass das Werk eine deutlich über dem „durchschnittlichen Programmierschaffen liegende eigene schöpferische Leistung“ beinhaltet. Aufgrund der Richtl. war das Niveau abzusenken, doch blieb es bei der Anforderung einer Schöpfungshöhe über dem Durchschnitt von Programmiererleistungen. Mit der Computernovelle wurde der Schutz durch §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 69a Abs. 3 UrhG klargestellt. Zwar gibt es wohl keine gesetzliche Vermutung für den Programmschutz¹⁵⁴, doch beschränkt sich die Darlegungslast in der Regel auf die pauschale Behauptung, dass das Programm eine eigene geistige Leistung sei. Nur wenn ernstliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Werk sehr einfach strukturiert ist, ist eine nähere Qualifikation des Inhalts erforderlich.¹⁵⁵ Eine handwerks- und routinemäßige Gestaltung müsse verlassen sein.¹⁵⁶

Im Einzelnen hält der BGH zwar die bloße „Verkettung von Listen und Indices mit Zeigern“ nicht für ausreichend. Auch wenn es für die Anwendung des Programms lediglich auf das einfache „Abtippen“ von Vorlagen ankommt, soll das die nötige Schöpfungshöhe nicht erreichen. Handelt es sich bei der Vorlage um die Angaben der Vorsteueranmeldung, so müssen die diesbezüglichen Programmdateien schon deshalb schutzrechtsfrei bleiben, weil sie dem wissenschaftlich-technischen Gedankengut zuzuordnen sei, da für jedermann frei zugänglich sein muss.¹⁵⁷ Doch soll Anderes schon hinsichtlich der Technik gelten, derartige Daten in ein selbsttätiges Programm einzubeziehen und erst recht, soweit die Datenstruktur mit seiner Aufteilung in Unterprogramme als deutlich überdurchschnittlich gekennzeichnet ist.¹⁵⁸ Insbesondere wurden Dateierweiterungen zur Fremdwährungsbuchhaltung als „typisches

¹⁵² Vgl. nur BGHZ 94, 276, 281 ff. – Inkassoprogramm; BGH NJW 1993, 3136 – Buchhaltungsprogramm.

¹⁵³ ABl. Nr. L 122, S. 41.

¹⁵⁴ Str., wie hier *Ahlberg*, in: Beck'scher OnlineKomm. UrhG, § 2, Rdn. 92 m.w.Nachw.

¹⁵⁵ Vgl. nur BGH ZUM 2005, 743 – Fash 2000; *M. Rehbinder*, Urheberrecht, a.a.O., Rdn. 172.

¹⁵⁶ *Ahlberg*, in: Beck'scher OnlineKomm. UrhG, § 2, Rdn. 93.

¹⁵⁷ Ebd. mit Verweis auf BGHZ 94, 276, 285 = NJW 1986, 192 – Inkassoprogramm.

¹⁵⁸ BGH – Buchhaltungsprogramm, a.a.O., S. 3138, zu II.2b.

Stilmerkmal“ angesehen und die Schutzfähigkeit für die Erfassung von Mandantennummern anstatt laufenden Belegnummern und für die Integration einer „alternativen Bilanzgliederung“ in ein „bestehendes Programm“ bejaht.¹⁵⁹

Versucht man, daraus den Schutzrechtskern i.S. des o. erläuterten Abänderungsverbots herzuleiten, so wird man an die Verbindung der originellen Bilanzierungsstruktur mit der Programmstruktur anzuknüpfen haben. Denn das Besondere des EDV-Programmschutzes liegt ersichtlich in der Integration analoger Erfassungsdaten in die technischen Abläufen der elektronischen Datenverarbeitung. Auch tritt der Anbieter des Freiberufs-Franchising, soweit es um EDV-Systeme geht, im Markt v.a. damit auf, dass er eine EDV-vernetzte Datenstruktur anbietet, die dem Franchise-Nehmer eine Sonderstellung gegenüber seinen Mandanten und Klienten verschaffen soll. Deshalb ist das Alleinstellungsmerkmal des Angebots im Wettbewerb mit Alternativprodukten des Marktes auch in ebendieser EDV-technischen Integration zu sehen. Die zugleich angebotene Originalität der Bilanzierungsstruktur ist zwar urheberrechtlich geschützt, gehört aber nicht zum unabänderlichen Kernbereich des Schutzes.

Im Fall des steuerlichen Beratungssystems der *Eurodata* ist beispielsweise umstritten, ob die Zusammenstellung betrieblicher Erfolgsdaten und Messgrößen hinreichende Originalität hat, da nicht wesentlich vom Stand der betriebswirtschaftlich üblichen Rechnungslegung abweichen. Nimmt man etwa die Deckungsbeitragsrechnung, so wird in der Kostenrechnung unter Deckungsbeitrag meist die Differenz von Erlösen und variablen Kosten verstanden. Wird davon nun etwa in der Weise abgewichen, dass auch Provisionen herangezogen und zugerechnet werden, so ist das zwar unüblich, und bei wohlwollender Auslegung auch derart originell, dass man darin eine schöpferische Werksgestaltung i.S. des Urheberrechts erkennen könnte. Auf keinen Fall liegt darin allein aber eine originelle Verbindung der Bilanzstruktur mit der Programmstruktur. Diese ist erst berührt, wenn der abändernde Lizenznehmer in die Art und Weise der Integration der Bilanzdaten in das EDV-Programm eingreift und die Verbindung nicht durch eigenständige Programmbefehle herstellt.

Allenfalls lässt sich die Ansicht vertreten, dass bei nachgewiesener Nachahmung von bilanzstrukturellen Besonderheiten und Untergliederungen, wie solchen zur Fremdwährungsbuchung oder Deckungsbeitragsrechnung, die Beweislast umgekehrt wird. Doch fehlt es auch dazu an Vorarbeiten der Literatur, so dass hier der Hinweis darauf genügen muss.

3. Eingeschränkte Störerhaftung und Eigenverantwortlichkeit. Ebenfalls allgemeine Anerkennung findet sich in der Rspr. zur (begrenzten!) Haftung wegen sog. proaktiver

¹⁵⁹ Ebd.; BGH ZUM 2005, 743 – Fash 2000; zust. *Ahlberg*, in: Beck'scher OnlineKomm. UrhG, § 2, Rdn. 93 m.w.Nachw.

Prüfpflichten von Nebentätern oder sonstigen Mitwirkenden. Für diese kommt die „Störerhaftung“ neben der „Täterhaftung“ auf Unterlassung in Betracht, die von der Rspr. entwickelt wurde.¹⁶⁰ Gesetzliche Grundlage dazu ist § 8 Abs. 2 UWG i.V. mit § 830 Abs. 2 BGB, wonach der Unternehmensinhaber mit auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann, wenn die Tat unmittelbar von Mitarbeitern oder externen Beauftragten begangen worden ist. Allerdings ist dafür eigentlich nach dem BGB vorausgesetzt, dass die Tat gemeinschaftlich und d.h. vorsätzlich begangen ist. Die Rspr. hat diese Regelung jedoch lange Zeit erheblich ausgedehnt und über § 830 Abs. 2 BGB hinausgehend auch nicht vorsätzlich handelnde Mitwirkende in die Haftung einbezogen, wenn diese nur eine Mitursache adäquat kausal bewirkt hatten, obgleich sie die (zumutbare) Möglichkeit hatten, die Verletzung zu verhindern.¹⁶¹ Jedoch ist die neuere Rspr. aufgrund verbreiteter Kritik der Literatur¹⁶² nicht nur in der Annahme von Prüfungspflichten vorsichtiger geworden, sondern hat auch wieder am Vorsatzerfordernis des BGB festgehalten.¹⁶³

Zum Urheberrecht ist die Entwicklung übereinstimmend verlaufen. Zwar hat das BVerfG festgestellt, es sei aus systematischen und verfassungsrechtlichen Gründen nicht zu beanstanden, dass § 97 Abs. 1 UrhG im Prinzip unabhängig vom Verschulden eingreift¹⁶⁴ und das Risiko unbeabsichtigter Schutzrechtsstörung deshalb dem Störer auferlegt ist. Doch dürfe man, wie zum Unterlassungsanspruch nach § 8 UWG¹⁶⁵, die Haftung nicht uferlos ausdehnen, um keine normzweckwidrige Belastung mit Haftungsrisiken zu bewirken. Deshalb müsse man etwa im Bereich der Presse Ausnahmen vorsehen, die es zulassen, dass Anzeigen veröffentlicht werden, ohne dass der Anzeigentext auf etwaige Urheberrechtsverletzungen überprüft wird. Die Störerhaftung wurde deshalb sogar im Anzeigenteil eines Printmediums auf Fälle grober und unschwer zu erkennender Verletzung von Prüfpflichten eingeschränkt.¹⁶⁶ Diese Rspr. ist insbes. auf Schutzrechtsbeeinträchtigungen im Internet-Verkehr ausgedehnt worden, um den Erfordernissen der Web-Nutzung gerecht zu werden und den Nutzer nicht mit Haftungsrisiken unabhängig von genauer festgelegten Prüfpflichten zu überfrachten.¹⁶⁷ Der Netzkunde brauche keine „proaktive“ Prüfung vornehmen, um sicherzustellen, dass er nicht zur Verletzung eines

¹⁶⁰ Zur Begrifflichkeit vgl. *Reber*, in Beck-OnlineKomm, UrhG, § 97 Rdn. 42- 45.

¹⁶¹ Vgl. nur BGHZ 128, 13, 17 f. = NJW 2001, 3265 – „ambiente.de“; NJW-RR 2003, 1685, 1686 betr. Vermessungsingenieure; näher *V. Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, a.a.O., § 21 VI.

¹⁶² Vgl. *Baumb./Hefermehl*, Einl. UWG, Rdn. 327d; *M. Jergolla*, WRP 2004, 655, 659.

¹⁶³ Vgl. – grdl. – BGH 155, 189, 194 f. = NJW 2003, 2525; zust. *Emmerich*, a.a.O. m.w.Nachw.

¹⁶⁴ BVerfG ZUM 1996, 673.

¹⁶⁵ Dazu vgl. nur BGH GRUR 1997, 313 – Architektenwettbewerb; NJW-RR 2003, 1685, 1686 f.; *V. Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, a.a.O., § 21.VI, m.w.Nachw.

¹⁶⁶ BGH NJW 1999, 1969 – Möbelklassiker.

¹⁶⁷ Vgl. jüngst BGH v. 15.8.2013, Az. I ZR 80/12 „File-Hosting-Dienst“.

Urheberrechts beiträgt, sondern könne sich darauf beschränken, grobe Fehler und ohne Schwierigkeiten erkennbare Pflichtverletzungen zu vermeiden.¹⁶⁸

In der Literatur hat man daraus sogar geschlossen, dass auch die Täterhaftung für unbeabsichtigte Urheberrechtsverletzungen u.U. von der Voraussetzung bestehender Prüfpflichten abhängig zu machen ist. In Anlehnung an die Entscheidung des BGH im Fall *Möbelklassiker*¹⁶⁹ soll das für Presseunternehmen mit Rücksicht auf Art. 5 Abs. 1 GG gelten¹⁷⁰, womit offenbar an den Schutz der Medien und der freiberuflich tätigen Journalisten gedacht ist. Weitere Verallgemeinerung für andere Freiberufe als die im Grundrecht der Pressefreiheit geschützten Journalisten sind in der Literatur, soweit ersichtlich, nicht näher untersucht worden. Immerhin ist aber, wie gezeigt, allgemein anerkannt, dass die urheberrechtliche Haftungserstreckung dem Wettbewerbsrecht folgt und insofern allgemeiner Natur ist. Erst recht ist die aktuelle Rückkehr der Rspr. zum Vorsatzerfordernis des § 830 Abs. 2 BGB verallgemeinerbar begründet.¹⁷¹

Hier ist nicht der Ort, die Einschränkungen der Störer- und Täterhaftung aus der Analogie zu § 8 UWG umfassender zu kommentieren. Doch kann man sich aus der Sicht des Freiberufsrechts durchaus der Ansicht anschließen, dass für die Annahme von Prüfpflichten im Rahmen der Berufsausübung Zurückhaltung geboten ist, um die fachliche Entscheidung nicht übermäßig mit Haftungsrisiken zu befrachten. Das gilt insbes. für solche Tätigkeiten, die mit dem Marketing durch Nutzung gewerblicher Schutzrechte nichts zu tun haben. Auch wenn das Recht freier Berufe in neuerer Zeit weitgehend für Werbung geöffnet ist, bleibt die originäre Aufgabenwahrnehmung auf die fachliche Ausrichtung des betr. Berufes beschränkt. Urheberrechtliche Prüfpflichten sind deshalb nicht nur bei den freiberuflichen Journalisten, sondern v.a. bei den freien Gesundheitsberufen abzulehnen. Aber auch für Steuerberater kann nichts Anderes gelten, und sogar bei Rechtsanwälten gilt Gleiches, wenn es sich nicht gerade um Fachanwälte für gewerblichen Rechtsschutz handelt.

Zur Vernetzung freiberuflicher Dienste und den damit einhergehenden Gefahren urheberrechtlicher Zuwiderhandlungen ergibt sich aus alledem Folgendes:

- Lässt sich nicht feststellen, wer der Haupttäter bestimmter unzulässiger Systemveränderungen ist, so haften auch Nebentäter oder sonstige Mitwirkende als Störer auf Unterlassung i.S. § 97 Abs. 1 UrhG;
- dies aber nur insoweit, als ihnen Prüfpflichten wegen etwaiger Schutzrechtsverletzungen zuzumuten sind;

¹⁶⁸ BGH a.a.O., vorvorige Fn.; *M Reh binder*, Urheberrecht, a.a.O., Rdn. 917, 925 unter Hinweis auf das weitergehende gesetzliche Haftungsprivileg für Anbieter von Telemedien gem. §§ 7-10 TMG.

¹⁶⁹ BGH NJW 1999, 1969 – *Möbelklassiker*.

¹⁷⁰ So *M. Reh binder*, Urheberrecht, a.a.O., Rdn. 925.

¹⁷¹ S. die Nachw. o. zu BGH 155, 189, 194 f. = NJW 2003, 2525.

- das ist nur bei leicht erkennbaren und schwerwiegenden Eingriffen in den geschützten Bereich des Urheberrechts der Fall.

6. Güterabwägung und weitere Rechtfertigungsgründe freiberuflichen Vertrauensschutzes. Des Weiteren kann zur Abwehr von Berufsrechtsverletzungen des Netzdiensteanbieters an das Erfordernis angeknüpft werden, dass die Schutzrechtsverletzung des Nutzers gem. § 97 Abs. 1 UrhG „widerrechtlich“ erfolgt sein muss. D.h. es darf kein (freiberufsrechtlich begründeter) Rechtfertigungsgrund für die Rechtsverletzung eingreifen.¹⁷² Dafür kommen zunächst die §§ 227 ff. BGB zum Notwehr- und Notstandsrecht sowie auch die Selbsthilfe i.S. § 229 BGB der übergesetzliche rechtfertigende Notstand in Betracht.¹⁷³ Neuerer Entscheidungspraxis zufolge wird ein echter Rechtfertigungsgrund angenommen, soweit der Störer ohne die Schutzrechtsverletzung unvermeidlich eine Beeinträchtigung seiner Grundrechte in Kauf nehmen müsste.¹⁷⁴ Die Rspr. geht sogar so weit, diese Güterabwägung auch in den sog. Mauerfällen¹⁷⁵ anzuwenden, in denen das Kunstgrundrecht des Art. 5 Abs. 3 GG mit dem Urheberrecht kollidiert und als vorrangig anzusehen ist.¹⁷⁶ Demzufolge müsste auch das Berufsgrundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG zur Rechtfertigung geeignet sein, wenn der Schutzrechtseingriff erforderlich und verhältnismäßig erscheint, eine Gefährdung für die berufliche Existenz von Berufsausübenden abzuwenden.

Allerdings ist die Kommentarliteratur mit Verallgemeinerungen der grundrechtlichen Güterabwägung zurückhaltend, weil der Urheberrechtsschutz dadurch zu stark aufgeweicht werden könnte, zumal mit § 98 Abs. 4 UrhG eine (abschließende?) Spezialregelung für den Fall des Vernichtungs- und Rückrufanspruchs vorhanden ist.¹⁷⁷ Insbes. werden die Abwägungsprobleme betont, die bei Kollision von Kunstfreiheit und Werkschöpfungen noch weniger entfernte Rechtsgüter gegenüberzustellen hat als bei Zusammentreffen von Werkschöpfungsrechten mit wirtschaftlichen Freiheitsrechten wie der Berufsfreiheit.

Für die Abwägung mit dem Recht eines Freiberuflers aus Art. 12 Abs. 1 GG braucht man indessen keine volle Verallgemeinerung der Rechtfertigung in den Mauerbildfällen zu bemühen. Denn mit dem Kooperationsverbot des § 56 Abs. 5 StBerG sind durchaus

¹⁷² Vgl. vorerst nur BGHZ 129, 207, 210 – Mauerbilder/Künstler; BGH GRUR 1999, 420 – Pressefreiheit/Journalisten; Wandtke/Bullinger/Wolff, Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 97 UrhG, Rdn. 34; für Entsprechungen im Markenrecht s. BGH GRUR 2005, 583, 584 f.; w.Nachw. s.u. zu III.2.

¹⁷³ KG NJW 1995, 3392, 3394; LG Berlin GRUR 1962, 207, 210; Wandtke/Bullinger/Wolff, Urheberrecht, a.a.O., § 97 UrhG, Rdn. 34.

¹⁷⁴ Vgl. nur OLG Stuttgart, GRUR 2004, 619, 621; zur Entsprechung im Markenrecht s. BGH GRUR 2005, 583, 584 f.; Wolf a.a.O., vorige Fn.

¹⁷⁵ BGHZ 129, 207, 210 - Mauerbilder

¹⁷⁶ Vgl. nur Mölhring/Nicolini/Lütje, § 97 UrhG, Rdn. 70; Wolff, a.a.O., Rdn. 34.

¹⁷⁷ Vgl. nur Löwenheim, in ders. (Hrsg.), Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 2 Rdn. 48: kein Anhaltspunkt im Gesetz und bloße Verhältnismäßigkeitserwägungen.

vergleichbar schwerwiegende Allgemeininteressen berührt wie in den Mauerbildfällen. Auch geht es keineswegs allein um materielle Belange der Freiberufler, sondern um den Schutz unabhängiger und eigenverantwortlicher Berufsausübung, verbunden mit dem Schutz des Vertrauens des Mandanten in das überlegene Fachwissen und die vorrangige Orientierung daran seitens des Berufsträgers. Zumindest bei schwer erkennbare und nicht besonders schwerwiegenden Eingriffen in Urheberrechte bereitet es keine unüberwindlichen Schwierigkeiten anzunehmen, dass den Freiberufsinteressen in der Abwägung ein Vorrang gegenüber dem Schutz des Urhebers einzuräumen ist.

Konkret lässt sich folgern, dass der Freiberufler, sollte das Kooperationsverbot und die Prinzipien der Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit gewahrt bleiben, auf den typisch freiberufliche Weg, auf die eigene überlegene Sachkunde setzen darf, indem er ein eigenes System entwickelt und für die Beratung und Betreuung ihrer Mandanten benutzt. Handelt es sich dabei um Schutzrechtsverletzungen im Grenzbereich des Schutzzumfangs, so überwiegt bei der gebotenen Güterabwägung das Freiberufsinteresse an genereller Weisungsunabhängigkeit und eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung.

Zudem wird man für die rechtfertigende Güterabwägung zu beachten haben, dass der Nutzer u.U. aus dem Markt auszuschneiden hätte und insolvenzbedroht wäre, wenn er seine bisherigen Mandate aufzugeben hätte, weil es ihm nicht länger erlaubt wurde, das bisher genutzte und vertraute System weiterhin zur Anwendung zu bringen. Dabei spielt u.U. sogar noch ein über das Individualinteresse hinausgehender Grund eine Rolle, wenn ein Ausscheiden des Nutzers zu einer weiteren Verstärkung der Marktmacht führen würde. Vorgänge dieser Art sind etwa im Bereich der Nutzung des EKW-Systems der *Eurodata* für die Tankstellen-Steuerberatung von Bedeutung, für deren Systemvertrieb Marktanteile zwischen 60 und 90% angenommen werden.¹⁷⁸ Vollends spricht hier für den Vorrang des Nutzerinteresses, dass die Gefahr der Marktverdrängung auch gegenüber allen übrigen Tankstellen-Steuerberatern im EKW-System droht, wenn einzelnen Nutzern die Lizenz unter Vorwürfen entzogen werden darf, die die Verletzung von schwer erkennbaren und nicht gewichtigen Schutzrechtsverletzungen betreffen.

Demgegenüber erscheint es zumutbar, dass die Systemanbieter keine vollkommen einheitliche Handhabung gewährleisten kann. Zwar ist dann die Bezeichnung als Franchising nur noch begrenzt zutreffend. Doch kommt einem dahin gehenden Vertriebsinteresse allenfalls

¹⁷⁸ Vgl. *St. Preuß*, Die Tankstelle 5/2005, S. 48, 49.

geringe Bedeutung zu, da es unterschiedliche Formen des Franchising bis hin zum Quasi-Franchising gibt¹⁷⁹, ohne dass dies der Verwendung des Begriffs im Wege steht.

VI. Wesentliche Ergebnisse und Fazit. Gewerbliche Netzdienste, wie Beratungs- und Abrechnungsaufgaben von Steuerberatern, sind als solche freiberufsrechtlich nicht zu beanstanden¹⁸⁰, sofern es sich nicht um subordinatives Franchising handelt. § 56 Abs. 4 StBerG verbietet die Zusammenarbeit mit Gewerbetreibenden zwar nicht generell, wohl aber dann, wenn der Kooperationspartner versucht, die freie berufliche Aufgabenwahrnehmung des Steuerberaters einzuengen, um die Zwecke gewerblicher Einkunftserzielung seines Unternehmens zu maximieren. Lizenzvertragliche Nebenpflichten, nicht von den Systemvorgaben abzuweichen und kein anderes System zu benutzen (Alleinbezugsbindung), würden diese Vorschrift verletzen, weil das freiberufliche Ermessen zur Auswahl von bestmöglichen Hilfsmitteln für Mandanten weisungsähnlich beschränkt wäre (III.1). Entsprechendes gilt für die Prinzipien der Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit (III.2).

Ist durch Auslegung zu ermitteln, ob der Lizenzvertrag eine Veränderungssperre und eine Bezugsbindung enthält, spricht das Prinzip des gesetzeskonformen Parteiwillens gegen die Annahme einer stillschweigend dahin gehenden Klausel (III.3). Zudem sind beide Bindungen dieser Art wegen rechtlicher Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB nicht rechtswirksam, so dass eine hierauf gestützte Lizenzkündigung unwirksam ist (III.4). Soweit für eine Kündigung der Lizenz darauf abgestellt wird, dass das UrhG verletzt hat, fehlt es zwar nicht an einer dahin gehenden vertraglichen Nebenpflicht zur Unterlassung. Aber es liegt kein grob pflichtwidriges Verhalten vor, die zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen würde. Denn zum Einen durfte der Lizenznehmer aufgrund seiner gesetzlich geschützten Stellung als konkurrierende Beratungsgesellschaft eigene Systementwicklung betreiben; und zum Anderen wirkt es entlastend, wenn der Lizenzgeber durch eigenes Fehlverhalten mit dem unzutreffenden Beharren auf einer Alleinbezugsbindung dazu beigetragen hat, dass die umstrittenen Maßnahmen ergriffen wurden (noch III.4).

Eine Alleinbezugsbindung kann auch wegen Verletzung des § 1 GWB und Art. 101 AEUV unwirksam sein, wenn der Lizenzgeber im Markt des Lizenzprodukts mehr als 30% Marktanteile innehat und keine Maximaldauer der Bindung von 5 Jahren vorgesehen ist (IV.1). Verfügt der Systemanbieter über eine marktbeherrschende Stellung, folgt ein Unterlassungsanspruch auch aus §§ 19 f. GWB in Verbindung mit § 33 Abs. 1 GWB (IV.2). Zudem ist der Lizenzgeber gem. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB verpflichtet, eine Mitnutzung im Netz

¹⁷⁹ Näher s.o. zu II.1.

¹⁸⁰ Anders noch LG Düsseldorf, zit. in *Maxl*, DStR 1993, 145, 146.

einzuräumen, wenn es sich um eine Vernetzung handelt, mit der jeglicher Wettbewerb Außenstehender verhindert wird, und auf der Lizenznehmer existenziell angewiesen ist (IV.3/4).

Im Hinblick auf eine etwaige Urheberrechtsverletzung durch den Lizenznehmer ergibt sich, dass diesem gegenüber einem Unterlassungsanspruch aus § 97 Abs. 1 UrhG der Zwangslizenz einwand zusteht. Dafür ist jedoch vorausgesetzt, dass analog §§ 11 ff. UrhWG die Schiedsstelle anzurufen ist und ein angemessenes Lizenzentgelt hinterlegt werden muss (V.1). Wird keine Zwangslizenz angestrebt, oder fehlt es an den dafür erforderlichen Marktanteilsnachweisen, so ist es immer noch möglich, dass erlaubte Bearbeitung oder Abänderung des lizenzierten Produkts nach der Zweckübertragungslehre bzw. gem. § 39 Abs. 2 UrhG vorliegt; dies allerdings nur bei nicht schwerwiegenden Eingriffen und unter relativ strengen Voraussetzungen verhältnismäßiger Berufsausübung (V.2).

Die Verwendung eigener Produkte mit Nachahmung bezüglich der zulässigen Systemänderungen ist unbedenklich; ebenso aber auch sonstige Überschneidungen mit dem Lizenzprodukt, soweit die Voraussetzungen objektiver Zumutbarkeit gewahrt bleiben (V.3). Der unabänderliche Kernbereich ist solange unverletzt, wie die EDV-technische Integration von Elementen einer originellen Bilanzstruktur in die Programmstruktur des Lizenzgebers nicht in das eigene Produkt des Lizenzgebers übernommen wird (V.4). Zudem ist eine etwaige Störerhaftung dahingehend eingeschränkt, dass nur im Hinblick auf leicht erkennbare und schwerwiegende Schutzrechtsverletzungen auf Unterlassung geklagt werden kann (V.5); und schließlich kommen Rechtfertigungsgründe in Betracht, wenn der Lizenzgeber von sich aus freiberufswidrige Maßnahmen vornimmt und der Lizenznehmer sich dagegen nicht anders zur Wehr setzen kann, als dass er zum Mittel eigener Systemverwendung greift und dabei unwissentlich leichte Schutzrechtsverletzungen begeht (V.6).

Als Fazit lässt sich feststellen, dass die Beurteilung der dem Gesellschaftsrecht ähnlichen Beteiligungsformen des Franchising und Quasi-Franchising noch weit mehr in Bewegung ist aber in die selbe Richtung geht: es gilt, die übertriebenen Kommerzialisierungs- und Industrialisierungsversuche abzuwenden, ohne den Trend zu mehr Markt und Wettbewerb im Freiberufssektor im Keime zu ersticken. Bei aller Öffnung der Märkte für wettbewerbskonforme Marketing-Strategien ist die Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit der freien Berufe zu schützen¹⁸¹, um das Vertrauen des Mandanten in

¹⁸¹ So auch zum Syndikus-Recht die Begr. RegE zu § 58 S.2 Nr. 5a des 8. StBerÄndG v. 2008 in Drs. BT 16/7077, S. 1 f., 33; ähnlich *Hund*, DStR 2011, 226; neustens die Beiträge von *Mann, Singer, Ring, Riedlinger* und *Herrmann*, in DStR-Beihefter zu Heft 8/2014, S. 19 ff.; zum Fremdbesitzverbot s. die Nachw. o. vorige Fn. und verallgemeinernd *Kluth/Goltz/Kujath*, Die Zukunft der freien Berufe der EU, 2005; *Kilian*, AnwBl. 2009,

die vorrangig wissenschaftlich orientierte und nicht lediglich gewinnmaximierende Motivation des Freiberuflers zu bewahren.¹⁸² Die nach den Finanzkrisen immer mehr zunehmende Kritik an Übersteigerungen der Marktwirtschaft¹⁸³ unterstreicht das hohe Anliegen des Freiberufsrechts, auch wenn sich erst nach und nach abzeichnet, wie die neuen Vermarktungs- und Vernetzungsinstrumente für freiberufliche Dienstleistungen gegen ein Zu-Viel an ökonomischen Effizienzerwartungen abgesichert werden können.

861 f.; und die Beiträge von *Singer*, *Mann* und *Herrmann*, in DWS (Hrsg.), *Fremdbesitz im Recht der Steuerberater*, 2010, S. 11 ff., 59 ff., 71 ff.

¹⁸² Ebenso und besond. prononciert der EuGH im *DocMorris*-Urteil, wie o. zu III.4: privates Interesse an Gewinnerzielung ... durch seine Ausbildung und berufliche Erfahrung und die ihm obliegende Verantwortung gezügelt...“, a.a.O., Rdn. 37.

¹⁸³ Vgl. – grdl. – *A. Sen*, *Ökonomie für den Menschen*, 5. Aufl. 2011; dazu mit Ausblicken auf das Recht freier Berufe *Herrmann/Dambacher*, NWiR 2013/1 in www.nwir.de, zu IV.1 m.w.Nachw.