

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> Zentrale Anwendungsfälle – eine Bestandsaufnahme .....	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
II. <i>Verträge über Informationstechnologie und Digital Business</i> . . . . .	56
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
III. <i>Zwischenergebnis und Stellungnahme</i> . . . . .	89
1. Uneinheitlicher Beurteilungsmaßstab . . . . .	89
2. Fehlende gesetzliche Kodifizierung . . . . .	90
C. <b>Zweiter Abschnitt:</b> <b>Grundlagen der Inhaltskontrolle und ihrer Grenzen</b> . . . . .	95
I. <i>Vertragsfreiheit</i> . . . . .	95
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
II. <i>Die Klauselrichtlinie 93/13/EWG</i> . . . . .	125
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 Rechteerläumungen . . . . .	247
(3) Vergütungsabreden . . . . .	250
(4) Weiterübertragung und Sublizenzen . . . . .	253
cc) Darsteller- und Synchronsprecherverträge . . . . .	254
dd) Verlagsverträge . . . . .	258
(1) Rechteumfang 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.



## Sachregister

- Access-Provider-Verträge 60–62, 202, 285  
angemessene Vergütung 54  
Application Service Providing, *siehe* Software as a Service
- Bearbeitungsrecht 38  
bestimmungsgemäße Benutzung 47  
Binnenmarkt 149–152  
Buyout-Vertrag 232, 241
- Copyleft-Effekt 276  
CPU-Klauseln, *siehe* Systemvereinbarungen  
Creative Commons, *siehe* Open-Content-Lizenzen
- Daten als Gegenleistung 83–89, 303–309  
Datenschutzgrundverordnung 87, 303, 305  
deklaratorische Klauseln 83, 87, 130, 163, 194  
Digitale-Inhalte-Richtlinie 47, 57, 226
- Entgeltabreden 53, 191, 238, 250, 260  
Erschöpfung 40–44  
Essentialia Negotii 198–203, 214, 238, 285  
EULA 17, 19, 46, 129, 267
- Filmverträge 13  
– Darsteller- und Synchronsprechervertrag 254  
– Verfilmungsvertrag 246  
Finanzierungsleasing 223  
Framing-Effekt 173, 182  
Fremdwährungsdarlehen 136–139, 144
- Gestaltungsauftrag 100–109  
GPL, *siehe* Open-Content-Lizenzen
- Hauptleistungspflichten 3, 215  
Heimfallregelungen 277
- Institutsgarantien 100–109
- Klauselrichtlinie 125–130, 184, 308  
– Hauptgegenstand 131, 213  
Konditionenwettbewerb 150–152, 163, 171–177, 221  
Kundenbindungsprogramme 69, 300
- Laufzeit- und Befristungsklauseln 78–81, 282–285
- Machtmissbrauch 148, 160–162  
Mehrplatzlizenzen 47, 264, 266
- Nebenrechte 14, 237  
Netzwerkdurchsetzungsgesetz 67, 82
- On-Demand-Plattformen 21–23, 271  
Open-Content-Lizenzen 23 f., 53, 129, 275–278  
Optimierungsgebot 100–109  
Optionsvertrag 13, 234, 243–246
- Pflegeverträge 64–66, 75–78, 202, 291–294  
Preisnebenabrede 203
- Rechtsvorschriften 2  
Richtigkeitsgewähr 168–171  
Rom I-Verordnung 144–148, 259  
– vertragscharakteristische Leistung 145

- Schranken (Urheberrecht) 39, 46  
 Service Level (Agreements) 59–61  
 Share-Alike-Klauseln 276  
 Software as a Service 17, 58, 62–64, 288–291  
 Softwareverträge 17, 45–50, 264, 268  
 Soziale Netzwerke 66, 81–83, 294  
 Systemvereinbarungen 20 f., 47, 49, 267
- Telematiktarife 85, 305  
 Transparenzgebot 28, 189
- Überraschende Klauseln 27, 189, 223, 277  
 Übertragungszwecklehre 14, 26, 90, 202  
 Unterlassungserklärung 50, 278  
 Urhebervertragsrecht 11  
 – primäres 11, 242  
 – sekundäres 12  
 – tertiäres 12, 263  
 user-generated content 28, 68, 128
- Verfügbarkeitsklauseln 70–75, 286  
 Verlagsvertrag 13 f., 258  
 Versicherungsverträge 139–142, 224, 305  
 Vertragsfreiheit 95–122  
 – formale und materiale 109–116, 118–122  
 – Grundgesetz 96–116  
 – Unionsrecht 116–122  
 – Verhältnis zur AGB Kontrolle 122  
 Vertragsstrafeversprechen 52
- Weitergabebeschränkungen 40–44  
 Wertgrenze 207