

Leseprobe zu



Ulmer/Brandner/Hensen

AGB-Recht

Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum UKlaG

12. neu bearbeitete Auflage, 2016, 2328 Seiten,

gebunden,

ISBN 978-3-504-45111-0

169,00 €

4. Folgen; Verhältnis zu § 307

Erfüllt der Verwender nicht die strengen Anforderungen des § 309 Nr. 11, so ist die Haftungsklausel unwirksam. Erfüllt er sie, bleibt gleichwohl zu prüfen, ob die Klausel vielleicht unklar oder ob sie **unangemessen i.S.d. § 307 Abs. 1** ist⁴⁰. Denn den Vertreter zum Schuldner zu machen, entfernt sich weit von den Rechtsgrundsätzen des BGB und bedarf besonderer Rechtfertigung. § 309 Nr. 11 macht also die Vertreterhaftung nicht bereits AGB-fest. 14

III. Verträge mit Unternehmern

Sowohl mit lit. a wie mit lit. b des § 309 Nr. 11 werden Unlauterkeiten in dem von AGB beherrschten Verkehr mit geschäftlich ungewandten und rechtlich durch den Hinweis auf § 179 gänzlich überforderten Verbrauchern unterbunden. Aus dem Rechtsverkehr der Unternehmer untereinander sind solche Klauseln nicht bekannt geworden. Nach dem Willen des CDU/CSU-E sollte das Verbot des heutigen § 309 Nr. 11 auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr gelten. Sollten dort oder im unternehmerischen Rechtsverkehr AGB vorkommen, wie sie von Nr. 11 untersagt worden sind, könnten sie in der Tat wegen des ihnen innewohnenden groben Verstoßes gegen das Gerechtigkeitsgebot keine Gültigkeit beanspruchen; im Allgemeinen hätten sie schon überraschenden Charakter und wären zudem unangemessen i.S.d. § 307 Abs. 1⁴¹. Auf die Haftung des Handelsvertreters aus der Übernahme des **Delkredere** (§ 86b HGB) passt § 309 Nr. 11 nicht – auch nicht über § 310 Abs. 1 –, weil der Handelsvertreter von vornherein eine eigene Verpflichtung für die Erfüllung der Verbindlichkeit aus einem Geschäft eingeht, das er nicht selbst vermittelt haben muss⁴². 15

§ 309 Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit Nr. 12

Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam

12. (Beweislast)

eine Bestimmung, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, insbesondere indem er

40 BGH v. 27.4.1988 – VIII ZR 84/87, BGHZ 104, 232 (239) = NJW 1988, 2465; BGH v. 26.10.2005 – VIII ZR 48/05, BGHZ 165, 12 (20 ff.) = NJW 2006, 996; Wolf/Dammann Rz. 55 ff.

41 So auch Staudinger/Coester-Waltjen Rz. 14; MünchKomm/Wurmnest Rz. 9; Palandt/Grüneberg Rz. 105; Bamberger/Roth/Becker Rz. 11; a.A. – gegen Indizwirkung des § 309 Nr. 11 – Wolf/Dammann Rz. 71 f.

42 Begr. RegE, BT-Drucks. 7/3919 S. 38; Stoffels Rz. 715.

a) diesem die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen, oder

b) den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt;

Buchstabe b gilt nicht für Empfangsbekanntnisse, die gesondert unterschrieben oder mit einer gesonderten qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind;

I. Einleitung		e) Unzulässiger Nachweis- verzicht; materiell-rechtliche Abweichungen	14
1. Inhalt und Zweck der Vorschrift . .	1		
2. Entstehungsgeschichte	2	2. Unterfall a: Beweislast für Umstän- de im Verantwortungsbereich des Verwenders	15
3. Rechtslage vor Inkrafttreten des AGBG	3	3. Unterfall b: Tatsachen- bestätigungen	18
4. Abgrenzung des Verbotsbereichs . .	4	a) Bestätigung rechtlich relevanter Umstände	19
5. EG-Richtlinie 93/13/EWG	5	b) Wissenserklärungen	21
II. Inhalt der Vorschrift		c) Erklärungen über tatsächliche Vorgänge	22
1. Beweislaständerung durch Erschwe- rung der Beweisführung		d) Ausnahme: Empfangs- bekanntnisse	24
a) Verbot jeder Änderung der Beweisposition	7	4. Unwirksamkeit	25
b) Ausschluss von Beweismitteln	11	III. Verträge mit Unternehmern	26
c) Änderung der Bewei- sanforderungen, Ausschluss der Beweisführung	12		
d) Abstraktes Schuldversprechen und Vollstreckungsunterwerfung	13		

Schrifttum: *Bennemann* Fiktionen und Beweislastregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1987; *Bork* Die Wirksamkeit von Unterwerfungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZIP 2008, 2049; *Freitag/Riemenschneider* Vollstreckbare Schuld-
anerkennnisse in der deutschen und europäischen Klauselkontrolle, WM 2004, 2470; *Gou-
nalakis* Formulärmäßige ärztliche Aufklärung im Lichte des AGB-Gesetzes, NJW 1990, 752;
Hahn Grundschild und abstraktes Schuldversprechen, ZIP 1996, 1233; *Hansen* Die Bedeu-
tung der Klauselverbote des AGBG (§§ 10, 11 AGBG) für AVB, VersR 1988, 1110; *Heinze* Die
abstrakte Verkehrshypothek, AcP 211 (2011), 105; *Hofmann* Einwilligung zur Abtretung
und Befreiung vom Bankgeheimnis in AGB der Bank, BKR 2008, 241; *Rastätter* Zur Zuläs-
sigkeit des Verzichts auf den Nachweis der die Fälligkeit begründenden Tatsachen bei nota-
riellen Vollstreckungsunterwerfungen, NJW 1991, 392; *Rott* Einbeziehungs- und Bestäti-
gungsklauseln in AGB, VuR 1998, 251; *Stübing* Tatsachenbestätigungen und Fiktionen in
AGB, NJW 1978, 1606; *Thamm* Umformulierung von Haftungsbegrenzungen in AGB wegen
beweislastverändernder Klauseln, BB 1996, 653.

I. Einleitung

1. Inhalt und Zweck der Vorschrift

- § 309 Nr. 12 verbietet umfassend **Beweislastregelungen** in AGB, durch die der
Verwender die nach Gesetz und Gerichtspraxis bestehende Beweislastlage zum
Nachteil des anderen Vertragsteils verändert. Als Beispielsfälle verbotener Be-
weislastklauseln werden unter lit. a und b zwei inhaltliche Gestaltungen ange-
führt, von denen insbesondere die zweite erhebliche praktische Bedeutung hat.
Schließlich werden gesondert unterschriebene Empfangsbekanntnisse von dem
Klauselverbot ausgenommen. Zurückzuführen ist das Klauselverbot auf den
Umstand, dass die Beweislast ändernde Klauseln zum Nachteil des Vertragspart-

ners des Verwenders diesen – einer Freizeichnung ähnlich – von seinen Vertragsrisiken entlasten, die Rechte des Vertragspartners aushöhlen und geeignet sind, eine erfolgreiche **Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung** unzumutbar zu erschweren oder gänzlich zu verhindern¹. Wenn für den Vertragspartner durch eine nachteilige Beweislastregelung der Regress gegen den Verwender erschwert wird, gefährdet er im Hinblick auf § 86 Abs. 2 Satz 3 VVG den Anspruch gegen seinen Sachversicherer². Deshalb trifft es zu, dass die Beweislastgrundsätze Ausprägungen des Gerechtigkeitsgebots darstellen³.

2. Entstehungsgeschichte

Die Vorschrift geht auf § 11 Nr. 15 AGBG zurück. In § 8 Nr. 16 des **Teilberichts I** war vorgesehen, beweislaständernde Klauseln allgemein und ohne Wertungsmöglichkeit zu verbieten. Nach dem Bericht der Arbeitsgruppe hatte eine Minderheit vorgeschlagen, nur solche Klauseln für unwirksam zu erklären, die dem Vertragspartner die Beweislast für Umstände auferlegen, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen; sonstige Beweislastklauseln sollten mit der Generalklausel erfasst werden⁴. Die Mehrheit der Arbeitsgruppe hielt diesen Vorschlag aber für „zu eng, um alle denkbaren und unerwünschten Gestaltungen auszuschließen“. Auch der **CDU/CSU-E** sah in § 20 ein sogar für den kaufmännischen Bereich gültiges Verbot der „Umkehrung der Beweislast“ durch AGB vor. Nach dem RefE I (§ 8 Nr. 16 AGBG-E) sollte das Klauselverbot – dem Minderheitsvotum der Arbeitsgruppe entsprechend – nur Bestimmungen betreffen, „durch die dem Kunden die Beweislast für Umstände auferlegt wird, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen“. Zur Begründung hieß es, ein allgemeiner gehaltenes Verbot entbehre der ausreichenden Verständlichkeit und praktischen Fassbarkeit, weil für zahlreiche Fragen eine gesetzliche Regelung der Beweislast gänzlich fehle. Trotzdem wurde im **RegE** (§ 8 Nr. 15 AGBG-E) wiederum ein umfassendes Verbot von Klauseln vorgeschlagen, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert. Die Fassung des RegE gelangte in das Gesetz (§ 11 Nr. 15 AGBG), jedoch wurde das im RegE in der Vorschrift noch enthaltene Verbot von Zugangsfiktionen in § 10 Nr. 6 AGBG eingestellt. Durch **Art. 3 Nr. 2 FernAbsG** ist innerhalb des die Empfangs-bekanntnisse betreffenden Ausnahmetatbestands der gesonderten Unterschrift die gesonderte elektronische Signatur gleichgestellt worden. Das **Schuldrechtsmodernisierungsgesetz** hat sodann im Halbsatz 2 der Nr. 12 nur eine sprachliche Bereinigung vorgenommen.

3. Rechtslage vor Inkrafttreten des AGBG

Grundsätzlich kann die Beweislastverteilung durch Parteivereinbarung geregelt werden⁵. In der **Rechtsprechung des BGH** wurde jedoch schon verhältnismäßig

1 Begr. RegE, BT-Drucks. 7/3919 S. 38.

2 Vgl. dazu einerseits BGH v. 13.1.1975 – VII ZR 56/72, VersR 1975, 317, andererseits Siegf. VersR 1976, 105.

3 BGH v. 5.10.2005 – VIII ZR 16/05, BGHZ 164, 196 (207) = NJW 2006, 47.

4 Gegen ein schematisches Verbot von Beweislastklauseln auch Kötz Gutachten, S. A 72 ff.

5 Nachw. in BGH v. 17.2.1964 – II ZR 98/62, BGHZ 41, 151 (153) = NJW 1964, 1123; Baumgärtel/Schmidt-Eichhorn, Handbuch der Beweislast, § 309 Nr. 12 Rz. 2 m.w.N.

früh anerkannt, dass Beweislastgrundsätze nicht nur Zweckmäßigkeitserwägungen entspringen, sondern einen wesentlichen materiellen Gerechtigkeitsgehalt aufweisen. Deshalb wurden auf dem Wege der Inhaltskontrolle beweislaständernde Klauseln in AGB beanstandet, „wenn dem sich den Bedingungen unterwerfenden Vertragspartner die Beweislast für Umstände aufgebürdet wird, die im Verantwortungsbereich der die Bedingungen aufstellenden Vertragspartei liegen“⁶. In diese Gruppe von Beweislastklauseln fallen namentlich die häufigen Fälle, in denen der Verwender versucht, bei der Beschädigung oder dem Verlust eines ihm anvertrauten Gutes dem anderen Vertragsteil den **Verschuldensbeweis aufzubürden**, auch wenn feststeht, dass die Schadensursache im Verantwortungsbereich des Verwenders liegt (siehe noch Rz. 16 f.). Bei einem anderen Typ von Beweislastklauseln hat die Regelung zur Folge, dass durch die Beweislastveränderung eine **vertragswesentliche Rechtsposition** des Vertragspartners **ausgehöhlt** wird. In diese Gruppe fällt z.B. das Urteil zu den AGB der gewerblichen Kraftfahrzeugvermieter⁷: Danach ist eine Beweislastregelung unwirksam, die eine vom Mieter gegen zusätzliches Entgelt erkaufte Haftungsfreistellung für Beschädigungen des Mietwagens dadurch entwertet, dass der Mieter das Nichtvorliegen von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit beweisen muss, andernfalls die Freistellung von der Haftung entfällt⁸.

4. Abgrenzung des Verbotsbereichs

- 4 § 309 Nr. 12 steht im Regelungszusammenhang mit anderen Vorschriften der Verbotskataloge der §§ 308 und 309. Die den Beweislastregelungen nahe stehenden und von ihnen mitunter nur schwer zu unterscheidenden **Erklärungsfiktionen** sind in § 308 Nr. 5 erfasst und demnach nur „mit Wertungsmöglichkeit“ verboten (vgl. § 308 Nr. 5 Rz. 8 ff.). Auch die in § 308 Nr. 6 geregelten **Zugangsfiktionen**, die unter § 309 Nr. 12b fallen würden, wurden aus dem strikten Verbot des § 309 Nr. 12 herausgenommen und finden sich im Katalog der Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit des § 308, weil bei der Inhaltskontrolle über Zugangsfiktions-Klauseln eine wertende Differenzierung je nach der Bedeutung der Erklärung stattfinden soll⁹ (vgl. § 308 Nr. 6 Rz. 5). Schließlich ist die Vorschrift des § 309 Nr. 5 zum Verbot von Klauseln zu nennen, die zu Gunsten des Verwenders eine **Schadens- oder Wertminderungspauschale** vorsehen. Wenn gemäß § 309 Nr. 5b dem Kunden der Nachweis vorbehalten bleiben muss, dass ein Schaden oder eine Wertminderung überhaupt nicht entstanden oder wesentlich geringer sei als die Pauschale, so bedeutet dies, dass im Zusammenhang mit solchen Klauseln eine Regelung, die dem Vertragspartner des Verwenders den Beweis der Unangemessenheit der Pauschale überlässt, nicht gegen das Verbot von Beweislastklauseln verstößt. § 309 Nr. 5 ist insoweit *lex specialis* gegenüber § 309 Nr. 12¹⁰.

6 BGH v. 17.2.1964 – II ZR 98/62, BGHZ 41, 151 (155) = NJW 1964, 1123.

7 BGH v. 1.10.1975 – VIII ZR 130/74, BGHZ 65, 118 = NJW 1976, 44.

8 Siehe ferner BGH v. 8.2.1978 – VIII ZR 240/76, NJW 1978, 945; ursprünglich anders BGH v. 13.5.1974 – VIII ZR 32/73, NJW 1974, 1236; vgl. aber auch zur Beweislastverteilung BGH v. 13.1.1975 – VII ZR 56/72, NJW 1975, 686.

9 Ausführlich *Stübing* NJW 1978, 1606.

10 BGH v. 8.10.1987 – VII ZR 185/86, BGHZ 102, 41 (45 f.) = NJW 1988, 258 (zu § 11 Nr. 5 AGBG).

5. EG-Richtlinie 93/13/EWG

Die Richtlinie 93/13/EWG sieht es in **Nr. 1i** ihres Anhangs als rechtsmissbräuchlich an, dass Verwender im Wege eines vorformulierten Textes an Klauseln festgehalten werden, die sie nicht kennen konnten, die Zustimmung der Kunden also fingiert wird. Dieses Klauselverbot ist namentlich für europäische Rechtskreise von Bedeutung, die auf eine bloße Abschlusskontrolle von AGB ausgerichtet sind. Die Umkehrung der Nr. 1i besagt nämlich, dass es AGB gibt, die zulässigerweise aus der *Möglichkeit* zur tatsächlichen Kenntnisnahme von den Klauseln die Zustimmung der Kunden zum *Inhalt der AGB* herleiten. Ob *tatsächlich* Kenntnis genommen wurde, ist auf Grund des Klauselverbots unerheblich; der Verbraucher muss nur Kenntnis genommen haben *können*. Solche AGB erlangen eine gesteigerte Gefährlichkeit dadurch, dass der Kunde infolge der sprachlichen Fassung der Klausel außer Stande gesetzt wird, seine (fingierte) Zustimmung zu widerlegen. Mit **§ 305 Abs. 2** ist dem Anliegen der Nr. 1i des Anhangs voll entsprochen: Verschafft der Gewerbetreibende dem Verbraucher nicht die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme vom Klauselwerk, so wird dieses nicht Vertragsbestandteil. Wie auch die Richtlinie stellt § 305 Abs. 2 nicht darauf ab, ob der Kunde die AGB *tatsächlich* zur Kenntnis genommen hat. Im Unterschied zur Richtlinie führt allerdings die Erfüllung der Obliegenheit, dem Kunden vor Vertragsschluss Kenntnis von den AGB zu geben, **nicht zur inhaltlichen Billigung** der AGB, sondern macht diese nur zum Vertragsbestandteil, auch wenn geschickte Formulierungen mitunter beides gefährlich suggerieren (Rz. 18). Einerlei ist nach deutschem Recht, ob die inkriminierte Klausel darüber hinaus bestimmt, dass die Zustimmung des Kunden **unwiderlegbar** sei. Die Gegenstandslosigkeit der AGB hängt vielmehr allein davon ab, ob sich der Kunde noch vor Vertragsschluss über sie unterrichten konnte oder nicht. Das EG-Recht bleibt hier also hinter dem deutschen Recht zurück.

Das Klauselverbot der **Nr. 1q** des Anhangs will Schwächungen der Verbraucherposition beim Zugang zum gerichtlichen Rechtsschutz im Rechtsstreit mit dem Verwender begegnen und verhindern, dass der Kunde Schiedsgerichten mit privater Verfahrensordnung unterworfen wird. AGB dürfen namentlich die zivilprozessual vorgesehenen **Beweismittel** nicht „ungebührlich“ eingrenzen oder die **Beweislastregeln** zu Lasten des Verbrauchers umkehren. Ob die Richtlinie auch Veränderungen bei der *Beweisführung* des Verbrauchers im Auge hat (dazu Rz. 8), lässt sich der Regelung der Nr. 1q nicht entnehmen. Das Klauselverbot der Nr. 1q läuft insoweit am deutschen Recht vorbei, als es hier – zum offenbaren Unterschied in anderen Ländern – keine AGB gibt, die sich zum Ziel setzen, dem Verbraucher **den Weg zum Gericht** und zu dessen Instanzen zu verbauen oder zu erschweren. Die Einlegung von Rechtsbehelfen unterliegt in Deutschland dem zwingenden öffentlichen Recht der ZPO, wo auch das schiedsgerichtliche Verfahren geregelt ist. Ebenso wenig gibt es AGB, die den Kunden mit einem der fünf zivilprozessualen **Beweismittel** ausschließen oder diese einschränken wollen. Solche AGB sind auch nicht zu erwarten. Das am Ende der Bestimmung geregelte Verbot, die **Beweislast** umzukehren, hat in § 309 Nr. 12 eine den Anforderungen der Richtlinie gewiss genügende Regelung gefunden¹¹. Aus Nr. 1q lässt sich nicht herleiten, dass die hierzulande gebräuchliche vorformulierte

¹¹ So auch MünchKomm/Wurmnest Rz. 2; Stoffels Rz. 1034.

Vollstreckungsunterwerfung (Rz. 13) nicht länger zu halten sei¹². Dass das deutsche Recht vorformulierte Empfangsbekenntnisse erlaubt, erscheint mit dem pauschalen Verbot der Beweislaständerung der Nr. 1q vollauf vereinbar, weil der deutsche Gesetzgeber als wirkungsvolle Warnungen des Verbrauchers sowohl eine gesonderte Erklärung als auch eine vom Kunden unterschriebene oder eine qualifiziert elektronisch signierte Erklärung verlangt.

II. Inhalt der Vorschrift

1. Beweislaständerung durch Erschwerung der Beweisführung

a) Verbot jeder Änderung der Beweisposition

- 7 Die Bestimmung des § 309 Nr. 12 kann und will an den geltenden Beweislastregelungen¹³ nichts ändern, aber sie will diese von AGB unangetastet wissen. Bei Überprüfung von die Beweislast betreffenden Klauseln ist deshalb zunächst zu ermitteln, wie die Beweislast ohne die Klausel – mithin unter Berücksichtigung der gesetzlichen und richterrechtlichen Beweislastregeln¹⁴ – zu verteilen wäre. Sodann ist zu ermitteln, ob die Klausel die Beweislast hiervon abweichend verteilt und diese **Abweichung zum Nachteil des Kunden** geht¹⁵. Entspricht die in der Klausel vorgesehene Beweislastverteilung derjenigen, wie sie sich auch nach dem dispositiven Recht ergibt, so ist ein Verstoß gegen § 309 Nr. 12 ausgeschlossen¹⁶; die Klausel ist dann vorbehaltlich des § 307 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 nicht kontrollfähig. Verweist also der Verwender den Kunden für die Geltendmachung von Einwendungen gegen die Zahlungspflicht auf einen **Rückforderungsprozess**, so begründet dies deshalb keinen Verstoß gegen § 309 Nr. 12, soweit der Kunde in Bezug auf seine Einwendungen auch im Zahlungsprozess beweisbelastet wäre¹⁷. Entsprechendes gilt für die Klausel in einem Vertragshändlervertrag, der zufolge der Händler vom Hersteller einen angemessenen Ausgleich verlangen kann, wenn sein Absatz durch Direktverkäufe des Herstellers in seinem Vertragsgebiet nachweislich beeinträchtigt wird¹⁸. Ist die Veränderung der Beweislastverteilung **Folge einer materiell-rechtlichen Vereinbarung**, so ist § 309 Nr. 12 gleichfalls nicht einschlägig; die Vorschrift will nur die Beweislastverteilung, wie sie sich unter Berücksichtigung der materiell-rechtlichen Ausgangslage ergibt, AGB-fest machen, nicht aber die Privatautonomie im Übrigen einschränken (dazu noch Rz. 9). Von Bedeutung ist dies namentlich für abstrakte Zahlungsverprechen (Rz. 13), aber auch für Klauseln in Kartenbedingungen, die dem Kunden auferlegen, dass er nachweist, den Anforderungen an den vertrag-

12 EuGH v. 1.4.2004 – Rs. C-237/02, WM 2004, 989; dazu ausführlich Freitag/Riemenschneider WM 2004, 2470 ff.

13 Eine Übersicht über die gesetzlichen und von der Rechtsprechung entwickelten Regeln der Beweislastverteilung findet sich bei Baumgärtel/Prütting, Handbuch der Beweislast, Grundlagen § 5 Rz. 20 ff., sowie bei Zöller/Greger Vor § 284 ZPO Rz. 15 ff.

14 Palandt/Grüneberg Rz. 107.

15 MünchKomm/Wurmnest Rz. 6.

16 BGH v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11 (17 f.) = NJW-RR 2005, 1496; BGH v. 3.11.1994 – I ZR 100/92, BGHZ 127, 275 (282) = NJW 1995, 1490.

17 BGH v. 5.7.2005 – X ZR 60/04, NJW 2005, 2919 (2921 f.), im Übrigen offen gelassen; ferner MünchKomm/Wurmnest Rz. 8.

18 BGH v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11 (17 f.) = NJW-RR 2005, 1496.

lich festgelegten Umgang mit der Karte genügt zu haben¹⁹, sowie für Klauseln in Vertragshändlerverträgen, denen zufolge Ersatzteile von Fremdherstellern nicht vertrieben oder verwendet werden dürfen, solange nicht der Händler nachweist, dass deren Qualitätsstandard demjenigen der Vertragsware entspricht²⁰.

Jede Veränderung der Beweislast zum Nachteil des Vertragspartners des Verwenders wird von § 309 Nr. 12 untersagt. Ohne Belang ist, ob die Veränderung schwerwiegend ist oder nicht. Die Änderung der Beweislast erschöpft sich keineswegs in der **Umkehr der Beweislast**²¹. Ist die Klausel so gestaltet, dass nicht die Beweislast unmittelbar verändert, sondern eine vom Verwender zu erbringende **Beweisführung** erleichtert oder ein vom Vertragspartner zu führender Beweis erschwert wird, so ist § 309 Nr. 12 ebenfalls einschlägig²². § 309 Nr. 12 steht dem Kunden des Verwenders somit stets zur Seite, wenn AGB ihn hindern, im Aktivprozess anspruchsbegründendes oder im Passivprozess anspruchsvernichtendes bzw. -hemmendes Vorbringen in den Rechtsstreit einzubringen. Jedwedes aus einer AGB-Bestimmung zu entnehmendes Bestreben des Verwenders zur **Erschwerung der Darlegungs- und Beweisposition** des Kunden wird von § 309 Nr. 12 zunichte gemacht²³. Da die Regeln über die Beweislast auch die **Behauptungslast** bestimmen, verbietet § 309 Nr. 12 zugleich, dass AGB bereits einen dem Verwender günstigen Tatsachenvortrag ausschließen²⁴. Dazu zählte, dass es vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes in AGB hieß, bestimmte Angaben des Verwenders seien keine zugesicherten Eigenschaften. Der Zugang zum Beweis der Zusicherung wurde durch das Verbot, Gegenteiliges auch nur zu behaupten, bereits verbaut.

Obschon die Inhaberschaft der materiell-rechtlichen Stellung und die Beweisbarkeit des Anspruchs naturgemäß miteinander verwoben sind, kann aus § 309 Nr. 12 **nicht** im Wege der **teleologischen Reduktion** hergeleitet werden, dass eine Beweislaständerung zu Ungunsten des Kunden hinzunehmen sei, falls der Verwender den **materiellen Anspruch hätte beschneiden können**²⁵. Der sachlich-rechtliche Anspruch und die ihn betreffenden Beweislastregeln sind von ihrer rechtstheoretischen Stellung her schon nicht vergleichbar. Die Abbedingung des Rechts, sofern darin denn tatsächlich keine unangemessene Benachteiligung liegen sollte, und die Verkürzung der Wege zur Feststellung des Rechts treffen

19 Zutr. OLG Köln v. 9.1.2002 – 13 U 54/01, ZIP 2002, 798.

20 BGH v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11 (19 ff.) = NJW-RR 2005, 1496, dort auch zur Unvereinbarkeit mit § 307.

21 So aber *Staudinger/Coester-Waltjen* Rz. 8; siehe ferner *Paulusch* EWiR 1985, 528; *Vollkommer* EWiR 1985, 864.

22 BGH v. 28.1.1987 – IVa ZR 173/85, BGHZ 99, 374 (379 ff.) = NJW 1987, 1634; zuvor OLG Stuttgart v. 22.9.1986 – 2 U 297/85, NJW-RR 1987, 143; ebenso OLG Düsseldorf v. 23.6.1995 – 23 U 133/94, BB 1996, 658; OLG Stuttgart v. 6.5.2010 – 2 U 7/10, BeckRS 2011, 09520; MünchKomm/Wurmnest Rz. 6; *Erman/Roloff* § 309 Rz. 147; *Bamberger/Roth/Becker* Rz. 2; *Palandt/Grüneberg* Rz. 107; *Stoffels* Rz. 1039.

23 Grundlegend und überzeugend BGH v. 28.1.1987 – IVa ZR 173/85, BGHZ 99, 374 (379 ff.) = NJW 1987, 1634.

24 *Wolff/Dammann* Rz. 13; *Bamberger/Roth/Becker* Rz. 2.

25 *Bamberger/Roth/Becker* Rz. 7; *Wolff/Dammann* Rz. 21; *Erman/Roloff* § 309 Rz. 148; *Löwe/von Westphalen* § 11 Nr. 15 AGBG Rz. 38; *Baumgärtel/Schmidt-Eichhorn*, Handbuch der Beweislast, § 309 Nr. 12 Rz. 4 f.; offen gelassen von BGH v. 23.2.1984 – VII ZR 274/82, NJW 1985, 3016 (3017); vgl. auch OLG Düsseldorf v. 23.6.1995 – 23 U 133/94, BB 1996, 658; *a.A. Staudinger/Coester-Waltjen* Rz. 7; MünchKomm/Wurmnest Rz. 8; *Palandt/Grüneberg* Rz. 107.

den Kunden auf qualitativ unterschiedlichen Ebenen. Der Kunde kann einer kostenträchtigen Fehleinschätzung unterliegen, wenn er im Rechtsstreit seinen – unverkürzt gelassenen – Anspruch infolge der Gültigkeit beweislasterhebender Klauseln nicht darzulegen vermag²⁶. Der Gesetzgeber hat im Übrigen gerade nicht erkennen lassen, dass er eine den Kunden belastende Beweislaständerung hinzunehmen bereit sei, sofern der Verwender Rechte des Kunden einmal *nicht* im Wege von AGB zulässigerweise beschränke. Prüfungsraster ist also *nicht* im Wege einer Stufung, ob und wie weit der Verwender das von der Beweislastklausel betroffene materielle Recht beschnitten hat, sondern allein die Verbotsvorschrift des § 309 Nr. 12; die Beweislastregeln sind generell AGB-fest.

- 10 Die **Formen** der in AGB anzutreffenden Veränderungen und Erschwerungen von Behauptungs- und Beweislast sind **männigfaltig**. In den seltensten Fällen werden in den Klauseln Begriffe wie Beweislast oder Nachweis oder das Wort „beweisen“ verwendet. Die Veränderung der Beweislast oder die Erschwerung der Beweisführung muss also erst aus den AGB-Bestimmungen erschlossen werden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob jedermann die beweislasterhebende Wirkung der Klausel zu erkennen vermag. Allein entscheidend ist, ob die Klausel im Streitfall **möglicherweise Beweiswirkung** zuungunsten des Kunden entfaltet, einerlei, ob der Kunde dies zuvor erkannt hat oder nicht. Es besteht kein Grund, dem Verwender bei der Interpretation beweislasterhebender Klauseln wegen vermeintlicher Formulierungsschwierigkeiten Schonung zu gewähren. Insoweit gilt nichts anderes als in allen anderen Bereichen, insb. für Freizeichnungsklauseln. Folglich braucht bei der Kontrolle nach § 309 Nr. 12 nicht eine Prüfung vorgeschaltet zu werden, ob der Kunde – als Durchschnittskunde – die Gefährlichkeit der Klausel für den Fall eines Rechtsstreits überhaupt zu entdecken vermag. Von § 309 Nr. 12 erfasst ist deshalb auch eine Klausel, nach der alle Schäden aus einer **Probefahrt** zu übernehmen sind, sofern der Fahrer keine Tatsachen nachweist, die seine Verantwortlichkeit mindern oder beseitigen; diese Klausel verstößt gegen das gesetzliche Leitbild der Verschuldenshaftung²⁷. Wird in einer AGB-Bestimmung das Wort „**nachweislich**“ angetroffen, so meint der Verwender damit stets, dass die Beweislast seinen Vertragspartner treffe. Damit will der Verwender vielfach, aber keineswegs stets (Rz. 7) die Beweislast umkehren und seinem Kunden den Zugang zu dessen Rechten erschweren. Bestimmen AGB, dass **Schadensersatz** (nur) geleistet werde, wenn *nachweislich* ein Verschulden des Verwenders vorliege²⁸, so ist die Klausel unwirksam, weil der Verwender die Beweislast nach § 280 Abs. 1 Satz 2 dafür hat, dass er nicht schuldhaft gehandelt hat²⁹.

b) Ausschluss von Beweismitteln

- 11 Der Kunde wird in seiner Beweisposition beeinträchtigt, wenn er in den AGB mit bestimmten Beweismitteln ausgeschlossen wird oder wenn – umgekehrt –

²⁶ Ähnlich Wolf/Dammann Rz. 21.

²⁷ OLG Köln v. 26.6.1991 – 13 U 2/91, VersR 1991, 1148.

²⁸ BGH v. 20.1.1983 – VII ZR 105/81, BGHZ 86, 284 = NJW 1983, 1322 (Lufthansa Passage); BGH v. 23.2.1984 – VII ZR 274/82, NJW 1985, 3016 (Textilveredelung); BGH v. 15.3.1990 – VII ZR 61/89, NJW-RR 1990, 856 = BB 1990, 1158 (Architektenvertrag); BGH v. 13.3.1996 – VIII ZR 333/94, BGHZ 132, 175 (180 f.) = NJW 1996, 1537.

²⁹ Zur Änderung der Beweislast nach § 282 BGB a.F. und der Schuldform LG München v. 14.11.1990 – 31 S 18973/89, DAR 1991, 225.

nur bestimmte Beweismittel zugelassen werden³⁰. So können AGB nicht wirksam vorschreiben, dass der Subunternehmer die erfolgreiche Nachbesserung von Werkmängeln nur durch urkundliche Anerkennungen der Wohnungseigentümer nachweisen kann (Teil 2, (12) Bauverträge Rz. 15 f.), statt sich etwa auf den Beweis durch einen Sachverständigen zu berufen. Auch sehen AGB häufig vor, dass der Verwender nur gegen Vorlage des **Abholausweises** oder Einlieferungscheines herausgebe³¹, was nur dann mit § 309 Nr. 12 vereinbar ist, wenn es sich bei der Urkunde um ein (kleines) Inhaberpapier i.S.d. § 807 BGB handelt³². Dagegen fällt eine Klausel, die eine **Schiedsgutachtenabrede** enthält, noch nicht unter das Verbot des § 309 Nr. 12; denn sie belastet den Kunden nicht in seiner Beweisführung, sondern beschränkt ihn auf den Einwand offenkundiger Unbilligkeit i.S.d. § 319 Abs. 1 Satz 1 und muss sich deshalb der Angemessenheitsprüfung nach § 307 stellen³³ (zur Schiedsgutachtenabrede siehe noch Teil 2, (40) Schiedsgutachtenklauseln, Schieds-, Schlichtungs- und Mediationsklauseln Rz. 1 f.).

c) Änderung der Beweisanforderungen, Ausschluss der Beweisführung

Der Verwender darf die Beweisanforderungen nicht in AGB zu seinen Gunsten 12 senken oder zum Nachteil des Vertragspartners anheben, einen Beweis mithin nicht *schon* oder nicht *erst* als erbracht ansehen, wenn bestimmte Tatsachen als erwiesen angesehen werden können³⁴. So kann der Verwender auch nicht wirksam vorformulieren, dass unter bestimmten Umständen eine Tatsache **prima facie** in kundennachteiliger Weise als bewiesen anzusehen sei oder der Kunde mit einem Anscheinsbeweis ausgeschlossen werde³⁵. Erst recht gilt das Verbot des § 309 Nr. 12, wenn der Verwender sich dazu versteigt, nicht nur die Beweislast ändern zu wollen, sondern den Vertragspartner mit einer **Beweisführung auszuschließen**³⁶. Darauf läuft eine Klausel hinaus, die bei Streit der Bank mit ihren Kunden über den Kontenstand in Sparbüchern bestimmt, dass die Eintragung in den Geschäftsbüchern der Bank maßgebend sei³⁷. Der Verwender bedingt sich damit aus, dass die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde außer Kraft gesetzt werde und allein sein Wort gelte. Die Klausel in den AGB einer Autowaschanlage „Nach Verlassen des Betriebsgrundstücks erlischt jede Möglichkeit, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen“ versperrt dem Kunden die ohnehin regelmäßig schwierige Beweisführung gänzlich³⁸.

30 Palandt/Grüneberg Rz. 107.

31 So OLG Nürnberg v. 10.8.1999 – 3 U 4350/98, MDR 1999, 1372 Fotoarbeiten betreffend.

32 Vgl. BGH v. 11.10.2005 – XI ZR 395/04, BGHZ 164, 286 (290) = NJW 2006, 54; MünchKomm/Habersack § 793 Rz. 6, 14.

33 Staudinger/Coester-Waltjen Rz. 4; a.A. LG Frankfurt/M. v. 25.7.1988 – 2/24 S 102/87, ZIP 1988, 1260.

34 BGH v. 28.1.1987 – IVa ZR 173/85, BGHZ 99, 374 (379 f.) = NJW 1987, 1634; BGH v. 20.4.1989 – IX ZR 214/88, NJW-RR 1989, 817; Wolf/Dammann Rz. 14.

35 Palandt/Grüneberg Rz. 107; Wolf/Dammann Rz. 15; Bamberger/Roth/Becker Rz. 2.

36 OLG Koblenz v. 3.1.2006 – 5 U 1242/05, NJW-RR 2006, 419 (420); LG Tübingen v. 27.5.1991 – 1 S 421/90, NJW-RR 1992, 310; Wolf/Dammann Rz. 20; a.A. – für Kontrolle nach § 307 – BGH v. 8.10.1987 – VII ZR 185/86, BGHZ 102, 41 (45 ff.) = NJW 1988, 258; Staudinger/Coester-Waltjen Rz. 2; MünchKomm/Wurmnest Rz. 5.

37 OLG Celle v. 18.6.2008 – 3 U 39/08, BKR 2008, 525 (527); AG Hamburg v. 13.4.1987 – 22a C 111/87, NJW 1987, 2022; Palandt/Grüneberg Rz. 107.

38 So zutr. LG Tübingen v. 27.5.1991 – 1 S 421/90, NJW-RR 1992, 310.

d) Abstraktes Schuldversprechen und Vollstreckungsunterwerfung

- 13 Keine verbotene Beweislaständerung ist anzunehmen bei der zusätzlichen Abgabe eines vorformulierten abstrakten³⁹ Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses. Dadurch wird neben der originären Verbindlichkeit ein **selbständiger materieller Schuldgrund** geschaffen, bei dessen Geltendmachung der Schuldner im Wege der Bereicherungseinrede das Nichtentstehen oder Erlöschen seiner Schuld beweisen muss. Diese Beweislastverteilung ist nicht die Folge einer die Beweislast zum Nachteil des Schuldners ändernden Klausel, sondern **entspricht der Beweislastlage** auf Grund des vorformulierten abstrakten Schuldversprechens⁴⁰. Die Klausel über die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung stellt eine allein auf das Zustandekommen eines Vollstreckungstitels gerichtete einseitige prozessuale Willenserklärung dar, die an der materiellen Rechtslage nichts ändert⁴¹ und deshalb gleichfalls nicht gegen § 309 Nr. 12 verstößt⁴² und zudem im Einklang mit der Richtlinie steht (Rz. 6).

e) Unzulässiger Nachweisverzicht; materiell-rechtliche Abweichungen

- 14 Ob die in **Bauträgerverträgen** übliche Vollstreckungsunterwerfungsklausel und die mit ihr einhergehende Nachweisverzichtsklausel, also die Klausel, die den Verzicht des Erwerbers auf den Nachweis der die Fälligkeit der einzelnen Baugeldraten auf Grund des Baufortschritts begründenden Tatsachen vorformuliert, gegen § 309 Nr. 12 verstößt, ist höchststrichterlich nicht entschieden. Zunächst hatte der BGH etwas überraschend angenommen, dass die Unterwerfungsklausel mit Nachweisverzicht im Bauträgervertrag nach §§ 3, 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB nichtig sei, und einen Verstoß gegen das AGBG offen gelassen⁴³. Später hat der BGH die Klausel zum Nachweisverzicht nach § 9 AGBG (jetzt: § 307) verworfen, ohne die unzulässige Befreiung des Verwenders von seiner Beweislast anhand des § 309 Nr. 12 zu erörtern⁴⁴. Die Verknüpfung der Vollstreckungsunterwerfungsklausel mit der Nachweisverzichtsklausel bringt den Schuldner in das Hintertreffen, weil der Verwender nach Belieben vollstrecken kann und

39 Entsprechendes gilt bei deklaratorischem Schuldanerkenntnis, siehe BGH v. 3.4.2003 – IX ZR 113/02, NJW 2003, 2386 (2388); allgemein dazu MünchKomm/Habersack § 781 Rz. 5.

40 BGH v. 18.12.1986 – IX ZR 11/86, BGHZ 99, 274 (284 f.) = NJW 1987, 904; BGH v. 15.1.1987 – III ZR 153/85, NJW 1987, 2014; BGH v. 5.3.1991 – XI ZR 75/90, BGHZ 114, 9 (12) = NJW 1991, 1677; MünchKomm/Wurmnest Rz. 8; Staudinger/Coester-Waltjen Rz. 5; Erman/Roloff § 309 Rz. 148; Bamberger/Roth/Becker Rz. 5; siehe ferner BGH v. 5.7.2005 – X ZR 60/04, NJW 2005, 2919 (2922).

41 BGH v. 3.4.2001 – XI ZR 120/00, BGHZ 147, 203 (208 ff.) = NJW 2001, 2096; BGH v. 27.9.2001 – VII ZR 388/00, NJW 2002, 138. Zur Frage der Anwendbarkeit des AGB-Rechts siehe § 305 Rz. 15.

42 BGH v. 18.12.1986 – IX ZR 11/86, BGHZ 99, 274 (284 f.) = NJW 1987, 904 m.w.N.; Wolf/Damman Rz. 25; Bork ZIP 2008, 2049 (2056); Heinze AcP 211 (2011), 105 (117 ff.); siehe ferner BGH v. 22.11.2005 – XI ZR 226/04, ZIP 2006, 119 (120 f.); a.A. namentlich Stürmer JZ 1977, 638 (639). – Zur Vereinbarkeit von Unterwerfungsklauseln mit § 307 auch bei Fehlen eines Abtretungsverbots siehe Teil 2, (16) Darlehensverträge Rz. 26 f.

43 BGH v. 22.10.1998 – VII ZR 99/97, BGHZ 139, 387 = NJW 1999, 51; zust. J. Blomeyer NJW 1999, 472 („Machtwort“ des BGH); sehr krit. Wolfsteiner DNotZ 1999, 99; zu den Folgen für die Praxis Pause NJW 2000, 769.

44 BGH v. 27.9.2001 – VII ZR 389/00, NJW 2002, 138 mit Anm. Sieburg EWIR 2002, 131; anders sodann für vollstreckbare Kreditsicherheiten BGH v. 22.7.2008 – XI ZR 389/07, BGHZ 177, 345 Rz. 34 = NJW 2008, 3208; BGH v. 30.3.2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rz. 32 = NJW 2010, 2041.

dem Erwerber nur der Weg der Klage nach § 767 ZPO bleibt, obgleich der Nachweis der Fälligkeit an sich Sache des Verwenders ist⁴⁵. Demgegenüber ist bei der **Bürgschaft auf erstes Anfordern** die Pflicht des Bürgen, auf einfaches Verlangen des Gläubigers unter einstweiligem Verzicht auf Einwendungen aus dem Hauptschuldverhältnis zu leisten, Bestandteil der materiell-rechtlichen Vereinbarung und deshalb mit § 309 Nr. 12 durchaus vereinbar⁴⁶ (Rz. 9); die Auferlegung eines entsprechenden Zahlungsverprechens durch AGB ist indes gegenüber einem Verbraucher stets und gegenüber einem Unternehmer grundsätzlich überraschend und unangemessen⁴⁷. Nicht zu beanstanden ist es, dass der Verwender seine Leistungspflicht aus einer **Garantie** ausschließt, wenn der Garantiennehmer die ihm empfohlenen Wartungsarbeiten nicht ausführen lässt und der eingetretene Defekt auf die unterbliebene Wartung zurückzuführen ist, und dem Garantiennehmer den Beweis fehlender Ursächlichkeit auferlegt⁴⁸.

2. Unterfall a: Beweislast für Umstände im Verantwortungsbereich des Verwenders

§ 309 Nr. 12a hebt Klauseln, die in Abweichung vom dispositiven Recht (Rz. 7) 15 dem Kunden die Beweislast für im Verantwortungsbereich des Verwenders liegende Umstände auferlegen, besonders hervor und knüpft damit an einen Beweislastgrundsatz an, den schon die frühere Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von AGB als eine wesentliche Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots betrachtet hatte (Rz. 3). Dieser Grundsatz enthält eine Ausnahme von der Regel, dass der Geschädigte ein **anspruchsbegründendes Verschulden des Schädigers** beweisen muss. Liegt nämlich die Schadensursache im alleinigen Verantwortungsbereich (Gefahrenbeherrschungsbereich, Organisationsbereich) des Schuldners, so muss dieser den Beweis führen, dass er und seine Erfüllungsgehilfen den Schaden, z.B. den Verlust oder die Beschädigung einer Sache, nicht verschuldet haben. Denn die Schadensursache entzieht sich naturgemäß der Wahrnehmung und der Sachkenntnis des Geschädigten, so dass der Verschuldensbeweis ihn unzumutbar belasten würde. Das Gesetz geht ebenfalls an verschiedenen Stellen von diesem Beweislastgrundsatz aus, namentlich in §§ 280 Abs. 1 Satz 2, 831 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 390 Abs. 1 HGB. In Haftungsklauseln wird bis heute versucht, der in § 309 Nr. 12a beschriebenen Situation dadurch zu entgehen, dass dem Kunden die Beweislast mit der Formulierung auferlegt wird, die Haftung sei ausgeschlossen, *es sei denn*, dass der Verwender (grob) schuldhaft gehandelt habe.

Der Beweislastgrundsatz greift aber nur dann ein, wenn feststeht, dass die Schadensursache in den **alleinigen Verantwortungsbereich** des Verwenders fällt. Der Verschuldensbeweis bleibt bei dem Vertragspartner des Verwenders, wenn die 16

45 Für Verstoß gegen § 309 Nr. 12 auch OLG Düsseldorf v. 20.8.2001 – 23 U 197/00, BauR 2002, 515; OLG Hamm v. 16.6.2000 – 19 U 179/99, BauR 2000, 1509; OLG München v. 25.5.2000 – 28 W 1469/00, NJW-RR 2001, 130; *Staudinger/Coester-Waltjen* Rz. 5 m.w.N.; anschaulich aus der Sicht der gerichtlichen Praxis J. Blomeyer NJW 1999, 472.

46 Zweifelnd *Hensen* (10. Aufl.) Rz. 14. – Zur Bürgschaft auf erstes Anfordern siehe noch Teil 2, (15) Bürgschaftsverträge Rz. 19 ff.

47 BGH v. 10.9.2002 – XI ZR 305/01, NJW 2002, 3627; NJW 2001, 1857 (1858).

48 BGH v. 17.10.2007 – VIII ZR 251/06, NJW 2008, 214 Rz. 15.

schadensursächliche Tätigkeit sich öffentlich wahrnehmbar abspielt⁴⁹; eine dies wiedergebende Klausel weicht nicht vom dispositiven Recht ab (Rz. 7). Stets muss der andere Vertragsteil beweisen, dass der Verwender objektiv eine **Pflicht verletzt** hat; in diesem Punkt tritt keine Beweislastverteilung nach Verantwortungsbereichen ein⁵⁰, so dass Klauseln, die diese Rechtslage wiedergeben, nicht zu beanstanden sind. Dazu gehört auch der Beweis, dass das beschädigte Gut in ordnungsmäßigem Zustand in den Verantwortungsbereich des Verwenders gekommen ist⁵¹. Ebenso trägt der Geschädigte die Beweislast für den **Kausalzusammenhang** zwischen der von dem Verwender begangenen Vertragspflichtverletzung und dem Schaden; dabei kann ihm ein Anscheinsbeweis zu Hilfe kommen⁵².

- 17 In der **Rechtsprechung** war der Grundsatz, dass der Schuldner sich für seinen Verantwortungsbereich von dem Verschuldensvorwurf entlasten muss, für eine Reihe von Vertragsverhältnissen konsequent entwickelt worden⁵³. Dafür gibt es eine Reihe von Beispielen aus der früheren Rechtsprechung⁵⁴. Unter Geltung des § 11 Nr. 15 AGBG sind zu erwähnen: Unwirksamkeit der Klausel in **Flugbeförderungsbedingungen**, wonach der Luftfrachtführer zum Schadensersatz nur verpflichtet ist, wenn ihm nachweislich Fahrlässigkeit zur Last fällt⁵⁵; Unwirksamkeit einer Regelung in **Textilveredelungsbedingungen**, wonach bei verarbeiteter Ware Beanstandungen wegen verborgener Fehler nur erhoben werden können, wenn diese nachweislich auf einem Verschulden des Veredlers beruhen⁵⁶; Beweislast hinsichtlich des Schadensortes im kombinierten „multimodalen“ Verkehr: Sie trifft den Frachtführer bzw. den Spediteur⁵⁷. Die Beweislast dafür, dass **Werbeprospekte** tatsächlich **verteilt** worden sind, kann der Verteiler nicht in seinen AGB dahin ändern, dass der Kunde die (teilweise) Nichterfüllung des Verteilerauftrags zu beweisen habe⁵⁸. Anderenfalls müsste der Auftraggeber die Verteilerkolonnen begleiten. Der **Vermieter** hat die Beweislast für die Verursachung von Schäden aus dem Bereich des Mieters⁵⁹.

49 BGH v. 25.10.1966 – VI ZR 282/64, VersR 1967, 62 (65) zu Schäden infolge Verkranungsarbeiten in einem Hafenbetrieb; zust. *Schmidt-Salzer* VersR 1967, 557.

50 BGH v. 23.10.1958 – VII ZR 22/58, BGHZ 28, 251 = NJW 1959, 34 zum Architektenvertrag; BGH v. 12.10.1967 – VII ZR 8/65, BGHZ 48, 310 = NJW 1968, 43 zum Werkvertrag; siehe ferner *Palandt/Grüneberg* § 280 Rz. 37 ff. m.w.N.

51 BGH v. 17.2.1964 – II ZR 98/62, BGHZ 41, 151 = NJW 1964, 1123 zum Lagervertrag.

52 BGH v. 7.2.1974 – VII ZR 93/73, NJW 1974, 795; vgl. aber zur umgekehrten Beweislastverteilung bei Verletzung von vertraglichen Beratungs- oder Aufklärungspflichten BGH v. 28.3.1973 – I ZR 41/72, BGHZ 61, 118 = NJW 1973, 1188; BGH v. 19.2.1975 – VIII ZR 144/73, BGHZ 64, 46 = NJW 1975, 824.

53 Vgl. die Nachw. bei *Baumgärtel*, Handbuch der Beweislast, Band 1, 2. Aufl. 1991, Anh. § 282 Rz. 98 ff.

54 BGH v. 17.2.1964 – II ZR 98/62, BGHZ 41, 151 = NJW 1964, 1123 (Allgemeine Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransports); BGH v. 27.1.1967 – Ib ZR 164/64, VersR 1967, 402 (Bedingungen für die Einstellungen von Privatgüterwagen bei der Bundesbahn); BGH v. 13.3.1969 – II ZR 58/67, WM 1969, 561 und OLG Hamburg v. 9.2.1967 – 6 U 136/66, MDR 1967, 771 (Allgemeine Bedingungen für Hafenschiffahrt betreibenden Firmen des Hafens Hamburg); BGH v. 28.3.1973 – I ZR 41/72, NJW 1973, 1192 (Betriebsordnung der Bremer Lagerhausgesellschaft).

55 BGH v. 20.1.1983 – VII ZR 105/81, BGHZ 86, 284 = NJW 1983, 1322.

56 BGH v. 23.2.1984 – VII ZR 274/82, NJW 1985, 3016.

57 BGH v. 24.6.1987 – I ZR 127/85, BGHZ 101, 172 (179 ff.) = NJW 1988, 640.

58 LG Karlsruhe v. 19.6.1989 – O 156/88, NJW-RR 1991, 124.

59 BGH v. 18.5.1994 – XII ZR 188/92, BGHZ 126, 124 = NJW 1994, 2019.

3. Unterfall b: Tatsachenbestätigungen

Von allergrößter praktischer Bedeutung sind die in § 309 Nr. 12b besonders hervorgehobenen Tatsachenbestätigungen. Die Hervorhebung dieses Verbots ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass unter Verwendern die Neigung weit verbreitet ist, sich für die eigene materielle Rechtslage dadurch Vorteile zu verschaffen, dass dem anderen Vertragsteil vorformulierte bestätigende Erklärungen in den Mund gelegt werden. Damit sollen tatbestandliche Anspruchsvoraussetzungen zu Gunsten des Verwenders als erfüllt hingestellt oder etwaige Ansprüche des Kunden abgewehrt werden. Derlei Bestätigungen sind unwirksam, wenn sie Tatsachen betreffen, die im Streitfall **möglicherweise zu Lasten des Kunden erheblich** werden können⁶⁰. Der Nachteil für den Kunden liegt darin, dass dieser die bestätigte Tatsache so lange gegen sich gelten lassen soll, bis es ihm gelungen ist, die Unrichtigkeit der Tatsache nachzuweisen. Ihrer Rechtsnatur nach handelt es sich bei den Tatsachenbestätigungen wegen der gewollten Rechtsfolge, nämlich eine Beweislastverschiebung zu erreichen, um Erklärungen mit jedenfalls rechtsgeschäftsähnlichem Charakter. Obschon im Regelfall widerlegbare Tatsachen Gegenstand der bestätigenden Kundenerklärung sind, kann nicht zweifelhaft sein, dass um so mehr **Tatsachenfiktionen** unwirksam sind, nach denen die vom Kunden in den AGB bestätigten Tatsachen unwiderleglich als feststehend angesehen werden sollen⁶¹. Auch von § 309 Nr. 12b werden allerdings nur solche Bestätigungen erfasst, die nicht nur eine **ohnehin geltende Beweislastverteilung** wiedergeben, sondern diese zum Nachteil des Kunden verändern⁶².

a) Bestätigung rechtlich relevanter Umstände

Die Tatsachenbestätigungen *können* rechtlich relevante Umstände ausdrücklich beschreiben, müssen dies aber nicht tun. Oftmals liegen sie im Schnittbereich mit Klauseln über Wissenserklärungen (Rz. 21) und Erklärungen über tatsächliche Vorgänge (Rz. 22 f.). So können Verwender nicht wirksam vorformulieren, dass sie ihren Kunden die **AGB ausgehändigt** haben oder vom Ladenpersonal auf sie hingewiesen worden sind und dass von ihnen Kenntnis genommen worden sei, einerlei welche Form sie der Klausel geben⁶³. Der Verwender will sich auf

60 Vgl. BGH v. 28.1.1987 – IVa ZR 173/85, BGHZ 99, 374 (377 f.) = NJW 1987, 1634; OLG Koblenz v. 17.9.1993 – 2 U 1694/91, NJW-RR 1994, 58 (59); OLG Stuttgart v. 6.5.2010 – 2 U 7/10, VuR 2011, 156; Wolf/Dammann Rz. 53; Stoffels Rz. 681, 684.

61 So auch Palandt/Grüneberg Rz. 108; Erman/Roloff § 309 Rz. 150; Wolf/Dammann Rz. 55; Baumgärtel/Schmidt-Eichhorn, Handbuch der Beweislast, § 309 Nr. 12 Rz. 9; Stübing NJW 1978, 1606 (1610); a.A. Staudinger/Coester-Waltjen Rz. 4; MünchKomm/Wurmnest Rz. 5, 18.

62 Vgl. Rz. 7, aber auch Rz. 23, ferner BGH v. 19.6.1985 – VIII ZR 238/84, NJW 1985, 2329 (2331 f.); BGH v. 26.5.1986 – VIII ZR 229/85, NJW 1986, 2574 (2575); BGH v. 14.10.1999 – III ZR 203/98, NJW 2000, 207 f.; Staudinger/Coester-Waltjen Rz. 11; a.A. Wolf/Dammann Rz. 54. Zur Grenzziehung siehe auch BGH v. 28.1.1987 – IVa ZR 173/85, BGHZ 99, 374 (379 f.) = NJW 1987, 1634.

63 BGH v. 29.4.1987 – VIII ZR 251/86, BGHZ 100, 373 (380 ff.) = NJW 1987, 2012 (Sonntagsblatt); BGH v. 9.11.1989 – IX ZR 269/87, NJW 1990, 761 (765) zu Krankenhausbedingungen: „Ich bin ausdrücklich auf die AVB... hingewiesen worden und hatte die Möglichkeit, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen.“ und weiter: „Ich bin über die Entgelte und die Berechnung der beantragten Wahlleistungen unterrichtet worden.“; BGH v. 15.5.1991 – VIII ZR 38/90, NJW 1991, 1750; OLG Stuttgart v. 20.7.1990 – 2 U 45/90, WM 1991, 64 (66) (Hausordnung zum Mietvertrag); OLG Düssel-

diese Weise den ihm obliegenden Beweis dafür, dass die Voraussetzungen der Einbeziehung nach § 305 Abs. 2 erfüllt sind, erleichtern. Wenn der Kunde im Formulartext versichert, die AGB **gelesen und verstanden** zu haben⁶⁴, ist sogar mehr als der Beweis der Einbeziehung bezweckt; der Kunde soll davon abgehalten werden, sich gegen den *Inhalt* der AGB zu wehren⁶⁵. Entsprechendes gilt für die Klausel in einem Zeichnungsschein, der zufolge der Zeichner bestätigt, den Emissionsprospekt erhalten, gelesen und verstanden zu haben⁶⁶. Auch die **Aus-handelsbestätigung** fällt eindeutig unter das Verbot des § 309 Nr. 12b⁶⁷, denn es versteht sich von selbst, dass sich der Verwender nicht für alle Fälle der Benutzung des Vordrucks die nur schwer zu erfüllenden Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 Satz 3 als gegeben bestätigen lassen kann. Dem gleich steht eine Klausel, wonach Mietvertragsregelungen ausführlich erörtert und gebilligt worden seien⁶⁸; auch hier besteht die Gefahr, dass der Mieter aus Unkenntnis von § 305 Abs. 1 Satz 3 von der rechtlichen Verbindlichkeit der betroffenen Regelungen ausgeht. In die Kategorie einfältig gestalteter Kundenerklärungen fallen auch die Klauseln aus **Maklerverträgen**, nach der vom Kunden erklärt wird, dass er das nachgewiesene Objekt besichtigt und einen ausreichenden Aufschluss über Objekt und Kaufvertragsbedingungen erhalten habe⁶⁹, und die Klausel aus **Verkaufsbedingungen**, der zufolge der Käufer bestätigt, die Kaufsache in einwandfreiem Zustand übernommen zu haben⁷⁰.

- 20 Unwirksame Tatsachenbestätigungen mit ausdrücklich rechtlichem Bezug enthalten ferner AGB, mit denen **Minderjährige** das Einverständnis ihrer Eltern erklären⁷¹, nicht dagegen solche, mit denen sie ihre Volljährigkeit versichern; denn für fehlende Geschäftsfähigkeit ist ohnehin der Kunde beweisbelastet⁷². Unwirksam ist die Klausel, mit der der Kunde erklärt, er habe um einen Hausbesuch gebeten; damit sollte der Nichtigkeit des Vertrages nach § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO a.F. begegnet oder das Widerrufsrecht des Kunden nach § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 a.F. abgewendet werden⁷³. Hierher gehört auch die

dorf v. 23.4.1998 – 8 U 171/97, NJW-RR 1998, 1348 und LG Gießen v. 29.4.1998 – 1 S 4-98, NJW-RR 1998, 1347 (Erhalt von Gebühren- und Hausordnung sowie Pflegekostentarif). Zur Unwirksamkeit von Einbeziehungsklauseln ausführlich Rott VuR 1998, 251 ff.

64 BGH v. 28.3.1996 – III ZR 95/95, NJW 1996, 1819 zu Versteigerungsbedingungen („bloße Floskel“).

65 So auch Rott VuR 1998, 251 (253).

66 OLG Düsseldorf v. 1.4.2009 – I-18 U 208/08, WM 2009, 1935 (1937 f.).

67 BGH v. 28.1.1987 – IVa ZR 173/85, BGHZ 99, 374 (377 ff.) = NJW 1987, 1634 für den Makleralleinauftrag.

68 OLG Stuttgart v. 22.9.1986 – 2 U 297/85, NJW-RR 1987, 143; ähnlich OLG Düsseldorf v. 16.11.1995 – 6 U 164/94, VuR 1996, 212 (Partnervermittlung).

69 So zutr. LG Frankfurt/M. v. 25.8.1987 – 2/13 O 299/87, NJW 1988, 499.

70 OLG Koblenz v. 22.9.1995 – 2 U 620/94, NJW 1995, 3392; siehe ferner OLG Düsseldorf v. 7.4.2005 – 10 U 191/04, NJW-RR 2005, 1538.

71 LG Kiel Bunte AGBE VI § 11 Nr. 75; LG Berlin Bunte AGBE VI § 11 Nr. 77.

72 OLG Brandenburg v. 11.1.2006 – 7 U 52/05, MMR 2006, 405 (406); allgemein dazu Rz. 7.

73 Zu § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO a.F. siehe BGH v. 6.10.1988 – III ZR 94/87, NJW 1989, 584 (585); OLG Zweibrücken v. 27.1.1992 – 7 U 101/91, NJW-RR 1992, 565; OLG Frankfurt v. 24.4.1991 – 19 U 238/88, NJW 1992, 247; OLG Dresden v. 30.11.1999 – 8 U 1687/99, MDR 2000, 755.

Klausel, mit der bestätigt wird, über das **Recht zum Widerruf belehrt**⁷⁴ oder über die wesentlichen Risiken und Besonderheiten vor Abschluss des Darlehensvertrages **aufgeklärt** worden zu sein. Auf eine Änderung der Beweislast zielt die Klausel ab, die im Handel mit Einbaumöbeln besagt, dass der Kunde die Richtigkeit der vom Verwender gefertigten Skizze und von **Maßangaben** bestätigt⁷⁵. Denn der Verwender will bei Unrichtigkeit der Skizze erreichen, dass seine Leistung vertragsgemäß sei, solange der Kunde nicht beweist, dass die von diesem gegebene Bestätigung falsch ist. Auch die vorformulierte Erklärung, dass der Kaufvertrag in die **Landessprache** übersetzt, **auf alle Kundenrechte hingewiesen** und nicht im Übergangswohnheim abgeschlossen worden sei⁷⁶, wird vom Klauselverbot des § 309 Nr. 12b klar erfasst. Das gilt auch für AGB, nach denen der Kunde die **Preise** des Verwenders bereits bei Vertragsschluss anerkenne⁷⁷. In die Kategorie der dreisteren AGB fällt die Klausel eines Unterbringungsvertrages, mit der erklärt wird, dass der **Heimplatz** den Bedingungen der Heimbaumindest-VO entspreche⁷⁸. Zu formularmäßigen und individualvertraglichen Vereinbarungen des Inhalts, dass die Bedingungen **ausgehandelt** seien, s. § 305 Rz. 49, 65.

b) Wissenserklärungen

Auch Wissenserklärungen fallen unter § 309 Nr. 12, wenn sie sich im Streitfall 21 zum Nachteil des Kunden auswirken können, was häufig der Fall ist⁷⁹. Darunter fällt die Klausel aus Bauverträgen – namentlich aus Subunternehmerverträgen –, wonach der Bauunternehmer die **Örtlichkeiten und Gegebenheiten der Baustelle** kennt⁸⁰. Damit will sich der Generalunternehmer von erhöhten Kosten infolge der Baugrundbeschaffenheit befreien. Ein erhebliches Maß an Unverfrorenheit zeigt die Klausel „Ich bin durch den Handelsvertreter darauf hingewiesen worden, dass mir das **Recht des Widerrufs** nach dem Haustürwiderrufsgesetz nicht zusteht“⁸¹. Unwirksam ist auch die Klausel „Der Studienteilnehmer kennt Methode und Inhalt des Unterrichts“⁸². Unter § 309 Nr. 12b lässt sich auch die unzulässige **Vorkenntnisklausel** aus Maklerverträgen einordnen⁸³ (näher Teil 2, (31) Maklerverträge Rz. 7). Dagegen fallen die Wissenserklärungen in formularmäßigen Vertragsanträgen, namentlich von **Versicherungsverträgen**, so lange nicht unter § 309 Nr. 12b, wie die Kundenerklärung nicht bereits vollständig vorformuliert ist. Die berechtigten Fragen nach Art und Zeitpunkt von **Vorerkrankungen** bei Kranken- und Lebensversicherungsverträgen sowie nach **Vorschäden** bei Sachversicherungen sind in den Vertragsanträgen naturgemäß unbe-

74 BGH v. 15.5.2014 – III ZR 368/13, ZIP 2014, 1485 Rz. 33; OLG Naumburg v. 1.7.1994 – 4 U 276/93, VuR 1995, 42; im Grundsatz auch BGH v. 10.2.1993 – XII ZR 74/91, NJW 1993, 1133 (soweit der Vertrag widerruflich ist); dazu *Hensen* EWiR 1993, 424.

75 BGH v. 26.5.1986 – VIII ZR 229/85, NJW 1986, 2574; dazu *Hensen* EWiR 1986, 847.

76 OLG Koblenz v. 17.9.1993 – 2 U 1694/91, NJW-RR 1994, 58.

77 LG Dortmund v. 30.6.1994 – 8 O 138/94, VuR 1995, 50.

78 LG Hildesheim v. 1.12.1995 – 2 O 468/95, VuR 1996, 130.

79 Einschränkung *Staudinger/Coester-Waltjen* Rz. 11 f., die von § 309 Nr. 12b nur Klauseln erfasst sehen will, die die Beweislast umkehren (s. dagegen aber Rz. 8).

80 LG Frankfurt/M. v. 7.6.1985 – 6 U 148/84, NJW-RR 1986, 245.

81 So im Fall 74 O 263/87 LG Hamburg: Bestellung von Kunststoff-Fenstern.

82 LG München v. 30.6.1987 – 7 O 7246/87, NJW-RR 1988, 1083.

83 Vgl. BGH v. 4.11.1999 – III ZR 223/98, ZIP 1999, 2099: „Das nachstehend aufgeführte Objekt wurde mir durch den Makler nachgewiesen. Das Objekt war mir bisher nicht bekannt.“ Der BGH lässt hier allerdings einen Verstoß gegen § 11 Nr. 15b ABGB a.F. (= § 309 Nr. 12b) offen.

antwortet gelassen. Die mitunter hinzugefügte Klausel, dass außer den in Ziff. ... aufgeführten Erkrankungen keinerlei Vorerkrankungen vorlägen, könnte auch fehlen, hat keinen Beweiswert und ist nicht nach § 309 Nr. 12 zu beanstanden⁸⁴. Dass in den Versicherungs-Vordrucken die Bedeutung der Fragen häufig schon optisch nicht hervorgehoben ist und die Versicherungsvertreter im Provisionsinteresse dem Kunden die Hand führen, ist kein Problem des § 309 Nr. 12, sondern der Kenntnizzurechnung⁸⁵.

c) Erklärungen über tatsächliche Vorgänge

- 22 Noch einen Schritt schlichter, aber gleichwohl nicht ungefährlicher sind Klauseln gestaltet, die nur einen rein **tatsächlichen Vorgang oder Zustand** schildern (wie z.B. „Ich erkläre, dass ich nicht überredet worden bin“), und auch alle Formen der Patientenbestätigung über den Empfang der gebotenen **ärztlichen Aufklärung** (Teil 2, (28) Krankenhausverträge, Rz. 4). Ebenso unwirksam ist eine Klausel aus **Sportstudioverträgen** „Ich erkläre, gesund und daher in der Lage zu sein, an einem normalen Training teilzunehmen“, weil sie geeignet ist, den dem Kunden obliegenden Beweis zu erschweren, dass der Verwender seine Beratungs- und Hinweispflicht über die entstehende körperliche Belastung und die gesundheitlichen Risiken verletzt hat⁸⁶. Entsprechendes gilt für eine Klausel in Verkaufsbedingungen, derzufolge der Kunde bestätigt, dass die bestellte Ware durch Treppenhaus und Wohnungstüren transportiert werden könne⁸⁷. Die Klausel in einem Fitnesscenter-Vertrag, der Teilnehmer sei **frei von ansteckenden Krankheiten**, ist hingegen nicht zu beanstanden, weil sich der Kunde von Schadensersatzansprüchen des Verwenders ohnehin nach § 280 befreien müsste⁸⁸ (vgl. auch Teil 2, (45) Sportstudioverträge Rz. 5).
- 23 Lediglich solche Tatsachenbestätigungen, die nicht mehr als eine ohnehin geltende Beweislastverteilung wiedergeben, sind nicht nach § 309 Nr. 12b zu beanstanden (Rz. 7, 18). Die in diesem Zusammenhang zu nennende **Vollständigkeitsklausel** „Mündliche Nebenabreden sind nicht getroffen“ sollte allerdings als unwirksam erachtet werden⁸⁹. Wollte sie lediglich die geltende Beweisregel wiederholen, dass der Kunde wegen der Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit des schriftlichen Vertrages das Vorhandensein mündlicher Nebenabreden beweisen müsse, so gäbe es sie nicht. Darin erschöpft sich der Klauselgehalt aber auch nicht. Vielmehr ist die Klausel nicht nur geeignet, sondern auch darauf angelegt, den Kunden davon abzuhalten, dass er sich auf die getroffene Nebenabrede überhaupt beruft. Das billigt der BGH ausdrücklich⁹⁰, und zwar mit der Begründung, die Benachteiligung des Kunden sei nicht hinreichend

84 U. Hansen VersR 1988, 1110 (1116) mit im Übrigen ausführlicher Darstellung der Bedeutung des § 11 Nr. 15 AGBG a.F. = § 309 Nr. 12 für das Versicherungsgewerbe.

85 BGH v. 18.12.1991 – IV ZR 299/90, BGHZ 116, 387 = NJW 1992, 828.

86 BGH v. 20.4.1989 – IX ZR 214/88, NJW-RR 1989, 817 = WM 1989, 951; OLG Stuttgart v. 6.5.2010 – 2 U 7/10, BeckRS 2011, 09520; vgl. auch Huff EWIR 1989, 839.

87 OLG Stuttgart v. 6.5.2010 – 2 U 7/10, BeckRS 2011, 09520.

88 So auch OLG Hamm v. 14.1.1987 – 30 U 182/86, NJW-RR 1987, 947; mit anderer Begründung Wolf/Dammann Rz. 58.

89 So auch Wolf/Dammann Rz. 54, freilich von einem weiter gehenden Ansatz ausgehend.

90 BGH v. 14.10.1999 – III ZR 203/98, NJW 2000, 207; so auch MünchKomm/Wurmnest Rz. 15; Erman/Roloff § 309 Rz. 151; Heinrichs EWIR 2000, 1; wohl auch Palandt/Grüneberg Rz. 108; ähnlich zuvor schon BGH v. 19.6.1985 – VIII ZR 238/84, NJW 1985, 2329.

gewichtig, da „formulärmäßig geschaffenen Beweiszeichen in der Praxis bei der Beweismwürdigung regelmäßig keine entscheidende Bedeutung zugemessen“ werde. Dabei geht es – zum einen – gar nicht um die Beweismwürdigung, sondern darum, dass der Gegenseite schon der Beweis^{antritt} versperrt werden soll, und zum anderen lässt der BGH die gegenteilige Rechtsprechung zur Unwirksamkeit vorformulierter „Beweiszeichen“ außen vor⁹¹. Wirksam wäre eine Klausel des Inhalts, es werde vermutet, dass der Vertrag vollständig und richtig sei und dass der Kunde eine mündliche Nebenabrede zu beweisen habe. Die kategorische Behauptung indes, mündliche Nebenabreden seien nicht getroffen, birgt die Gefahr in sich, dass der Kunde sich gar nicht erst traut, den Gegenbeweis anzutreten. In gleicher Weise sind ähnliche eine Beweisregel vermeintlich wiedergebende Klauseln daraufhin zu kontrollieren, ob die den Kunden in seiner Rechtsposition beeinträchtigen sollen. Obgleich der Kunde beweisen muss, dass die Ware bei Übergabe mangelhaft war, ist eine Klausel unwirksam, die den Kunden den **einwandfreien Empfang der Ware** bestätigen lässt. Denn die Klausel ist geeignet, den Kunden von Gewährleistungsansprüchen wegen verborgener Mängel abzuhalten⁹².

d) Ausnahme: Empfangsbekenntnisse

§ 309 Nr. 12 nimmt im letzten Halbsatz Empfangsbekenntnisse vom strikten Klauselverbot aus, wenn sie gesondert unterschrieben oder mit einer gesonderten qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass ein vom Kunden abgegebenes Bekenntnis über den Empfang der geschuldeten Leistung (eine Quittung, § 368) zwar sehr wohl eine beweislasterdernde Tatsachenbestätigung i.S.d. § 309 Nr. 12 Satz 1b darstellt, der Verwender indes durchaus ein berechtigtes Interesse daran hat, entsprechende Bekenntnisse auch in vorformulierter Form abzuverlangen und es deshalb genügt, den Kunden vor versteckten Empfangsbekenntnissen zu schützen. Dem trägt zunächst das Erfordernis der gesonderten Unterschrift oder gesonderten qualifizierten elektronischen Signatur Rechnung. Das Setzen eines Häkchens durch Anklicken des Kontrollkastens im Rahmen eines online-Bestell- oder Anmeldeformulars vermag dieses Erfordernis nicht zu ersetzen⁹³. Was speziell das Erfordernis einer „**gesonderten**“ Unterschrift oder Signatur betrifft, so kann im Wesentlichen auf die Ausführungen zum entsprechenden Merkmal des § 309 Nr. 11a verwiesen werden (§ 309 Nr. 11 Rz. 10 f.). Das Empfangsbekenntnis muss also getrennt vom sonstigen Vertragstext erteilt werden (§ 309 Nr. 11 Rz. 11)⁹⁴. Es muss zudem räumlich oder drucktechnisch vom sonstigen Vertragstext – insb. den AGB – **deutlich abgehoben** sein, wobei sich die Unterschrift oder Signatur allein auf das Empfangsbekenntnis, also auf den rein tatsächlichen Vorgang der körperlichen Übergabe und Entgegennahme einer Sache, beziehen und keinerlei weitere Erklärung um-

91 So insb. BGH v. 26.6.1986 – VIII ZR 299/85, NJW 1986, 2574 und BGH v. 28.1.1987 – IVa ZR 173/85, BGHZ 99, 379 = NJW 1987, 1634; daran anschließend von *Olshausen* ZHR 151 (1987), 636 [641] mit zutr. Hinweis auf Begr. RegE, BT-Drucks. 7/3919 S. 39.

92 Vgl. dazu OLG Celle v. 12.1.1994 – 2 U 28/93, WM 1994, 885 [889]; OLG Koblenz v. 22.9.1995 – 2 U 620/94, NJW 1995, 3392; LG Frankfurt/M. v. 4.2.1986 – 1/13 O 353/85, NJW-RR 1986, 1055.

93 BGH v. 15.5.2014 – III ZR 368/13, ZIP 2014, 1485 Rz. 34.

94 Siehe ferner BGH v. 15.2.1996 – I ZR 10/94, NJW 1996, 1965; *Wolf/Dammann* Rz. 62.

mäßig – die Vertragsbedingungen durch AGB festgelegt werden⁴². Im Rahmen der erforderlichen amtlichen Zulassung von Fernlehrgängen werden die Vertragsbedingungen des Unternehmens daraufhin geprüft, ob sie den „gesetzlichen Anforderungen“ – also ggf. auch den §§ 305 ff. – entsprechen (§ 12 Abs. 2 Nr. 4 FernUSG). Dies schließt aber eine gerichtliche Kontrolle der Vertragsbedingungen nicht aus (Vor § 307 Rz. 96).

(51) Urheberrechtsverträge, Verlagsverträge (Ernst)

Schrifttum: *Berger/Wündisch* (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, 2. Aufl. 2015; *Dreier/Schulze* Urheberrechtsgesetz, 5. Aufl. 2015; *Fromm/Nordemann* Urheberrecht, 11. Aufl. 2014; *Schricker/Loewenheim* (Hrsg.) Urheberrecht, 4. Aufl. 2010; *Ulmer-Eilfort/Obergfell*, Verlagsrecht, 2013; *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.) Urheberrecht, 4. Aufl. 2014.

1. Anwendbarkeit	1	h) „IP-Lizenzen“ in Social Networks u.Ä.	23
2. Allgemeine Regeln	3	i) Unbekannte Nutzungsarten	25
a) Überraschende Klauseln	4	j) Beiträge zu Sammlungen	26
b) Transparenzgebot	5	k) Weiterübertragungsklauseln	27
c) Spezielle Klauselverbote	6	l) Bearbeitung inkl. Übersetzung	28
3. Kontrolle von Rechteeinräumungen und Vergütungsabreden	7	m) Nutzungsrechte für werbliche Zwecke und Merchandising	32
4. Arbeitnehmerurheber	14	n) Weiterverkaufsverbote bei E-Books und beim Musikdownload	34
5. Einzelklauseln		o) Rechtgarantien, Schadensersatz, Freistellungs- und Freihalteklausein	35
a) Rechteeinbehalt	16	p) Wettbewerbsverbote	37
b) Eigentum an Originalen	17	q) Vertragsstrafen	38
c) Fälligkeitsregelungen	18	r) Schutzrechtsklauseln	39
d) Abnahme bei Auftragswerken	19		
e) Namensnennung	20		
f) Ausschluss von Ausübungspflichten	21		
g) Filmurheber	22		

1. Anwendbarkeit

Für die meisten Verwerter fremder urheberrechtlich geschützter Leistungen ist es aus praktischen Gründen zwingend, die für die Nutzung erforderlichen Rechte im Wege von Formularverträgen zu erwerben. Gleich ob Verlage, Bildagenturen, Musikproduzenten, Rundfunksender, Film- oder Softwarehersteller, in keinem dieser Bereiche wäre die Masse von erforderlichen Rechteeinräumungen ohne solche Klauselwerke zu bewältigen. Ob diese als AGB, Honorar- und Lizenzbedingungen oder sonstwie bezeichnet werden, ist unerheblich. Entsprechendes gilt im (weitergebenden) Lizenzverkehr zwischen Rechteeinräumern. Alle diese Klauselwerke gelten gemäß §§ 305 ff. nur unter den dort beschriebenen Einbeziehungsvoraussetzungen.

Ferner sind auch Verträge und Einzelklauseln, die die Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte betreffen, an den Normen des AGB-Rechts zu messen, soweit es sich bei ihnen um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt¹. Dies

⁴² *Wolf/Stoffels* Klauseln Rz. U 2.

¹ BGH v. 17.10.2013 – I ZR 41/12, GRUR 2014, 556 Tz. 8 ff. – Rechteeinräumung Synchronsprecher; BGH v. 5.12.2012 – I ZR 23/11, GRUR 2013, 375 Tz. 12 ff. – Missbrauch

gilt (unabhängig vom Status des Mitglieds) auch für die Berechtigungsverträge und Verteilungspläne der Verwertungsgesellschaften².

2. Allgemeine Regeln

- 3 Für die Einbeziehung von AGB (§ 305) und den Vorrang der Individualabrede (§ 305b) gelten auch hier die allgemeinen Regeln. Gleiches gilt für die Regeln zu überraschenden und mehrdeutigen Klauseln³ (§ 305c). Zu speziellen Fragen des Softwarerechts siehe Teil 2, (44) Softwareverträge.

a) Überraschende Klauseln

- 4 Klauseln zur Rechteeinräumung sind dann überraschend i.S.d. § 305c Abs. 1, wenn mit einer Klausel zur Übertragung von Rechten an Inhalten nicht zu rechnen ist. Für die Feststellung des hier in Rede stehenden Überrumpelungseffekts ist im Einzelfall auf den **Durchschnittsurheber resp. -nutzer** abzustellen. So wäre schon im Lichte des Post- und Telekommunikationsgeheimnisses beispielsweise eine Regelung in den AGB eines E-Mail-Providers überraschend, mit der dieser sich eine Lizenz zur Nutzung der Inhalte der Kundenkorrespondenz einräumen lässt, und bereits an dieser Norm gemessen unwirksam. Gleiches sollte für Klauseln gelten, in denen sich die Anbieter von Internetplattformen, die ihren Kunden die Möglichkeit zur Einstellung von Texten, Bildern und anderen Inhalten (insb. soziale Netzwerke, Bild- und Videoplattformen) oder zur gemeinsamen Datenbearbeitung (Projekttools) resp. zur Datenweitergabe geben, Rechte an den eingestellten Inhalten für sich in Anspruch nehmen wollen. Diese Klauseln scheitern spätestens an § 307 (und bei Klagen nach UWG/UKlaG insb. von Verbraucherverbänden mangels Prüfungsmöglichkeit des Überraschungseffekts allein an dieser Norm)⁴, sind oft aber wohl schon an § 305c Abs. 1 gemessen unwirksam⁵. Branchenübungen und Vorkenntnisse aus anderen Verträgen können freilich eine Überraschung ausschließen⁶. Das mag in begrenztem Rahmen für journalistische User Generated Content-Angebote – nicht aber für Social Networks oder Bild-/Filmp portale⁷ – gelten, soweit diese auch in anderer Form erscheinen sollen. Rechteeinräumungen für bei Vertragsschluss unbekannte Nutzungsarten sollten im Einzelfall zumindest dann nicht überraschend sein, wenn der Verwerter ansonsten umfassende ausschließliche Rechte erhält⁸.

des Verteilungsplans; BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031, Tz. 12 ff. – Honorarbedingungen Freie Journalisten; BGH v. 17.6.2004 – I ZR 136/01, GRUR 2005, 148 (151) Tz. 57 (Oceano Mare); BGH v. 13.12.2001 – I ZR 41/99, GRUR 2002, 332 (Klausurerfordernis).

2 BGH v. 5.12.2012 – I ZR 23/11, GRUR 2013, 375 Tz. 12 ff. (Missbrauch des Verteilungsplans); BGH v. 13.12.2001 – I ZR 41/99, GRUR 2002, 332 (Klausurerfordernis).

3 Zur Unklarheit über eine Auswertungspflicht in einem Verlagsvertrag etwa BGH v. 17.6.2004 – I ZR 136/01, GRUR 2005, 148 (151) Tz. 57 (Oceano Mare).

4 LG Berlin v. 6.3.2012 – 16 O 551/10, CR 2012, 270 – Facebook-AGB; LG Hamburg v. 7.8.2009 – 324 O 650/08, CR 2010, 53 Tz. 30 ff. (Google Account).

5 Redeker in Hoeren/Sieber/Holzner, Handbuch Multimedia-Recht, Kap. 12 Rz. 433; J. Nordemann NJW 2012, 3121; Solmecke/Dam MMR 2012, 71; Berberich MMR 2010, 736.

6 BGH v. 22.9.1983 – I ZR 40/81, GRUR 1984, 119 Tz. 22 – Synchronisationssprecher.

7 J. Nordemann NJW 2012, 3121; generell a.A. Wille GRUR 2009, 470 ff.

8 J. Nordemann NJW 2012, 3121.

b) Transparenzgebot

Auch für das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2) gelten keine besonderen, sondern die allgemeinen Regeln. Die Transparenz hindernd ist im Regelfall etwa die Verwendung **fremdsprachiger Klauseln** zumindest gegenüber Privatpersonen⁹. Gleiches gilt für die Verwendung einer Mehrzahl von sich ergänzenden AGB-artigen Klauselwerken¹⁰ und die durch **Unübersichtlichkeit** resp. **optische oder inhaltliche Unlesbarkeit** der Klauselwerke herstellbare Wirkung, dass die Nutzer die AGB gar nicht erst lesen, bevor sie ihre Einbeziehung hinnehmen. Bei der Verwendung **kaskadenartiger Geschäftsbedingungen** – die AGB verweisen auf weitere eigene oder fremde Klauselwerke – fehlt es (nicht nur gegenüber Privatpersonen) zudem oft schon an deren Einbeziehung¹¹. Intransparent sind auch Vergütungsregeln, die „jedenfalls“ bestimmte Rechte in eine Pauschalvergütung einbeziehen¹², die eine Weitergabe an nicht näher bestimmte „kooperierende Verlage“ einschließen¹³ oder „wichtige Verlagsinteressen“ zum Kriterium einer weiteren Nutzung machen¹⁴.

c) Spezielle Klauselverbote

Die auf Verbraucherverträge anwendbaren speziellen Klauselverbote in §§ 308, 309 sind nur dann anwendbar, wenn der Urheber kein **Unternehmer** (§ 14) ist (§ 310 Abs. 1), so dass für die Klauselkontrolle bei reinen Verträgen zur Rechteeinräumung in der Regel auf § 307 abgestellt werden wird¹⁵. Der Rückgriff auf §§ 308, 309 in Verträgen mit **Verbrauchern** wird in der Praxis wohl allenfalls bei einzelnen Klauseln in Betracht kommen, die andere Vertragsinhalte ergänzen. Dies ist bei der nicht-geschäftlichen Nutzung von Online-Plattformen und -Netzwerken ebenso der Fall wie bei der zunehmenden Beteiligung an der hobbymäßigen Verwertung eigener bspw. fotografischer oder musikalischer Werke über einschlägige Online-Plattformen. Dies gilt auch, soweit hier ein erst beginnendes Nebenerwerbsinteresse in Rede stehen mag. Bei der geschäftlichen Nutzung etwa von Social Networks bleibt der Maßstab allein § 307. Für Arbeitnehmerurheber und arbeitnehmerähnliche Urheber (§ 5 ArbGG, § 12a TVG)¹⁶ gilt § 310 Abs. 4.

⁹ LG Berlin v. 9.5.2014 – 15 O 44/13, CR 2014, 676 (WhatsApp).

¹⁰ Wolf/Pfeiffer § 305 Rz. 73; Redeker IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rz. 885.

¹¹ Wolf/Pfeiffer § 305 Rz. 73; Redeker IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rz. 885.

¹² BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 Tz. 37 (Honorarbedingungen Freie Journalisten).

¹³ BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 Tz. 38 (Honorarbedingungen Freie Journalisten).

¹⁴ BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 Tz. 58 f. (Honorarbedingungen Freie Journalisten).

¹⁵ Z.B. BGH v. 17.10.2013 – I ZR 41/12, GRUR 2014, 556 Tz. 8 ff. – Rechteeinräumung Synchronsprecher; BGH v. 5.12.2012 – I ZR 23/11, GRUR 2013, 375 (Missbrauch des Verteilungsplans); BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 (Honorarbedingungen Freie Journalisten).

¹⁶ Fromm/Nordemann/J. Nordemann vor § 31 UrhG Rz. 195 m.w.N.; Wandtke/Grundert in Wandtke/Bullinger vor § 31 UrhG Rz. 98.

3. Kontrolle von Rechteeinräumungen und Vergütungsabreden

- 7 Keine Kontrolle findet statt, soweit eine Klausel die eigentlichen Hauptleistungspflichten der Parteien beschreibt (§ 307 Abs. 3)¹⁷. Wird also in einer Klausel allein der Gegenstand der vertraglichen Hauptleistung festgelegt, kann diese nicht am AGB-Recht gemessen werden. Betroffen ist aber nur das reine Austauschverhältnis (Ware resp. hier: Nutzungsrechte gegen Geld). Vertragliche Regelungen, die unmittelbar den **Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflicht** bestimmen, gehören auch im Bereich des Urheberrechts zum Kernbereich privatrechtlicher Vertragsgestaltung und sind der Prüfung nach §§ 307 ff. entzogen¹⁸. Soweit die Leistungspflichten des Verwenders eingeschränkt oder die Rechte des Urhebers beschnitten bzw. seine Pflichten erweitert werden, handelt es sich jedoch um der AGB-Kontrolle unterliegende, den Vertrag ergänzende Geschäftsbedingungen. Von der Klauselkontrolle ausgenommen sind daher nur Klauseln, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit der wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden könnte¹⁹.
- 8 Allerdings lehnt es der BGH ab, bei der Klauselkontrolle auch den Maßstab des § 31 Abs. 5 UrhG anzulegen²⁰. In dieser Vorschrift ist die Zweckübertragungslehre resp. Übertragungszwecklehre normiert, wonach in Verträgen des Urhebers über sein Urheberrecht im Zweifel keine weitergehenden Rechte eingeräumt werden, als dies der Zweck des Nutzungsvertrages erfordert²¹. Nach der Rechtsprechung handelt es sich nur um eine Auslegungsregel, die allein dann greift, wenn die streitigen Nutzungsrechte im Vertrag nicht einzeln genannt worden sind²². Der – aus Verwerterperspektive verständlichen, aus Urhebersicht kaum umgeharen – Praxis vieler urheberrechtlicher Verwerter, sich über vorformulierte Vertragsmuster in möglichst großem Umfang Nutzungsrechte einräumen zu lassen, die über den Zweck des konkret abgeschlossenen Vertrages hinausgehen, konnte deshalb mit § 307 bislang nicht begegnet werden. Im Jahr 2002 wurde allerdings mit § 11 Satz 2 und § 32, 32a UrhG der **Grundsatz der angemessenen Vergütung** im Urheberrechtsgesetz ausdrücklich verankert. § 32 und § 32a „sichern die angemessene Vergütung dort, wo eine Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht möglich ist ... Im Übrigen ist nach § 11 Satz 2 im Rahmen der AGB-Kontrolle das Prinzip der angemessenen Vergütung als wesentlicher Grundgedanke des Urheberrechts zu achten“²³. Die zwischenzeitlich ergangene Instanzrecht-

17 BGH v. 13.7.1994 – IV ZR 107/93, BGHZ 127, 35 (41); BGH v. 24.4.1991 – VIII ZR 180/90, NJW-RR 1991, 1013 m.w.N.

18 BGH v. 17.10.2013 – I ZR 41/12, GRUR 2014, 556 Tz. 12 (Rechteeinräumung Synchronsprecher); BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031, Tz. 18 (Honorarbedingungen Freie Journalisten).

19 Vgl. BGH v. 27.9.1995 – I ZR 215/93, BGHZ 131 (8, 12 f.) (Pauschale Rechteeinräumung); BGH v. 22.1.1998 – I ZR 189/95, BGHZ 137 (387, 392) (ComicÜbersetzungen I) m.w.N.

20 BGH v. 17.10.2013 – I ZR 41/12, GRUR 2014, 556 Tz. 8 ff. (Rechteeinräumung Synchronsprecher); BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031, Tz. 16 ff. (Honorarbedingungen Freie Journalisten); BGH 22.9.1983 – I ZR 40/81, GRUR 1984, 119 Tz. 20 (Synchronisationssprecher); offen gelassen in BGH v. 22.9.1983 – I ZR 40/81, GRUR 1984, 45 (49) Tz. 187 (Honorarbedingungen Sendevertrag).

21 BGH v. 13.7.1994 – IV ZR 107/93, BGHZ 127, 35 (41).

22 BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031, Tz. 18 ff. (Honorarbedingungen Freie Journalisten); BGH v. 22.9.1983 – I ZR 40/81, GRUR 1984, 119 Tz. 20 (Synchronisationssprecher).

23 Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 14/8058 S. 17 f.

sprechung ging teilweise von der strengen Linie ab²⁴. Der I. Senat des BGH ist allerdings weiterhin der Auffassung, dass die Neufassung des § 11 Satz 2 UrhG keinen Einfluss auf die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. habe und demzufolge keine Einschränkung der Vertragsfreiheit auf der Ebene der Rechteeinräumung bewirke²⁵. Zwar komme in dem Auslegungsgrundsatz des § 31 Abs. 5 UrhG der Leitgedanke einer möglichst weitgehenden Beteiligung des Urhebers an den wirtschaftlichen Früchten der Verwertung seines Werkes zum Ausdruck, doch sei dieser Leitgedanke nicht als gesetzliche Regelung i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 umgesetzt worden, sondern allein als Auslegungsregel, die erst dann eingreife, wenn es an einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung fehle oder über den Umfang einer Rechteeinräumung Unklarheiten bestünden²⁶. Die Übertragungszweckregel greift allerdings (ohne Umweg über § 307) direkt, wenn die Nutzungsrechteeinräumung nur generell formuliert wird, so dass sie dann auf das nach dem Vertragszweck erforderliche Maß zurückgeführt wird²⁷.

Eine **konkrete Vergütungsabrede** ist stets kontrollfrei, doch bloß **mittelbare Preisabreden** können nach § 307 unwirksam sein²⁸. Diese Abgrenzung ist im Einzelfall durchzuführen. Auch besteht ein Unterschied zwischen der Inhaltskontrolle einer AGB hinsichtlich der Vergütungshöhe und einer Prüfung der Vergütungsstruktur²⁹. Es liegt keine der AGB-Kontrolle entzogene Preisvereinbarung vor, wenn sich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen mittelbar auf die Vergütungshöhe auswirken, indem sie insbesondere durch Übertragung und Abgeltung der Drittverwertungsrechte dem Urheber den Weg zu einer angemessenen Vergütung versperren³⁰.

Der BGH meint zwar, Zweck der Auslegungsregel des § 31 Abs. 5 UrhG sei die Bestimmung der Hauptleistungspflicht³¹, doch geht dies am Zweck sowohl dieser Norm wie auch des AGB-Rechts vorbei, die beide den Urheber gegen den

24 OLG Rostock v. 9.5.2012 – 2 U 18/11, ZUM 2012, 706; OLG München v. 21.4.2011 – 6 U 4127/10, AfP 2011, 379 Tz. 49 – Printmediarechte; OLG Hamburg v. 1.6.2011 – 5 U 113/09, AfP 2011, 385 Tz. 127 (Buy-out mit Pauschalabgeltung); OLG Zweibrücken v. 7.12.2000 – 4 U 12/00, ZUM 2001, 346 (347) (ZDF-Komponistenverträge); LG Braunschweig v. 21.9.2011 – 9 O 1352/11, ZUM 2012, 66 (72); *Schricker/Loewenheim* in *Schricker/Loewenheim*, Vor § 28 UrhG Rz. 40 f.; *Wandtke/Grunert* in *Wandtke/Bullinger*, Vorbem. vor §§ 31 ff. UrhG Rz. 109; *Bullinger* in *Wandtke/Bullinger*, § 11 UrhG Rz. 4; *Dreier/Schulze*, Vorbemerkung § 31 UrhG Rz. 16; *Hertin* AfP 1978, 72 (79); *Berberich* ZUM 2006, 205 (207); siehe dazu auch KG v. 26.3.2010 – 5 U 66/09, ZUM 2010, 799; LG Rostock v. 12.5.2011 – 6 HK O 45/10, AfP 2011, 397; *Czychowski* in *Fromm/Nordemann* § 11 UrhG Rz. 8; *Hoeren* GRUR-Prax 2012, 402.

25 BGH v. 17.10.2013 – I ZR 41/12, GRUR 2014, 556 Tz. 12 (Rechteeinräumung Synchronsprecher); BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031, Tz. 21 (Honorarbedingungen Freie Journalisten); krit. *Schricker/Loewenheim* vor § 28 UrhG Rz. 40; *Dreier/Schulze* vor § 31 UrhG Rz. 14, 16; *Wandtke/Grunert* in *Wandtke/Bullinger* vor § 31 Rz. 108; *Hoeren* GRUR-Prax 2012, 402.

26 BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031, Tz. 17 (Honorarbedingungen Freie Journalisten).

27 *J. Nordemann* NJW 2012, 3121 (3122).

28 *Fromm/Nordemann/J. Nordemann* vor § 31 UrhG Rz. 206.

29 OLG Hamburg v. 1.6.2011 – 5 U 113/09, AfP 2011, 385 Tz. 155 – Buy-out mit Pauschalabgeltung.

30 OLG Jena v. 9.5.2012 – 2 U 61/12, WRP 2012, 1150 Rz. 8.

31 BGH v. 17.10.2013 – I ZR 41/12, GRUR 2014, 556 Tz. 12 (Rechteeinräumung Synchronsprecher); BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031, Tz. 18 (Honorarbedingungen Freie Journalisten).

i.d.R. wesentlich stärkeren Verwender der in Rede stehenden Formularverträge schützen sollen. Der Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflicht hängt – folgt man der Rechtsprechung – eben gerade nicht von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab³², sondern ergibt sich allein aus den Regelungen im Formular.

- 11 Die Formulierung der **Einräumung vielfältiger Nebenrechte**, die über den eigentlichen Vertragszweck hinausgehen, ist dabei allerdings kaum als vertragsessentiell einzuordnen. So sollte auch die Reichweite der Rechteeinräumung im Rahmen eines (teilweisen) Buy-Out durchaus überprüfbar sein: Wesentliche Bedingung für die Zulässigkeit einer Pauschalvergütung für die Übertragung von Nutzungsrechten ist, dass die Pauschalvergütung bei objektiver Betrachtung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine angemessene Beteiligung am voraussichtlichen Gesamtertrag der Nutzung gewährleistet³³.
- 12 Auch die **Vergütungen für Zweitverwertungen** können kontrollfähig sein, wenn sie dem Leitbild der angemessenen Beteiligung des Urhebers gemäß § 11 Satz 2 UrhG widersprechen, so dass beispielsweise eine Vergütungsregelung AGB-rechtlich unwirksam wäre, die eine Vergütung für weitergehende Nutzungen von einer „Absprache“ abhängig macht³⁴.
- 13 Gleiches gilt für eine Klausel, nach der das vereinbarte – angemessene – Honorar pauschal um 50% gekürzt wird, weil eine Auftragsarbeit aus nicht vom Verlag zu vertretenden Gründen zu dem vom Verlag vorgesehenen Zeitpunkt nicht veröffentlicht wird³⁵. Eine neben Hauptrechten für die Medienvermarktung vorgesehene formularmäßige Einräumung einer Nutzung von Bildern für jegliche Art von Werbemaßnahmen weicht hinsichtlich der wirtschaftlichen, rechtlichen und haftungsrechtlichen Auswirkungen in einem derart eklatanten Maße vom Grundgedanken des Urheberrechtes ab, dass sie unwirksam ist³⁶. Selbst bei kostenfreien sozialen Netzwerken, in denen ungeschrieben der Grundsatz „Daten gegen Leistung“ herrscht, wird eine häufig vorzufindende Rechteeinräumung durch den Nutzer dennoch nicht als der AGB-Kontrolle entzogene Hauptleistungspflicht anzusehen sein³⁷. Soweit der BGH eine Inhaltskontrolle nicht zulässt, verbleibt dem Urheber zumindest die Möglichkeit einer Klage gemäß §§ 32 Abs. 1 Satz 3, 32a, 32c UrhG³⁸. Diese Normen sind insoweit nicht nur klauselfest, sondern gar nicht abdingbar (§§ 32 Abs. 3, 32a Abs. 3, 32c Abs. 3 UrhG).

32 So aber BGH v. 17.10.2013 – I ZR 41/12, GRUR 2014, 556 Tz. 12 (Rechteeinräumung Synchronsprecher); BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 Tz. 19 (Honorarbedingungen Freie Journalisten).

33 OLG Hamburg v. 1.6.2011 – 5 U 113/09, AfP 2011, 385 Tz. 163 (Buy-out mit Pauschalabgeltung).

34 KG v. 26.3.2010 – 5 U 66/09, ZUM 2010, 799.

35 KG v. 26.3.2010 – 5 U 66/09, ZUM 2010, 799.

36 OLG Hamburg v. 1.6.2011 – 5 U 113/09, AfP 2011, 385 Tz. 205 (Buy-out mit Pauschalabgeltung).

37 Vgl. LG Berlin v. 6.3.2012 – 16 O 551/10, CR 2012, 270 (Facebook-AGB).

38 BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 Tz. 39 (Honorarbedingungen Freie Journalisten).

4. Arbeitnehmerurheber

Die Regeln des allgemeinen Urhebervertragsrechts gelten auch für **in Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten geschaffene Werke**, soweit sich aus Inhalt oder Wesen des Arbeits- oder Dienstverhältnisses nichts anderes ergibt (§§ 43, 69b, 79 Abs. 2 UrhG). Soweit die gesetzlichen Regeln im Arbeitsvertrag wiedergegeben werden, sind keine Bedenken angezeigt. So wird der Arbeitgeber wohl stets Eigentümer entstandener Werkstücke (§ 950). Mag der Arbeitnehmer nach dem Schöpferprinzip (§ 7 UrhG) auch Urheber sein, erhält der Arbeitgeber doch alle Rechte, die er für die betrieblichen Zwecke benötigt³⁹. Dies werden im Normalfall auch Ausschließlichkeitsrechte sein, so dass der Arbeitnehmer auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keinerlei Nutzungsrechte „mitnehmen“ kann. Auch hinsichtlich der Urheberpersönlichkeitsrechte bestehen Einschränkungen, auch durch Branchenübungen, die durch klauselartige Regelungen im Arbeitsvertrag bekräftigt, allerdings nicht über § 307 hinaus eingeschränkt werden können⁴⁰.

Bedeutung für die Wirksamkeit von Nutzungsrechtseinräumungen im Arbeitsvertrag hat die Unterscheidung zwischen solchen Werken, die **in unmittelbarer Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten** entstanden sind (Pflichtwerken), und solchen, die nur bei Gelegenheit oder gar außerhalb des arbeitsvertraglichen Pflichtenkreises geschaffen wurden (freie Werke). Hinsichtlich dieser **freien Werke** ist über aus Vertragszweck oder arbeitsrechtlicher Treuepflicht⁴¹ ohnehin bestehende Pflichten hinaus in der Regel weder eine Rechteeinräumung noch eine Anbietungspflicht (etwa analog § 19 ArbNErfG) klauselmäßig vereinbar⁴².

5. Einzelklauseln

a) Rechtevorbehalt

In vom Urheber oder einem Rechteveermittler gestellten Klauselwerken (z.B. den AGB einer Agentur) finden sich des Öfteren Klauseln, die die vertragsgemäße Übertragung der Nutzungsrechte von der Zahlung des vertraglich zugesicherten Honorars abhängig macht. Diese einem Eigentumsvorbehalt (§ 449) vergleichbare Regelung ist als **aufschiebende Bedingung** für die Rechteübertragung auszulegen (vgl. § 449) und als solche wirksam und absolut interessengerecht (§ 307). Ihr Nutzen zeigt sich insbesondere im Falle der Insolvenz des Rechteerwerbers. Der umgekehrte Fall – die Übertragung von Rechten im Falle von Zahlungsverzug (etwa an eine Druckerei) – ist allerdings unwirksam⁴³.

b) Eigentum an Originalen

Die Überlassung von Originalen ist in der von digitaler Erstellung fast aller Werkarten modernen Urheberpraxis mittlerweile von geringer Relevanz. Gleichwohl kann etwa die klauselmäßige Verpflichtung zur Ablieferung von Originalen

39 BGH v. 27.9.1990 – I ZR 244/88, GRUR 1991, 523 (528) (Grabungsmaterialien).

40 Dreier/Schulze § 43 UrhG Rz. 34 ff.

41 OLG München v. 14.6.2007 – U 5554/06, ZUM 2007, 751; LG Braunschweig v. 21.9.2011 – 9 O 1352/11, ZUM 2012, 66 Tz. 143 f.

42 Vgl. Fromm/Nordemann/A. Nordemann § 43 UrhG Rz. 25 f.

43 OLG Frankfurt v. 8.12.1983 – 6 U 82/83, GRUR 1984, 515 (AGB-Übertragung von Nutzungsrechten).

len (z.B. Dias), die eine eigene weitere Verwertung faktisch ausschließt, unwirksam sein⁴⁴. Die Übertragung des Eigentums an überlassenen Duplikaten von Bildern, Manuskripten o.ä. mag jedoch klauselmäßig geregelt werden⁴⁵.

c) Fälligkeitsregelungen

- 18 Eine von § 23 VerlG abweichende Regelung – nach dieser Norm ist die Vergütung grundsätzlich bei Ablieferung zu zahlen – ist auch klauselmäßig möglich⁴⁶.

d) Abnahme bei Auftragswerken

- 19 Zu Abnahmefiktionen sowie Klauseln zur Abnahmeverweigerung in den AGB von Agenturen gelten die allgemeinen Regeln. Wirksam ist umgekehrt eine Klausel, in der sich ein Abnehmer eines nach individuellen Vorgaben gefertigten Auftragswerkes die Abnahme nach billigem Ermessen vorbehält, was de facto eine jederzeitige Kündigungsmöglichkeit und Honorierung über § 649 ermöglicht, der auch zugunsten einer angemessenen Entschädigung abbedungen werden kann⁴⁷.

e) Namensnennung

- 20 Die Frage, ob auf das in § 13 UrhG verankerte Recht auf Nennung des Urhebers bei jeder Werknutzung wirksam verzichtet werden kann, ist von erheblicher Bedeutung. Dies gilt insbesondere deshalb, weil dieser Anspruch selbst beim bloßen Lichtbildschutz (§ 72 UrhG) besteht und im Verletzungsfalle mit einer Verdoppelung des angemessenen Vergütungssatzes als Schadensersatz gehandelt werden kann⁴⁸, bei Kartenwerken etwa mit einem Zuschlag von 50%⁴⁹. Eine Klausel, nach der Ansprüche bei fehlender Urhebernennung ausgeschlossen sind, wäre als Verstoß gegen § 13 UrhG zu werten und damit AGB-rechtlich unwirksam⁵⁰. An fehlender Transparenz würde auch eine Klausel scheitern, mit der Nennungsrechte „im gesetzlich zulässigen Umfang“ ausgeschlossen werden. Auch wäre eine Klausel, nach der ein Verlag zur Namensnennung „berechtigt, aber nicht verpflichtet“ ist, ebenfalls aufgrund des Grundgedankens des § 13 UrhG als AGB-Klausel unwirksam⁵¹. Dies gilt u.U. auch für ausübende Künstler entsprechend § 74 UrhG (bei Filmen ggf. eingeschränkt durch § 93 Abs. 2 UrhG)⁵². Letztlich kann in der Regel nicht im Voraus wirksam formularmäßig vollständig auf das Recht zur Namensnennung verzichtet werden⁵³. Dies erscheint allerdings im Ergebnis angesichts der Banalität insbesondere der fotografischen Leistungen im Lichtbildbereich und der Verwerterpraxis etwa bei kommerziellen Bilddatenbanken wenig sachgerecht. Ein wesentlicher Grundgedanke i.S.v. § 307 kann die

44 BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 Tz. 44 ff. (Honorarbedingungen Freie Journalisten).

45 OLG Rostock v. 9.5.2012 – 2 U 18/11, ZUM 2012, 706 Tz. 86 f.

46 BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 Tz. 53 (Honorarbedingungen Freie Journalisten).

47 OLG Hamburg v. 2.7.1998 – 3 U 193/97, ZUM-RD 1998, 557 (Dr. Monika Lindt).

48 Rspr.Nachw. bei A. Nordemann in Fromm/Nordemann § 72 UrhG Rz. 16.

49 KG v. 21.3.2012 – 24 U 130/10, WRP 2012, 1002.

50 KG v. 26.3.2010 – 5 U 66/09, ZUM 2010, 799.

51 OLG Hamburg v. 1.6.2011 – 5 U 113/09, AfP 2011, 385 Tz. 209 (Buy-out mit Pauschalabgeltung).

52 KG v. 9.2.2012 – 23 U 192/08, ZUM-RD 2012, 519.

53 OLG Hamburg v. 1.6.2011 – 5 U 113/09, AfP 2011, 385 Tz. 211 (Buy-out mit Pauschalabgeltung).

Urheberbenennung zudem nur dann sein, wenn sie ansonsten branchenüblich ist⁵⁴.

f) Ausschluss von Ausübungspflichten

Grundsätzlich kann den Verwerter eine Ausübungspflicht treffen, wobei sich geschriebene Regeln allein in § 1 Abs. 1 Satz 2 VerlG (mit der Ausnahme des § 47 VerlG für Bestellwerke) finden, diese ansonsten aber durch Auslegung zu ermitteln sind⁵⁵. Bei Nichtausübung kann der Urheber seine Rechte zurückrufen (§ 41 UrhG). Eine Klausel in Verlags-AGB dahingehend, dass keine Ausübungspflicht bestehe, verstößt daher zumindest dann nicht gegen das gesetzliche Leitbild, wenn keine Beteiligungsvergütung vereinbart ist⁵⁶. Rückrufrechte sind unverzichtbar (§§ 41 Abs. 4, 42 Abs. 2 UrhG), können aber im Einzelfall mit Wartefristen versehen werden. Unzulässig sind hingegen gegen § 41 Abs. 4 UrhG verstößende Entschädigungsregeln⁵⁷. 21

g) Filmurheber

Für die Bestimmungen der §§ 88 Abs.1, 89 Abs. 1 und 92 Abs. 1 UrhG ist der BGH (s.o. Rz. 8 ff.) wiederum der Ansicht, sie seien der AGB-Kontrolle entzogen⁵⁸. Diese Normen enthalten sehr weitgehende Zweifelsregeln zu Gunsten des Filmherstellers. Relevant für eine mögliche AGB-Kontrolle sind hier allerdings allenfalls außerfilmische Nutzungsrechte (z.B. Merchandising oder Dramatisierungsrechte fürs Theater), da sie von diesen nicht erfasst sind⁵⁹. Gleiches gilt für Remake-, Sequel-, Prequel- und sonstige Spin-Off-Rechte⁶⁰. Nach oben dargestellter Auffassung sollten diese Klauseln entgegen der BGH-Rechtsprechung kontrollfähig sein, wenn sie vom Vertragszweck nicht gedeckt sind, da § 31 Abs. 5 UrhG auch beim Film ansonsten anwendbar bleibt⁶¹. Das Recht zur Erstveröffentlichung liegt beim Regisseur, so dass abweichende Klauseln grundsätzlich unwirksam sind⁶². 22

h) „IP-Lizenzen“ in Social Networks u.Ä.

Eine sog. „IP-Lizenz“, mit der ein Nutzer dem Anbieter eines Social Networks sog. IP-Rechte (gemeint sind Nutzungsrechte insbesondere an gemäß §§ 2, 72, 95 UrhG geschützten Fotos und Videos, aber auch an Texten) unentgeltlich und unbeschränkt einräumt, ist unwirksam, da die Regelung mit den gesetzlichen Grundgedanken nicht zu vereinbaren ist⁶³. Sie verstößt dabei nicht nur gegen die Prinzipien des § 31 Abs. 5 UrhG, sondern auch gegen das Transparenzgebot, wenn über den Umfang der Rechtseinräumung – wie oftmals – erhebliche Un- 23

54 J. Nordemann NJW 2012, 3121 (3124) m.w.N.

55 Fromm/Nordemann/J. Nordemann vor § 31 UrhG Rz. 41 ff. m.w.N.

56 OLG Rostock v. 9.5.2012 – 2 U 18/11, ZUM 2012, 706; J. Nordemann NJW 2012, 3121 (3124).

57 LG Braunschweig v. 21.9.2011 – 9 O 1352/11, ZUM 2012, 66 Tz. 139 ff.

58 BGH v. 17.10.2013 – I ZR 41/12, GRUR 2014, 556 Tz. 8 ff. (Rechteeinräumung Synchronsprecher).

59 Dazu J. Nordemann NJW 2012, 3121 (3124) m.w.N.

60 Dazu J. Nordemann NJW 2012, 3121 (3124) m.w.N.

61 Dreier/Schulze § 31 UrhG Rz. 140 m.w.N.

62 LG München I v. 24.2.2000 – 7 O 21058/99, ZUM 2000, 414 (Down under).

63 LG Berlin v. 6.3.2012 – 16 O 551/10, CR 2012, 270 (Facebook-AGB); LG Hamburg v. 7.8.2009 – 324 O 650/08, CR 2010, 53 Tz. 30 ff. (Google Account).