

WENZEL FELIX AUGUST STEINMETZ

Kontrollsperr  
bei Verträgen über  
immaterielle Gegenstände

*Geistiges Eigentum und  
Wettbewerbsrecht  
174*

---

**Mohr Siebeck**

# Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht

herausgegeben von

Peter Heermann, Diethelm Klippel †,  
Ansgar Ohly und Olaf Sosnitza

174





Wenzel Felix August Steinmetz

# Kontrollsperr bei Verträgen über immaterielle Gegenstände

Zur AGB-rechtlichen Klauselkontrolle  
im Urhebervertrags- und IT-Recht

Mohr Siebeck

*Wenzel Felix August Steinmetz*, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht der Ludwig-Maximilians-Universität München; 2014 Erstes Staatsexamen; Mitgründer und Produzent bei Walking Ghost Film; 2017 Zweites Staatsexamen; 2018–2020 Rechtsanwalt für Urheber- und Medienrecht in München; seit 2020 Notarassessor im Freistaat Bayern; 2021 Promotion.

orcid.org/0000-0002-9747-2340

Gedruckt mit Unterstützung der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg  
Diss., Ludwig-Maximilians-Universität München, 2021

ISBN 978-3-16-161339-5 / eISBN 978-3-16-161340-1

DOI 10.1628/978-3-16-161340-1

ISSN 1860-7306 / eISSN 2569-3956 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline aus der Times New Roman gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

*Für meine Mutter,  
Ines Choroba-Steinmetz*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand in den Jahren 2018 bis 2020 und lag im Wintersemester 2020/2021 der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation vor. Ausgewählte Literatur, Rechtsprechung und Gesetzgebungsvorhaben, die nach Fertigstellung veröffentlicht wurden, wurden berücksichtigt.

Mein großer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Ansgar Ohly, an dessen Lehrstuhl ich bereits früh als studentischer Mitarbeiter habe tätig werden dürfen. Von den dort, im Rahmen des universitären Schwerpunktbereichs und den bereichernden Doktorandenseminaren in Südtirol gemachten Erfahrungen und geschlossenen Kontakten profitiere ich bis heute. Auch Herrn Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit sei herzlich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens gedankt.

Für die Ermöglichung außergewöhnlicher Arbeitsumstände danke ich dem Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb in München. Die dort verbrachte Zeit und den gemeinsamen Austausch mit anderen Doktoranden und Doktorandinnen werde ich immer in positiver Erinnerung behalten. Insbesondere gilt dies für Herrn Rechtsanwalt Dr. Philipp Thomé, dem ich nicht nur für die bereichernden Diskussionen und das Korrekturlesen meiner Arbeit dankbar bin, sondern auch für seine Freundschaft. Auch Herrn Rechtsanwalt Markus Stenger möchte ich ausdrücklich für seine Unterstützung danken.

Für mich eng verknüpft mit meiner Promotionszeit wird zudem immer die Arbeit bei SKW Schwarz Rechtsanwälte in München sein. Hier hatte ich das Privileg, in einem außerordentlichen Team tätig sein zu können, welchem ich immer in Dankbarkeit und Freundschaft verbunden bleiben werde. Für die Rücksichtnahme auf meine wissenschaftliche Arbeit sowie das Vertrauen und die Möglichkeit, daneben verantwortungsvolle Beratungstätigkeiten als Anwalt übernehmen zu dürfen, danke ich allen voran Frau Rechtsanwältin Elisabeth Noltenius sowie den Herren Rechtsanwälten Dr. Martin Diesbach und Dr. Andreas Peschel-Mehner.

Ohne meine Familie und deren Rückhalt wären meine Ausbildung und nicht zuletzt diese Arbeit nicht möglich gewesen. Dafür werde ich immer dankbar sein.

München, November 2021

Wenzel Felix August Steinmetz



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XIII
<b>A. Einführung</b> .....	1
<i>I. Gegenstand der Untersuchung</i> .....	1
<i>II. Forschungsstand und inhaltliche Abgrenzung</i> .....	4
<i>III. Bezug der Fragestellung zum Urhebervertrags- und IT-Recht</i> .....	7
<i>IV. Verlauf der Untersuchung</i> .....	8
<b>B. Erster Abschnitt:</b>	
<b>Zentrale Anwendungsfälle – eine Bestandsaufnahme</b> .....	11
<i>I. Urhebervertragsrecht</i> .....	11
1. Fallgruppen .....	12
a) Film- und Verlagsverträge .....	13
b) Softwareverträge .....	17
c) Endnutzerverträge über Filme, Hörbücher, Musik .....	21
d) Open-Content-Lizenzen am Beispiel von GPL und Creative Commons .....	23
2. Rechtliche Behandlung .....	24
a) Umfang der Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte .....	25
aa) Übertragungszwecklehre .....	26
bb) Sittenwidrigkeit, § 138 BGB .....	26
cc) Überraschende Klauseln, § 305c BGB .....	27
dd) Transparenzgebot, § 307 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 2 BGB .....	28
ee) Inhaltskontrolle gemäß den §§ 307 ff. BGB .....	29
(1) Rechtsprechung des BGH .....	30
(2) Abweichende Positionen der Instanzgerichte .....	33
(3) Abweichende Positionen der Literatur .....	36
b) Sonderfall Bearbeitungsrecht, §§ 23, 37 Abs. 1 UrhG .....	38
c) Abreden zur „Abbedingung urheberrechtlicher Schranken“ .....	39
aa) Weitergabe-, Vervielfältigungs- und Verbreitungsbeschränkungen .....	40

bb) Abreden zur vertragsgemäßen Nutzung von Software . . . . .	45
d) Auswertungs- und Enthaltungspflichten sowie Vertragsstrafeversprechen . . . . .	50
e) Entgeltabreden und das Verhältnis zu §§ 32, 32a UrhG . . . . .	53
<i>II. Verträge über Informationstechnologie und Digital Business . . . . .</i>	<i>56</i>
1. Fallgruppen . . . . .	58
a) Access-Provider-Verträge . . . . .	60
b) Application Service Providing und Software as a Service . . . . .	62
c) Pflege- und Störungsmanagementvereinbarungen . . . . .	64
d) Digital Business: Nutzungsbedingungen von Internetplattformen . . . . .	66
2. Rechtliche Behandlung . . . . .	69
a) Verfügbarkeitsklauseln . . . . .	70
b) Klauseln zum Pflege- und Störungsmanagement . . . . .	75
c) Laufzeit- und Befristungsklauseln . . . . .	78
d) Take-down-Rechte und put-back-Pflichten . . . . .	81
e) Einwilligungen und Daten als Gegenleistung . . . . .	83
<i>III. Zwischenergebnis und Stellungnahme . . . . .</i>	<i>89</i>
1. Uneinheitlicher Beurteilungsmaßstab . . . . .	89
2. Fehlende gesetzliche Kodifizierung . . . . .	90
<b>C. Zweiter Abschnitt:</b>	
<b>Grundlagen der Inhaltskontrolle und ihrer Grenzen . . . . .</b>	<b>95</b>
<i>I. Vertragsfreiheit . . . . .</i>	<i>95</i>
1. Vertragsfreiheit auf Basis des Grundgesetzes . . . . .	96
a) Sedes Materiae . . . . .	97
b) Materieller Gehalt . . . . .	99
aa) Gestaltungsauftrag, Institutsgarantie und Optimierungsgebot . . . . .	100
bb) Formale und materiale Freiheit . . . . .	109
2. Vertragsfreiheit auf Basis des Unionsrechts . . . . .	116
a) Sedes Materiae . . . . .	116
b) Materieller Gehalt . . . . .	118
3. Einordnung der AGB-Kontrolle in das System der Vertragsfreiheit . . . . .	122
<i>II. Die Klauselrichtlinie 93/13/EWG . . . . .</i>	<i>125</i>
1. Personeller Anwendungsbereich . . . . .	127
2. Sachlicher Anwendungsbereich . . . . .	129
3. Grenzen der Inhaltskontrolle . . . . .	130
a) Wortlaut . . . . .	131
b) Rechtsprechung des EuGH . . . . .	134
aa) Kommission ./ Niederlande (2001) . . . . .	134
bb) Caja de Ahorros ./ Ausbanc (2010) . . . . .	135

cc) Nemzeti ./ Invitel (2012) . . . . .	136
dd) Kásler u. a. ./ OTP Jelzálogbank Zrt (2014) . . . . .	136
(1) Hauptgegenstand des Vertrages . . . . .	137
(2) Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung . . . . .	139
ee) Van Hove ./ CNP Assurances SA (2015) . . . . .	139
ff) Matei ./ SC Volksbank România SA (2015) . . . . .	142
gg) Andriuc u. a. ./ Banca Românească (2017) . . . . .	144
c) Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO als mögliche Auslegungshilfe . . . . .	144
4. Schutzgrund der Inhaltskontrolle nach Unionsrecht . . . . .	148
5. Zwischenergebnis und Stellungnahme . . . . .	153
<i>III. Schutzgrund der Inhaltskontrolle nach nationalem Recht . . . . .</i>	<i>155</i>
1. Vertragspartner: schwache Stellung bzw. strukturelles Ungleichgewicht . . . . .	156
2. Klauselverwender: Missbrauch der Vertragsfreiheit . . . . .	160
3. Individualschutz vs. überindividueller Schutz . . . . .	162
4. Kumulative Betrachtung . . . . .	166
5. Gedanke der Richtigkeitsgewähr . . . . .	168
6. Versagen von Markt und Wettbewerb . . . . .	171
7. Zwischenergebnis und Stellungnahme . . . . .	177
a) Schutzgrund der §§ 307 ff. BGB . . . . .	179
b) Vereinbarkeit mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG . . . . .	184
c) Kohärenz mit sonstigen Grenzen der Inhaltskontrolle . . . . .	187
<i>IV. Abgrenzungskriterien . . . . .</i>	<i>190</i>
1. Keine Abgrenzbarkeit zwischen Anwendungsbereich und Maßstab . . . . .	191
2. Abweichen von Rechtsvorschriften . . . . .	194
3. Essentialia negotii . . . . .	198
4. Abwälzung von Aufwendungen für die Erbringung gesetzlicher/ nebenvertraglicher Pflichten . . . . .	203
5. Vorschlag: Aus dem Schutzzweck abgeleitete Abgrenzung in drei Stufen . . . . .	205
a) Vorschlag de lege ferenda: Wertgrenze . . . . .	207
b) Stufe 1: Bestimmung des Rahmens der Untersuchung . . . . .	209
c) Stufen 2 und 3: Bestimmung der kontrollfreien Klauseln . . . . .	212
aa) Essentialia negotii . . . . .	214
bb) Hauptgegenstand des Vertrages im Übrigen . . . . .	215
(1) Angebots- und Vertragsgestaltung . . . . .	216
(a) Formulierung der Klausel grundsätzlich ohne Relevanz . . . . .	218
(b) Das Verhältnis von Hauptgegenstand und Kardinalpflichten . . . . .	219
(2) Marktumstände . . . . .	221
(3) Flexibilität der Betrachtung . . . . .	225
d) Zwischenergebnis . . . . .	226
e) Gestaltungsvorschlag . . . . .	228

D. Dritter Abschnitt:	
Anwendung auf das Recht der immateriellen Gegenstände . . . . .	231
I. <i>Urhebervertragsrecht</i> . . . . .	231
1. Der Buyout im Film- und Verlagswesen . . . . .	232
a) Stufe 1: Rahmen der Untersuchung . . . . .	233
b) Stufe 2: Nebenabreden und essentialia negotii . . . . .	238
c) Stufe 3: Hauptgegenstand . . . . .	240
aa) Optionsvereinbarungen . . . . .	243
bb) Verfilmungsverträge . . . . .	246
(1) Werkschaffung und einmaliges Verfilmungsrecht . . . . .	246
(2) Darüberhinausgehende Rechteeinräumungen . . . . .	247
(3) Vergütungsabreden . . . . .	250
(4) Weiterübertragung und Sublizenzen . . . . .	253
cc) Darsteller- und Synchronsprecherverträge . . . . .	254
dd) Verlagsverträge . . . . .	258
(1) Rechteeumfang und Pflicht zur Veröffentlichung . . . . .	258
(2) Exklusivbindungen . . . . .	260
(3) Vergütungsabreden . . . . .	260
2. Endnutzerverträge über digitale Werkexemplare . . . . .	263
a) Überlassung von Software (physisch und DTO/DTR) . . . . .	264
b) Filme, Hörbücher und Musik . . . . .	271
3. Open-Content-Lizenzen am Beispiel von GPL und Creative Commons . . . . .	275
a) Share-Alike-Klauseln bzw. Copyleft-Effekt . . . . .	276
b) Heimfallregelungen . . . . .	277
4. (Strafbewehrte) Unterlassungsverpflichtungen . . . . .	278
II. <i>Verträge über Informationstechnologie und Digital Business</i> . . . . .	280
1. IT-Outsourcing-Verträge und Laufzeitklauseln . . . . .	281
2. Access-Provider-Verträge . . . . .	285
3. Software . . . . .	288
a) ASP und SaaS . . . . .	289
b) Wartungs- und Pflegeverträge . . . . .	291
4. Digital Business: Verträge mit Online-Plattformen . . . . .	294
a) Take-down-Rechte und put-back-Pflichten . . . . .	295
b) Teilnahmebedingungen von Kundenbindungsprogrammen . . . . .	300
c) Einwilligungen und Daten als Gegenleistung . . . . .	303
E. Zusammenfassung in Thesen . . . . .	311
Literaturverzeichnis . . . . .	325
Rechtsprechungsverzeichnis . . . . .	329
Sachregister . . . . .	339

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	an angegebenem Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AfP	Zeitschrift für das gesamte Medienrecht/Archiv für Presserecht
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ABGB	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976 (BGBl. I 3317)
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
BAG	Bundesarbeitsgericht
b2b	business to business (Geschäfte zwischen zwei Unternehmern)
b2c	business to consumer (Geschäfte zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher)
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck Rechtssache
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	Beziehungsweise

c2c	consumer to consumer (Geschäfte zwischen zwei Verbrauchern)
ca.	circa
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
CMLRev	Common Market Law Review (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitung
EG	Europäische Gemeinschaft; Einführungsgesetz
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrags von Nizza (ABl. EG 2001 C 80, S. 1 ff.)
Einl.	Einleitung
E. L.Rev.	European Law Review (Zeitschrift)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	Endgültig
ErwG	Erwägungsgrund
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrages von Lissabon (konsolidierte Fassung, ABL. EU 2010 C 83, S. 1 ff.)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	und folgende(r) (Singular)
ff.	und folgende (Plural)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GEK	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GOZ	Gebührenordnung für Zahnärzte
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. EU 2010 C 83, S. 389 ff.)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht-Rechtsprechungsreport
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber(in)
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly (Zeitschrift)
i. S. d.	im Sinne des
ITRB	Der IT-Rechts-Berater
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JCP	Journal of Consumer Policy
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht

Klausel-RL	Klauselrichtlinie = Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen v. 5. 4. 1993 (ABl. EG 1993 L 95, S. 29 ff.)
KOM	Dokument der Europäischen Kommission
LG	Landgericht
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
MMR	MultiMedia und Recht
MR	medien und recht (Zeitschrift)
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht-Rechtsprechungsreport
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht v. 17. 6. 2008 (ABl. EU 2008 L 177, S. 6)
r+s	Recht und Schaden (Zeitschrift)
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz, Seite
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte
st.	ständige
u. a.	und andere
UFITA	Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaft (Zeitschrift)
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
Urt.	Urteil
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vor/Vorb.	Vorbemerkung(en)
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGE	Zeitschrift für geistiges Eigentum
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht

Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht – Rechtsprechungsdienst

## A. Einführung

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind allgegenwärtig, keineswegs nur in Form des typischerweise „Kleingedruckten“. Die §§ 307 ff. BGB unterwerfen solche, vom Verwender einseitig vorformulierte und nicht individuell ausgehandelte Abreden einer deutlich strengeren Inhaltskontrolle, als dies im übrigen Privatrecht im Rahmen von Individualvereinbarungen der Fall ist. Anstelle des restriktiv gehandhabten Sittenwidrigkeitsverdikts des § 138 BGB tritt das Kriterium der „unangemessenen Benachteiligung“. Doch an der Verwendung von AGB führt – nicht zuletzt auf Grund des breiten tatbestandlichen Anwendungsbereiches – im modernen Rechtsverkehr kein Weg vorbei. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die damit für Gerichte, Vertragsgestalter, Verbraucher sowie Unternehmer gleichermaßen bedeutsame Frage, welche Abreden in diesem Bereich *trotz* ihres Charakters als Allgemeine Geschäftsbedingungen einer Inhaltskontrolle entzogen sind oder sein sollten und damit einem deutlich größeren Gestaltungsspielraum der Vertragsparteien unterliegen. Der Schwerpunkt der Betrachtung liegt dabei auf Verträgen über immaterielle, also nicht verkörperte Gegenstände aus den Bereichen des Urheber- und IT-Rechts. Es gilt: Je weniger physisch greifbar der Gegenstand, desto wichtiger die vertragliche Ausgestaltung seiner konkreten Eigenschaften, desto relevanter die Frage, inwieweit diesbezüglich eine inhaltliche Kontrolle durch die Gerichte zulässig ist.

### I. Gegenstand der Untersuchung

Die Antwort auf die Frage nach der AGB-rechtlichen Kontrollunterworfenheit kann nur ja oder nein lauten. Die Klarheit des zu ermittelnden Ergebnisses täuscht jedoch hinweg über die Schwierigkeiten auf dem Weg dorthin.<sup>1</sup> Die Handhabung der Problematik durch die Rechtsprechung begegnet seit jeher deutlicher Kritik:

„Die Rechtsprechung kontrolliert nicht, wo sie darf, sondern wo sie will.“<sup>2</sup>

„Erlaubt ist's (zu kontrollieren), wenn's missfällt.“<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Dazu bereits *Brownsword/Howells*, *The Journal of Business Law* 1995, 243, 247: „Such a simple Statement, however, hardly does justice to the complexity of the matter.“

<sup>2</sup> *Roth*, *AcP* 1990, 292, 314.

<sup>3</sup> *Westermann*, in: *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 135, 144, so zitiert von *Dylla-Krebs*, S. 19.

Normativ im nationalen Recht verankert ist die sogenannte „Kontrollsperr“ seit der Schuldrechtsmodernisierung des Jahres 2002 im Rahmen des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB, zuvor im Rahmen des fast wortgleichen § 8 AGBG a. F.:

„Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.“

Neben der Auseinandersetzung über den stets als unklar,<sup>4</sup> ungewiss<sup>5</sup> oder undeutlich<sup>6</sup> bezeichneten Wortlaut der Norm brechen sich in deren Rahmen Diskussionen über das Verhältnis von Privatautonomie zu staatlicher Kontrolle ebenso Bahn,<sup>7</sup> wie über generelle Urheberschutzwägungen.<sup>8</sup> Die Rechtsprechung nutzt die sich aus der Unklarheit ergebenden Spielräume, um je nach Vertragstyp im Einzelfall unterschiedlich großzügig verfahren zu können.<sup>9</sup> Obwohl sich auf diese Weise zahlreiche unterschiedliche Ansätze herausgebildet haben, wie die Frage der Kontrollunterworfenheit zu beurteilen ist, sind im Wesentlichen zwei zu Grunde liegende Begründungsmuster festzustellen, welche einzeln oder auch kumulativ herangezogen werden. Vorrangig wird nach wie vor auf den Wortlaut der Norm abgestellt und gefragt, ob die zur Untersuchung stehende Klausel eine *Abweichung oder Ergänzung von Rechtsvorschriften* beinhalte. Ist dies der Fall, tritt die Rechtsprechung ohne Umschweife in die Inhaltskontrolle ein. Das Verständnis der „Rechtsvorschriften“ ist indes denkbar weit. Nach Ansicht des BGH sind hierunter

„nicht nur Gesetzesvorschriften im materiellen Sinn zu verstehen. Die Norm gestattet vielmehr – insbesondere beim Fehlen dispositivgesetzlicher Normen – eine Inhaltskontrolle auch solcher AGB-Klauseln, die vertragsnatürliche wesentliche Rechte und Pflichten zum Nachteil des Vertragspartners einschränken oder sonst gegen allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze verstoßen. Hierzu gehören auch alle ungeschriebenen Rechtsgrundsätze, die Regeln des Richterrechts oder die auf Grund ergänzender Auslegung nach §§ 157, 242 BGB und aus der Natur des jeweiligen Schuldverhältnisses zu entnehmenden Rechte und Pflichten.“<sup>10</sup>

<sup>4</sup> So *Lieb*, in: FS Ulmer, 1231, 1242. Ähnlich auch *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, BGB § 307 Rn. 14: „Inhalt und Tragweite dieser Norm kommen in ihrem Wortlaut nur unvollkommen zum Ausdruck.“

<sup>5</sup> So *Armbrüster*, DNotZ 2004, 437, 442.

<sup>6</sup> So *Lieb*, DNotZ 1989, 274, 286.

<sup>7</sup> Vgl. dazu auch die Anm. von *Soppe*, in: BGH GRUR 2012, 1031, 1040 – *Honorarbedingungen Freie Journalisten*, der schon in der strengen Anwendung des Transparenzgebotes bei Hauptleistungspflichten eine „Gefahr der Aufweichung“ der Kontrollfreiheit des Kernbereiches privatautonomer Vertragsgestaltung sah.

<sup>8</sup> *Berberich*, ZUM 2006, 205, 207 spricht von Rechkatalogen als „Umgehungskatalogen“, ähnlich *Hoeren*, ZGE 2013, 147; *Kasten*, ZUM 2010, 130, 132. Dagegen *Kuck*, GRUR 2000, 285, 289: „falscher Problemlösungsansatz“, sowie *Dorner*, MMR 2011, 780, 784 und *Czychowski*, in: FS Wandtke, 151, 156: Für eine höhere Vergütung der Urheber sei das AGB-Recht das „falsche Vehikel“.

<sup>9</sup> *Dylla-Krebs*, S. 19; *Billing*, S. 3 und S. 90 m. w. N.

<sup>10</sup> So BGH NJW 2013, 3716, Rn. 20.

Ein solch weites Verständnis korreliert mit einem engen Bereich der Kontrollfreiheit.<sup>11</sup> Das Tatbestandsmerkmal selbst verliert auf diese Weise jedoch nahezu vollständig seine Kontur.

Über einen am Normwortlaut orientierten Umweg gelangt die Rechtsprechung des BGH<sup>12</sup> sodann zu ihrem zweiten Ansatz. Da die Hauptleistungspflichten eines Vertrages stets Gegenstand individueller Parteivereinbarungen und im nicht preisregulierten Markt nicht gesetzlich determiniert seien, werde insoweit auch nicht von Rechtsvorschriften abgewichen und diese ergänzt, sodass sie einer Inhaltskontrolle nicht unterlägen.<sup>13</sup> Ohne diese weitere Einschränkung inhaltlich zu begründen, heißt es sodann, es verbleibe

„für die der Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung nur der enge Bereich der Leistungsbezeichnungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann.“<sup>14</sup>

Auch das zu Grunde liegende Unionsrecht kennt mit Art. 4 Abs. 2 der RL 93/13/EWG (der sogenannten „Klauselrichtlinie“) eine Grenze der Inhaltskontrolle. Die jeweils national unterschiedlichen Umsetzungen sowie die bereits angesprochenen Unsicherheiten bei der Bestimmung des kontrollfreien Bereichs führten insoweit jedoch bereits zu Erwägungen, diese ganz abzuschaffen und damit alle vom sachlichen Anwendungsbereich erfassten Klauseln einer inhaltlichen Kontrolle zu unterwerfen.<sup>15</sup>

Mit der vorliegenden Arbeit soll nun die Frage untersucht werden, ob und inwieweit § 307 Abs. 3 S. 1 BGB einer Inhaltskontrolle im Bereich der immateriellen Gegenstände entgegenstehen kann beziehungsweise soll sowie ob die zur Abgrenzung bislang herangezogenen Kriterien dafür tauglich sind. Sollten sich diese als untauglich erweisen, ist zu fragen, wie stattdessen eine praxistaugliche und dogmatisch schlüssige Lösung aussehen könnte. Welche Folgen aus einer etwaigen Kontrollunterworfenheit zu ziehen sind, bleibt indes der weiteren Forschung und Praxis vorbehalten. Der Arbeit liegt die These zu Grunde, dass die Frage nach der Zulässigkeit einer Inhaltskontrolle streng von deren letztendlicher Durchführung zu trennen ist und allein die Bejahung der inhaltlichen Kontrollunterworfenheit keine Vorwegnahme der Zulässigkeit oder Un-

<sup>11</sup> Vgl. auch *Däubler*, in: *Däubler/Bonin/Deinert*, BGB § 307 Rn. 267.

<sup>12</sup> Demgegenüber stellt der zweite Senat des BAG einzig auf das Kriterium der Abweichung von Rechtsvorschriften ab, vgl. BAG NZA 2016, 351, 352 Rn. 15.

<sup>13</sup> BGH NJW 2010, 150, 152; BGH NJW 2010, 2789, 2790.

<sup>14</sup> St. Rspr., vgl. BGH BeckRS 2019, 16626; BGH NJW 2018, 534, Rn. 15 – *Datenautomatik*; BGH NJW 2014, 1658, 1660 Rn. 27; BGH NJW 2001, 2014, 2016 sowie schon BGH NJW-RR 1993, 1049, 1050.

<sup>15</sup> Vgl. den Bericht der Kommission über die Anwendung der Klauselrichtlinie, KOM(2000) 248 endg., S. 17. Auch für das AGBG a. F. wurde ähnliches gefordert, vgl. *Schaaf*, S. 94 m. w. N.

zulässigkeit bestimmter Klauseln darstellt.<sup>16</sup> Dass auch bei Bejahung der Kontrollunterworfenheit eine durchaus differenzierte Handhabung selbst der hoch umstrittenen Klauseln zum Umfang eingeräumter urheberrechtlicher Nutzungsrechte möglich ist, zeigen etwa die Überlegungen *Hoerens* bereits im Zuge der Urheberrechtsreform 2002.<sup>17</sup>

## II. Forschungsstand und inhaltliche Abgrenzung

Die Frage nach Grund und Grenze der richterlichen Inhaltskontrolle im Privatrecht ist freilich nicht neu. Sie bildete auch häufig bereits den Schwerpunkt wissenschaftlicher Untersuchungen. Allen voran entwickelte *Fastrich* auf Basis der rechtstheoretischen Grundlagen, insbesondere der von *Schmidt-Rimpler* entwickelten Theorie der Richtigkeitsgewähr,<sup>18</sup> die Basis für ein rechtsbereichsübergreifendes Verständnis der Inhaltskontrolle im Allgemeinen sowie speziell in Bezug auf Allgemeine Geschäftsbedingungen.<sup>19</sup> Danach begründete der Vertragsschluss die Vermutung der Richtigkeit seines Inhalts im Sinne einer materiellen Vertragsgerechtigkeit sowohl in objektivem als auch subjektivem Sinne. Nur wo diese Richtigkeitsgewähr abgrenzbar und nachhaltig versage, könne die Inhaltskontrolle eingreifen.<sup>20</sup>

Im Folgenden legte *Lorenz* in seiner Habilitationsschrift zum unerwünschten Vertrag seinen Schwerpunkt ausdrücklich auf Fragen der Abschlussfreiheit und Vertragsbindung und klammerte Fragen der Inhaltskontrolle aus, soweit sie nicht auf eine vollständige Lösung vom Vertrag gerichtet waren.<sup>21</sup> *Drexl* ging, aufbauend auf *Fastrichs* Erkenntnissen, insbesondere aus verbraucherrechtlicher Sicht der Frage nach dem Versagen formaler Privatautonomie und Wettbewerb bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach.<sup>22</sup> Dieser Umstand sei grundsätzlich zur Kenntnis zu nehmen, dahinter stehe jedoch keine monokausale Begründung, sondern verschiedene Ursachen.<sup>23</sup> Dem folgte auch *Hellwege*,<sup>24</sup> welcher jedoch auf Grund dieser vielfältigen Begründungsansätze die vorherrschende Auffassung einer einheitlichen Inhaltskontrolle ablehnte und forderte, zwei unabhängige Formen der Inhaltskontrolle anzunehmen und die konkrete Ausgestaltung jeweils danach zu bestimmen, ob ein individueller oder ein überindividueller Schutz bezweckt werde.<sup>25</sup>

<sup>16</sup> So auch *Berberich*, MMR 2010, 736, 739, a. A. *Billing*, S. 148.

<sup>17</sup> Vgl. *Hoeren*, Die Vertragsgestaltung in der Filmauftragsproduktion, 26 ff.

<sup>18</sup> Umfassend dazu zuletzt *Wendland*, S. 208 ff.

<sup>19</sup> *Fastrich*, S. 51 ff.

<sup>20</sup> *Fastrich*, S. 56.

<sup>21</sup> *Lorenz*, S. 4.

<sup>22</sup> *Drexl*, S. 329 ff.

<sup>23</sup> *Drexl*, S. 340.

<sup>24</sup> *Hellwege*, S. 568.

<sup>25</sup> *Hellwege*, S. 565 f.

Zuletzt widmeten sich *Axer*<sup>26</sup> sowie *Wendland*<sup>27</sup> der Thematik mit einem Schwerpunkt auf dem unternehmerischen Geschäftsverkehr. Letzterer folgt der Unterscheidung *Hellweges* zwischen einem individualschützenden und einem überindividuellen Begründungsmodell,<sup>28</sup> widersetzt sich im Rahmen der individualschützenden Inhaltskontrolle jedoch vehement dem in vorstehenden Untersuchungen angeklungenen Argument einer Kompensation von Vertragsimparität durch Wettbewerb.<sup>29</sup>

Die Frage der Kontrollunterworfenheit tauchte zudem auch als Aspekt spezifisch rechtsbereichs-, vertrags- oder gar klauselbezogener Untersuchungen auf. So widmete sich *Donle* im Rahmen seiner Untersuchung der urheberrechtlichen Übertragungszwecklehre bereits im Jahr 1993 auch der Frage, inwieweit das AGB-Recht auf urheberrechtliche Nutzungsvereinbarungen Anwendung finden kann, insbesondere vor dem Hintergrund des Kriteriums kontrollfreier Hauptleistungspflichten.<sup>30</sup> Dabei sprach er sich für eine umfassende Kontrolle von den Vertragszweck überschreitenden Rechteerläumungen aus.<sup>31</sup> Auch *Schaaf* untersuchte, inwieweit das AGB-Recht der umfangreichen Erläumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte gegen Pauschalzahlung entgegensteht, orientierte sich dabei jedoch maßgeblich am Kriterium der Abweichung von Rechtsvorschriften und der Frage der Kontrollfähigkeit.<sup>32</sup> Im Ergebnis sprach er den §§ 31 Abs. 5, 88 Abs. 2 UrhG hinreichende Substanz zu, um als Maßstab einer Abweichung von der gesetzgeberischen Interessenbewertung herangezogen werden zu können.<sup>33</sup> Im Rahmen einer Untersuchung Allgemeiner Versicherungsbedingungen, Kreditsicherungsabreden und Entgeltklauseln von Banken und Sparkassen sprach sodann *Billing* von einer „tendenzielle(n) Funktionslosigkeit von § 307 III 1 BGB in der Praxis“<sup>34</sup> und kam zu dem Schluss, dass der Norm lediglich eine deklaratorische Funktion ohne eigene materielle Bedeutung zukomme.<sup>35</sup>

Einen noch engeren Zuschnitt wählte *Braun* und untersuchte konkret die Zulässigkeit von Verfügbarkeitsklauseln in sogenannten *Service Level Agreements*, wobei er sich ebenfalls mit deren Kontrollunterworfenheit nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB auseinandersetzte.<sup>36</sup> Dabei räumt er der Norm durchaus materielle Bedeutung ein,<sup>37</sup> die zuvor geschilderte von *Billing* vertretene Auffassung

---

<sup>26</sup> *Axer*, S. 40 ff.

<sup>27</sup> *Wendland*, S. 285 ff.

<sup>28</sup> *Wendland*, S. 467 f.

<sup>29</sup> *Wendland*, S. 475 ff.

<sup>30</sup> *Donle*, S. 246 ff.

<sup>31</sup> *Donle*, S. 249 f.

<sup>32</sup> *Schaaf*, S. 92 ff.

<sup>33</sup> *Schaaf*, S. 104 f.

<sup>34</sup> So *Billing*, S. 6.

<sup>35</sup> *Billing*, S. 166.

<sup>36</sup> *Braun*, S. 57 ff.

<sup>37</sup> *Braun*, S. 94 f.

einer lediglich klarstellenden Funktion lehnte er ausdrücklich ab.<sup>38</sup> Im Rahmen seiner Untersuchung negativer Beschaffenheitsvereinbarungen beim Kauf digitaler Güter ordnete sodann *Mackenrodt* entsprechende Abreden im Grundsatz dem kontrollfreien Bereich der Hauptleistungen zu.<sup>39</sup> Im Einzelfall sei die Frage jedoch auch unter Heranziehung markt- und wettbewerbsbezogener Kriterien zu beurteilen.

Vor dem Hintergrund des vorstehend Geschilderten verkennt der Verfasser nicht die breiten Schultern, auf denen sich die nachfolgende Untersuchung bewegt. Ein Anknüpfen und Fortführen der Diskussion erscheint dennoch sachgerecht. Bis heute besteht weder Einigkeit im Hinblick auf die dogmatische Begründung der Inhaltskontrolle,<sup>40</sup> noch ist – wie im Rahmen des ersten Abschnitts zu zeigen sein wird – eine einheitliche Linie der Rechtsprechung erkennbar. Der inhaltliche Zuschnitt dieser Arbeit – beschränkt auf Verträge über immaterielle Gegenstände des Urhebervertrags- und IT-Rechts (dazu sogleich näher unter III.) – bewegt sich zudem in gewisser Weise zwischen den existenten Abhandlungen.

Es soll einerseits nicht erneut der Versuch unternommen werden, das Institut der Inhaltskontrolle grundlegend und rechtsbereichsübergreifend aufzuarbeiten, andererseits soll auch keine auf einen Vertrag oder gar eine Klausel beschränkte Untersuchung stattfinden. Die §§ 305 ff. BGB als allgemein schuldrechtliche Vorschriften haben einheitlichen Regeln zu folgen, unabhängig davon, ob sie im Rahmen des Urhebervertragsrechts oder des Versicherungsvertragsrechts Anwendung finden. Ein gewisses Maß an Abstraktion sowie die verfassungs- und unionsrechtliche Einordnung der Inhaltskontrolle ist daher auch vorliegend erforderlich. Gleichzeitig gebietet ein umfassendes Feld wie das des Urhebervertrags- und IT-Rechts eine inhaltliche Beschränkung. Die Untersuchung ist daher auf die Frage der Kontroll*unterworfenheit* begrenzt und beantwortet nicht die (nachgelagerte) Frage, welche Klauseln der Inhaltskontrolle – sofern denn eröffnet – letztlich standhalten, oder anhand welcher Maßstäbe sie zu messen sind. Auch oftmals gegen die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr vorgebrachte Kritikpunkte – etwa, dass die Anforderungen an die Annahme einer Individualvereinbarung zu hoch und praktisch kaum erfüllbar, oder der angelegte Maßstab trotz § 310 Abs. 1 BGB stark an verbraucherrechtlichen Wertungen orientiert sei – können daher nur am Rande gestreift werden.<sup>41</sup>

Ziel ist demgegenüber, zunächst einen systematischen und repräsentativen Überblick über die aktuelle Rechtsprechung zur Kontrollunterworfenheit aus

<sup>38</sup> *Braun*, S. 69 f.

<sup>39</sup> *Mackenrodt*, S. 141.

<sup>40</sup> So zuletzt *Wendland*, S. 467, vgl. auch *Steinmetz*, in: Schwarz, Handbuch Filmrecht, 105. Kapitel, Rn. 9.

<sup>41</sup> Umfassend dazu *Wendland*, S. 4 ff. sowie S. 923 ff.; *Maier-Reimer*, NJW 2017, 1, 3 f.; *Pfeiffer*, NJW 2017, 913, 915 f. sowie 917 f.; *Leuschner*, Forschungsprojekt AGB-Recht, S. 10.

den Bereichen des Urhebervertrags- und IT-Rechts zu bieten. Diese Bereiche sind – wenn überhaupt – bislang nur punktuell und nicht übergreifend betrachtet worden. Zudem fehlt es den Untersuchungen häufig an der Einbeziehung unionsrechtlicher Anforderungen, insbesondere in Form der Rechtsprechung des EuGH zur Klauselrichtlinie. Auch Fragen zur möglicherweise notwendigen Angleichung beider Systeme bleiben so häufig außer Betracht.

Schließlich fehlt es den bisherigen Abhandlungen bei aller dogmatischen Schärfe der Untersuchung der Kontrollunterworfenheit meist an konkreten Handlungsvorschlägen für die Rechtspraxis. Nach umfassender Beurteilung des Schutzgrundes der Inhaltskontrolle erschöpft sich die Antwort auf die Frage nach den einer Inhaltskontrolle entzogenen Klauseln meist in einem pauschalen Verweis auf „Entgeltabreden und Leistungsbeschreibungen“<sup>42</sup> bzw. das „Preis-Leistungsverhältnis“.<sup>43</sup> Nach welchem Schema und anhand welcher Kriterien die äußerst komplexe Frage zu bestimmen ist, welche Klauseln darunter fallen, bleibt meist offen. Hier Vorschläge anhand konkreter Fallbeispiele zu unterbreiten, möchte diese Arbeit unternehmen.

### III. Bezug der Fragestellung zum Urhebervertrags- und IT-Recht

Das Thema der anzustellenden Untersuchung ist rechtsbereichsübergreifend von Relevanz. Der Zuschnitt auf die beiden gewählten Felder bietet sich jedoch aus mehreren Gründen an. Zunächst erlangt die Vertragsgestaltung auf Grund des Fehlens eines körperlichen Bezugsobjektes bei immateriellen Gegenständen eine erhebliche Bedeutung.<sup>44</sup> Dies gilt insbesondere für die Bereiche des Urhebervertrags- und IT-Rechts<sup>45</sup> mit ihrer „nahezu uferlosen Mannigfaltigkeit von Gestaltungsoptionen“.<sup>46</sup> Parallel dazu wächst die Bedeutung der Frage nach dem Umfang eines etwaig kontrollfreien Bereichs. Überdies lassen sich anhand der weitgehend fehlenden gesetzlich kodifizierten Leitbilder Schwächen althergebrachter Begründungsmuster erkennen. In der Rechtspraxis sticht dabei insbesondere der Bereich des Urhebervertragsrechts aus der Masse der im Rahmen der §§ 305 ff. BGB behandelten Fälle hervor. Anders als in nahezu allen sonstigen Rechtsbereichen zieht die Rechtsprechung bei Verträgen über urheberrechtliche Nutzungsrechte einen sehr weiten Bereich kontrollfreier Abreden. Wo ansonsten ohne großes Zögern Leitbilder aufgefunden oder *ad*

<sup>42</sup> *Hellwege*, S. 576.

<sup>43</sup> *Drexl*, S. 359.

<sup>44</sup> So für den Bereich des Urhebervertragsrechts etwa *Wandtke*, in: *Zehn Jahre reformiertes Urhebervertragsrecht*, 101, 120.

<sup>45</sup> In zahlreichen Fällen überschneiden sich beide Bereiche. Der Versuch einer Abgrenzung wird unternommen im Rahmen des Abschnitts B. I. (Urhebervertragsrecht) und des Abschnitts B. II. (IT-Recht).

<sup>46</sup> So zum Begriff der Digitalen Leistungen zuletzt *Auer*, *ZfPW* 2019, 130.

*hoc* entwickelt werden, legt die Rechtsprechung insoweit seit Jahrzehnten eine unverkennbare Zurückhaltung beim Einstieg in die Inhaltskontrolle an den Tag. Die Handhabung der Norm ist damit uneinheitlich. Ziel kann freilich nicht die abschließende Beantwortung der Frage nach Kontrollunterworfenheit jeglicher nachfolgend genannter Klauseln sein. Vielmehr geht es um die systematische Einordnung dieser Frage und das Auffinden eines zweckkonformen Ansatzes zu ihrer Beantwortung. Die im Einzelnen gefundenen Ergebnisse sind als Lösungsvorschläge zu verstehen und sollen die grundsätzliche Praxistauglichkeit des Ansatzes belegen.

#### IV. Verlauf der Untersuchung

Da die zu Grunde liegende Fragestellung nicht neu ist, beginnt die nachfolgende Untersuchung gewissermaßen mit einem Beleg ihrer eigenen Daseinsberechtigung. Der erste Abschnitt stellt zentrale Anwendungsfälle aus den Bereichen des Urhebervertrags- und IT-Rechts zusammen, anhand derer die Behandlung der Frage nach der Kontrollunterworfenheit in Rechtsprechung und Literatur verdeutlicht werden soll. Ein Zwischenergebnis abstrahiert die als gemeinsam erkannten Schwierigkeiten und legt diese der weiteren Untersuchung zu Grunde.

Der zweite Abschnitt löst sich sodann von dem inhaltlichen Zuschnitt auf das Urhebervertrags- und IT-Recht und beleuchtet zunächst die hinter der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen stehenden Aspekte der Vertragsfreiheit auf Basis nationaler und europäischer Grundrechte. Ist die Einordnung in den primärrechtlichen Kontext erfolgt, widmet sich die Arbeit dem einschlägigen europäischen Sekundärrecht in Form der Klauselrichtlinie 93/13/EWG. Deren Genese und Anwendungsbereich, insbesondere aber die auf dieser Basis ergangene Rechtsprechung des EuGH zur Frage der Kontrollunterworfenheit wird untersucht, um sich auf dieser Basis dem Schutzgrund der unionsrechtlichen Inhaltskontrolle anzunähern. Die gleiche Aufgabe stellt sich sodann auf Basis der nationalen Vorschriften des BGB. Dabei werden die bis heute anzutreffenden Theorien für den Grund der verhältnismäßig strengen Inhaltskontrolle von AGB überblicksartig dargestellt und diskutiert. Auf Basis des für zutreffend erachteten Ansatzes werden etablierte Abgrenzungskriterien untersucht und neue herausgearbeitet, anhand derer die Frage der Kontrollunterworfenheit im Einzelfall beurteilt werden kann. In einem Zwischenergebnis werden die gefundenen Erkenntnisse zusammengefasst. Der abschließende dritte Abschnitt unternimmt sodann den Versuch, die abstrakt gefundenen Erkenntnisse des zweiten Abschnitts auf die eingangs im ersten Abschnitt dargestellten Klauseln anzuwenden und so den Kreis zu schließen.

Da in Rechtsprechung und Forschung keine einheitliche Diktion herrscht, sei diese im Interesse eines besseren Verständnisses vorab für den weiteren Verlauf der Untersuchung festgelegt: Die Bezeichnung „kontrollunterworfen“ meint, dass eine Klausel der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB unterliegt und insbesondere nicht gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB von dieser ausgenommen ist. Andernfalls ist sie „kontrollfrei“. Ist eine Klausel „kontrollfähig“, meint dies demgegenüber, dass auch geeignete rechtliche Maßstäbe für die inhaltliche Beurteilung bestehen. Diese können etwa aus den §§ 308, 309 BGB, aus gesetzlichen Leitbildern im Rahmen des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB oder der Natur des Vertrages (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB) folgen. Auch richterrechtlich bestehende oder ggf. zu entwickelnde Grundsätze sind tauglicher Prüfungsmaßstab, ebenso wie eine mittelbare Drittwirkung von Grundrechten.<sup>47</sup> Ob die Frage der Kontrollfähigkeit jedoch überhaupt ein Problem der Kontrollunterworfenheit darstellt und ob es gegebenenfalls Fälle gibt, in denen eine Klausel kontrollunterworfen, tatsächlich aber nicht kontrollfähig ist, sei Gegenstand der weiteren Untersuchung. Ist eine Klausel „kontrollbedürftig“, meint dies, dass sie unter den Schutzzweck der Inhaltskontrolle fällt und damit – sofern keine Ausschlussgründe bestehen – auch kontrollunterworfen sein sollte.

---

<sup>47</sup> H. Schmidt, in: BeckOK BGB, BGB § 307 Rn. 30.



## B. Erster Abschnitt: Zentrale Anwendungsfälle – eine Bestandsaufnahme

Im Interesse thematischer Abgrenzung und zur Sicherstellung des Praxisbezugs seien im Folgenden repräsentative Fallgruppen aus dem Bereich der Verträge über immaterielle Gegenstände beschrieben, bei denen sich die Frage nach der Kontrollunterworfenheit von Abreden in AGB stellt – oder zumindest stellen sollte. Deren Behandlung in Rechtsprechung und Literatur wird überblicksartig dargestellt. Auf Grund der Vielzahl denkbarer Anwendungsfälle kann dieser Überblick freilich keinen Anspruch auf Vollständigkeit haben und ist lediglich als Auswahl der dem Verfasser am prägnantesten und wichtigsten erscheinenden Fälle zu verstehen.<sup>1</sup> Für die Abschnitte des Urheberrechts sowie des IT-Rechts erfolgt jeweils zunächst eine tatsächliche Darstellung der verschiedenen Vertragstypen und Fallgruppen, um sodann die rechtliche Behandlung darin wiederkehrender Klauseln zu verdeutlichen.

### I. Urhebervertragsrecht

Die mit Abstand am langwährendsten<sup>2</sup> und intensivsten geführte Diskussion um die inhaltliche Kontrollunterworfenheit findet sich im Bereich der Verträge über urheberrechtliche Nutzungsrechte. Deren Einräumung ist stets maßgeblicher Bestandteil eines jeden Vertrages in der Rechtekette.<sup>3</sup> Typischerweise treten daneben flankierende Regelungen zu Rechtsgarantien, Ablieferung und Herstellung des Werkes, Auswertungs- und Enthaltungspflichten und bisweilen auch Wettbewerbsverbote.<sup>4</sup> Maßgeblicher Kern der Vereinbarung ist in der Regel jedoch die Einräumung von Nutzungsrechten gegen entsprechende Vergütung. Während auf erster Stufe (dem sogenannten primären Urhebervertragsrecht<sup>5</sup>) der eigentliche Werkurheber mit einem Produzenten oder anderen Verwerter kontrahiert, schließt auf zweiter Stufe der Verwerter wiederum Ver-

---

<sup>1</sup> Weitere Beispiele finden sich etwa bei *Druschel*, S. 70 ff.

<sup>2</sup> Vgl. insoweit bereits BGH GRUR 1979, 637 – *White Christmas*.

<sup>3</sup> Vgl. nur zum Bereich der Filmverträge *Blank/Kummermehr/Diesbach*, in: *Berger/Wündisch*, § 19 Rn. 28.

<sup>4</sup> *Soppe*, in: *BeckOK UrhR*, UrhG § 31 Rn. 8 ff.

<sup>5</sup> *Soppe*, a. a. O., Einleitung zu UrhG § 31.

träge etwa mit Vertrieben, Verleihern oder Subverlagen (sogenanntes sekundäres Urhebervertragsrecht).<sup>6</sup> Schließlich wird der letzte Verwerter der Lizenzkette Verträge mit dem Endnutzer oder einem nicht selbst verwertenden Lizenznehmer schließen, was sich auf Grund der eigenständigen Problemkreise sinnvollerweise auch als eigene, dritte Stufe (und damit tertiäres Urhebervertragsrecht) begreifen lässt.<sup>7</sup> Nicht unterschätzt werden darf dabei jedoch der faktische Einfluss des sekundären Urhebervertragsrechts auf das primäre. Ist der Verwerter gegenüber seinen Vertragspartnern zur umfassenden Rechteeinräumung verpflichtet, sieht er sich gezwungen, entsprechende Rechte auch von den Urhebern selbst einzuholen.<sup>8</sup> Aus praktischen Gründen ist es für Verwerter fremder urheberrechtlicher Leistungen dabei zwingend, den Erwerb (und auch die Weitergabe) von Rechten formularmäßig auszugestalten, um einerseits der Spezifizierungslast des Übertragungszweckgedankens gerecht zu werden,<sup>9</sup> andererseits aber die Masse erforderlicher Rechteeinräumungen bewältigen zu können.<sup>10</sup> Dass grundsätzlich die Möglichkeit der Rechteeinräumung mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen besteht, wird allgemein nicht in Zweifel gestellt.<sup>11</sup> Das UrhG enthält keine Einschränkung dahingehend, wie die Einräumung von Rechten zu geschehen hat und auch die Einräumung sämtlicher denkbarer Nutzungsrechte ist grundsätzlich möglich, wie ein Umkehrschluss aus § 31 Abs. 1 UrhG ergibt. Im Folgenden seien besonders praxisrelevante Beispiele zunächst in tatsächlicher und sodann deren Behandlung in rechtlicher Hinsicht dargestellt.

### 1. Fallgruppen

Im Rahmen des primären Urhebervertragsrechts lassen sich die in Bezug auf den Umfang der Kontrollunterworfenheit erwachsenden Probleme anschaulich an den Bereichen Film und Verlag sowie dem Sonderfall der Open-Content-Lizenzen verdeutlichen; auf dritter Stufe ist es insbesondere der Bereich der „digitalen Konsumgüter“ wie Software, Hörbücher und Musik. Allen nachfolgenden Beispielen gemeinsam ist, dass der Umfang der zulässigen Nutzung eines bestimmten, nichtkörperlichen Gegenstandes im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen ausgestaltet wird. Dabei kann es sich sowohl um die Nutzungsbefugnis des Klauselverwenders handeln als auch die seines Vertragspartners. Entsprechend unterschiedlich sind die aus der Verwendung von AGB

<sup>6</sup> Vgl. dazu *Castendyk*, ZUM 2007, 169.

<sup>7</sup> Vgl. dazu *Ohly*, in: FS UrhG, 379.

<sup>8</sup> *Hoeren*, Die Vertragsgestaltung in der Filmauftragsproduktion, S. 5.

<sup>9</sup> Dazu *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 31 Rn. 110 ff. sowie auch Abschnitt B. I. 2. a) aa).

<sup>10</sup> Vgl. *Ernst*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Klauseln (51) Urheberrechts-, Verlagsverträge Rn. 1; *Wandtke/Grunert*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG Vor §§ 31 ff. Rn. 97; *Zurth*, S. 261.

<sup>11</sup> Vgl. nur *Schulze*, in: Dreier/Schulze, Vor § 31 Rn. 14.

erwachsenen Gefahren. Die Frage nach der Kontrollunterworfenheit stellt sich zudem in unterschiedlichen Konstellationen, sowohl gegenüber Verbrauchern als auch Unternehmern und je nach Art des vertragsgegenständlichen Werkes in Bezug auf unterschiedliche Klauseln und Nutzungsarten.

#### a) Film- und Verlagsverträge

Verträge im Film- und Verlagsbereich bewegen sich vorwiegend auf Ebene des primären und sekundären Urhebervertragsrechts. Sie zeichnen sich häufig durch umfangreiche, vorformulierte Rechkataloge aus, welche die dem Klauselverwender einzuräumenden Rechte näher beschreiben.<sup>12</sup> Deren Umfang geht bisweilen spürbar über den unmittelbaren Vertragszweck hinaus<sup>13</sup> und erfasst sämtliche denkbaren Nutzungshandlungen. Die Einräumung wird häufig durch Zahlung einer Pauschalsumme abgegolten, man spricht insoweit von „Buyout-Verträgen“.<sup>14</sup>

Im Rahmen der Filmherstellung ist dabei allgemein zu unterscheiden zwischen Urhebern sogenannter vorbestehender Werke, welche grundsätzlich unabhängig sind von der eigentlichen Verfilmung, und den Werken der Filmurheber, welche nicht getrennt vom Filmwerk verwertbar sind und vollständig darin aufgehen.<sup>15</sup> Hinsichtlich ersterer verpflichten sich Urheber häufig vorab zunächst zur (in der Regel mehrstufigen) Werkerstellung über ein Exposé zum Treatment<sup>16</sup> und sodann zur Erstellung des verfilmungsreifen (früher: „kurbelfertigen“) Drehbuchs.<sup>17</sup> Zwischen Werkschaffung und Rechteeinräumung tritt zudem häufig eine weitere Ebene, die der Optionierung entsprechender Nutzungsrechte. Durch den Optionsvertrag bleibt der Urheber zunächst alleiniger Inhaber sämtlicher Rechte, räumt dem jeweiligen Verwerter jedoch das einseitige Recht ein, diese durch Erklärung innerhalb eines bestimmten Zeitraums exklusiv erwerben zu können und verpflichtet sich, während dieser Zeit nicht darüber zu verfügen.<sup>18</sup> Erst wenn die Option ausgeübt wird, kommt der Verfilmungsvertrag mitsamt Rechteeinräumung zustande. Eine branchenübliche und

<sup>12</sup> Für den Filmbereich vgl. *Blank/Kummermehr/Diesbach*, in: *Berger/Wündisch*, § 19 Rn. 27, für den Verlagsbereich *Wegner*, in: *BeckOK UrhR*, VerLG § 8 Rn. 7.

<sup>13</sup> Dies „bisweilen recht sinnfrei“, so *Berberich*, ZUM 2006, 205, 206 mit Bezug auf Bühnenaufführungsrecht für Brettspielmuster sowie Verfilmungsrechte an Dissertationen.

<sup>14</sup> Vgl. *Stang*, in: *BeckOK UrhR*, UrhG § 79a Rn. 8; *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG Vor §§ 31 ff. Rn. 92 sowie für den Filmbereich umfassend *Datta*, S. 1 ff.

<sup>15</sup> *Diesbach/Vohwinkel*, in: *BeckOK UrhR*, UrhG § 88 Rn. 7, § 89 Rn. 10; *Ohly*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhG Vor §§ 31 ff., Rn. 138 ff.; *Dobberstein/Schwarz*, in: *Schwarz*, Handbuch Filmrecht, 40. Kapitel, Rn. 2 ff.

<sup>16</sup> Zu den Begriffen ausführlich *Manegold/Czernik*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG § 88 Rn. 34.

<sup>17</sup> Vgl. dazu *Wandtke*, in: *Zehn Jahre reformiertes Urhebervertragsrecht*, 101, 116.

<sup>18</sup> Ein Gestaltungsbeispiel findet sich bei *Jäger*, in: *Beck'sche Online-Formulare Vertrag*, Ziff. 21.3.1 Options- und Verfilmungsvertrag.

ebenso umfassende wie pauschale Regelung im Rahmen eines solchen Verfilmungsvertrages lautet etwa:<sup>19</sup>

„Soweit durch die Mitwirkung des Mitarbeiters Urheber-, Leistungs- oder sonstige Rechte entstehen, räumt der Mitarbeiter hiermit der Firma zeitlich und räumlich unbegrenzt, unwiderruflich und exklusiv alle Nutzungsrechte und – soweit rechtlich zulässig – für alle Nutzungsarten sowie alle hieran bestehenden vermögensrechtlichen und sonstigen Befugnisse ein, die die Firma oder ihre Auftraggeber im Rahmen der umfassenden Auswertung des Werkes in allen Medien und für alle Ausführungsformen – mit und ohne technischen Hilfsmitteln – benötigt und die mit dem vereinbarten Honorar abgegolten sind bzw. werden.“

Die im Einzelnen denkbaren Nutzungsarten werden in der Praxis zusätzlich individuell aufgezählt. Dies ist unmittelbare Folge der herrschenden Rechtsprechung zur sogenannten Übertragungszwecklehre, welche insbesondere in § 31 Abs. 5 UrhG ihren Niederschlag gefunden hat.<sup>20</sup> Die Aufzählung erfolgt entweder im Rahmen des Hauptvertrages selbst oder im Rahmen eines als Anlage beigefügten Rechtekataloges, auf welchen Bezug genommen wird durch die Formulierung:

„Insbesondere, jedoch nicht abschließend, werden hierbei die Rechte gemäß Anlage A eingeräumt.“

Dass nun ein solcher Rechtekatalog etwa zu einem Drehbuchvertrag das Filmherstellungsrecht beinhaltet, liegt auf der Hand. Zur Diskussion stehen jedoch insbesondere Fälle der Weiterentwicklungs- und „Spinn-Off“-Rechte wie Remake-, Prequel, oder Sequel-Rechte sowie Nebenrechte, welche nicht die Auswertung des Films selbst betreffen, sondern vielmehr eine Auswertung in Form derivativer Produkte (bspw. Merchandisingprodukte, Video- und Computerspiele, Tonträger, Bücher, Hörbücher, Bühnenstücke etc.).<sup>21</sup>

Auch im Verlagswesen stellt die Rechteeinräumung beispielsweise für die Gruppe der Journalisten und Fotografen den konfliktträchtigsten Regelungskomplex dar. Unter ihnen können insbesondere die nicht fest angestellten von einem umfassenden „Ausverkauf“ ihrer Rechte betroffen sein.<sup>22</sup> Neben die für das traditionelle Standardgeschäft der Zeitungs- und Zeitschriftenverlage notwendige Rechteeinräumung treten Rechte für die Nutzung im Online-Bereich oder in Apps<sup>23</sup> sowie in Rundfunk und Film<sup>24</sup> und zur werblichen Nut-

<sup>19</sup> So bei BGH GRUR 2014, 556.

<sup>20</sup> Dazu ausführlich Abschnitt B. I. 2. a) aa).

<sup>21</sup> Vgl. *Blank/Kummermehr/Diesbach*, in: *Berger/Wündisch*, § 19 Rn. 27; BGH GRUR 2014, 556.

<sup>22</sup> Vgl. *Pöppelmann*, in: *FS Pfennig*, S. 301 f. und passim.

<sup>23</sup> *Pöppelmann*, a. a. O.

<sup>24</sup> BGH GRUR 2012, 1031, 1032 – *Honorarbedingungen Freie Journalisten*; BGH GRUR 1984, 45, 52 – *Honorarbedingungen: Sendevertrag*.

zung<sup>25</sup>. Zudem werden häufig dispositive Normen über die Begrenzung der Exklusivität von Rechteeinräumungen (etwa § 38 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 sowie Abs. 3 S. 2 UrhG) oder über die Folgen eines Rechterückrufes wegen Nichtausübung (§ 41 Abs. 6 UrhG) abbedungen. Diese Umstände in Kombination führen häufig dazu, dass es gerade freien Journalisten und Fotografen verwehrt ist, ihre Werke anderweit wirtschaftlich zu verwerten, obwohl in zahlreichen Fällen eine Verwertung der eingeräumten Rechte auch seitens des Verlages nicht erfolgt.<sup>26</sup> Ähnlich stellt sich die Situation im klassischen Verlagsbereich dar. Der Vorstellung des Gesetzgebers entspricht es, dass der Verfasser dem Verleger das Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung einräumt (§ 1 VerlG), jedoch nur im Rahmen des konkreten Verlagszwecks und mit den in § 2 Abs. 2 VerlG vorgesehenen Einschränkungen. Davon weichen die meisten Verlagsverträge jedoch ab und erfassen auch zahlreiche oder sämtliche Nebenrechte,<sup>27</sup> wobei unterschieden wird zwischen den „buchnahen“ Nebenrechten wie dem Recht zur Übersetzung, dem Vertrieb als Taschenbuch oder Reprint-Rechten und „buchfernen“ Rechten, etwa dem Verfilmungsrecht.<sup>28</sup> Der gesetzliche Regelfall wird praktisch zur Ausnahme. Die meist auf die primäre Stufe der Lizenzkette beschränkte Diskussion über den Umfang der Rechteeinräumung lässt jedoch häufig außer Betracht, dass sich auch die vermeintlich „starken“ Vertragspartner ihrerseits mit umfassenden Rechkatalogen konfrontiert sehen. Genannt sei etwa das Beispiel der Filmhersteller gegenüber auftraggebenden Sendeanstalten oder Streaming-Plattformen.<sup>29</sup> Auch hier findet die Vertragsgestaltung in der Regel auf „take it or leave it“-Basis statt.<sup>30</sup> Oftmals sind es gerade diese umfangreichen Pflichten des Herstellers, welche ihm keine andere Wahl lassen, als seinen Urhebern gegenüber ebenfalls umfassende Rechteeinräumungen durchzusetzen.<sup>31</sup>

Im Bereich des sekundären Vertragsrechts fehlt es zudem an den §§ 32, 32a UrhG entsprechenden Regelungen, welche auf Vergütungsseite einen Ausgleich anzustreben versuchen.<sup>32</sup> Neben Werkschaffung und Rechteeinräumung treten Garantieverprechen und Freistellungsverpflichtungen im Hinblick auf den Be-

<sup>25</sup> OLG Hamburg GRUR-RR 2011, 293, 301 – *Bauer Achat*.

<sup>26</sup> Vgl. OLG München ZUM 2011, 576, 578.

<sup>27</sup> *Ulmer-Eilfort*, in: *Ulmer-Eilfort/Obergfell*, § 1 Rn. 42.

<sup>28</sup> *Schack*, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 576 Rn. 1150; *Ohly*, in: *Schricker/Loewenheim*, *UrhG Vor §§ 31 ff.* Rn. 102. Vgl. hinsichtlich des Verfilmungsrechts bereits § 2 Ziffer 1 lit. j des Normvertrags für den Abschluss von Verlagsverträgen idF vom 6.2.2014 zwischen dem Verband deutscher Schriftsteller (VS) und dem Börsenverein des deutschen Buchhandels e. V.; abrufbar unter [https://vs.verdi.de/++file++519f379f6f68445ec0000442/download/must\\_Verlagsvertrag.pdf](https://vs.verdi.de/++file++519f379f6f68445ec0000442/download/must_Verlagsvertrag.pdf); zuletzt abgerufen am 14.10.2021.

<sup>29</sup> Dazu *Hoeren*, *Die Vertragsgestaltung in der Filmauftragsproduktion*, S. 3 ff.

<sup>30</sup> *Hoeren*, a. a. O., S. 7.

<sup>31</sup> Ebenso *Czychowski*, in: *FS Wandtke*, 151, 154 f. anhand des Beispiels der Synchronsprecher.

<sup>32</sup> Dazu auch *Hoeren*, *Die Vertragsgestaltung in der Filmauftragsproduktion*, S. 14 f.

stand der Rechte<sup>33</sup> sowie vermehrt Abreden, welche den Vertragspartner über die eigene künstlerische Leistung hinaus zu Werbe- und Marketingmaßnahmen verpflichten. So werden insbesondere Schauspieler und Regisseure verpflichtet, Dreharbeiten oder einen Kinostart im Rahmen ihrer in der Regel reichweitenstarken Social-Media-Kanäle in klar festgelegtem Umfang zu begleiten sowie an einer bestimmten Anzahl an Veranstaltungen teilzunehmen. Eine zusätzliche Vergütung wird dafür meist nicht gezahlt.

Die Vielfalt der Branchen und die Anzahl „betroffener“ Vertragspartner verdeutlicht gleichzeitig die praktische Relevanz der zu untersuchenden Fragestellung, inwieweit entsprechende Abreden der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB unterliegen. Doch die Diskussion nährt sich nicht bloß aus quantitativen Überlegungen, vielmehr findet sie statt inmitten eines zwischen Urhebern und Verwertern seit jeher bestehenden Grundkonfliktes.<sup>34</sup> Auf der einen Seite besteht das Interesse der Urheber und Leistungsschutzberechtigten in der Regel darin, an ihren Werken stets nur die notwendigsten Rechte abzugeben, um die übrigen anderweitig verwerten zu können.<sup>35</sup> Jedenfalls aber möchten sie sämtliche Rechteeinräumungen möglichst umfassend vergütet erhalten und damit am wirtschaftlichen Nutzen, der aus dem Werk gezogen wird, beteiligt werden.<sup>36</sup> Demgegenüber steht das Interesse der Verwerter, eine möglichst umfassende Auswertung des Werkes vornehmen zu können,<sup>37</sup> zugleich aber pauschal abgelden zu können, um Rechtssicherheit bei der eigenen Kalkulation zu haben. Dies ist nicht zuletzt eine Folge der fortschreitenden „Konvergenz der Medien“<sup>38</sup> und der daraus resultierenden Notwendigkeit auf Seiten der Verwerter, zur Erhaltung der eigenen Wettbewerbsfähigkeit auch verschiedene Medienkanäle mit den Inhalten bespielen zu können. Der Interessenwiderspruch wird überdies sozial aufgeladen durch das seit jeher beklagte wirtschaftliche Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien. So sprach die Bundesregierung schon 1989 von der „wirtschaftlichen Übermacht des Verwerter“.<sup>39</sup> Gleiches wurde wiederholt im Rahmen der Urheberrechtsreform 2002<sup>40</sup> und auch wie-

<sup>33</sup> Grohmann, GRUR-Prax 2019, 27, 28; Hoeren, Die Vertragsgestaltung in der Filmauftragsproduktion, S. 5 f.

<sup>34</sup> Vgl. Anm. Soppe zu BGH GRUR 2012, 1031, 1039 – *Honorarbedingungen Freie Journalisten*.

<sup>35</sup> Das Interesse des Urhebers an der Nutzung seines Werkes durch möglichst viele Personen erkannte auch der Gesetzgeber bereits 1962, vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zum Urheberrechtsgesetz, BT-Drs. IV/270, S. 28.

<sup>36</sup> Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 544 Rn. 1083. Im Bereich der Open-Content-Lizenzen ist die Interessenlage freilich eine andere, vgl. dazu Abschnitt B. I. 1. d).

<sup>37</sup> Sehr deutlich Berberich, ZUM 2006, 205, 206: „Tendenz zur Totalauswertung“.

<sup>38</sup> So Anm. Soppe zu BGH GRUR 2012, 1031, 1039 – *Honorarbedingungen Freie Journalisten*.

<sup>39</sup> So der Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen der Urheberrechtsnovelle 1985, BT-Drs. 11/4929, S. 56.

<sup>40</sup> BT-Drs. 14/8058, S. 1.

derum 15 Jahre später im Rahmen der Urheberrechtsreform 2017 hatte sich aus deren Sicht an dieser Situation nichts geändert.<sup>41</sup> Auch in Literatur und Rechtsprechung scheint jedenfalls in Bezug auf diese Bestandsaufnahme im Grundsatz Einigkeit zu herrschen.<sup>42</sup> All diese Umstände bilden den gesellschaftspolitischen Hintergrund der zu untersuchenden Fragestellung.

### b) Softwareverträge

Da auch die Programmierung von Software unter den Voraussetzungen des § 69a Abs. 3 UrhG urheberrechtliche Verwertungsrechte entstehen lässt (§ 69c UrhG), ist die Situation hinsichtlich des Erwerbs entsprechender Nutzungsrechte durch Dritte durchaus vergleichbar mit den vorgenannten Werkarten. Dennoch hat der Softwarebereich in den §§ 69a ff. UrhG eine – wenn auch nicht umfassende – spezielle Kodifizierung erfahren, welche die Notwendigkeit zur Berücksichtigung von Besonderheiten mit sich bringt.<sup>43</sup> Der Begriff der Überlassung meint vorliegend die klassische physische Überlassung eines Datenträgers oder zumindest Datensatzes zum Download (sei es als „Download-to-Own“ [DTO] oder „Download-to-Rent“ [DTR]) für den Betrieb auf dem eigenen Rechner bzw. Server.<sup>44</sup> Nutzungsformen wie das *Application Service Providing* und *Software as a Service* werden unter dem separaten Abschnitt der IT-Verträge behandelt, geht es insoweit doch weniger um Fragen des Urheberrechts, als allgemein vertragsrechtliche Fragen der Ausgestaltung eines Zugangs- und Nutzungsanspruches.<sup>45</sup> Auch Softwareverträge regeln die gewährte Nutzungsberechtigung sowie deren Einschränkungen meist ausdrücklich und sehr konkret.<sup>46</sup> In den weitaus meisten Fällen handelt es sich dabei ebenfalls um Allgemeine Geschäftsbedingungen.<sup>47</sup> Gegenüber Endnutzern ist insoweit die Rede von Endnutzerverträgen bzw. *Enduser License Agreements* (kurz: „EULA“).<sup>48</sup>

Anders als im Rahmen der Film- und Verlagsverträge gestaltet der Klauselverwender insoweit jedoch die Nutzungsbefugnis seines Vertragspartners aus. Statt einer Tendenz zu einem besonders umfangreichen Rechteeumfang ist folg-

<sup>41</sup> BT-Drs. 18/8625, S. 1.

<sup>42</sup> Vgl. nur aus jüngerer Zeit *Lucas-Schloetter*, GRUR 2017, 235, 236, *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 542 Rn. 1080: „an wirtschaftlicher Macht wie rechtlicher Erfahrung hoffnungslos unterlegen“; sowie schon *Nordemann*, GRUR 1978, 88, 90: „Will einer nicht so, wie er soll, so warten schon zwei andere darauf, an seine Stelle treten zu können.“. Aus der Rspr. vgl. statt vieler KG GRUR-RR 2012, 362, 365.

<sup>43</sup> Einen Überblick über den Urheberrechtsschutz von Software bietet *Meyer*, S. 44 ff.

<sup>44</sup> Vgl. zu diesen beiden Ausprägungen *Ganzhorn*, S. 43.

<sup>45</sup> Siehe Abschnitte B. II. 1. b) und B. II. 1. d). Auf diese technisch bedingte Notwendigkeit der rechtlichen Würdigung weist auch *Zech*, ZGE 2013, 368, 370 hin.

<sup>46</sup> Vgl. *Redeker*, IT-Recht, Rn. 75 sowie *Hoeren*, Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Internet- und Softwareverträgen, S. 64 Rn. 9.

<sup>47</sup> Vgl. *Baus*, S. 209.

<sup>48</sup> *Wiesemann*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, § 24 Rn. 116.

lich häufig eine deutliche Einschränkung der Befugnisse zu beobachten. Die den Nutzern auferlegten Vertragsbedingungen sind bisweilen derart restriktiv, dass eine strikte Beachtung eine sinnvolle Benutzung äußerst erschweren oder gar unmöglich machen würde.<sup>49</sup> Ein Verstoß gegen die Nutzungsbedingungen kann, die Wirksamkeit vorausgesetzt, eine reine Vertragsverletzung darstellen, aber auch – und durchaus auch zugleich – eine Verletzung des Urheberrechts.<sup>50</sup>

Was dem Vertragspartner nicht gestattet sein soll, wird im Rahmen des juristischen Diskurses häufig pauschal als „Nutzungsbeschränkung“ bezeichnet.<sup>51</sup> Tatsächlich verbirgt sich dahinter oftmals eine schlicht von vornherein beschränkte Rechteeinräumung, welche freilich zur Folge hat, dass „dem Softwareanwender bestimmte Nutzungshandlungen verwehrt“<sup>52</sup> sind, nicht jedoch auf Grund einer Beschränkung einer an sich existenten Freiheit, sondern auf Grund einer von vornherein nur (dinglich) beschränkt eingeräumten Rechtsposition. Häufig ist die Frage aufgeworfen, was noch als konstitutive Beschreibung des Vertragsgegenstandes anzusehen ist und was diesen nachträglich einschränkt.<sup>53</sup>

Im Wesentlichen können vorliegend relevante Abreden danach unterschieden werden, ob sie den zulässigen Umfang der Softwarenutzung ausgestalten oder Regelungen zu deren Verkehrsfähigkeit treffen. In Bezug auf letztere sehen Nutzungsvereinbarungen ebenso explizite wie restriktive Regelungen vor. Gebräuchlich ist, die Weitergabe erworbener Software entweder von der Zustimmung des Lizenzgebers abhängig zu machen, oder von vornherein vollständig zu untersagen.<sup>54</sup> Bisweilen wird differenziert zwischen Weiterveräußerungsverboten und Weitervermietungsverboten.<sup>55</sup> Nur vereinzelt sind Klauseln anzutreffen, welche den Versuch unternehmen, die Weitergabe nicht-körperlicher Gegenstände derjenigen der analogen Welt anzunähern.<sup>56</sup>

„Der Käufer darf die Vertragsgegenstände einem Dritten nur einheitlich und unter gleichzeitiger, vollständiger und endgültiger Aufgabe der eigenen Nutzung der Vertragsgegenstände überlassen.“

<sup>49</sup> Vgl. *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137.

<sup>50</sup> Vgl. zuletzt ausdrücklich BGH GRUR 2017, 266, 270 Rn. 46 – *World of Warcraft I*.

<sup>51</sup> Vgl. *Baus*, S. 6.

<sup>52</sup> So die von *Baus*, a. a. O. verwendete Definition der Nutzungsbeschränkung.

<sup>53</sup> Vgl. nur BGH GRUR 2003, 416, 418 – *CPU-Klausel*, welcher beständig zwischen der kontrollfreien „Beschreibung von Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung“ und deren kontrollunterworfenen „Einschränkung und Veränderung“ differenziert.

<sup>54</sup> *Kuschel*, S. 277 m. w. N. Beispielhafte Klauseln finden sich bei *Baus*, S. 8 f. Der Entscheidung BGH MMR 2015, 673, 674 lag etwa die folgende zu Grunde: „Der Kunde ist nicht berechtigt, die hierin genannten Rechte auf Dritte zu übertragen oder diesen entsprechende Nutzungsrechte einzuräumen.“

<sup>55</sup> Vgl. *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1593. Dort finden sich auch zahlreiche weitere, häufig in Verträgen anzutreffende Klauseln.

<sup>56</sup> So § 6 Abs. 1 des Vertragsmusters von *Brandi-Dohrn*, in: Redeker, Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.2 Vertragsmuster Softwarekaufvertrag.

Ungleich vielfältiger stellt sich die Bandbreite an Klauseln dar, welche den Umfang zulässiger Nutzung der Software durch den Erwerber ausgestalten. Sie kann vorliegend daher nur angedeutet werden. So kann Software auf Dauer<sup>57</sup> oder lediglich auf bestimmte Zeit<sup>58</sup> sowie für kommerzielle oder lediglich nicht-kommerzielle Zwecke überlassen werden. Die Nutzungsbefugnis kann lokal oder für den Betrieb auf einem Server erteilt werden. Sie kann auch an eine maximale Nutzerzahl geknüpft werden, wobei wiederum unterschieden wird zwischen solchen, die gleichzeitig zur Nutzung berechtigt sind („concurrent user“) und solchen, die etwa anhand konkreter Nutzer-Accounts konkret benannt und identifiziert sind („named user“).<sup>59</sup> Vereinbart werden kann eine maximale Anzahl angeschlossener Rechner ebenso wie die Anzahl zulässiger virtueller Maschinen. Mit zunehmender Mobilität von Daten und Software wird auch immer häufiger die Befugnis eingeräumt, die Software neben dem eigentlichen Gerät auch auf einem mobilen Gerät zu installieren und zu nutzen.<sup>60</sup>

Unter den Begriff der Software fallen freilich auch die insgesamt aus mehreren Werkkategorien bestehenden Computer- oder Konsolenspiele, deren zulässige Nutzung umfassend im Rahmen der jeweiligen EULA geregelt wird. Nach den Bedingungen des Spiels „*World of Warcraft*“ etwa<sup>61</sup> erwirbt der Nutzer eine „[...] begrenzte, widerrufliche, nicht übertragbare, nicht-exklusive Lizenz und das begrenzte, nicht-exklusive Recht, den Spielclient – sofern in dieser Lizenzvereinbarung nicht anderweitig ausdrücklich erlaubt – zu Ihrem persönlichen und nicht-kommerziellen Gebrauch auf einem oder mehreren Computern, die in Ihrem Besitz sind, oder über die Sie die persönliche Kontrolle haben, zu installieren.“

Insbesondere die freie Widerruflichkeit der Lizenz, der Ausschluss der Übertragbarkeit sowie das Verbot, mit dem Spiel einen kommerziellen Zweck zu verfolgen, stellten Besonderheiten des konkreten Falles dar. In der Entscheidung des BGH zum Spiel *Half-Life 2* wiederum wurde ein faktischer Ausschluss der Übertragbarkeit dadurch erreicht, dass nicht die Weitergabe des materiellen Datenträgers an sich oder auch nur des Datensatzes untersagt, sondern die Nutzbarkeit der Software an die Eröffnung eines Benutzerkontos geknüpft wurde, welches selbst als nicht übertragbar ausgestaltet worden ist.<sup>62</sup>

Während den eigentlichen Spielregeln in der analogen Welt zudem eher der Charakter einer Empfehlung zukommt, handelt es sich in der digitalen Welt – jedenfalls bei Multiplayer-Spielen – durchaus um rechtlich verbindliche Vereinbarungen, welche, sofern wirksam, bei Missachtung eine Sperrung des Nutzers zur Folge haben können und im Rahmen des Lauterkeitsrechts auch von Dritten

<sup>57</sup> Redeker, IT-Recht, Rn. 523 ff.

<sup>58</sup> Redeker, a. a. O., Rn. 596 ff.

<sup>59</sup> Huppertz, CR 2006, 145, 148; Redeker, IT-Recht, Rn. 75 m. w. N.

<sup>60</sup> Vgl. auch den Überblick bei Hoppen, CR 2007, 129.

<sup>61</sup> Wiedergegeben in BGH GRUR 2017, 266 – *World of Warcraft I*.

<sup>62</sup> BGH NJW 2010, 2661, 2662 – *Half-Life 2*.