

Oliver Meyer

Aktuelle vertrags- und urheberrechtliche Aspekte der Erstellung, des Vertriebs und der Nutzung von Software



Oliver Meyer

**Aktuelle vertrags- und urheberrechtliche Aspekte
der Erstellung, des Vertriebs und der Nutzung von Software**

Schriften des Zentrums für angewandte Rechtswissenschaft

Band 10

ZAR | Zentrum für angewandte Rechtswissenschaft

Universität Karlsruhe (TH)

Herausgeber der Schriftenreihe: *Prof. Dr. Thomas Dreier M.C.J.*

Prof. Dr. Jürgen Kühling LL.M.

Prof. Dr. Peter Sester Dipl.-Kfm.

Aktuelle vertrags- und urheberrechtliche Aspekte der Erstellung, des Vertriebs und der Nutzung von Software

von
Oliver Meyer



universitätsverlag karlsruhe

Dissertation an der Universität Freiburg i. Br., Rechtswissenschaftliche Fakultät

Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Freiburg i.Br.:

Prof. Dr. jur. Walter Perron

Erstgutachter:

*Prof. Dr. jur. Thomas Dreier, MCJ, Institut für Informationsrecht,
Universität Karlsruhe (TH)*

Zweitgutachter:

*Prof. Dr. Maximilian Haedicke, LL.M., Institut für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und
Sozialrecht, Universität Freiburg i.Br.*

Ort und Tag der mündlichen Prüfung:

Karlsruhe, 15. Juli 2008,

Freiburg i. Br., 16. Juli 2008

Die Dissertation wurde am Institut für Informationsrecht der Universität
Karlsruhe (TH) geschrieben. Stand August 2008.

Impressum

Universitätsverlag Karlsruhe
c/o Universitätsbibliothek
Straße am Forum 2
D-76131 Karlsruhe
www.uvka.de



Dieses Werk ist unter folgender Creative Commons-Lizenz
lizenziert: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/de/>

Universitätsverlag Karlsruhe 2008
Print on Demand

ISSN: 1860-8744

ISBN: 978-3-86644-280-1

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2008 von der juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis August 2008 berücksichtigt.

Bei meinem Doktorvater, Prof. Dr. Thomas Dreier, M.C.J., möchte ich mich nicht nur für die umfassende Unterstützung bei der Erstellung und für die Aufnahme dieser Arbeit in die Schriftenreihe des ZAR bedanken, sondern auch dafür, dass er die Frau und Kollegin an sein Institut geholt hat, der diese Arbeit in großer Liebe und Dankbarkeit gewidmet ist.

Für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Maximilian Haedicke, LL.M.

Bei meinem „alten“ Studienkollegen Christian Rodorff, der sich verdienstvollerweise die Mühe gemacht hat, diese Arbeit Korrektur zu lesen, hoffe ich mich bald revanchieren zu können.

Danken möchte ich schließlich meinen Eltern, die mich jederzeit und bedingungslos in allen Belangen unterstützt haben, sowie meiner Tochter, die durch ihre Ankunft für eine wunderbare Unterbrechung in der Abfassung dieser Arbeit gesorgt hat.

Karlsruhe, im September 2008

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIII
A. Einleitung.....	1
I. Einführung in die Thematik.....	1
II. Gang der Untersuchung und Eingrenzung ihres Gegenstandes.....	3
B. Technische Grundlagen.....	7
I. Technische und wirtschaftliche Entwicklungen in der Informationstechnologie.....	7
1. Digitalisierung von Informationen.....	7
2. Tendenz zur Virtualisierung.....	8
3. Vom Markt zum Netzwerk.....	10
4. Tendenz zur Modularisierung.....	11
5. Konvergenz der Geschäftsmodelle.....	13
II. Softwaretechnische Grundlagen.....	14
1. Begriff des Computerprogramms.....	14
2. Methoden des Software Engineering.....	16
a. Klassisches Vorgehen.....	16
b. Objektorientierte Softwareentwicklung.....	18
c. Komponentenbasierte Softwareentwicklung.....	20
d. Frameworks.....	23

III. Ausblick auf künftige Entwicklungen.....	24
1. Software Engineering.....	24
a. Software-Industrialisierung.....	24
b. Modellgetriebene Softwareentwicklung.....	25
c. Agile Softwareentwicklung.....	27
2. Softwarenutzung.....	28
a. Embedded Systems.....	28
b. Webservices.....	30
c. Service-orientierte Architekturen (SOA).....	32
d. Grid Computing.....	34
3. Softwarevertrieb.....	36
a. Vertrieb über das Internet.....	36
b. Von der Software zum Service.....	37
c. Trusted Computing.....	38
IV. Zusammenfassung.....	39
C. Urheberrecht.....	41
I. Entwicklung und Bedeutung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft.....	41
II. Urheberrecht und Software.....	44
1. Entwicklung des urheberrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen.....	44
2. Computerprogramme als schutzfähige Werke.....	45
a. Geschützte Ausdrucksformen, § 69a Abs. 2 UrhG.....	45
b. Erforderliche Gestaltungshöhe, § 69a Abs. 3 UrhG.....	46
c. Schutz von Programmteilen.....	49
aa. Objektorientierte Programmierung.....	50
(1) Erstellung von Strukturen aus Klassen und Objekten.....	51
(2) Konkrete Implementierung der Struktur in einem Programm.....	53
bb. Komponentenbasierte Programmierung.....	54

cc. Frameworks.....	55
dd. Schutz von Schnittstellen.....	55
d. Schutz in der Entwicklungsphase, § 69a Abs. 1 UrhG.....	56
3. Inner- und zwischenbetriebliche Zusammenarbeit bei der Softwareerstellung.....	58
4. Überblick über die Verwertungsrechte des Rechteinhabers.....	60
a. Vervielfältigung und Verbreitung.....	60
b. Öffentliche Zugänglichmachung.....	61
5. Bestimmungsgemäße Benutzung, § 69d Abs. 1 UrhG.....	64
6. Erschöpfung des Verbreitungsrechts.....	66
a. Die Online-Übermittlung von Software.....	66
b. Der Handel mit „gebrauchten“ Software-Lizenzen.....	68
aa. Das Geschäftsmodell.....	69
bb. Die „Münchener Linie“.....	70
cc. Die „Hamburger Linie“.....	74
dd. Stellungnahme.....	76
(1) Analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes.....	78
(a) Planwidrige Gesetzeslücke.....	78
(b) Vergleichbarkeit der Sachverhalte.....	81
(c) Reichweite der Erschöpfungswirkung.....	82
(2) Bestimmungsgemäße Benutzung durch den Zweiterwerber.....	83
(3) Die Aufspaltung von Mehrplatzlizenzen.....	84
(4) Formularvertragliche Weitergabeverbote.....	87
III. Zusammenfassung Urheberrecht.....	88
D. Softwarevertragsrecht.....	91
I. Einleitung.....	91
II. Dogmatische Vorüberlegungen.....	93
1. Vertragstypen des BGB und der Kautelarjurisprudenz.....	93
a. Vertragstypen des BGB.....	93

b. Kautelarjuristische Vertragstypen.....	95
c. Inhaltskontrolle anhand des gesetzlichen Leitbilds.....	96
d. Vertragstypenzuordnung oder Sachnähe der Einzelnorm?.....	98
2. Typologie gemischter und atypischer Verträge.....	102
a. Begriffliche Einteilung und Erscheinungsformen.....	102
b. Anwendbare Vorschriften.....	105
c. Der Computervertrag als atypischer Vertragstyp.....	108
3. Alternative Ansätze zur Erfassung von Softwareverträgen.....	109
a. Komplexe Langzeitverträge.....	110
aa. Allgemeine Grundsätze.....	110
bb. Anwendung im Softwarebereich.....	112
b. Netzwerke, Hybride und Evolutionäre Verträge.....	113
c. Diskurstheorie.....	115
d. Modularer Ansatz.....	117
e. Analoge Rechtsanwendung.....	119
f. Der Verfügbarkeitsvertrag.....	121
aa. Der leistungsorientierte Verfügbarkeitsvertrag.....	123
bb. Der bereitschaftsorientierte Verfügbarkeitsvertrag.....	124
4. Zwischenergebnis und Konkretisierung der weiteren Fragestellung.....	125
III. Rechtliche Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen.....	127
1. Erforderlichkeit der Vertragstypisierung.....	127
2. Ausgangspunkt der vertraglichen Einordnung.....	128
3. Rechtliches Mysterium: Software als Sache.....	130
a. Einfluss technischer Entwicklung auf rechtliche Beschreibungen.....	130
b. Software als körperlicher Gegenstand i.S.d. § 90 BGB.....	132
c. Verhältnis von Sacheigentum und Urheberrecht.....	133
d. Rechtsprechung vor der Schuldrechtsreform.....	135
e. Literatur.....	136
aa. Sachqualität bejahend.....	136
bb. Sachqualität ablehnend.....	139
f. Neubewertung vor dem Hintergrund des § 453 Abs. 1 BGB.....	142

g. Neubewertung vor dem Hintergrund neuer Technologien.....	143
h. Die Entscheidung des BGH zum ASP-Vertrag.....	145
4. Überlassung von Standardsoftware.....	147
a. Auf Zeit.....	147
b. Auf Dauer.....	151
aa. Lizenzvertrag.....	151
bb. Kaufvertrag.....	153
cc. Stellungnahme.....	155
5. Erstellung und Überlassung von Individualsoftware.....	156
a. Anpassung von Standardsoftware.....	156
b. Wiederverwendung vorgefertigter Programmteile.....	157
c. Vertragstypologische Einordnung von Softwareerstellungsverträgen.....	158
aa. Neufassung des Wortlauts des § 651 BGB.....	158
bb. Anwendung des § 651 BGB auf die Softwareerstellung.....	161
(1) Fehlende Sacheigenschaft von Software.....	162
(2) Schwerpunkt des Vertrages.....	164
(3) Teleologische Reduktion.....	167
(4) Stellungnahme.....	168
d. Projektverträge.....	170
6. Zwischenergebnis.....	173
IV. Praxis der Softwareverträge.....	175
1. Outsourcing- und Rechenzentrumsverträge.....	176
a. Das Outsourcing-Geschäftsmodell.....	178
aa. Begriffsbestimmungen.....	178
bb. Auslagerungsbereiche.....	179
cc. Organisationsformen.....	181
dd. Grid Computing.....	182
b. Vertragsgegenstand und -typisierung.....	183
aa. Unterscheidung Übernahme- und Outsourcingvertrag.....	183
bb. Leistungsgegenstand des Outsourcingvertrages.....	184
cc. Vertragstypologische Einordnung.....	186

(1) Ansätze im juristischen Schrifttum.....	186
(2) Ansätze in der Rechtsprechung.....	190
(3) Stellungnahme.....	191
(4) Business Process Outsourcing (BPO).....	193
(5) Der Outsourcingvertrag als komplexer Langzeitvertrag.....	195
dd. Begriff und Inhalt der Service Level Agreements (SLA).....	196
c. Haftung des Outsourcing-Anbieters.....	199
aa. Folgen mangelhafter Leistungserbringung.....	199
bb. Sonstige Pflichtverletzungen.....	200
cc. Exkurs: Datenschutzrechtliche Aspekte.....	202
d. Rechtseinräumung an der eingesetzten Software.....	203
aa. Übertragung vorhandener Software auf den Outsourcing-Anbieter.....	203
bb. Nutzung der Software durch den Outsourcing-Kunden.....	205
2. Application Service Providing (ASP).....	207
a. Wirtschaftliche Bedeutung und Interessenlage der Beteiligten.....	208
b. Geschäftsmodell und technische Realisierung des ASP.....	212
aa. Definition des ASP.....	212
bb. Abgrenzung zu sonstigen Providerarten.....	214
cc. Technische Merkmale.....	215
dd. Art der bereitgestellten Anwendungen.....	217
ee. Abgrenzung zum Outsourcing.....	220
c. Einbeziehung Dritter in den ASP-Vertrag.....	222
aa. Einschaltung von Subunternehmern.....	222
bb. Rückgriff auf den Softwarelieferanten.....	224
d. Vertragstypologie.....	225
aa. Typologie der ASP-Kernleistung.....	227
(1) Mietvertrag.....	228
(a) Software als tauglicher Vertragsgegenstand einer Miete.....	229
(b) Überlassung und Gebrauchsgewährung.....	230
(c) Punktuelle Nutzung auf Abruf des Kunden.....	232
(d) Keine ausschließliche Nutzung durch den einzelnen Kunden	233
(e) Überlassung von Hardware-Kapazitäten.....	235

(f) Ausgestaltung des Vertrages als Operatingleasing.....	237
(2) Leihe.....	238
(3) Pachtvertrag.....	239
(a) Sachpacht.....	239
(b) Rechtspacht.....	241
(4) Dienstvertrag.....	243
(5) Werkvertrag.....	246
(a) Bestimmte Verfügbarkeit.....	246
(b) Übernahme von Geschäftsprozessen.....	247
(6) Verfügbarkeitsvertrag als Vertrag sui generis?.....	249
(7) Zwischenergebnis.....	252
bb. Einheitliches Dauerschuldverhältnis.....	253
cc. Leistungspflichten der Vertragsparteien.....	255
(1) Mietvertragliche Hauptleistungspflichten.....	255
(2) Ergänzende Leistungspflichten des Anbieters und ihre Typologisierung.....	258
(a) Anbindung an das Internet.....	258
(b) Data Hosting und Data Warehousing.....	260
(c) Flankierende Dienstleistungen.....	262
dd. Der ASP-Vertrag als Typenkombinationsvertrag.....	262
(1) Anwendung der Kombinationstheorie.....	263
(2) Differenzierung nach Leistungsschwerpunkten.....	265
(3) Stellungnahme.....	267
ee. ASP als „komplexer Langzeitvertrag“ und hybride Vertragsform.....	270
e. Haftung des ASP-Providers.....	273
aa. Mängelhaftung des Providers und ihre Begrenzung.....	273
bb. Abgrenzung der mietrechtlichen Erhaltungspflicht von entgeltlichen Pflegeleistungen.....	277
cc. Zusammenfassung.....	278
f. Vertragliche Verfügbarkeitsbeschränkungen.....	279
aa. Typische Regelungen in Service Level Agreements (SLA).....	279
bb. Kontrollfreie Leistungsbeschreibung oder Haftungsbegrenzung?.....	281

(1) Allgemeine Grundsätze.....	281
(2) Die Verfügbarkeit im ASP-Vertrag.....	283
(3) Die Entscheidung des BGH zum Online-Banking.....	284
(4) Die Vereinbarung von Verfügbarkeitsquoten.....	286
cc. Inhaltskontrolle von Verfügbarkeitsbeschränkungen.....	287
(1) Allgemein gehaltene Verfügbarkeitsklauseln.....	287
(2) Verfügbarkeitsquoten.....	289
g. Urheberrechtliche Nutzungsrechte an der Software.....	291
aa. Vervielfältigungen durch den Anwender.....	292
(1) Laden in den Arbeitsspeicher des Anwenders.....	292
(2) Laden in den Arbeitsspeicher des Anbieters.....	294
(3) Sichtbarmachen der Bildschirmoberfläche beim Anwender.....	295
(4) Reiner Programmablauf.....	297
bb. Programmverwertung durch den Provider.....	299
(1) Vervielfältigung und Vermietung.....	299
(2) Öffentliche Zugänglichmachung.....	300
(a) Zugänglichmachung der Funktionalitäten oder des Codes?.....	301
(b) Öffentlichkeit.....	303
(3) Rechtseinräumung.....	304
cc. ASP als eigenständige Nutzungsart?.....	305
dd. ASP und Open Source Software.....	309
h. Zusammenfassung.....	311
3. Webservices und Grid Computing.....	315
a. Webservices.....	315
aa. Beteiligte und Interaktion.....	315
bb. Vertragsrechtliche Einordnung.....	317
b. Grid Computing.....	319
aa. Beteiligte und Interaktion.....	320
bb. Vertragsrechtliche Einordnung.....	320
cc. Zwischenschaltung eines Grid-Providers.....	322
dd. Urheberrechtliche Aspekte.....	323
(1) Spezielle Grid-Software.....	323

(2) Systemsoftware auf den Anbieter-Rechnern.....	324
E. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse und Ausblick.....	327
Literaturverzeichnis.....	331

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Zeitschrift)
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGPL	Affero General Public Licence
Ajax	Asynchronous JavaScript and XML
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AOP	aspektororientierte Programmierung
Art.	Artikel
ASP	Application Service Providing
Aufl.	Auflage
B2B	Business to Business
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BPatG	Bundespatentgericht
BPO	Business Process Outsourcing
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CASE	Computer-aided Software Engineering
CI	Computerrecht Intern (Zeitschrift)
CPU	Central Processing Unit
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
CRM	Customer Relationship Management
c't	Magazin für Computertechnik (Zeitschrift)

ders.	derselbe
DFÜ	Datenfernübertragung
d.h.	das heißt
DIN	Deutsches Institut für Normung
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
Dok.	Dokument
DRM	Digital Rights Management
DSL	Digital Subscriber Line
DSL	Domain Specific Language
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaften
EPÜ	Europäisches Patentübereinkommen
ERP	Enterprise Resource Planning
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f. / ff.	folgende(r)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GebraMG	Gebrauchsmustergesetz
ggf.	gegebenenfalls
GGF	Global Grid Forum
GNU	Gnu's not UNIX
GPL	General Public Licence
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR-Int.	GRUR, Internationaler Teil (Zeitschrift)
GRUR-RR	GRUR, Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
GUI	Graphical User Interface
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HMD	Praxis der Wirtschaftsinformatik; vormals: Handbuch der maschinellen Datenverarbeitung (Zeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber
HTML	Hypertext Markup Language

i.d.R.	in der Regel
InfoSpektrum	Informatik-Spektrum (Zeitschrift)
insb.	insbesondere
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
IT	Informationstechnologie
ITRB	Der IT-Rechtsberater (Zeitschrift)
i.V.m.	in Verbindung mit
iX	Magazin für professionelle Informationstechnik (Zeitschrift)
JurPC	Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik (Online- Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
K&R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)
KOM	Dokumente der Kommission der EG
LAN	Local Area Network
LG	Landgericht
lit.	litera
M&R	Medien und Recht (Zeitschrift)
m. Anm.	mit Anmerkung
MDA	Model Driven Architecture
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Zeitschrift)
Mitt.	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte (Zeitschrift)
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW, Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (Zeitschrift)
OEM	Original Equipment Manufacturer
o.g.	oben genannte
OGSA	Open Grid Service Architecture

Abkürzungsverzeichnis

OLG	Oberlandesgericht
OMG	Object Management Group
PatG	Patentgesetz
PC	Personal Computer
PIM	Platform Independent Model
PSM	Platform Specific Model
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
RegE	Regierungsentwurf
RFID	Radio Frequency Identification
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RZ	Rechenzentrum
S.	Seite / Satz
SaaS	Software as a Service
SETI	Search for extraterrestrial Intelligence
SLA	Service Level Agreement
SOA	Service-oriented Architecture
sog.	so genannte(r)
TKV	Telekommunikations-Kundenschutzverordnung
u.a.	unter anderem
UML	Unified Modeling Language
UrhG	Urheberrechtsgesetz
U.S.	United States
USB	Universal Serial Bus
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom
vgl.	vergleiche
VPN	Virtual Privat Network
W3C	World Wide Web Consortium
WAN	Wide Area Network

WIPO	World Intellectual Property Organization
WM	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Zeitschrift)
WWW	World Wide Web
XML	Extensible Mark-up Language
XP	Extreme Programming
z.B.	zum Beispiel
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien (Zeitschrift)
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
z.T.	zum Teil
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Zeitschrift)
ZUM-RD	ZUM, Rechtsprechungsdienst (Zeitschrift)

A. Einleitung

I. Einführung in die Thematik

Können die durch den rasanten technologischen Fortschritt im Bereich der Entwicklung, des Vertriebs und der Nutzung von Software neu auftretenden bzw. sich verschärfenden rechtlichen Probleme unter Beachtung der Systematik der insoweit einschlägigen schuldrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) sowie der Schutz- und Vertragsvorschriften des Urheberrechts befriedigend gelöst werden, und reicht das existierende gesetzliche Instrumentarium insoweit noch aus? Bietet Letzteres vielleicht gerade den passenden Rahmen für eine „behutsame Evolution unter Berücksichtigung bleibender systematischer Bindungen“?¹ In bestimmten historischen Entwicklungsetappen ist es unerlässlich, sich die Frage zu stellen, ob die jeweils aktuelle rechtliche Infrastruktur den Herausforderungen der Informations- und Kommunikationsprozesse noch gerecht wird.²

Unser bestehendes Rechtssystem macht es seinem Anwender erfahrungsgemäß nicht leicht, wenn es darum geht, neue Geschäfts- und Vertriebskonzepte gerade im IT-Sektor abseits historischer Vertragstypologien und Vorverständnisse zu erfassen und vorausschauend und ganzheitlich zu lösen.³ Im deutschen Zivilrecht wird in anschaulicher Weise deutlich, dass das auf den körperlichen Warenverkehr zugeschnittene BGB den aus den modernen Informations- und Kommunikationsprozessen resultierenden Anforderungen zumindest auf den ersten Blick nicht mehr in jeder Hinsicht gewachsen ist.⁴ Das BGB mit seiner Dichotomie von Waren und Dienstleistungen ist vielmehr – entsprechend den ökonomischen Vorgaben am Ende des 19. Jahrhunderts – in erster Linie geprägt vom Primat der Warenproduktion und daher nur eingeschränkt brauchbar etwa für die Zuordnung von Informationen als immaterielle Güter. Aufgrund seiner Immaterialität besitzt aber ein Computerprogramm die Besonderheit, zu einem bestimmten Zeitpunkt an mehreren Orten von mehreren Anwendern gleichzeitig genutzt werden zu können, ohne dass es sich als solches verbraucht, wie es bei (anderen)

¹ vgl. *Westermann*, NJW 1997, 1, 8.

² vgl. *Wandtke*, GRUR 2002, 1.

³ *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865.

⁴ *Wandtke*, GRUR 2002, 1.

körperlichen Gegenständen der Fall sein kann. Dennoch ist das Computerprogramm fraglos ein handelbares Gut. Soweit versucht wurde, das sich daraus ergebende rechtliche Spannungsverhältnis über die Fokussierung auf das Eigentum am Datenträger zu lösen, erweist sich dieser Ansatz spätestens angesichts der abnehmenden Bedeutung von Trägermedien als fragwürdig. Dem Urheberrecht wird auch aus diesem Grund in der Informationsgesellschaft eine Schlüsselrolle zukommen.⁵

Eine neue Tragweite haben die mit Software zusammenhängenden Fragestellungen vor allem durch die weltweite Vernetzung über immer leistungsstärkere Verbindungen wie DSL erlangt. Dank globaler Hochgeschwindigkeitsnetze muss Software immer seltener konventionell auf Datenträgern verkörpert werden, sondern kann digital und unabhängig von einem Trägermedium verbreitet und genutzt werden. Der „Verkauf“ von Computerprogrammen über den Ladentisch wird zunehmend durch die Nutzung des Internet zum einen als Verbreitungsmedium und zum anderen – bei der Fernnutzung von Software auf dem Server des Anbieters – als Nutzungsmedium verdrängt.⁶ Insbesondere die vertragliche Einordnung der Fernnutzung von Software über Datennetze im Rahmen von sog. *Application Service Providing (ASP)*-Geschäftsmodellen oder ähnlichen Nutzungsformen, wirft neue rechtliche Fragen auf, die nach und nach in der juristischen Literatur eine breitere Erörterung finden⁷ und inzwischen auch die Rechtsprechung beschäftigen⁸. Die neuen rechtlichen Herausforderungen betreffen dabei neben der vertraglichen Typisierung vor allem das Entstehen neuer bzw. die Veränderung bestehender urheberrechtlicher Nutzungsarten, wobei der Trend angesichts der zunehmenden Bedeutung flexibler Geschäftsmodelle von der Einräumung unbefristeter hin zur Einräumung temporärer Nutzungsrechte geht.⁹

Wird das Besondere Schuldrecht mit seinen kodifizierten Vertragstypen insoweit seiner Aufgabe noch gerecht, interessengerechte Lösungen für nicht vorhergesehene und dementsprechend von den Parteien vertraglich nicht geregelte Krisenfälle, d.h. vor allem Leistungsstörungen, sowie gesetzliche Leitbilder für die AGB-Kontrolle atypischer Verträge bereitzustellen und dabei Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit der Rechtslage

⁵ Hoeren, GRUR 1997, 866, 867; vgl. auch Hoeren, NJW 1998, 2849.

⁶ Müller-Hengstenberg, NJW 2000, 3545, 3546.

⁷ vgl. insb. Schoengarth, Application Service Providing, Köln 2005.

⁸ vgl. BGH CR 2007, 75 m. Anm. Lejeune.

⁹ Müller-Hengstenberg, NJW 2000, 3545, 3546.

zu wahren?¹⁰ Diesen und den eingangs aufgeworfenen Fragen soll in Bezug auf ausgewählte Geschäftskonzepte im Softwarebereich, insbesondere im Zusammenhang mit der zunehmend körperlosen, d.h. nicht an einen Datenträger gebundenen, Verbreitung und Nutzung von Software, nachgegangen werden. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit soll die praktische Tauglichkeit und Anpassungsfähigkeit des BGB und seiner kodifizierten Schuldvertragstypen exemplarisch für mit neuen technologischen Entwicklungen zusammenhängende Geschäftsmodelle der Nutzung und des Vertriebs von Computerprogrammen untersucht werden. Für die Lösung der damit zusammenhängenden Problemstellungen ist es dabei notwendig, die Dogmatik und Systematik des BGB mit den Gesetzen zum Schutz des geistigen Eigentums, also für Computerprogramme vor allem mit dem Urheberrechtsgesetz (UrhG), in Einklang zu bringen.¹¹ Dabei gehört neben den vertragsrechtlichen Fragestellungen auch der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen vor dem Hintergrund neuer Methoden der Softwareerstellung sowie die Zulässigkeit des sog. Gebrauchthandels mit Softwarelizenzen, zu den aktuell diskutierten und hier behandelten Problemstellungen.

II. Gang der Untersuchung und Eingrenzung ihres Gegenstandes

Nachdem in einem ersten Teil (B.) die wesentlichen technologischen Entwicklungen der Softwarebranche aus jüngerer Zeit in den Gesamtzusammenhang der die derzeitige IT-Landschaft insgesamt prägenden Tendenzen gestellt werden, beschäftigen sich die nachfolgenden Kapitel mit den durch diese Entwicklungen bedingten Folgewirkungen für das Urheber- (Teil C.) und Vertragsrecht (Teil D.).

¹⁰ Teilweise wird in der juristischen Lit. insoweit die Forderung erhoben, der Gesetzgeber möge „das Heft in die Hand nehmen“ und die kodifizierten Vertragstypen den heutigen Gegebenheiten anpassen und um neue verkehrstypische Vertragstypen erweitern, vgl. z.B. *Lejeune*, K&R 2002, 441, 445; vgl. auch *Gauch* in: FS Honsell, S. 3, 25 und *Kramer* in: Kramer (Hrsg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft, S. 23, 42 f., der in Bezug auf Innominatverträge einen empfindlichen Normenmangel erkennt (beide zum schweizerischen Recht); zu einem konkreten Vorschlag der Anpassung des Sachbegriffs durch Ergänzung des § 90 BGB, damit dieser den Anforderungen des elektronischen Zeitalters, insbesondere in Bezug auf die Übertragung von Software, gerecht werden könne, vgl. *Bydlinski*, AcP, Bd. 198 (1998), S. 287, 328; allgemein zu Plänen der Schaffung eines einheitlichen Informationsgesetzbuches *Kloepfer*, Informationsrecht, § 1 Rn. 93.

¹¹ Auf die Bedeutung einer festen Systematik für das Immaterialgüterrecht hat schon *Strömholm* in: Schrickler/Dreier/Kur (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, S. 179, 187 hingewiesen: Es sei wichtig, sich von der bunten Vielfalt der durch die technische Entwicklung ständig in neuer Form auftretenden Probleme nicht dazu verführen zu lassen, den Überblick über das gesamte Feld, die Funktions- und Aufgabenverteilung innerhalb des geistigen Eigentums und die sich daraus ergebenden Folgen für die Gestaltung des Schutzes zu vernachlässigen. Je komplizierter ein Gebiet sei und werde, desto notwendiger sei die durchgearbeitete Struktur für Überblick und folgerichtige Lösungen.

In urheberrechtlicher Hinsicht richtet sich das Augenmerk insbesondere auf die Frage, inwieweit neue Methoden der Softwareerstellung sich auf die urheberrechtliche Schutzfähigkeit der Programme auswirken. Im Zusammenhang mit den zunehmend körperlosen Verbreitungsformen von Computerprogrammen hat sich zudem ein florierender Handel mit „gebrauchten“ Softwarelizenzen entwickelt, der in erster Linie Fragen der Reichweite des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes aufwirft.

Im vertragsrechtlichen Teil wird nach einer Darstellung der dogmatischen Grundsätze zur Behandlung sog. atypischer oder moderner Verträge zunächst die Typologisierung des „isolierten“ – also ohne sonstige flankierende Leistungen ausgestalteten – Softwarevertriebs behandelt. Hier bilden besonders die sich für Softwareentwicklungsverträge ergebenden Konsequenzen der aus der Neufassung des § 651 BGB folgenden umfassenden Verweisung in das Kaufrecht einen Schwerpunkt der Untersuchung. Dabei sollen auch die zahlreichen Stimmen im juristischen Schrifttum mit den aktuellen Äußerungen des BGH zur Sachqualität von Software in Zusammenhang gebracht werden.

In einem nächsten Schritt werden im darauf folgenden Teil (D. IV.) die beiden komplexen „Leistungskonglomerate“ des Outsourcing und Application Service Providing begutachtet. Dabei wird vor allem der Frage nachgegangen, in welchem Verhältnis dort die Einzelleistungen zum Gesamtvertragsgefüge stehen. In vertragsgestalterischer Hinsicht sind in diesem Zusammenhang außerdem die Fragen der Zulässigkeit von verfügbarkeitseinschränkenden Klauseln sowie der im Falle der sog. Fernnutzung von Software betroffenen urheberrechtlichen Verwertungsrechte von erheblicher Relevanz für den Rechtsanwender.

Abschließend werden die sich in technischer Hinsicht abzeichnenden bzw. sich im ersten praktischen Einsatz befindlichen neuen Nutzungsformen von Software im Rahmen sog. *Webservices* und in *Grid Computing*-Netzen kurz und im Sinne eines Ausblicks dargestellt und in vertrags- und urheberrechtlicher Hinsicht beleuchtet.

II. Gang der Untersuchung und Eingrenzung ihres Gegenstandes

Aspekte der *Open Source Software*-Lizenzierung bilden – obschon durchaus noch als neuartige Form der Erstellung und des Vertriebs von Software zu bezeichnen – dagegen keinen Hauptbestandteil der vorliegenden Arbeit. Insofern sei auf die mittlerweile umfangreiche juristische Spezialliteratur verwiesen. Soweit Open Source Software im Rahmen anderer neuartiger Geschäftsmodelle eine Rolle spielt, ist allerdings auch sie Gegenstand dieser Arbeit.¹² Internationale Aspekte des Rechts des geistigen Eigentums bleiben trotz ihrer praktischen Relevanz zugunsten eines akzeptablen Umfangs der Arbeit ebenfalls außer Betracht.

¹² z.B. bei der Frage der Nutzung von Open Source Software im Rahmen des Application Service Providing, vgl. unten D. IV. 2. g. dd.

B. Technische Grundlagen

1. Technische und wirtschaftliche Entwicklungen in der Informationstechnologie

Bei den am Markt ausgetauschten Gütern handelt es sich immer seltener um Sachgüter und immer öfter um immaterielle Informationen. Dank globaler Netze und Digitaltechnik muss die Information dabei immer seltener in spezifischen Trägermedien erfasst und damit konventionell verkörpert sein, sondern kann weltweit im digitalen Code verteilt und in zentralen Speichern aufbewahrt werden.¹³ Damit sind bereits die für die Verbreitung und Nutzung von Software wichtigsten technologischen Entwicklungen umrissen. Diese sollen im Folgenden vertieft werden, bevor auf neue Techniken bei der Softwareprogrammierung eingegangen wird.

1. Digitalisierung von Informationen

Die industrielle Produktion materieller Güter bildet heute nicht mehr das bestimmende Strukturelement unserer Wirtschaftsordnung. Kern des postindustriellen Zeitalters der Informationsgesellschaft ist vielmehr die datenkomprimierende Digitaltechnik.¹⁴ Digitalisierung bedeutet zunächst nichts anderes als die Darstellung eines Objekts in Form eines binären, aus Nullen und Einsen bestehenden Codes. Ein wesentlicher Vorteil der Digitaltechnik gegenüber der analogen Technik besteht darin, Werke in ein und demselben technischen Format erstellen, speichern und übertragen zu können. Dem Nutzer können die verschiedenen Werkarten auf einem materiellen Datenträger, z.B. einer CD-ROM, oder über Datennetze, z.B. dem Internet, zugänglich gemacht werden. Die digitale Technologie ist also sowohl für die Werkherstellung als auch für die Verwertung und Nutzung von gravierender Bedeutung.¹⁵ Sie bildet insbesondere die Voraussetzung für die Online-Distribution von Gütern bzw. Informationen, denn nur so können diese über

¹³ *Mayer-Schönberger*, Information und Recht, S. 5.

¹⁴ *Wandtke*, GRUR 2002, 1, 4; vgl. ausführlich *Kloepfer*, Informationsrecht, § 1 Rn. 5 ff.; flankiert und unterstützt wird diese Entwicklung durch eine rapide Zunahme der Kapazitäten der Speichermedien und einen gleichzeitigen diesbezüglichen Preisverfall.

¹⁵ *Wandtke*, GRUR 2002, 1, 9; eingehend bereits *Dreier* in: Becker/Dreier (Hrsg.), Urheberrecht und digitale Technologie, S. 123, 125 f.

Netze transportiert und genutzt werden. Aus der Erkenntnis der Kybernetik, Information sei weder Materie noch Energie, sondern eine verselbständigte dritte „Grundgröße“, wird sodann für die Rechtswissenschaft die grundsätzliche Notwendigkeit abgeleitet, bei der Nutzung und Verbreitung von Informationen zwischen dem körperlichen Datenträger und der auf ihr gespeicherten unkörperlichen Information zu unterscheiden.¹⁶

2. Tendenz zur Virtualisierung

Mit der zunehmenden Nutzung des Internet ist eine Art von Dematerialisierung verbunden in dem Sinne, dass körperliche Wirtschaftsgüter zugunsten neuer, immaterieller Güter mehr und mehr an Bedeutung verlieren.¹⁷ Der materielle Träger hat dabei für die Verkehrsfähigkeit und damit für die Verwertung dieser immateriellen Ware nur noch sekundäre Bedeutung.¹⁸ Diese Tendenz zur Virtualisierung bedeutet letztendlich eine Wegbewegung vom körperlichen Substrat hin zum reinen Inhalt und zur reinen Funktion. Nachdem lange Zeit das „Haben“ im Vordergrund stand, rückt nun das „Gebrauchenkönnen“ in den Fokus der Aufmerksamkeit. Die früher selbstverständliche Kopplung von Träger und Inhalt bzw. Funktionalität wird durch die Virtualisierungstendenzen und -technologien aufgeweicht zugunsten einer grundsätzlichen Trennbarkeit, was sich insbesondere bei der Nutzung von Software zeigt.¹⁹ Auch wenn die Funktion nie isoliert ohne Trägermedium existieren kann und so zwar eine einseitige Abhängigkeit besteht, sind doch die konkrete Identität und rechtliche Zuordnung des Trägers für die Möglichkeit der Nutzung der Funktion belanglos, der Datenträger ist also grundsätzlich fungibel. Gerade diese freie Austauschbarkeit ist neben der verlustfreien Kopiermöglichkeit das herausragende Novum gegenüber analogen Informationsobjekten wie Büchern, bei denen der geistige Inhalt nicht vom Träger separiert, sondern nur unter Qualitätsverlust „wegkopiert“ werden kann.²⁰ Es ist zu erwarten, dass sich Inhalt und Funktion auch in Zukunft durch die zunehmende Digitalisierung und Virtualisierung weiter verselbständigen werden.

¹⁶ vgl. *Sieber*, NJW 1989, 2569, 2573; zur Diskussion um die Sachqualität von Software vgl. ausführlich unten D. III. 3.

¹⁷ *Hoeren*, NJW 1998, 2849.

¹⁸ *Wandtke* in: FS Rehbinder, S. 389, 395.

¹⁹ *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 866.

²⁰ *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 866.

Mit der Tendenz zur Virtualisierung ist auch eine Flexibilisierung der Geschäftsmodelle verbunden. So entstand im Softwarebereich die Idee, Funktionalitäten wie Wasser oder Strom bedarfsabhängig auf Knopfdruck über eine Leitung zu beziehen. Nach ersten Erfahrungen vor allem im Bereich des Application Service Providing (ASP) wird unter Bezeichnungen wie *Grid*, *Utility* oder *On-Demand Computing* intensiv an dieser Vision weitergearbeitet. Dabei spielt die Virtualisierung eine wesentliche Rolle: Sie soll nicht nur die Software von der Hardware unabhängig machen, sondern auch eine ökonomischere Nutzung der vorhandenen Ressourcen ermöglichen.²¹ Das ASP bildet dabei lediglich eine Zwischenstufe auf dem vorgezeichneten Weg einer erheblichen Ausdehnung der Virtualisierung von Dienstleistungen (Stichwort „Software as a Service“ bzw. „SaaS“) und Geschäftsbeziehungen (Stichwort „virtuelle Organisationen“) hin zum Aufbau einer neuen „gridbasierten Infrastrukturwirtschaft“.²²

Als Erscheinungsform dieser Virtualisierungstendenz kann auch die Idee des sog. *Cloud Computing* betrachtet werden. Hierbei soll es sich²³ um die zeitlich begrenzte und dynamische Zurverfügungstellung von verwalteten Speicher- und Rechenressourcen sowie speziellen Anwendungsprogrammen handeln. Das Modell ist eng verwandt mit der Idee des ASP bzw. SaaS; der Fokus liegt jedoch auf der Hardware, nicht auf der bereitgestellten Software. Die Nutzung der IT-Infrastruktur erfolgt über das Internet, z.B. in einem Computer Grid; abgerechnet wird die Fernnutzung der Hardware nach tatsächlichem Verbrauch. Ob es sich beim Cloud Computing um mehr handelt als die bloße Kombination der bereits bekannten Ansätze zum Outsourcing, ASP und Grid Computing unter neuem Namen wird sich in Zukunft jedoch erst noch zeigen müssen.

Daneben hat das sog. *Ubiquitous Computing* (oder *Pervasive Computing*) einen Paradigmenwechsel in der Informatik eingeleitet: weg vom PC und dem Computer als Werkzeug, hin zum allgegenwärtigen, aber unsichtbaren vernetzten Computer, dem „computing without computers“²⁴. Unter dem Begriff Ubiquitous Computing wird dabei die Allgegenwärtigkeit von kleinsten, miteinander drahtlos vernetzten Computern verstanden, die unsichtbar in beliebige Alltagsgegenstände eingebaut oder an diese angeheftet

²¹ *Fritsch*, informationweek.de, 2005, Ausgabe 1/2, S. 9.

²² vgl. *Müller-Hengstenberg/Kirn*, NJW 2007, 2370, 2371.

²³ Eine einheitliche Definition existiert bislang noch nicht; zu verschiedenen Definitionsansätzen vgl. *Söbbing*, MMR aktuell 5/2008, XII.

²⁴ *Ernst* in: Taeger/Wiebe (Hrsg.), *Mobilität, Telematik, Recht*, S. 127, 130.

werden.²⁵ So entstand die Idee vom „Internet der Dinge“²⁶. Getragen wird die Vision der vernetzten Welt von der technischen Entwicklung hin zu immer kleineren, billigeren und leistungsfähigeren Mikroprozessoren und Speicherkomponenten sowie einer ebenfalls immer leistungsfähigeren drahtlosen Kommunikationstechnik.²⁷ Eine weitere sog. *Enabling-Technologie* bildet die Sensortechnik, und hierbei vor allem die Entwicklung von RFID-Chips²⁸, die insbesondere im Logistikbereich eine Vereinfachung und Beschleunigung der Bearbeitungsprozesse, z.B. in der Lagerverwaltung, versprechen, in der Öffentlichkeit aber wegen möglicher Gefährdungen der Privatsphäre überwiegend kritisch betrachtet werden.²⁹

3. Vom Markt zum Netzwerk

Parallel zur fortschreitenden Digitalisierung und Virtualisierung kam es zum Aufbau und zur Verknüpfung leistungsfähiger multifunktionaler Datenübertragungsnetze, die die PCs untereinander verbanden. Die verschiedenen Arten der Verknüpfung reichen dabei von den Intranets bzw. Local Area Networks (LAN) als firmeneigene Netze, über die bei der Vernetzung solcher Standorte entstehenden Extranets bzw. Wide Area Networks (WAN), bis hin zum Netzwerk der Netzwerke, dem Internet. Die Datengeschwindigkeit in den Netzen nimmt dabei stetig zu, nunmehr vor allem mit Hilfe der DSL-Technologien, und eröffnet zusätzliche Wege für die Distribution von Inhalten. Die Nutzung des Stromnetzes für die Informationsübertragung ist „keine Zukunftsmusik“³⁰ mehr. Das Netz ist dabei Informations-, Produktions- und Distributionsmedium in einem.³¹

Darüber hinaus werden in Zukunft nicht nur einzelne Rechner, sondern ganze Unternehmen zunehmend global vernetzt arbeiten. Anders als der geografisch gebundene Markt des Industriezeitalters, der auf der Idee souveräner und autonomer Verkäufer und

²⁵ Ernst in: Taeger/Wiebe (Hrsg.), *Mobilität, Telematik, Recht*, S. 127, 130.

²⁶ vgl. *Mattern* in: Taeger/Wiebe (Hrsg.), *Mobilität, Telematik, Recht*, S. 1, 23.

²⁷ vgl. zu den insoweit relevanten technologischen Trends und Voraussetzungen *Mattern* in: Taeger/Wiebe (Hrsg.), *Mobilität, Telematik, Recht*, S. 1, 3 ff. und *Roßnagel/Müller*, CR 2004, 625, 625 f.

²⁸ RFID = Radio Frequency Identification.

²⁹ vgl. dazu *Mattern* in: Taeger/Wiebe (Hrsg.), *Mobilität, Telematik, Recht*, S. 1, 8 ff.; zu den möglichen Anwendungsbereichen der sog. smarten Alltagsgegenstände vgl. *Mattern* a.a.O., S. 16 ff.; zu den in rechtlicher Hinsicht entscheidenden datenschutzrechtlichen Aspekten und Herausforderungen des Ubiquitous Computing vgl. eingehend *Roßnagel/Müller*, CR 2004, 625 ff.

³⁰ vgl. zum Ganzen *Kloepfer*, *Informationsrecht*, § 1 Rn. 9 ff.

³¹ *Mayer-Schönberger*, *Information und Recht*, S. 6.

Käufer beruhte, verwebt die Cyberspace-Ökonomie die Unternehmen in enge Netze gegenseitiger Abhängigkeit mit gemeinsamen Aktivitäten und Zielen.³² Kürzere Produktzyklen sowie wachsende Kosten für Forschung, Entwicklung und Vermarktung neuer Produkte veranlassen die Unternehmen heute, sich zusammenzuschließen, um gemeinsam Informationen und Ressourcen zu nutzen sowie Kosten und Risiken auf mehrere Schultern zu verteilen.³³ Die Softwareindustrie wurde in diesem Zusammenhang bereits mit einem Theater verglichen, in dem Regisseure, Schauspieler, Musiker, Dramatiker, Techniker und Geldgeber eine kurze Zeit lang für eine neue Produktion zusammengebracht werden.³⁴ An die Stelle von Unternehmensstrukturen treten Prozesse. Organisationsstrukturen werden flüchtig und fließend wie das elektronische Medium selbst, mit dem Geschäfte abgewickelt werden.³⁵ Die bisher eindeutige Abgrenzung zwischen den einzelnen Anbietern beginnt zusehends zu verschwimmen. Am Ende dieser Entwicklung stehen virtuelle Unternehmen, die sich z.B. über die Nutzung von *Grid-Technologien* spontan bilden können.³⁶

4. Tendenz zur Modularisierung

Speziell die Softwarebranche befindet sich inmitten eines Transformationsprozesses, der sich vor allem in der zunehmenden Modularisierung ausdrückt: Ein Problem wird zunächst in mehrere kleine Teile zergliedert, bevor es gelöst wird. Die Anwendungen der Zukunft werden nicht mehr durch große, monolithische Softwareblöcke bestimmt, sondern durch den Zusammenbau und die Komposition vieler kleiner Komponenten oder Module zu fertigen Softwareprodukten, die individuell und in sich permanent ändernden Formationen zusammengestellt werden können.³⁷ Die objektorientierte Programmierung bildet insoweit ein frühes Beispiel dieser Entwicklung. Der entscheidende Vorteil der Standardisierung von Schnittstellen und Modularisierung von EDV-Systemen ist die Flexibilität, Komponenten aus dem Gesamtgefüge herauslösen, austauschen oder hinzufügen zu können, ohne dass die restlichen Bestandteile verändert werden müssen. Auch hinsichtlich der Nutzung und des Vertriebs von Software gehen Anbieter verstärkt dazu

³² Rifkin, Access – Das Verschwinden des Eigentums, S. 29.

³³ Rifkin, Access – Das Verschwinden des Eigentums, S. 35.

³⁴ vgl. Rifkin, Access – Das Verschwinden des Eigentums, S. 41.

³⁵ Rifkin, Access – Das Verschwinden des Eigentums, S. 42.

³⁶ vgl. zum Grid Computing unten B. III. 2. d. und D. IV. 3. b.

³⁷ Eisenbacher in: Köhler-Frost (Hrsg.), ASP, S. 22.

über, ihre Angebote als *Module*, *Services* oder *Webservices* zu definieren und für verschiedene Branchen speziell vorkonfigurierte Pakete anzubieten.³⁸ Bezüglich des Nachfolgers des derzeit aktuellen Microsoft-Betriebssystems *Vista* wird bereits spekuliert, dass dieser nur noch in einigen Basis-Versionen vertrieben werden wird, und anschließend diverse zusätzliche Module über eine Upgrade-Funktion vom Kunden kostenpflichtig über das Internet nachgerüstet werden können.³⁹

Mit dieser Entwicklung einher geht die Tendenz zur Modularisierung von Berechtigungen, sowohl in faktischer als auch in rechtlicher – im Wesentlichen urheberrechtlicher – Hinsicht, was sich z.B. an den Versuchen von Softwareherstellern zeigt, die Nutzung oder Weitergabe von Software durch technische Sperren oder mittels CPU⁴⁰- oder OEM⁴¹-Klauseln in Softwareüberlassungsverträgen zu beschränken.⁴² Hierher gehört auch der Trend, den Anwendern lediglich zeitlich begrenzte Nutzungsrechte einzuräumen.⁴³ Teilweise wird angenommen, dass in Zukunft nicht mehr die zeitabschnittsweise Nutzung von Software, sondern der bedarfsabhängige Einzelfallabruf für ganz bestimmte betriebliche Aufgaben dominierend sein wird.⁴⁴ Flankiert werden diese neuen Nutzungsmodelle von neuen verbrauchsabhängigen Vergütungsmodellen, nach denen der Kunde nur noch das bezahlt, was er tatsächlich in Anspruch nimmt; Zahlungspflichten bestehen also nur noch, soweit und solange der Kunde den Vertragsgegenstand tatsächlich nutzt („pay per use“). Der vertragliche Schwerpunkt verlagert sich damit insgesamt von der dauerhaften Nutzbarkeit der Software zu flexiblen Mietmodellen.⁴⁵

³⁸ vgl. zu den service-orientierten Architekturen unten B. III. 2. c.

³⁹ *Kuri/Vahldiek*, c't 6/2007, S. 118, 119.

⁴⁰ CPU = Central Processing Unit; bezeichnet die Zentraleinheit eines Computers.

⁴¹ OEM = Original Equipment Manufacturer; Originalgerätehersteller.

⁴² vgl. hierzu ausführlich *Baus*, Verwendungsbeschränkungen in Software-Überlassungsverträgen, S. 133 ff. und 150 ff.

⁴³ *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 867.

⁴⁴ so *Müller-Hengstenberg/Kirn*, NJW 2007, 2370.

⁴⁵ *Schneider*, CR 2005, 695, 700; hierher gehört auch das nicht nur im Softwarebereich, sondern in allen Branchen praktizierte (Operating-)Leasingmodell, bei dem ein Wirtschaftsgut nicht mehr gekauft, sondern vom Kunden nur noch zeitlich begrenzt geleast wird. Ähnliche innovative Entwicklungen lassen sich auch in anderen Branchen beobachten, z.B. im Maschinenbausektor. Ein Beispiel bildet ein Unternehmen, das Druckluft-Kompressoren herstellt. Früher wurden die Kompressoren an die Kunden verkauft, heute stellen die Kunde nur noch den Boden zur Verfügung, auf den das Unternehmen seine Anlage stellt. Die Kunden bezahlen genau die Menge an Druckluft, die sie tatsächlich brauchen. Mit dem Kompressor auf ihrem Werksgelände haben sie weiter nichts zu tun: Wartung und Modernisierung übernimmt der Hersteller, die Zugriffssteuerung erfolgt über das Internet. Das Unternehmen bindet mit seinem Geschäftsmodell die Kunden langfristig an sich und erhält planbare, regelmäßige Einnahmen (vgl. *Kapalschinski* in: DIE ZEIT, Nr. 50, 7. Dezember 2006, S. 36).

5. Konvergenz der Geschäftsmodelle

Allgemein bezeichnet der Begriff Konvergenz eine gegenseitige Annäherung zuvor deutlich unterscheidbarer Phänomene. Im Zusammenhang mit neuen Informationstechnologien versteht man darunter insbesondere eine Annäherung auf der Ebene der Hardware, der Software sowie der Geschäftsmodelle.⁴⁶ Die Konvergenz der Plattformen (Hardware) bedingt dabei eine Konvergenz der Inhalte (Software), worauf die Marktteilnehmer schließlich mit einer Angleichung ihrer bislang unterschiedlichen Geschäftsmodelle reagieren.⁴⁷ Damit einher geht eine Konvergenz der Tätigkeiten bislang unterschiedlicher Werkvermittler, wodurch auch die Grenzen zwischen den einzelnen Anbietern zunehmend verschwimmen.⁴⁸ Dies zeigt sich besonders in der Auflösung der traditionellen Unterscheidung zwischen Telekommunikations- und Inhalteanbietern: Festnetz-, Mobilfunk- und Kabelnetzbetreiber bieten ihren Kunden heute Telefonie, Internet und Fernsehen aus einer Hand.

Angesichts dieser Entwicklung ist es nur schwer zu rechtfertigen, dass ein- und dasselbe Geschäftsmodell nur deshalb eine rechtlich unterschiedliche Behandlung erfährt, weil sich die Wettbewerber einer unterschiedlichen, aber austauschbaren Technologie bedienen. Die Konvergenz auf technischer Ebene, die eine Konvergenz auf wirtschaftlicher Ebene auslöst, muss danach also zwangsläufig zu einer Konvergenz auch der rechtlichen Regelungsmodelle führen.⁴⁹ Da es sich aber um schleichende Annäherungsprozesse auf verschiedenen Ebenen handelt, bereitet die Einordnung neuer Dienstleistungen in die bestehenden Regelungsmodelle große Schwierigkeiten. Denn je mehr sich die einzelnen Formen digitaler und vernetzter Dienstleistungen einander annähern, desto schwerer ist es, sie aufgrund objektiver Kriterien dem einen oder anderen Regelungsmodell zuzuordnen.⁵⁰

⁴⁶ Dreier in: FS Erdmann, S. 73, 78.

⁴⁷ Dreier in: FS Erdmann, S. 73, 78.

⁴⁸ vgl. dazu bereits Dreier in: Becker/Dreier (Hrsg.), Urheberrecht und digitale Technologie, S. 123, 132 f.

⁴⁹ Dreier in: FS Erdmann, S. 73, 79.

⁵⁰ Dreier in: FS Erdmann, S. 73, 79.

II. Softwaretechnische Grundlagen

1. Begriff des Computerprogramms

Weder das Urheberrechtsgesetz⁵¹ noch das Patentgesetz oder andere Gesetzestexte kennen eine Legaldefinition des Begriffs des Computerprogramms. Hintergrund ist, dass der europäische genauso wie der deutsche Gesetzgeber die Rechtsanwendung bewusst für die durch den technischen Fortschritt bedingten Wandlungen der Erscheinungsformen von Software öffnen wollte.⁵² Damit wird, ganz pragmatisch, unter dem Begriff Computerprogramm zunächst alles verstanden, was nach dem Stand der Softwaretechnik jeweils gerade als solches bezeichnet und gehandelt wird. Der Begriff des Computerprogramms i.S.d. § 69a UrhG stammt damit aus dem softwaretechnischen Bereich; die Informatik legt also die Abgrenzung fest, nicht das Urheberrecht.⁵³ Zugleich hat das technische Verständnis von Software mittelbar auch Einfluss auf die Beurteilung der Frage, ob Software Sachqualität i.S.d. § 90 BGB zukommt, da sich die Sacheigenschaft maßgeblich nach der Verkehrsanschauung richtet, die von der Informatik entscheidend mitgeprägt wird.

Zunächst versteht man in der Informatik unter Software schlicht alles, was nicht Hardware ist.⁵⁴ Unter den Begriff Software sollen genauer alle Programme, Prozeduren und Objekte fallen, die ein Rechnersystem lauffähig machen oder darin ablaufen können, und zwar zusammen mit den zugehörigen Daten und der Dokumentation.⁵⁵ Auch der Begriff des Computerprogramms i.S.d. Urheberrechts ist dementsprechend offen und grundsätzlich weit zu verstehen. Er umfasst Programme aller Art, z.B. Betriebssysteme, Anwendungs- und Hilfsprogramme, unabhängig davon, in welcher Programmiersprache sie geschrieben wurden.⁵⁶ Ausdrücklich geschützt ist auch das Entwurfsmaterial zur Entwicklung eines

⁵¹ § 69a Abs. 1 UrhG, wonach Computerprogramme i.S.d. UrhG „Programme in jeder Gestalt, einschließlich des Entwurfsmaterials“ sind, setzt im Grunde eine anderweitig vorgegebene Definition bereits voraus; auch die den §§ 69a ff. UrhG zugrunde liegende EG-Richtlinie enthält keine Definition des Begriffs des Computerprogramms, vgl. *Dreier*, GRUR 1993, 781, 785.

⁵² *Horns*, GRUR 2001, 1, 2; vgl. auch *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 11.

⁵³ *Koch*, Software- und Datenbank-Recht, § 9 Rn. 164; *Grützmaker* in Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 3: „technischer Begriff der Informationswissenschaft“.

⁵⁴ *Ludewig/Lichter*, Software Engineering, S. 34.

⁵⁵ Duden Informatik, Stichwort: Software, S. 620.

⁵⁶ Einen ersten Überblick zur Unterscheidung von maschinenorientierten, d.h. vom Prozessor unmittelbar ausführbaren, Objektprogrammen und problemorientierten Quellenprogrammen gibt *Balzert*, Grundlagen der Informatik, S. 73 ff.; vgl. dazu aus der juristischen Lit. ausführlich *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 18 ff. und *König*, Das Computerprogramm im Recht, Rn. 134 ff.: Maschinenorientierte Programmiersprachen stehen im direkten

Programms, worunter sämtliche Vorstufen zu verstehen sind, wie z.B. Flussdiagramme, sofern die vorbereitende Arbeit nur die spätere Entstehung eines Programms zulässt.⁵⁷ Nach der vom BGH⁵⁸ verwendeten, § 1 (i) der Mustervorschriften der WIPO⁵⁹ entlehnten und auch in der Literatur weitgehend anerkannten⁶⁰ Definition handelt es sich bei einem Computerprogramm um „eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt.“ Das Wesen eines Programms leitet sich hiernach also explizit aus seiner Funktionalität ab.⁶¹ Zur Software zählen neben dem Computerprogramm selbst auch die sog. Programmbeschreibung und das Begleitmaterial.⁶²

Horns versucht die unterschiedlichen Ansätze zum Schutz von Computerprogrammen im Urheber- und Patentrecht zu kombinieren: Das Urheberrecht sieht das Computerprogramm aus einer linguistischen Perspektive als Sprachwerk (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG). Das Programm bzw. der Programmcode wird als Aneinanderreihung aus einem bestimmten vorgegebenen Alphabet entnommener Zeichen nach Maßgabe der Grammatik einer formalen Sprache, der Programmiersprache, aufgefasst.⁶³ Dagegen hat das Patentrecht die durch den Programmcode realisierte Funktionalität im Blick. Es schützt nicht die sprachliche Ausdrucksform, sondern eine vom Erfinder geschaffene „technische Lehre“, also eine Anweisung zu einem auf einen bestimmten Erfolg hin ausgerichteten Handeln. Die Funktionalität des Programmcodes lässt sich dabei objektiv nur im Zusammenhang mit dem Prozessor bestimmen, auf dem der Programmcode

Zusammenhang mit einem bestimmten Prozessortyp und werden z.B. durch eine Folge hexadezimaler Zahlen dargestellt. Bei den problemorientierten, sog. höheren Programmiersprachen steht nicht die Programmierung eines bestimmten Prozessortyps, sondern die programmtechnische Lösung einer bestimmten Aufgabe im Vordergrund; die Symbolik solcher Sprachen orientiert sich mehr an der mathematischen Formelsprache und an Ausdrücken der menschlichen Umgangssprache als an der Maschinensprache eines bestimmten Prozessortyps. Die für die jeweilige Problemlösung erforderliche Auflistung der Befehle in der jeweiligen Programmiersprache stellt den Quellcode dar, der erst noch, z.B. durch Einsatz eines sog. Compilers, in die Maschinensprache umgesetzt werden muss, um lauffähig zu sein (*König* a.a.O., Rn. 146).

⁵⁷ *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 69a Rn. 14.

⁵⁸ vgl. BGH NJW 1986, 192, 196 – Inkassoprogramm.

⁵⁹ abgedruckt in GRUR 1979, 300, 306 f.; ähnlich auch DIN 44300.

⁶⁰ vgl. die umfangreichen Nachweise bei *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 9.

⁶¹ *Lesshaft/Ulmer*, CR 1993, 607, 608.

⁶² vgl. *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 8; um dem Sprachgebrauch in der Praxis Rechnung zu tragen und weil Programmbeschreibungen im Rahmen der vorliegenden Arbeit nur eine untergeordnete Rolle spielen, wird der Begriff Software im Folgenden ausschließlich als Synonym für Computerprogramm verwendet.

⁶³ *Horns*, GRUR 2001, 1, 2.

läuft.⁶⁴ Der Urheberrechtsschutz für die Ausdrucksform eines Programmcodes entsteht also unabhängig von der dadurch ausgedrückten Funktionalität, wohingegen der Patentschutz für eine bestimmte Funktionalität unabhängig von der gewählten Ausdrucksform des Programmcodes ist.⁶⁵ Aus der Synthese urheber- und patentrechtlicher Aspekte fasst *Horns* ein Datenverarbeitungsprogramm auf „als Zeichenfolge gemäß den Regeln einer formalen Sprache, wobei die Zeichenfolge unmittelbar bestimmt und geeignet ist, als Steuerungsmittel die Aufeinanderfolge der Betriebszustände einer realen oder virtuellen Maschine in einer vorbestimmten Art und Weise festzulegen“.⁶⁶

2. Methoden des Software Engineering⁶⁷

Software Engineering bezeichnet die Anwendung von Prinzipien, Methoden und Techniken auf den Entwurf und die Implementierung großer Softwaresysteme. Dem Begriff liegt die Auffassung zugrunde, dass die Erstellung, Anpassung und Pflege von Programmen kein kreativer, sondern vorwiegend ein ingenieurmäßig ablaufender Prozess ist.⁶⁸ Der Begriff des Software Engineering wird teilweise auch in der juristischen Literatur verwendet, weil er die Technizität und technische Konditionierung der Software besser verdeutlicht als z.B. der Begriff der Softwareerstellung.⁶⁹ Im Folgenden werden beide Begriffe synonym verwendet.

a. Klassisches Vorgehen

Software wurde früher in einem reinen Phasenmodell erstellt, *top-down* vom Allgemeinen zum Besonderen, von der Problemanalyse, deren Ergebnisse im Pflichtenheft festgehalten werden, zum Entwurf, dessen Hauptaufgabe es ist, aus dem Pflichtenheft die Systemarchitektur zu entwickeln, über die Implementierung eines lauffähigen Programms

⁶⁴ *Horns*, GRUR 2001, 1, 2.

⁶⁵ *Horns*, GRUR 2001, 1, 5.

⁶⁶ *Horns*, GRUR 2001, 1, 4.

⁶⁷ vgl. zum Begriff und zur Bedeutung des Software Engineering allgemein *Broy/Rombach*, InfoSpektrum 2002, 438 ff. und *Ludewig/Lichter*, Software Engineering, S. 43 ff.

⁶⁸ vgl. Duden Informatik, Stichwort: Software-Engineering, S. 622.

⁶⁹ *Schneider* in: Nicklisch (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag, S. 289, 290.

bis hin zur Installation und Abnahme sowie ggf. der anschließenden Pflege (sog. „Wasserfallmodell“⁷⁰). Der wichtigste der klassischen Engineering-Grundsätze lautete, Software nach streng definierten Phasenkonzepten zu entwickeln. Wenn einzelne Phasenergebnisse nicht nur grob bestimmt werden, sondern jeweils im Detail formalisiert beschrieben sind, spricht man auch von Vorgehensmodellen. Das Phasenkonzept legt also den Rahmen fest, innerhalb dessen das Vorgehensmodell die bürokratischen Einzelheiten regelt.⁷¹ Um der zunehmenden Komplexität von Programmen zu begegnen, begann man daneben *bottom-up* zu entwickeln, also erst kleine, selbständig nutzbare Softwaremodule zu erstellen und auszutesten und diese dann zu größeren Programmpaketen zusammenzusetzen.

Mit dem Ziel, die Arbeitsergebnisse einzelner Entwicklungsabschnitte der Softwareprogrammierung besser bestimmen und auf deren urheberrechtliche Schutzfähigkeit hin untersuchen zu können, nahm auch der BGH eine Grobeinteilung in drei Entwicklungsphasen vor:⁷² Die erste Phase ist die Analysephase, deren Ergebnis der Lösungsweg ist, der in einem Pflichtenheft beschrieben wird. In der zweiten Phase wird in einem Datenflussplan bzw. Flussdiagramm der gefundene Lösungsweg in Form einer grafischen Darstellung des Befehls- und Informationsablaufs so wiedergegeben, wie ihn eine EDV-Anlage erfordert. Nach dem Datenflussplan oder unmittelbar aufgrund der generellen Problemlösung wird der konkrete Programmablaufplan (Blockdiagramm) erstellt, der in Form eines Symbolprogramms zeigt, wie der Lösungsweg auf der konkreten Anlage verlaufen soll. In der anschließenden dritten Phase erfolgt die eigentliche Codierung des Programms, in der der Programmablaufplan in eine computerverständliche Befehlsfolge umgewandelt wird. Das so entstehende Quellprogramm wird durch maschinelle Übersetzung in ein Objektprogramm umgewandelt und auf einem Datenträger festgehalten.⁷³

Je komplexer die Softwaresysteme mit der Zeit wurden, desto klarer traten die methodischen Probleme der klassischen Softwareentwicklung als Schwächen der

⁷⁰ Der Name leitet sich daraus ab, dass man die Phasen nacheinander wie bei einem Wasserfall durchläuft und nach dem Abschluss einer Phase grundsätzlich nicht mehr in diese zurückkehrt, vgl. *Ludewig/Lichter*, Software Engineering, S. 146 f.

⁷¹ *Lesshafft/Ulmer*, CR 1993, 607, 610.

⁷² BGH NJW 1986, 192, 195 f. – Inkassoprogramm; kritisch *König*, Das Computerprogramm im Recht, Rn. 169: Die phasenweise Einteilung sei rein willkürlich.

⁷³ mit ähnlicher Einteilung *Grützmaker* in Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 5 f.

Systeme zu Tage: Sicherheit, Stabilität und vor allem Flexibilität bei Änderungen und Erweiterungen stellten sich als die neuralgischen Punkte heraus. Weil bei den herkömmlichen Entwicklungsmethoden versucht wurde, die Systemkomponenten aus den Aufgabenstellungen abzuleiten, entstanden Systeme aus einem Guss, die sich als schwer handhabbar herausstellten, wenn Zielsetzungen nachträglich verändert oder erweitert wurden.⁷⁴ Neue Softwaretechnologien und Forderungen seitens der Anwender nach umfangreichen Funktionen haben die Entwicklung von Programmen parallel dazu aber immer komplexer werden lassen.⁷⁵ Die steigende Komplexität von Anwendungen auf der einen und die sinkende Flexibilität auf der anderen Seite hat zur Entwicklung von neuen Techniken zur Erstellung flexibler Software-Bausteine geführt, die sich leichter an sich ändernde Anforderungen anpassen oder gegen neuere Module austauschen lassen.

b. Objektorientierte Softwareentwicklung

Ein theoretisches Konzept, das sich seit 1970 entwickelt und der Schwächen der herkömmlichen Programmier Techniken angenommen hat, ist die objektorientierte Softwareprogrammierung.⁷⁶ Sie galt seit ihren Anfängen als diejenige Technik, die die Wiederverwendbarkeit von Software-Bausteinen ermöglichen sollte.⁷⁷ Die objektorientierte Softwareentwicklung hat sich mittlerweile auf breiter Basis etabliert. In den vergangenen Jahren hat sich gezeigt, dass das Paradigma des objektorientierten Programmierens wie bisher kein anderes dabei helfen kann, die immer weiter wachsende Komplexität moderner Softwaresysteme zu beherrschen:⁷⁸ In der Analysephase wird zunächst ein sog. objektorientiertes Modell der realen Welt erstellt, das im Entwurfsstadium in die Welt der Software übertragen wird, so dass ein Modell der Software-Architektur entsteht, das anschließend in der Phase der Implementierung zum lauffähigen Programm konkretisiert wird.⁷⁹ Der objektorientierte Ansatz betont damit besonders stark die Modellbildung vor der eigentlichen Programmierung und damit das Herausarbeiten einer abstrakten Software-

⁷⁴ Lesshaft/Ulmer, CR 1993, 607, 613.

⁷⁵ Schmidt, Zehn Megatrends der Softwareindustrie, <http://www.gisi.ch/pdf/megatrends.pdf>.

⁷⁶ vgl. Lesshaft/Ulmer, CR 1993, 607, 613: „neues Entwicklungsparadigma“; die erste objektorientierte Programmiersprache war Smalltalk-80, etwa 1972 am Palo Alto Research Center entwickelt; die heute am meisten verwendeten objektorientierten Programmiersprachen sind Java, C++ und C# (vgl. Balzert, Grundlagen der Informatik, S. 77 f.).

⁷⁷ vgl. Strahinger, HMD 231 (2003), S. 5, 6.

⁷⁸ Kuchlin/Weber, Einführung in die Informatik, S. 89.

⁷⁹ Kuchlin/Weber, Einführung in die Informatik, S. 90.

Architektur. Zur grafischen Darstellung der Modelle hat sich die UML (Unified Modeling Language) als Standardnotation durchgesetzt, die verschiedene Diagrammarten mit den entsprechenden Symbolen für Klassen, Objekte⁸⁰ und deren Beziehungen festlegt.⁸¹

Bei der Umsetzung der Modelle wird im Ansatz nicht mehr von den Aufgaben des zu realisierenden Systems ausgegangen, sondern von bestimmten Objekten, die im Wesentlichen aus Daten bestehen und untereinander Nachrichten austauschen. Diese Objekte haben einen hohen Grad an Autonomie, sie können in vielen – auch nicht vorhergesehenen – Zusammenhängen verwendet werden. Bei Änderungen und Erweiterungen in der Funktionalität des Gesamtsystems brauchen theoretisch nur noch die Objekte und Klassen geändert zu werden, die davon unmittelbar betroffen sind, oder es werden neue Objekte oder Klassen hinzugefügt.⁸² Ein *Objekt* (auch Instanz genannt) bezeichnet in der objektorientierten Softwareentwicklung zunächst ein individuelles Exemplar von Dingen, Personen oder Begriffen der realen Welt oder der Vorstellungswelt. Darüber hinaus bezeichnet das Objekt auch die anschließende programmtechnische Abbildung der realen Objekte im Code. Der Zustand eines Objekts wird dabei durch seine Daten bzw. Attributwerte und die jeweiligen Verbindungen zu anderen Objekten bestimmt. Die Attributwerte eines Objekts werden in diesem gekapselt, sind also außerhalb dieses Objekts nicht sichtbar, d.h. auf sie kann nur über die definierten Funktionen (Operationen bzw. Methoden) zugegriffen werden (sog. Geheimnisprinzip).⁸³ Alle gleichartigen Objekte gehören zu einer Klasse, die die Attribute und Operationen ihrer jeweiligen Objekte definiert. Unter einer *Klasse* versteht man allgemein eine Gruppe von realen Dingen, Lebewesen oder Begriffen mit gemeinsamen Merkmalen. Übertragen in die Welt der objektorientierten Softwareprogrammierung beschreibt eine Klasse die Gemeinsamkeiten einer Menge von Objekten mit denselben Eigenschaften (Attributen, nicht Attributwerten), demselben Verhalten (Operationen) und denselben Beziehungen. Eine Klasse besitzt dabei einen speziellen Mechanismus, um Objekte zu erzeugen, die wiederum genau zu dieser Klasse gehören.⁸⁴ Die Klasse dient also als eine Art Bauplan oder Schablone, aus der sich ergibt, wie ihre Objekte auszusehen haben.⁸⁵ Der Methoden- bzw. Operationen-

⁸⁰ zur Definition von Klassen und Objekten sogleich.

⁸¹ Balzert, Grundlagen der Informatik, S. 102; Küchlin/Weber, Einführung in die Informatik, S. 92.

⁸² Lesshaft/Ulmer, CR 1993, 607, 613 f.

⁸³ Balzert, Grundlagen der Informatik, S. 104 f.

⁸⁴ Balzert, Grundlagen der Informatik, S. 110.

⁸⁵ Balzert, Grundlagen der Informatik, S. 111; Küchlin/Weber, Einführung in die Informatik, S. 94.

Teil dieses Bauplans besteht aus dem Programmcode für die Algorithmen, die die Operationen der Klasse ausmachen, also die Funktionalität ihrer Objekte bestimmen.⁸⁶

Basisklassen können ihre Attribute und Operationen mittels Spezialisierung an neue Unterklassen *vererben*, was zu einer erheblichen Vereinfachung und Entlastung der Softwareentwicklung führt.⁸⁷ Die Unterklasse hat zunächst alle Eigenschaften der Basisklasse und daneben weitere spezialisierende Attribute und Methoden.⁸⁸ Objektorientiert entworfene Softwaresysteme bieten dadurch insbesondere den Vorteil, dass ihre Bestandteile sehr einfach in abgeleiteten Klassen wiederverwendet werden können.⁸⁹ Durch die Sammlung und Neuimplementierung von vorbestehenden Software-Bausteinen können Softwareentwickler so beträchtliche Rationalisierungsgewinne erzielen.⁹⁰ Sammlungen wiederverwendbarer und abstrakter, d.h. ohne Anbindung an ein konkretes Programm erstellter, Basisklassen mit regelmäßig benötigten Funktionen⁹¹ werden in *Klassenbibliotheken* zusammengefasst, auf die der Programmierer wie auf einen Baukasten zugreifen kann. Entwickler können die einzelnen Basisklassen mittels Vererbung unverändert oder spezifisch modifiziert in ihre Programme implementieren, ohne sie erst neu programmieren zu müssen.⁹²

c. Komponentenbasierte Softwareentwicklung

Die Idee der Wiederverwendung vorgefertigter Programmteile liegt auch der komponentenorientierten Programmierung zugrunde. Programme entstehen dabei nicht mehr zeilenweise, sondern durch die Komposition interagierender Softwarekomponenten.⁹³ Zunehmend werden bei der Erstellung von Software vorgefertigte Komponenten als Konstruktionselemente eingesetzt. Im Zuge der Bestrebungen, immer komplexer werdende Programme flexibel, handhabbar und änderbar zu halten, wurden hierfür sog. Komponententechniken entwickelt, die die

⁸⁶ *Küchlin/Weber*, Einführung in die Informatik, S. 94.

⁸⁷ vgl. *Holzinger*, Basiswissen IT/Informatik, Band 2, S. 136.

⁸⁸ *Küchlin/Weber*, Einführung in die Informatik, S. 104.

⁸⁹ *Holzinger*, Basiswissen IT/Informatik, Band 2, S. 136.

⁹⁰ *Junker*, NJW 2002, 2992, 2993.

⁹¹ Ein Beispiel bilden die sog. GUI-Klassen (GUI = Graphical User Interfaces), mit denen Benutzeroberflächen für Internetanwendungen generiert werden können.

⁹² vgl. OLG Hamburg CR 2002, 485; zum Ganzen auch *Koch*, GRUR 2000, 191, 192 ff.

⁹³ *Griffel*, Componentware, S. 21.

Wiederverwendung von Softwarekomponenten als bausteinartige Module ermöglichen sollen. Es existiert keine originäre „Komponentensprache“; auch bei den neuesten Sprachen handelt es sich immer noch um objektorientierte Sprachen, die mit großen Software-Bibliotheken ausgeliefert werden.⁹⁴ Die Konzepte der Objektorientierung und der Komponentenorientierung können wegen ihrer ähnlichen Zielsetzung als aufeinander aufbauende Techniken betrachtet werden.⁹⁵ Der Unterschied zwischen beiden liegt vor allem darin, dass das Komponentenmodell die Abgrenzung und Eigenständigkeit der einzelnen Software-Bausteine stärker betont.⁹⁶

Eine einheitliche Definition einer *Komponente* sucht man in der Fachliteratur vergebens. Zum Teil wird der Begriff der Komponente im Wesentlichen mit dem der Klassenbibliothek gleichgesetzt.⁹⁷ Überwiegend wird der Begriff der Komponente jedoch nicht gleichbedeutend mit der einer Klasse oder Klassenbibliothek verwendet. Eine Komponente kann sich vielmehr aus mehreren Klassen bzw. Objekten zusammensetzen, diese verbinden und nach außen kapseln.⁹⁸ Komponenten besitzen eine gröbere Granularität als Klassen und erlauben dadurch höhere Abstraktionen.⁹⁹ Eine Softwarekomponente besteht allgemein aus Code, der eine spezifische Funktionalität verbunden mit einer Anzahl definierter Schnittstellen implementiert. Komponenten können wie Teile eines Puzzles zusammengesetzt und zur Umsetzung eines Geschäftsbereichs genutzt werden.¹⁰⁰ Eine Komponente ist danach ein eigenständiges Softwaremodul, welches über spezifisches Wissen verfügt und gemäß seiner Spezifikation über eine oder mehrere Schnittstellen mit anderen Komponenten und Systemen kommunizieren kann. Sie kann verpackt und als autonome, wiederverwendbare Einheit verteilt und gehandelt werden.¹⁰¹ Komponenten sind klein genug, um sie in einem Stück erzeugen und pflegen zu können, andererseits aber groß genug, um eine sinnvoll einsetzbare und eigenständige Funktionalität zu bieten, ohne dabei auf andere Komponenten angewiesen zu sein.¹⁰²

⁹⁴ Holzinger, Basiswissen IT/Informatik, Band 2, S. 143.

⁹⁵ Griffel, Componentware, S. 32.

⁹⁶ Griffel, Componentware, S. 577.

⁹⁷ vgl. Wißner/Pruß in: Büllsbach/Heymann (Hrsg.), Informationsrecht 2000, S. 135, 138.

⁹⁸ Andresen, Komponentenbasierte Softwareentwicklung, S. 24.

⁹⁹ Stal, iX 2/2006, S. 38, 42.

¹⁰⁰ Andresen, Komponentenbasierte Softwareentwicklung, S. 1.

¹⁰¹ Andresen, Komponentenbasierte Softwareentwicklung, S. 20, ausführlich auch zu weiteren und abweichenden Definitionen einer Komponente.

¹⁰² vgl. Griffel, Componentware, S. 31; alle Merkmale einer Komponente zusammenfassend Griffel a.a.O., S. 579 ff.

Da die Schnittstellen der Komponente definiert sind, können sie von anderen Komponenten verwendet werden. Dies führt dazu, dass nicht alle Komponenten eines Systems zwingend von einem Hersteller stammen müssen.¹⁰³ Aus der Sicht des Programmierers ergeben sich daraus grundsätzlich zwei Möglichkeiten für den Einsatz von Komponenten: zum einen die Entwicklung einer eigenen Komponente und zum anderen der Einkauf und die Implementierung einer fremden, wobei unterschiedliche Lizenzmodelle für die Nutzung in Frage kommen.¹⁰⁴ Eine Komponente kann damit also zu einer Ware werden, die käuflich von einem Anbieter erworben wird, um sie gewinnbringend im eigenen Geschäftsfeld einzusetzen.¹⁰⁵ Softwarehäuser verfügen oft über ein ganzes Arsenal von einzelnen Softwaremodulen, die sie selbst entwickelt oder von Dritten beschafft haben und zur Lösung bestimmter, immer wiederkehrender Aufgaben innerhalb eines größeren Softwarepakets verwenden. Standardanwendungen sind so als Konserve „eingefroren“ und können jederzeit wiederbelebt werden.¹⁰⁶ Die verschiedenen Definitionsansätze zusammenfassend ergeben sich im Wesentlichen folgende Eigenschaften einer Komponente: Abgeschlossenheit und selbständige Lauffähigkeit, definierte Schnittstellen, spezifische Funktionalität, Wiederverwendbarkeit, Vermarktbarkeit, Einsatzmöglichkeit auch in Kombination mit unvorhergesehenen Komponenten.

Die aktuelle Softwarelandschaft ist geprägt von einer zunehmenden – vor allem aus der Forderung nach Flexibilität und Skalierbarkeit resultierenden – Verteilung der Software sowohl auf verschiedene Schichten innerhalb einer Anwendung als auch auf verschiedene Rechner in einer verteilten Umgebung. Komponenten erleichtern gerade diese Trennung von Zuständigkeiten und adressieren die Verteilbarkeit von Systemen.¹⁰⁷ Die unternehmensweite und -übergreifende Nutzung von Software wird damit grundlegend vereinfacht. Durch ihre leichte Austauschbarkeit haben Komponenten auch positive Auswirkungen auf die Softwarequalität, da der Produktaspekt wieder in den Vordergrund rückt, und durch diese Konzentration auf die Softwarequalität reduzieren sich wiederum die Gesamtkosten für die Entwicklung.¹⁰⁸ Als größtes Hindernis einer Durchsetzung der

¹⁰³ *Wißner/Pruß* in: Büllsbach/Heymann (Hrsg.), Informationsrecht 2000, S. 135, 138.

¹⁰⁴ *Wißner/Pruß* in: Büllsbach/Heymann (Hrsg.), Informationsrecht 2000, S. 135, 139 f.

¹⁰⁵ *Andresen*, Komponentenbasierte Softwareentwicklung, S. 1.

¹⁰⁶ *Schneider* in: Büllsbach/Heymann (Hrsg.), Informationsrecht 2000, S. 143, 145 f.

¹⁰⁷ *Andresen*, Komponentenbasierte Softwareentwicklung, S. 2.

¹⁰⁸ *Andresen*, Komponentenbasierte Softwareentwicklung, S. 2; dabei müsse eine Komponente etwa drei bis fünf mal wiederverwendet werden, um eine Amortisierung ihrer Herstellungs- und Wartungskosten sicherzustellen (*Andresen* a.a.O., S. 298).

komponentenorientierten Programmierung wird die mangelnde Kompatibilität der einzelnen Bausteine angesehen, die nur durch eine stärkere Standardisierung beseitigt werden kann.¹⁰⁹

d. Frameworks

Während das Komponentenparadigma davon ausgeht, vollständige, in sich abgeschlossene, vorgefertigte funktionale Einheiten nur noch zusammenzufügen, ist der Ansatz eines Rahmenwerks bzw. *Frameworks* der einer vorgegebenen Schablone oder Hülle, die zwar eine Grundstruktur der zu entwickelnden Software vorgibt, aber erst durch Verfeinerung zum einsetzbaren Endprodukt führt.¹¹⁰ Für die Anwendungsprogrammierung bedeutet dies, dass man zu einer Vielzahl von Anwendungsproblemen ein vollständiges Programmpaket in Form eines Grundgerüsts erstellt, das durch Parametrisierung und durch Hinzufügen spezifischer Anwendungsfunktionen (z.B. aus einer Programmbibliothek) zur Lösung eines konkreten Problems eingesetzt werden kann.¹¹¹ Es handelt sich also grundsätzlich um voll funktionsfähige, fertige Computerprogramme (z.B. Internet-Browser), die etwa mittels *Plug-Ins* erweitert werden können. Bei einem Framework werden nicht nur einzelne Klassen oder Komponenten, sondern die gesamte Architektur und die Konstruktion aus kooperierenden Klassen wiederverwendet.¹¹²

Sowohl der Einsatz von objekt- und komponentenorientierten Programmieretechniken, als auch die Verwendung von Frameworks haben damit vor allem das Ziel, durch Standardisierung und Modularisierung den Grad der Wiederverwendung vorgefertigter Software-Bausteine bzw. ganzer Software-Architekturen zu steigern.

¹⁰⁹ *Schneider* in: Büllsbach/Heymann (Hrsg.), Informationsrecht 2000, S. 143, 148.

¹¹⁰ *Griffel*, Componentware, S. 115.

¹¹¹ vgl. Duden Informatik, Stichwort: Rahmen, S. 552.

¹¹² *Ludewig/Lichter*, Software Engineering, S. 416.

III. Ausblick auf künftige Entwicklungen

1. Software Engineering

Auch wenn viele als solche bezeichnete „neue Paradigmen“ der Softwareprogrammierung mit Vorsicht zu genießen sind und mitunter nach kurzer Zeit wieder von der Bildfläche verschwinden, lassen sich einige Entwicklungen ausmachen, die die Art und Weise der Softwareerstellung mit hoher Wahrscheinlichkeit in Zukunft beeinflussen und verändern werden. Die entsprechenden Technologien bauen z.T. aufeinander oder auf bestehenden Methoden auf und werden in der Praxis oft parallel angewandt.

a. Software-Industrialisierung

Komplexe Softwaresysteme werden immer leistungsfähiger, umfangreicher, vernetzter und verteilter.¹¹³ Die Softwarebranche befindet sich gleichzeitig in einer intensiven Phase der Industrialisierung.¹¹⁴ Allgemein wird unter Software-Industrialisierung die Ausbreitung der Softwareentwicklung mit industriellen Mitteln verstanden.¹¹⁵ Ein klassisches Prinzip der Industrialisierung ist neben der zunehmenden Standardisierung vor allem die dadurch erst ermöglichte Verringerung der Fertigungstiefe, also der Verzicht auf eigene Fertigung zugunsten des Zukaufs von spezialisierten Zulieferern. Oft ist dies verbunden mit einer örtlichen Verlagerung der Produktion zur Nutzung von Lohngefälle (Offshoring).¹¹⁶ Neben Outsourcing und Offshoring spielen vor allem Themen wie die Automatisierung der Softwareerstellung durch den Einsatz von Werkzeugen und die Nutzung vorgefertigter Softwaremodule von Drittherstellern eine Rolle. Eine der wichtigsten Konsequenzen der Industrialisierung ist die Erweiterung von Produkten um Dienstleistungen. Bei Software reicht dies von zusätzlich angebotenen Pflegeleistungen bis zur Wandlung des gesamten Betriebskonzepts zu einer reinen Nutzungsbetrachtung.¹¹⁷

¹¹³ *Broy/Rombach*, InfoSpektrum 2002, 438, 439.

¹¹⁴ Nach einer etwas vorsichtigeren Einschätzung stecke die Industrialisierung der Softwareentwicklung im Gegensatz zu anderen Ingenieursdisziplinen noch in den Kinderschuhen, auch wenn sich am Horizont erste Silberstreifen abzeichneten (so *Stal*, iX 2/2006, S. 38, 41).

¹¹⁵ *Taubner*, InfoSpektrum 2005, 292.

¹¹⁶ *Taubner*, InfoSpektrum 2005, 292, 293.

¹¹⁷ *Taubner*, InfoSpektrum 2005, 292, 295.

In eine ähnliche Richtung zielt der Ansatz, Software in Produktlinien zu entwickeln (ein Modell, das z.B. in der Automobilindustrie seit Langem erfolgreich praktiziert wird). Dabei steht das Ziel im Vordergrund, mehrere ähnliche Softwaresysteme in einer bestimmten Domäne, z.B. einem speziellen Geschäftsbereich, nicht als teure Einzelentwicklungen, sondern als Produktlinie basierend auf einer gemeinsamen Infrastruktur zu planen und zu realisieren.¹¹⁸ Die einzelnen Produkte einer Domäne bauen auf einer zuvor entwickelten gemeinsamen Basis – ähnlich einem *Framework* – auf und entstehen durch Anpassung der zur Verfügung gestellten Bausteine, durch Entwicklung neuer sowie durch deren Integration zu einem neuen Produkt der Produktfamilie.¹¹⁹ Der Vorteil dieses Ansatzes liegt vor allem darin, dass die Wiederverwendung innerhalb von verwandten Produkten ein höheres Potential aufweist und der Mehraufwand für die Entwicklung wiederverwendbarer Komponenten hier schneller kompensiert werden kann als bei nicht zusammenhängenden Produkten.¹²⁰

Mit dem Ziel, die Chancen der Wiederverwendung von objektorientiert programmierten Software-Bausteinen weiter zu erhöhen, können auch querschnittliche Anforderungen modularisiert und vom restlichen Code getrennt werden. Dadurch kann man die Geschäftslogik einer Anwendung von diesen „Querschnittsbelangen“ frei halten, die sich als sog. modulare Aspekte repräsentieren lassen (sog. aspektorientierte Programmierung, AOP).¹²¹ Letztlich werden unter dem Schlagwort der Software-Industrialisierung damit vor allem Intensivierungen bereits bekannter Methoden der Softwareentwicklung mit dem Ziel der Steigerung von Automatisierung, Modularität und Wiederverwendung diskutiert und weiterentwickelt.

b. Modellgetriebene Softwareentwicklung

Eine oft propagierte Lösung, den zunehmend komplexer werdenden Anforderungen der Softwareprogrammierung zu begegnen, lautet Abstrahierung. Einige Jahre nach den ersten sog. höheren Programmiersprachen sorgte insbesondere die objektorientierte Programmierung für eine weitere Abstraktionsstufe, bevor schließlich die ersten Tools für

¹¹⁸ vgl. zum Produktlinienansatz in der Softwareentwicklung *Ebert/Smouts*, HMD 231 (2003), S. 28 ff.

¹¹⁹ *Strahringer*, HMD 231 (2003), S. 5, 8.

¹²⁰ *Strahringer*, HMD 231 (2003), S. 5, 8.

¹²¹ vgl. dazu *Apel/Kästner/Kuhlemann/Leich*, iX 10/2006, S. 116 ff.

die Unified Modelling Language (UML) auf den Markt kamen, die es ermöglichten, auf der Basis spezieller Diagramme den Quellcode eines Programms zumindest in Teilen automatisch zu erzeugen.¹²² Um die Anforderungen moderner Softwareentwicklung zu bewältigen, insbesondere der zunehmenden Komplexität zu begegnen und abstraktere UML-Diagramme generieren zu können, bedurfte es schließlich umfangreicher Metamodelle. Die sog. modellgetriebene Softwareentwicklung erlaubt es, Anwendungen weitgehend unabhängig von Hard- und Softwareplattformen zu entwickeln, indem Metamodelle definiert werden, auf deren Grundlage der Code für die gewünschte Zielplattform generiert wird.¹²³ Die Modelle sollen dabei in Zukunft automatisch in den Quellcode überführt werden können, vergleichbar der bekannten Übersetzung von Quellcode in Maschinencode mittels eines Compilers.¹²⁴ Modelle dienten bisher – im Gegensatz zum Programmcode als textueller Repräsentation – als grafische Repräsentation im Softwareentwicklungsprozess lediglich zur Spezifikation und Dokumentation. Mit der Model Driven Architecture (MDA) hat die Object Management Group (OMG) nun einen Standard geschaffen, der die Repräsentation der Software von der Ebene des Programmcodes auf die Modellebene hebt.¹²⁵

Die Kernidee von MDA besteht darin, abstrakte Modelle in einem oder mehreren Schritten in immer konkretere Modelle bis hin zum Quellcode umzuwandeln.¹²⁶ Die MDA soll Softwareentwickler in die Lage versetzen, plattformunabhängige Modelle für Anwendungen zu erstellen, die als Basis für plattformspezifische Codegenerierung dienen können. Ziel ist es dabei, die plattformspezifischen Modelle (*platform specific models*, PSM) möglichst automatisiert aus den plattformunabhängigen Modellen (*platform independent models*, PIM) abzuleiten. Dadurch soll insbesondere der Zeit- und Kostenaufwand für die Softwareentwicklung verringert und die Adaptierung an neue Technologien erleichtert werden.¹²⁷ Als Modellierungssprache dient dabei UML oder eine spezielle DSL (*domain specific language*). Ziel ist ein weitgehendes *Forward-Engineering*, es soll sich also möglichst viel Programmcode direkt aus den Modellen generieren lassen.¹²⁸ Je besser das jeweilige Modell dabei ausgearbeitet ist, desto mehr Aspekte der

¹²² vgl. Zockoll, iX 8/2005, S. 120.

¹²³ Völter, iX 10/2006, S. 123.

¹²⁴ Tamm, c't 14/2006, S. 226.

¹²⁵ Kempa/Mann, InfoSpektrum 2005, 298.

¹²⁶ Tamm, c't 14/2006, S. 226.

¹²⁷ Kempa/Mann, InfoSpektrum 2005, 298.

¹²⁸ Zockoll, iX 8/2005, S. 120.

fertigen Software lassen sich später automatisch als Quellcode aus ihm ableiten.¹²⁹ In der Regel wird allerdings nicht das gesamte Programm automatisch generiert werden können, so dass nachträglich Änderungen von Hand erforderlich sind.¹³⁰

Die Grundidee der MDA ist damit an sich nicht neu, sondern folgt dem Grundsatz, dass die Spezifikation einer Software unabhängig von ihrer technischen Umsetzung zu beschreiben ist. Neu ist allerdings, dass mit der MDA nun ein tragfähiges Konzept für die modellgetriebene Softwareentwicklung existiert. Modifikationen an der Software erfolgen nicht mehr im Programmcode selbst, sondern direkt in einem der vorgelagerten Modelle. MDA soll die Portierbarkeit und Wiederverwendbarkeit von Modellen und dadurch auch der Software selbst verbessern.¹³¹ Die MDA betont also im Ergebnis die Bedeutung von Modellen als zentrale Elemente des Softwareentwicklungsprozesses und betrachtet den Code nicht mehr als primäres Artefakt, sondern eher als Nebenprodukt.¹³²

c. Agile Softwareentwicklung

Im Gegensatz zur MDA treten die Dokumentation und die umfangreiche Modellierung bei der „codegetriebenen“ sog. agilen Softwareentwicklung bzw. dem *Extreme Programming* (XP) wieder in den Hintergrund und werden nur herangezogen, sofern sie für das Projektergebnis bzw. den Kunden notwendig sind. Der Code selbst tritt bei dieser Methode in den Vordergrund, die sich am betriebswirtschaftlichen Mehrwert für den Auftraggeber ausrichtet und eine schnellere und wirtschaftlichere Entwicklung von Software verspricht. Änderungen im Softwareentwicklungsprozess sind bei der agilen Programmierung jederzeit möglich, die Grundeinstellung ist veränderungsfreundlich, der kontinuierliche Änderungsprozess begriffsbestimmend. Der Kunde wird als vollwertiger Projektpartner angesehen, zu dem man ein kooperatives Verhältnis hat; er kann unmittelbar Einfluss auf die Funktionalitäten der Software ausüben.¹³³

¹²⁹ Sturm/Boger, HMD 231 (2003), S. 38, 40.

¹³⁰ Kempa/Mann, InfoSpektrum 2005, 298, 302.

¹³¹ Kempa/Mann, InfoSpektrum 2005, 298; vgl. auch Tamm, c't 14/2006, S. 226, 229.

¹³² Strahringer, HMD 231 (2003), S. 5, 10; Sturm/Boger, HMD 231 (2003), S. 38, 43; Kempa/Mann, InfoSpektrum 2005, 298.

¹³³ Strahringer, HMD 231 (2003), S. 5, 11; das sog. agile Manifest fasst das zugrunde liegende Wertesystem zusammen, vgl. <http://www.agilemanifesto.org>.

Softwareentwicklung mittels agiler Methoden erfolgt damit nach dem Konzept des „Kunden im Team“ und in „Abkehr vom Bürokratismus konventioneller Ansätze“¹³⁴. Die detaillierte Vertragsgestaltung auf der Basis von technischen Spezifikationen und umfangreichen Pflichtenheften wird diesem System der kooperativen Entwicklung nicht mehr gerecht. „Die juristische (Schein-)Sicherheit eines umfangreichen Vertragswerks wird der direkten Mitarbeit des Kunden in dem Projekt geopfert“¹³⁵. Die agile Programmierung findet dabei überwiegend in kleinen Projektteams Anwendung.¹³⁶ Der Stellenwert des Codes und seiner Lauffähigkeit, die kurzen Entwicklungszyklen, die Motivation der beteiligten Programmierer und deren Bereitschaft, die Software in allen Phasen ihrer Entstehung zu überarbeiten, zu erweitern und sie als ein sich stetig änderndes Produkt zu betrachten, sind Prämissen, die agile Softwareentwicklung und Open Source Software-Entwicklung als codegetriebene Ansätze gemeinsam haben.¹³⁷

2. Softwarenutzung

a. Embedded Systems

In immer mehr Alltagsgegenständen kommt heute Software in Form sog. Embedded Systems zum Einsatz. Aufgrund der rasant gewachsenen Leistungsfähigkeit von Prozessoren wurden Embedded Systems innerhalb kürzester Zeit Einsatzgebiet für komplexe Softwaresysteme, integriert z.B. in Steuerungschips von Fahrzeugen, Flugzeugen, medizinischen Geräten oder Dingen des täglichen Bedarfs.¹³⁸ Als Bestandteil vieler alltäglicher Produkte nehmen sie schon heute wichtige Überwachungs- und Regelungsaufgaben wahr. In Zukunft wird der Mehrwert vieler Produkte insbesondere des Maschinen-, Anlagen- und Fahrzeugbaus fast ausschließlich durch ihre Softwarekomponenten entstehen.¹³⁹ Die steigende Zahl von industriellen Produkten mit integrierter Software wird auch dazu führen, dass die damit zusammenhängenden rechtlichen Fragen der Herstellung und Nutzung sowie der Haftung im Falle von

¹³⁴ vgl. *Stal*, iX 2/2006, S. 38, 40.

¹³⁵ *Coldewey*, HMD 231 (2003), S. 46, 49; „uns ist die Zusammenarbeit mit dem Kunden wichtiger als Vertragsverhandlungen.“ (vgl. <http://www.agilemanifesto.org>).

¹³⁶ *Stal*, iX 2/2006, S. 38, 41.

¹³⁷ *Strahinger*, HMD 231 (2003), S. 5, 14.

¹³⁸ *Broy/Rombach*, InfoSpektrum 2002, 438, 442.

¹³⁹ vgl. GfK/IESE/ISI, Analyse und Evaluation der Softwareentwicklung in Deutschland, S. 170.

Fehlfunktionen dieser Systeme mehr Beachtung finden werden. Diese Entwicklung ist vor allem für die Automobilbranche heute bereits abzusehen.¹⁴⁰

Technisch bestehen Embedded Systems in der Regel aus einem Microcontroller, der sich aus Hardware- und Softwarekomponenten zusammensetzt, wobei innerhalb der Software zwischen Betriebssystemen und Anwendungen unterschieden werden kann. Die einzelnen Komponenten eines Embedded Systems werden im Rahmen des Entwicklungsprozesses zusammengefügt und auf dem System installiert. Technisch zeichnen sich Embedded Systems insbesondere durch ein hohes Maß an Softwarekomplexität bei bestehender Speicherknappheit aus. Der daraus resultierende Wunsch nach Wiederverwendung vorbestehender Softwaremodule scheitert in der Praxis vor allem daran, dass diese unterschiedlichen Lizenzformen unterliegen.¹⁴¹ Bei der häufig zu findenden Verwendung von Open Source Software (z.B. unter Geltung der GNU General Public Licence) sowohl auf Betriebssystem- als auch auf Anwendungsebene eines Embedded Systems kann es aufgrund des sog. Copyleft-Effekts durch die Verwebung der Quellcodes zu *viralen Effekten* kommen, z.B. wenn in die proprietäre Anwendungssoftware durch einen Codegenerator Teile der Betriebssystemfunktionalität aus einem Open Source Programm eingearbeitet werden. Hierdurch entsteht für den Hersteller die Gefahr, dass er lizenzrechtlich verpflichtet sein kann, den Quellcode seiner proprietären Software und damit geheimes Betriebs-Know-How offenzulegen.¹⁴²

Die Integration von Rechenleistung in Gebrauchsgegenstände wurde bereits unter dem Begriff *Ubiquitous Computing* als „nächste technische Revolution“¹⁴³ proklamiert. Bedingt durch die starke Verbreitung informationstechnischer Infrastrukturen und den fortschreitenden Ausbau der Kommunikationsnetze werden Softwaresysteme der Zukunft in hohem Maße verteilt und vernetzt sowie in ein konkretes Anwendungsgebiet eingebettet sein. Man kann davon ausgehen, dass in Geräten des täglichen Bedarfs, insbesondere in Kfz, vermehrt umfangreiche Sensorsysteme verfügbar sein werden und dass über diese in vielfältiger Weise Informationen erfasst werden können, welche über

¹⁴⁰ vgl. z.B. Meyer/Harland, CR 2007, 689 ff.

¹⁴¹ vgl. zum Aufbau eines Embedded Systems instruktiv *Bellosa* in: Büchner/Dreier (Hrsg.), Von der Lochkarte zum globalen Netzwerk, S. 109 ff.

¹⁴² vgl. *Grützmacher* in: Büchner/Dreier (Hrsg.), Von der Lochkarte zum globalen Netzwerk, S. 87, 97 ff.; vgl. allgemein zum sog. viralen Effekt *Schäfer*, Der virale Effekt – Entwicklungsrisiken im Umfeld von Open Source Software.

¹⁴³ *Broy/Rombach*, InfoSpektrum 2002, 438, 444.

verteilte und vernetzte Infrastrukturen verarbeitet und ausgetauscht werden.¹⁴⁴ In diesem Zusammenhang wird auch das Thema der *Ad-hoc-Netze* an Bedeutung gewinnen. Darunter versteht man allgemein selbstorganisierende Systeme, die neu im Netz verfügbare Dienste einbinden und auf die unterschiedlichsten Betriebs- und Umgebungssituationen flexibel reagieren können.¹⁴⁵

b. Webservices

Zu einem der bedeutendsten Software-Trends der näheren Zukunft könnte sich die Technologie der sog. Webservices entwickeln. Neben leichter Integration von Anwendungen innerhalb eines Unternehmens versprechen Webservices aufgrund ihrer standardisierten Schnittstellen eine Vereinfachung der softwaretechnischen Anbindung an externe Geschäftspartner, Kunden und Zulieferer. Daneben ist zu erwarten, dass die Kombinierbarkeit und Interaktion von Software-Bausteinen auch der Individualsoftwareentwicklung neuen Schwung verleihen werden.¹⁴⁶ Webservices sind eigenständige Softwaremodule, die eine bestimmte Funktionalität oder einen Geschäftsprozess realisieren und über eine offene Schnittstelle zur Nutzung anbieten. Sie kommunizieren untereinander über das Internet ohne menschliche Intervention mit Hilfe von standardisierten, XML-basierten Protokollen und nutzen dabei die üblichen Internettechnologien zum Datenaustausch.¹⁴⁷ Webservices wurden primär zur plattformübergreifenden Integration heterogener Systeme entwickelt, insbesondere zur Einbindung externer Softwareanwendungen.¹⁴⁸ Sie gelten als die Technologie, mit der in Zukunft Software-Bausteine innerhalb eines und zwischen eng kooperierenden Unternehmen integriert werden können,¹⁴⁹ um unternehmensübergreifende Geschäftsprozesse zu realisieren.¹⁵⁰

¹⁴⁴ *Broy/Rombach*, InfoSpektrum 2002, 438, 450.

¹⁴⁵ *Broy/Rombach*, InfoSpektrum 2002, 438, 450; vgl. zu rechtlichen Problemen mobiler Ad-hoc-Netze grundlegend *Ernst* in: Taeger/Wiebe (Hrsg.), *Mobilität, Telematik, Recht*, S. 127 ff.

¹⁴⁶ *Fritsch*, informationweek.de, 2005, Ausgabe 1/2, S. 9.

¹⁴⁷ *Küster*, HMD 234 (2003), S. 5; zu weiteren Definitionsansätzen insb. des W3C vgl. *Alonso/Casati/Kuno/Machiraju*, *Web Services*, S. 124 f. und *Melzer*, *Service-orientierte Architekturen mit Web Services*, S. 50; zu den verschiedenen Standards und Standardisierungsbemühungen im Bereich der Webservices vgl. ausführlich *Melzer* a.a.O., S. 69 ff.

¹⁴⁸ *Küster*, HMD 234 (2003), S. 5, 6.

¹⁴⁹ *Kossmann/Leymann*, InfoSpektrum 2004, 117.

¹⁵⁰ zu den Gründen, warum der Einsatz konventioneller *Middleware* in diesem Bereich nicht erfolgversprechend ist, vgl. *Alonso/Casati/Kuno/Machiraju*, *Web Services*, S. 127 ff.

Die große Erwartung an Webservices ist dabei ihre universelle Interoperabilität. Heterogene Softwaresysteme können innerhalb von Unternehmen und über Unternehmensgrenzen hinweg miteinander kommunizieren, wobei die Systeme von unterschiedlichen Herstellern in verschiedenen Programmiersprachen geschrieben worden sein und auf unterschiedlichen Plattformen laufen können.¹⁵¹ Webservices bauen hierfür auf bestehende Ansätzen in den Bereichen verteilte Systeme, Informationssysteme und Programmiersprachen auf und versuchen, diese mittels Standardisierung der benötigten Schnittstellen zusammenzufügen.¹⁵² Keines der technischen Konzepte ist also wirklich neu. Entscheidend für den gegenwärtigen Erfolg von Webservices ist vielmehr, dass die zugrunde liegenden Technologien nun aufeinander abgestimmt sind und von den entscheidenden *Key-Playern* unterstützt werden.¹⁵³

Man kann Webservices auch als eine Weiterentwicklung der Komponentenorientierung verstehen. Wie Komponenten repräsentieren auch Webservices unabhängige, in sich geschlossene (gekapselte) Anwendungen, die eine genau definierte Aufgabe erfüllen. Sie sind dabei nicht unmittelbar für die menschliche Informationsverarbeitung gedacht, sondern für die Interaktion von Softwareanwendungen, die automatisiert Daten austauschen oder Funktionen auf entfernten Rechnern aufrufen. Sie besitzen dementsprechend auch keine grafische Benutzeroberfläche. Der Anbieter bzw. Provider eines Webservice veröffentlicht in einem Verzeichnis, das eine kategorisierte Ansammlung von registrierten, vertrauenswürdigen Webservices enthält, die Beschreibung seiner Dienste, der Anwender bzw. Konsument durchsucht das Verzeichnis und wählt den gewünschten Dienst aus. Nachdem gegebenenfalls weitere Protokolldetails zwischen den Parteien ausgetauscht worden sind, findet i.d.R. eine dynamische Anbindung des Konsumenten an den Anbieter zur Laufzeit statt.¹⁵⁴

Eines der vielversprechendsten Anwendungsgebiete von Webservices sind Business-to-Business(B2B-)Transaktionen. Geschäftspartner können über Webservices beispielsweise ihre vielfältigen Geschäftsdokumente billiger und einfacher als bisher miteinander voll- oder teilautomatisch austauschen (z.B. bei der elektronischen Bestellung

¹⁵¹ Küster, HMD 234 (2003), S. 5, 6.

¹⁵² Kossmann/Leymann, InfoSpektrum 2004, 117, 127 f.

¹⁵³ Kossmann/Leymann, InfoSpektrum 2004, 117, 119.

¹⁵⁴ vgl. Melzer, Service-orientierte Architekturen mit Web Services, S. 12 ff.

von Gütern).¹⁵⁵ Daneben können auch interne Geschäftsprozesse durch extern bezogene Webservices unterstützt werden.¹⁵⁶ Das Standardbeispiel für eine solche Anwendung bildet das Online-Reisebüro, das für die Reservierung von Flügen, Hotels und Mietwagen automatisiert auf die Datenbanken der Fluglinien, Hotels und Mietwagenfirmen als Webservice zugreift und diese so in das eigene Angebot integriert, ohne dass der Kunde dies erkennen kann.¹⁵⁷ Aufgrund der fortgeschrittenen Standardisierungsbemühungen in diesem Bereich haben Webservices inzwischen das Potential, zu einer erfolgreichen Integrationstechnologie zu werden.¹⁵⁸ Eng zusammen hängt diese Entwicklung mit dem Aufkommen service-orientierter Anwendungsarchitekturen.¹⁵⁹

c. Service-orientierte Architekturen (SOA)

In der Softwareentwicklung steht die Tendenz zur Industrialisierung – neben dem Produktlinien-Ansatz – auch für die Einführung sog. service-orientierter Architekturen (SOA). Dabei handelt es sich nicht in erster Linie um eine neue Technik der Softwareprogrammierung oder ein neues Produkt, sondern um eine neue Idee der Strukturierung und Nutzung von Softwaresystemen, die ebenfalls auf Modularität und Wiederverwendung abzielt: Anwendungen sollen als modulare Baugruppen entstehen, die – ähnlich wie in der Automobilfertigung – auf technologischen Plattformen zusammengesetzt werden. Dadurch steigt die Wiederverwendbarkeit von Software; Anpassungen können leichter und schneller vorgenommen werden, was letztlich zu einer Flexibilisierung bei Änderungen in den Geschäftsprozessen führt.¹⁶⁰ Häufig werden SOA dabei gleichgesetzt mit der Anwendung von Webservices und deren assoziierten Technologien. SOA sollten aber vielmehr als fachliches Architekturmuster verstanden werden, das grundsätzlich technologieunabhängig angewendet werden kann.¹⁶¹ Webservices können dabei jedoch aufgrund der durch sie zu erreichenden

¹⁵⁵ Küster, HMD 234 (2003), S. 5, 12.

¹⁵⁶ zu den insoweit besonders wichtigen Sicherheitsfragen, insb. zur Frage der Identitätsfeststellung von Anbieter und Nutzer vgl. Küster, HMD 234 (2003), S. 5, 13 f.; zum Einsatz von *Trusted Computing*-Technologien im Zusammenhang mit Webservices vgl. Hartmann, DuD 2005, 160, 162.

¹⁵⁷ vgl. Melzer, Service-orientierte Architekturen mit Web Services, S. 288 f.

¹⁵⁸ Küster, HMD 234 (2003), S. 5, 14.

¹⁵⁹ Alonso/Casati/Kuno/Machiraju, Web Services, S. 131.

¹⁶⁰ Lürßen, Industrialisierung als Chance für die IT, <http://www.silicon.de/cpo/analysen/detail.php?nr=22779>.

¹⁶¹ Richter/Haller/Schrey, InfoSpektrum 2005, 413; Stal, iX 2/2006, S. 38, 42.

Interoperabilität als eine der Schlüsseltechnologien für die Integration von Geschäftsprozessen in SOA Verwendung finden.¹⁶²

Definiert wird eine SOA als eine Systemarchitektur, die vielfältige, verschiedene und eventuell inkompatible Methoden oder Applikationen als wiederverwendbare und offen zugreifbare Dienste repräsentiert und dadurch eine plattform- und sprachenunabhängige Nutzung und Wiederverwendung ermöglicht.¹⁶³ SOA beschreiben den Aufbau einer unternehmerischen Anwendungslandschaft aus einzelnen fachlichen Software-Bausteinen, die jeweils eine klar umrissene Aufgabe wahrnehmen und lose miteinander gekoppelt sind, indem sie einander ihre Funktionalitäten in Form von Services anbieten. Diese Services, die als solche eine abstrakte fachliche Sicht auf den anbietenden Anwendungsbaustein darstellen,¹⁶⁴ werden über einen einheitlichen Mechanismus aufgerufen, der die Anwendungsbausteine plattformunabhängig miteinander verbindet und alle technischen Details verbirgt.¹⁶⁵ Mittels einer SOA können z.B. zusätzliche Funktionalitäten innerhalb eines Textverarbeitungsprogramms, wie spezielle Schriftarten oder Rechtschreibkontrollen, aufgerufen werden, ohne dass der Nutzer mitbekommt, was im Hintergrund abläuft. Wie bei anderen neuartigen Formen der Softwarenutzung, z.B. dem Application Service Providing, bieten sich auch hier zur Abrechnung nutzungsabhängige Vergütungsmodelle an.¹⁶⁶

Mit ihren Grundideen der Trennung von Zuständigkeiten nach fachlichen Gesichtspunkten und der Kapselung technischer Details hinter definierten Schnittstellen heben die geschäftsprozessorientierten SOA die oben dargelegten Prinzipien der objekt- und komponentenorientierten Softwareentwicklung auf die Ebene der Anwendungslandschaft. Die Services einer Anwendung sind vergleichbar mit den Methoden eines Objekts und den Funktionen einer Komponente. Neue Geschäftsprozesse können mittels SOA in kürzester Zeit und ohne nennenswerten technischen Aufwand durch Neukombination bereits bestehender Services realisiert werden.¹⁶⁷ In der Kette von Programmierkonzepten, die von den klassischen Methoden über die objektorientierte bis zur komponentenbasierten

¹⁶² Hartmann, DuD 2005, 160.

¹⁶³ Melzer, Service-orientierte Architekturen mit Web Services, S. 11.

¹⁶⁴ Teilweise werden die Softwaremodule und die durch sie realisierten Services auch gleichgesetzt.

¹⁶⁵ Richter/Haller/Schrey, InfoSpektrum 2005, 413.

¹⁶⁶ Melzer, Service-orientierte Architekturen mit Web Services, S. 19.

¹⁶⁷ Richter/Haller/Schrey, InfoSpektrum 2005, 413, 414.

Software-Entwicklung reicht, stellen SOA das „logisch nächste Glied“¹⁶⁸ dar, um die stetig zunehmende Komplexität von Programmen zu bewältigen.

d. Grid Computing

Der Begriff „Grid“¹⁶⁹ symbolisiert eine Analogie zum Stromnetz (*power grid*), welches seine Ressourcen bedarfsabhängig in standardisierter Form anbietet.¹⁷⁰ Ziel des – wie die Webservices auf verteilten Systemen basierend auf Web-Technologien aufbauenden¹⁷¹ – sog. Grid Computing ist die verteilte Lösung von Rechenaufgaben durch das Verfügbarmachen und die Koordination unausgelasteter, dezentraler elektronischer Ressourcen über standardisierte Protokolle und Schnittstellen. Bekannt geworden ist es vor allem durch das verteilte Rechnen in Forschungsprojekten, z.B. zur Klimamodellierung oder im Projekt SETI@home.¹⁷² Die Vision hinter dem Grid Computing ist eine globale IT-Infrastruktur nach Vorbild des Stromnetzes, mit deren Hilfe Anwender Rechenleistungen oder Dienste aus der Steckdose beziehen können, die dann bedarfsorientiert abgerechnet werden.¹⁷³ Dies kann zum Entstehen virtueller Organisationen bzw. Netzwerke führen, die auf Basis der Kombination verschiedener Services neuartige Dienstleistungen anbieten und auf diese Weise Mehrwert generieren.¹⁷⁴ Ressourcen wie Software, Datenbanken oder Rechenleistung werden mit dem Ziel geteilt, Probleme kooperativ zu lösen. Ein Automobilhersteller und sein Zulieferer können beispielsweise im Rahmen eines neuen Projekts ein virtuelles Unternehmen bilden, um untereinander Dienste auszutauschen.¹⁷⁵ Anders als bei reinen *Peer-to-Peer*-Netzen erschöpft sich das verteilte Rechnen nicht im bloßen Datenaustausch, sondern ermöglicht dem Nutzer direkten Zugriff auf externe Ressourcen zwecks verteilter Problemlösung.¹⁷⁶

Man kann drei Arten von Grids unterscheiden: Das Informations-Grid entspricht weitgehend dem World Wide Web, das Ressourcen-Grid stellt Rechen-, Speicher- und

¹⁶⁸ Melzer, Service-orientierte Architekturen mit Web Services, S. 17.

¹⁶⁹ engl. für Gitter, Netz.

¹⁷⁰ Melzer, Service-orientierte Architekturen mit Web Services, S. 329.

¹⁷¹ vgl. Obert, DuD 2005, 154, 156.

¹⁷² SETI = Search for Extraterrestrial Intelligence; <http://setiathome.berkeley.edu>.

¹⁷³ Seidenfaden/Gehrke/Schumann, HMD 234 (2003), S. 98, 99; vgl. auch Reinefeld/Schintke, InfoSpektrum 2004, 129 und Obert, DuD 2005, 154.

¹⁷⁴ Seidenfaden/Gehrke/Schumann, HMD 234 (2003), S. 98, 99.

¹⁷⁵ zu weiteren bereits realisierten und geplanten Einsatzgebieten des Grid Computing vgl. Koch, CR 2006, 42, 43.

¹⁷⁶ Koch, CR 2006, 42, 43.

Netzwerkleistung für verteilte Anwendungen bereit, das Service-Grid schließlich bildet die Daten- und Rechendienste der genannten Grids auf einer abstrakten Ebene ab, um sie ortstransparent nutzbar zu machen. Das zentrale Schlüsselwort heißt hier Virtualisierung.¹⁷⁷ Ziel ist der Aufbau einer Grid-Infrastruktur, die Unternehmen einen standardisierten Zugriff auf alle angebotenen Ressourcen über Unternehmensgrenzen hinweg erlaubt, wobei der Zugriff auch hier bedarfs- und die Abrechnung verbrauchsorientiert erfolgen („Utility Computing“), wodurch sich insbesondere die Lizenzkosten für die Softwarenutzung reduzieren lassen.¹⁷⁸ Neben dem verteilten Rechnen soll künftig die Bereitstellung von komplexeren Dienstleistungen ein wesentliches Anwendungsgebiet des Grid Computing darstellen.¹⁷⁹ In diesem Rahmen könnten Application Service Provider ihre Funktionen um die eines Grid Service Providers erweitern. Eine starre vertragliche Bindung wie beim Outsourcing wird hierbei vermieden, da die externen Leistungen dynamisch bezogen werden.¹⁸⁰

Zur Integration unternehmensübergreifender Ressourcen bedarf es fester Standards und einer einheitlichen Architektur. Die *Open Grid Service Architecture* (OGSA) ist eine erweiterbare Architektur speziell für Dienste im Grid, die vom *Global Grid Forum* (GGF) standardisiert wird. Mit ihr legt man Methoden fest, die jeder Dienst erfüllen muss, um sich „Grid-Dienst“ nennen zu dürfen.¹⁸¹ Grid-Dienste müssen darüber hinaus zwingend maschinenlesbare Schnittstellendefinitionen enthalten und erweiterbar sein.¹⁸² Sie können ohne weiteres auf Basis von Webservices und den dazu entwickelten Standards realisiert werden.¹⁸³ Dies geschieht auch häufig, um sich die für Webservices bereits etablierte Verwendung standardisierter Systeme mit einheitlichen Schnittstellen zu Nutze zu machen. Die Verwaltung der dynamischen Ressourcen im Grid übernimmt dann eine spezielle *Middleware* als Bindeglied zwischen den einzelnen Rechnern und dem zentralen Server.

Betrachtet man die drei zuletzt beschriebenen Entwicklungen im Hinblick auf die zu erwartenden Auswirkungen auf die zukünftige Art der Softwarenutzung und des

¹⁷⁷ Reinefeld/Schintke, InfoSpektrum 2004, 129, 130.

¹⁷⁸ Koch, CR 2006, 42, 43 f.

¹⁷⁹ Seidenfaden/Gehrke/Schumann, HMD 234 (2003), S. 98, 98 f.

¹⁸⁰ Seidenfaden/Gehrke/Schumann, HMD 234 (2003), S. 98, 100 f.

¹⁸¹ Reinefeld/Schintke, InfoSpektrum 2004, 129, 130.

¹⁸² Reinefeld/Schintke, InfoSpektrum 2004, 129, 130.

¹⁸³ vgl. dazu Melzer, Service-orientierte Architekturen mit Web Services, S. 330 f.

Softwarevertriebs, lässt sich bereits feststellen, dass Webservices, service-orientierte Architekturen und Grid Computing zu sehr ähnlichen rechtlichen Problemstellungen führen könnten. Es geht bei allen drei Technologien um die (u.U. unternehmens- und organisationsübergreifende) Fernnutzung von speziellen Anwendungsprogrammen, die auf einem räumlich entfernten Server gehostet sind und die mit Hilfe von Standards und standardisierten Schnittstellen über das Internet und die entsprechenden Protokolle flexibel genutzt werden können. Dabei verspricht zwar das Grid Computing mit seiner anvisierten weltweiten Infrastruktur die intensivste Nutzungsform durch die höchste Anzahl potentieller Nutzer; gleichzeitig ist es aber wohl am weitesten entfernt von der Realisierung in der (kommerziellen) Praxis. Praxisrelevant und in der Softwarewelt bereits weit verbreitet ist jedoch das Application Service Providing (ASP) bzw. das Software as a Service (SaaS)-Konzept, das als Grundform der Fernnutzung von Software über das Internet angesehen werden kann.¹⁸⁴

3. Softwarevertrieb

a. Vertrieb über das Internet

Software wird heute mehr und mehr über das Internet vertrieben. Nachdem zunächst vor allem Programme unter Open Source Lizenz zum freien Download im Internet angeboten wurden, nutzen heute auch viele kommerzielle Softwarehersteller und -distributoren den direkten Vertriebsweg über das Netz. Damit ist zunächst nicht die Nutzung der Software über das Internet, z.B. mittels Application Service Providing, gemeint, sondern der reine Vertrieb, an den sich die dauerhafte Installation auf der Festplatte des Kunden und die hierauf folgende Nutzung ohne permanente Online-Anbindung an den Softwarelieferanten anschließt. Als zukünftiges Vertriebsmodell ist auch denkbar und wird in Ansätzen bereits heute praktiziert, dass ein Programm in unterschiedlichen Versionen – z.B. für Privatkunden und Geschäftskunden – auf einem einheitlichen Datenträger vertrieben wird und sich der Kunde nur noch den jeweiligen Lizenzschlüssel zur Aktivierung der von ihm erworbenen Programmversion sowie zusätzlich von ihm benötigte Erweiterungen und Updates aus dem Internet lädt.

¹⁸⁴ vgl. ausführlich unten D. IV. 2.

Eine Distribution über das Internet lag beispielsweise auch den Entscheidungen des LG München I sowie des OLG München zum Handel mit sog. Gebrauchtssoftware-Lizenzen zugrunde.¹⁸⁵ Kunden konnten sich von der Firma Oracle gegen ein einmaliges Entgelt Datenbanksoftware aus dem Internet herunterladen und auf den Arbeitsplatzrechnern ihrer Mitarbeiter in der vereinbarten Anzahl installieren; Datenträger wurden dabei nicht übergeben. Wesentlicher Vorteil dieser Art der Verbreitung von Software für die Anbieter ist die Senkung ihrer Transaktionskosten. Für die Kunden entstehen in den meisten Fällen keine Nachteile gegenüber dem Vertrieb von Software auf Datenträgern, da auch insoweit bislang die Updates regelmäßig über das Internet bezogen wurden, so dass die ursprünglich übergebenen Datenträger und die ggf. hiervon angefertigten Sicherungskopien innerhalb kürzester Zeit nicht mehr auf aktuellem Stand waren. Entscheidender Wachstumsfaktor dieser Art des Vertriebs von Software ist die zunehmende Verbreitung von Hochgeschwindigkeitsanschlüssen an das Internet.

b. Von der Software zum Service

Als eine Folge der im Softwarebereich auszumachenden Industrialisierung wird die Erweiterung und Ergänzung von Programmen um Dienstleistungen oder *Services* gesehen. Die entsprechenden Angebote reichen von traditionellen Pflege- und Supportleistungen, wie z.B. die Einrichtung einer telefonischen Kundenhotline, bis hin zur vollständigen Wandlung des Vertriebskonzepts zu einer reinen Nutzungsbetrachtung.¹⁸⁶ Bezeichnungen wie Software as a Service, Application Service Providing, Webservices und service-orientierte Architekturen deuten bereits an, dass die Interessenverlagerung von der Hardware auf die Software ihre Fortsetzung finden wird in einem Perspektivwechsel von der Software zu den Services, die durch sie realisiert werden.¹⁸⁷ Auch die Software selbst wird in Zukunft von den Nutzern eher als Service bzw. als Dienstleistung wahrgenommen werden. Sie wird dann nicht mehr gekauft und dauerhaft überlassen, sondern ihre Funktionalitäten werden zeitabschnittsweise über das Internet zur Verfügung gestellt und vom Anbieter nutzungsabhängig abgerechnet.

¹⁸⁵ vgl. dazu ausführlich unten C. II. 6. b. bb. und cc.

¹⁸⁶ *Taubner*, InfoSpektrum 2005, 292, 295.

¹⁸⁷ Ob die verschiedenen Geschäftsmodelle außer diesem Wechsel in der Perspektive auch tatsächliche Änderungen in der Art und Weise der Softwarenutzung zur Folge haben, kann allerdings in vielen Fällen bezweifelt und nur von Fall zu Fall entschieden werden.

Auch hier kommt dem Internet zentrale Bedeutung für die Realisierung entsprechender Geschäftsmodelle zu. Die bislang klar definierte Schnittstelle zwischen den auf dem heimischen PC installierten Programmen und der Welt des Internet, die bislang nur durch Grenzgänger wie die Programmiersprache JAVA durchbrochen wurde, löst sich durch interaktive Websites, die sich wie lokal installierte Software bedienen lassen, mehr und mehr auf. Mit den technischen Entwicklungen z.B. im Client-Server-Bereich und der zunehmenden Bandbreite von Internetanschlüssen wachsen die Möglichkeiten, Software als Dienstleistung in bedarfsgerechten Portionen über das Internet anzubieten. Dabei ist die Auslagerung ganzer Geschäftsprozesse ebenso denkbar wie die Nutzung kleiner, spezialisierter Anwendungsmodule über den Browser als sog. Web 2.0-Dienst.¹⁸⁸ In vertragsrechtlicher Hinsicht führt dies vor allem zu der Frage, wo eine lediglich durch die Software als Werkzeug realisierte Dienst- oder Werkleistung des Anbieters aufhört und aufgrund der Einräumung der Nutzungsmöglichkeit an der Software eine mietvertragliche Überlassung beginnt.

c. Trusted Computing

Die Technologie hinter dem Schlagwort *Trusted Computing* betrifft in erster Linie die Hardware-Ebene eines Rechnersystems. Durch Trusted Computing-Architekturen soll letztlich eine Vertrauensgrundlage für Software geschaffen werden. Um dieses Vertrauen in die Software aufzubauen, werden spezielle Hardware-Komponenten in die herkömmliche Rechnerarchitektur integriert, die es ermöglichen, Speicherbereiche für Computerprogramme physikalisch gegeneinander abzuschotten.¹⁸⁹ Es wurde die Befürchtung geäußert, dass in Trusted Computing-Infrastrukturen nur noch Software betrieben werden könne, die zuvor von einer zentralen Instanz zertifiziert wurde, und dass auf diese Weise marktbeherrschende Unternehmen gezielt den Einsatz von Open Source Software in Trusted Computing-Infrastrukturen verhindern könnten. Auch wenn die *Key-Player* im Markt nicht beabsichtigen, Open Source Software aktiv auszugrenzen, könnten

¹⁸⁸ *Kossel/Kuri*, c't 6/2006, S. 160, 161.

¹⁸⁹ vgl. zu den verschiedenen Trusted Computing-Initiativen und -Technologien instruktiv *Bechtold*, CR 2005, 393, 394 f.

sich aus rein faktischen Gesichtspunkten (z.B. Kosten der Zertifizierung) Einschränkungen für Open Source Software innerhalb von Trusted Computing-Infrastrukturen ergeben.¹⁹⁰

Trusted Computing kann auch eine stabile Grundlage für sichere Digital Rights Management (DRM)-Systeme bieten. Diese könnten die hardwarebasierten und dadurch manipulationsresistenten Trusted Computing-Technologien z.B. in den Bereichen Verschlüsselung und Durchsetzung von Zugangsrechten nutzen.¹⁹¹ Trusted Computing-Architekturen könnten so in einen Konflikt mit urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen geraten. Dieser wäre jedoch kein Spezifikum von Trusted Computing, sondern Ausdruck des allgemeinen Konflikts zwischen technischen Schutzmaßnahmen und urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen. Denn auch rein softwarebasierte DRM-Systeme können verhindern, dass digitale Inhalte von einem zum anderen Gerät kopiert werden. Trusted Computing-Architekturen stellen das Urheberrecht also vor keine qualitativ neuartigen Herausforderungen.¹⁹² Sie bieten eher in kartell- und wettbewerbsrechtlicher sowie in rechtspolitischer Hinsicht Diskussionsbedarf.¹⁹³

IV. Zusammenfassung

Vor allem die für die Informationstechnologie allgemein zu beobachtenden Tendenzen hin zur Virtualisierung und Modularisierung finden ihre Ausprägungen im Softwarebereich. Software wird zunehmend in kleinen, mehrfach verwendbaren Modulen erstellt, was Auswirkungen insbesondere auf die Frage der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit als Computerprogramm haben kann. Zudem werden Anwendungen unter Offenlegung ihrer Schnittstellen vermehrt als Service zur Nutzung über das Internet angeboten und flexibel miteinander kombiniert. Die Abrechnung gegenüber dem Kunden erfolgt dabei im Regelfall nutzungsabhängig. Der Datenträger verliert sowohl für den Vertrieb, als auch für die Nutzung von Software weiter an Bedeutung; die flexible Zurverfügungstellung der reinen Funktionalität rückt stattdessen in den Mittelpunkt des Interesses. Vor diesem Hintergrund bedürfen die zu den bislang üblichen Formen der Nutzung und des Vertriebs von Software entwickelten Überlegungen zur Vertragstypologie einer Überprüfung.

¹⁹⁰ vgl. dazu näher *Bechtold*, CR 2005, 393, 397 f.

¹⁹¹ *Bechtold*, CR 2005, 393, 403.

¹⁹² *Bechtold*, CR 2005, 393, 403.

¹⁹³ zum Ganzen *Bechtold*, CR 2005, 393 ff.

B. Technische Grundlagen

Angesichts der zunehmenden Konvergenz der Geschäftsmodelle stellt sich dabei vor allem das Problem, die vom Anbieter in eigener Verantwortung – lediglich unter Zuhilfenahme der Software – erbrachten Dienst- oder Werkleistungen abzugrenzen von der mietvertraglichen Einräumung der Nutzungsmöglichkeit an der Software.

C. Urheberrecht

Der Schwerpunkt des Schutzes von Software in der Praxis liegt eindeutig im Bereich des Urheberrechts. Darüber hinaus kann ein Programm allerdings auch patentrechtlich geschützt sein, wenn es sich nicht lediglich um ein „Computerprogramm als solches“ handelt (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 PatG und Art. 52 Abs. 2 lit. c, Abs. 3 EPÜ), sondern um eine sog. programmbezogene Erfindung, die neu ist und auf einer erfinderischen Tätigkeit beruht. Liegen die Voraussetzungen einer programmbezogenen Erfindung im Sinne des Patentrechts vor, d.h. handelt es sich im Wesentlichen um die Lösung eines technischen Problems mit technischen Mittel, können sich Patentschutz und urheberrechtlicher Schutz am Programm auch überlappen.¹⁹⁴ Ergänzend kommt auch ein wettbewerbsrechtlicher Schutz von Computerprogrammen nach §§ 3 und 4 UWG in Betracht. Zwar gilt im Grundsatz, dass dort, wo kein Sonderrechtsschutz besteht, die Ausnutzung fremder Arbeitsergebnisse erlaubt ist. Dies gilt jedoch nur insoweit, als nicht besondere Umstände hinzutreten, die ausnahmsweise die Unlauterkeit des Handelns begründen.¹⁹⁵

I. Entwicklung und Bedeutung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft

Das Urheberrecht muss stets vor anderen Rechtsgebieten auf technologische Entwicklungen reagieren und den durch die Technik aufkommenden neuen Sachverhalten – insbesondere neuen Geschäfts- oder Vertriebsmodellen zur Vermarktung urheberrechtlich geschützter Werke – „Bahnen bieten und auch Sperren entgegensetzen“¹⁹⁶. Die Geschichte des Urheberrechts kann insgesamt verstanden werden als eine fortlaufende Reaktion auf technologische Entwicklungen und die auf ihnen basierenden sozialen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Veränderungen. Das Urheberrecht reagiert dabei nicht unmittelbar auf die technische Entwicklung als solcher,

¹⁹⁴ vgl. zum Ganzen *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 69a Rn. 6 f.

¹⁹⁵ Da der patent- und wettbewerbsrechtliche Schutz von Software für die vertragsrechtlichen Aspekte nur eine untergeordnete Rolle spielt, werden hier im Wesentlichen die urheberrechtlichen Fragestellungen behandelt.

¹⁹⁶ *Bartsch/Dreier*, CR 2005, 690, 694.

sondern auf die wirtschaftlichen Veränderungen, welche die technische Entwicklung für die Produktion, Verbreitung und Nutzung geschützter Werke auslöst.¹⁹⁷

Die Digitaltechnik hat es ermöglicht, urheberrechtlich geschützte Werke ohne jeglichen Qualitätsverlust zu geringen Kosten in nahezu beliebiger Anzahl zu kopieren und innerhalb von Sekunden weltweit über das Internet zu verbreiten. Es genügt theoretisch eine einzige auf einem mit dem Internet verbundenen Server gespeicherte Kopie, um den weltweiten Bedarf an dem betreffenden Werk zu bedienen. Das digitale Format hat damit die Produktion und Verwertung von Werken weit mehr revolutioniert als jede andere technische Neuerung seit der Erfindung von Gutenbergs Druckerpresse.¹⁹⁸ Die Produktion von Vervielfältigungsstücken hat sich dabei zunehmend in den privaten Bereich der Endnutzer verlagert: Die digitale Revolution hat urheberrechtlich geschützte Inhalte viel näher zum Verbraucher gebracht als dies jemals zuvor von neuen Technologien bewirkt wurde.¹⁹⁹ Dadurch hat auch die Anzahl urheberrechtsrelevanter Transaktionen – Segen und Fluch des Internet – in den vergangenen Jahren drastisch zugenommen.

Die urheberrechtlichen Auswirkungen von Digitalisierung und Vernetzung sind auch deshalb so nachhaltig, weil sie sämtliche geschützten Werke in Bezug auf ihre Verwertung in körperlicher wie in unkörperlicher Form erfassen.²⁰⁰ Als „Magna Charta der Informationsgesellschaft“²⁰¹ bzw. als ein „maßgebliches Steuerungsinstrument in der Informationsgesellschaft“²⁰² habe sich laut gewichtiger Stimmen in der Literatur das Urheberrecht für das 21. Jahrhundert zu wappnen.²⁰³ Der durch das Internet und die Digitaltechnik geschaffene virtuelle Markt macht aus unserer Welt ein „global village“, mit einem Informationsfluss, der vor den staatlichen Grenzen nicht halt macht,²⁰⁴ so dass auch die internationale Harmonisierung weiter vorangetrieben werden muss. Das Urheberrecht gewinnt insbesondere dadurch an Bedeutung, dass die geistige Produktion gegenüber der industriellen Produktion einen immer größeren ökonomischen Stellenwert

¹⁹⁷ Dreier in: FS Erdmann, S. 73, 77.

¹⁹⁸ Dreier/Nolte, InfoSpektrum 2003, 247, 253.

¹⁹⁹ Reinbothe, ZEuS 2004, 367, 383.

²⁰⁰ Dreier in: FS Erdmann, S. 73.

²⁰¹ Hoeren, MMR 2000, 3; vgl. dazu auch Peukert in: FS Schrickler, S. 149, 155.

²⁰² Dreier/Nolte, InfoSpektrum 2003, 247.

²⁰³ Wandtke, GRUR 2002, 1, 2 und ders. in: FS Rehbinder, S. 389, 391.

²⁰⁴ Wandtke in: FS Rehbinder, S. 389, 390; vgl. zur „Deterritorialisierung“ des Rechts in Zeiten des Internet auch schon Hoeren, NJW 1998, 2849, 2850 f.

einnimmt und auch weiter einnehmen wird.²⁰⁵ In einer digitalen und vernetzten Informationsgesellschaft wird dem Urheberrecht zunehmend die Aufgabe zukommen, die Bedingungen festzulegen, unter denen Informationsprodukte hergestellt, verbreitet und konsumiert werden.²⁰⁶ Dem Urheberrecht kommt nach *Hoeren* in diesem Bereich insbesondere auch deshalb eine zentrale Rolle zu, weil das BGB mit seiner Fokussierung auf Sachen und Rechte zwar den Bedürfnissen der Warengesellschaft entspreche, sich aber schon bei Dienstleistungen als brüchig erweise; auf Informationen als Wirtschaftsgut vermöge das BGB letztlich nicht mehr zu reagieren.²⁰⁷

Damit zusammenhängend verzeichnet das (deutsche) Urheberrecht moderner Prägung eine Bedeutungsverschiebung vom Persönlichkeits- hin zu einem Investitionsschutz. Dem individuellen Schöpfer ein Auskommen zu sichern, ist nur noch *eine* Funktion des Urheberrechts. Daneben geht es inzwischen auch und vermehrt darum, dem Produzenten und Geldgeber die Amortisation seiner Investitionen zu ermöglichen.²⁰⁸ Die Einfügung des Datenbankschutzes *sui generis* in den §§ 87a ff. UrhG bildet dafür nur ein Beispiel. Gestützt wird diese Entwicklung durch die Zuordnung eher der gewerblichen bzw. technischen denn der schöpferischen Sphäre zuzurechnender Schutzgegenstände zum Urheberrecht.²⁰⁹ Eines der größten Probleme des modernen Urheberrechts besteht nun darin, diesem Bedeutungszuwachs auf ökonomischer Ebene, der sich durch die Zunahme geistiger Produktion einerseits und die Verschiebung hin zum Investitionsschutz andererseits ergibt, gerecht zu werden, ohne letztlich an der Geschwindigkeit des technologischen Wandels zu scheitern. Die Gesetzgebung sollte daher „so technologiespezifisch wie notwendig und so technologieneutral wie möglich“²¹⁰ sein. Will der Gesetzgeber verhindern, bereits bei Inkrafttreten neuer Vorschriften einen veralteten technischen Sachverhalt zu regeln, so muss er sich – zwangsläufig auf Kosten der Rechtssicherheit – auf die Kodifizierung abstrakterer Prinzipien beschränken.²¹¹

²⁰⁵ *Dreier*, CR 2000, 45; *Wandtke* in: FS Rehlinger, S. 389, 391.

²⁰⁶ *Dreier/Nolte*, InfoSpektrum 2003, 247, 248.

²⁰⁷ *Hoeren*, MMR 2000, 3 und *ders.*, NJW 1998, 2849.

²⁰⁸ *Dreier/Nolte*, InfoSpektrum 2003, 247; *Reinbothe*, ZEuS 2004, 367, 383 f. hält für die weitere Entwicklung insoweit eine Rückbesinnung darauf für erforderlich, dass jedenfalls das originäre Urheberrecht nicht in erster Linie Investitionsschutz sei, sondern den Kreativen bestimmte Privilegien verschaffen solle.

²⁰⁹ wie insbesondere Computerprogramme und Datenbanken, vgl. *Dreier*, CR 2000, 45, 46.

²¹⁰ *Dreier*, CR 2000, 45, 49.

²¹¹ *Dreier*, CR 2000, 45, 49.

II. Urheberrecht und Software

1. Entwicklung des urheberrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen

Nachdem sie zuvor bereits die Rechtsprechung als durch das Urheberrecht geschützt angesehen hatte, wurden Computerprogramme 1985 als neuer Schutzgegenstand in das deutsche Urheberrechtsgesetz aufgenommen. Mit der Umsetzung der europäischen Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen²¹² durch den nationalen Gesetzgeber²¹³ wurden später speziell auf Computerprogramme zugeschnittene Vorschriften ins Urheberrechtsgesetz eingeführt (§§ 69a ff. UrhG). Erklärtes Ziel der Richtlinie war die Vermeidung eines übermäßigen Schutzstandards, der dem Wettbewerb in der EDV-Industrie und der Verbreitung neuer Technologien abträglich sein könnte.²¹⁴ Insbesondere die vom BGH zuvor festgesetzten hohen Anforderungen an den urheberrechtlichen Programmschutz sollten abgesenkt werden.²¹⁵

Mit der Umsetzung der Richtlinie war die deutsche Rechtsprechungslinie denn auch beendet, die den urheberrechtlichen Schutz von Computerprogrammen nur sehr restriktiv zugelassen hatte. In seiner Inkassoprogramm-Entscheidung²¹⁶ hatte der BGH noch erhebliche Anforderungen an die erforderliche Gestaltungshöhe nach § 2 Abs. 2 UrhG gestellt. Damit ein Programm Urheberrechtsschutz genießen könne, müssten schöpferische Eigenheiten erkennbar sein, die das Können eines Durchschnittsprogrammierers und den Gehalt der vorher bekannten Programme erheblich überträfen. Damit verschwand die untere Grenze der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Software „in ungewisser, luftiger Höhe“²¹⁷. In seiner Buchhaltungsprogramm-Entscheidung²¹⁸ stellte der BGH nach Einfügung der §§ 69a ff. UrhG dann ausdrücklich klar, dass angesichts der Umsetzung der Richtlinie in das deutsche Urheberrechtsgesetz künftig bei Computerprogrammen „geringere Schutzanforderungen“ gälten.

²¹² Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14.05.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, Abl. EG Nr. L 122 v. 17.05.1991, S. 42 ff.

²¹³ Zweites Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 09.06.1993, BGBl. I, S. 910, in Kraft getreten am 24.06.1993; zur Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht vgl. im Einzelnen *Dreier*, GRUR 1993, 781 ff.

²¹⁴ Grünbuch über Urheberrecht und die technologische Herausforderung v. 7.6.1988, KOM (88) 172 endg., Nr. 5.5.8.

²¹⁵ *Junker/Benecke*, Computerrecht, Rn. 16.

²¹⁶ BGH GRUR 1985, 1041 – Inkassoprogramm; vgl. auch BGH GRUR 1991, 449 – Betriebssystem.

²¹⁷ *Bartsch/Dreier*, CR 2005, 690.

²¹⁸ BGH GRUR 1994, 39 – Buchhaltungsprogramm.

2. Computerprogramme als schutzfähige Werke

a. Geschützte Ausdrucksformen, § 69a Abs. 2 UrhG

Geschützt werden nach § 69a Abs. 2 UrhG alle Ausdrucksformen eines Computerprogramms ungeachtet der bei ihrer Erstellung verwendeten Verfahren und Engineeringmethoden.²¹⁹ Unter den urheberrechtlichen Schutz fallen damit auch der durch einen sog. Compiler automatisch erstellte Maschinen- bzw. Objectcode im Binärformat sowie fest in Hardware integrierte Programme (sog. Firmware bzw. Embedded Systems).²²⁰ Generell kommt es nicht darauf an, in welcher Form das Computerprogramm festgelegt ist, z.B. ob es auf einer CD-ROM, einer Festplatte oder einem anderen Datenträger gespeichert ist.²²¹ Quellcode und Objectcode sind als Ausdrucksformen des Programms urheberrechtlich geschützt und im einheitlichen Schutzzumfang des § 69a Abs. 1 und 2 UrhG enthalten, sofern sie keine strukturellen Unterschiede aufweisen.²²² Die verschiedenen Ausdrucksformen von Computerprogrammen ergeben sich im Übrigen vor allem aus dem jeweiligen Entstehungsprozess des Programms. Davon zu unterscheiden ist die Frage, auf welcher Ebene der Programmerstellung die erforderliche schöpferische Leistung erbracht wurde. Auf der Ebene des Programmcodes begründen vor allem die konkrete Sammlung, Auswahl und Gliederung der Befehle den Urheberrechtsschutz.²²³

Im Unterschied zu konventionellen technischen Produkten handelt es sich bei Software um ein geistiges Substrat, das erst im Zusammenwirken mit der Hardware konkrete Gestalt annimmt. Software ist im Kern nichts weiter als reine Funktion; dahinter tritt die die Oberfläche bestimmende Form des Programms erst in zweiter Linie in Erscheinung. Daher wird der Anknüpfungspunkt für den urheberrechtlichen Schutz in der Literatur teilweise kritisiert. Das Urheberrecht beziehe sich vom Ansatz her nicht auf den Kern des Problems, nämlich die Funktionalität des Programms und dessen technische Konzeption, sondern kapriziere sich auf die äußere Darstellung, also die Form des Produkts. Diese sei aber größtenteils zufällig und weitgehend beliebig und veränderbar.²²⁴ Der eigentliche

²¹⁹ Koch, GRUR 2000, 191, 195.

²²⁰ Koch, Computer-Vertragsrecht, Rn. 1901; Loewenheim in: Schricker (Hrsg.), § 69a Rn. 4; Grützmacher in: Büchner/Dreier (Hrsg.), Von der Lochkarte zum globalen Netzwerk, S. 87, 89.

²²¹ Loewenheim in: Schricker (Hrsg.), § 69a Rn. 11.

²²² Koch, Computer-Vertragsrecht, Rn. 1935; Hoeren in: Möhring/Nicolini, § 69a Rn. 5.

²²³ Grützmacher in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 24.

²²⁴ Lesshaft/Ulmer, CR 1993, 607, 609.

Programmcode sei daher für den urheberrechtlichen Schutz vergleichsweise irrelevant, zum einen weil er erst in einer späten Phase des Entwicklungsprozesses entstehe, wenn die prägenden Entscheidungen bereits getroffen seien, zum anderen weil er leicht plagierbar sei. Vielmehr müsse an der Systemstruktur des Programms als der verkörperten Idee angeknüpft werden.²²⁵ Auch angesichts neuer Programmier Techniken scheint der eigentliche Code bei der Erstellung der Software mehr und mehr an Bedeutung zu verlieren.

b. Erforderliche Gestaltungshöhe, § 69a Abs. 3 UrhG

Als erforderliche Schöpfungshöhe verlangt § 69a Abs. 3 UrhG abstrakt einen angemessenen schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad, der in einer individuellen Prägung zum Ausdruck kommen muss. Triviale, nur handwerkliche oder nur technisch reproduzierte, also kodierte Programme werden demnach selbst dann nicht geschützt, wenn es sich dabei um komplexe Software handelt.²²⁶ Im Übrigen bildet die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Computerprogrammen die Regel, eine zu geringe Schöpfungshöhe hingegen die Ausnahme. Auch die „kleine Münze“ des Programmschaffens ist also geschützt.²²⁷ Bei komplexen Computerprogrammen spricht daher eine tatsächliche Vermutung für eine hinreichende Individualität.²²⁸ Dabei macht nicht sein Inhalt das Programm schutzfähig, sondern seine Eigentümlichkeit in der schöpferischen Sammlung, Anordnung und Darbietung, soweit diese von der Konzeption her nicht als trivial oder banal und von der Sachlogik her zwingend vorgegeben ist.²²⁹ Auch wenn die urheberrechtliche Schutzfähigkeit die Regel bildet, müssen die Schutzvoraussetzungen gerade für moderne Software genau geprüft werden, die in kleine und kleinste – teilweise in Programmbibliotheken gesammelte – eigenständig verwertbare Programm-Bausteine z.B. in Form sog. Module, Routinen oder Plug-Ins aufgespalten sein kann.²³⁰

²²⁵ Lesshaft/Ulmer, CR 1993, 607, 613.

²²⁶ Lesshaft/Ulmer, CR 1993, 607, 608.

²²⁷ Dreier in Dreier/Schulze, § 69a Rn. 26; Grützmaker in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 33.

²²⁸ BGH GRUR 2005, 860, 861 – Fash 2000.

²²⁹ Grützmaker in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 34.

²³⁰ Koch, Computer-Vertragsrecht, Rn. 1910.

Auf welcher Stufe des Entwicklungsprozesses schöpferische Elemente eingeflossen sind, spielt im Ergebnis keine Rolle, wird das Programm doch als Ganzes geschützt.²³¹ Welches Gewicht den einzelnen Entwicklungsphasen zukommt, welche Hilfsmittel – z.B. grafische Darstellungen und Software-Tools – zum Einsatz kommen und wie breit für den einzelnen Beteiligten und auf der jeweiligen Entwicklungsstufe der Raum für individuelles Schaffen ist, ist zudem ständigem Wandel unterworfen.²³² Die für das Software Engineering festgestellte Tendenz zur Abstraktion findet auf der Ebene des urheberrechtlichen, an die schöpferische Leistung des Programmentwicklers anknüpfenden Schutzes ihre Entsprechung: Die Individualität des Programmsystems drückt sich zunehmend in den frühen Phasen des Softwareentwicklungsprozesses und dabei im Wesentlichen in der Ideenfindung aus, welche Aufgaben das Programm wie lösen soll, und in der anschließenden Modellierung entsprechender Software-Architekturen sowie in der Beschreibung ihrer Funktionalitäten. In den folgenden Entwicklungsstufen nehmen, bedingt durch die vorausgehenden Designentscheidungen und die konkreten Eigenschaften der verwendeten Entwicklungsmethoden und -werkzeuge, die Möglichkeiten schöpferischen Schaffens eher ab, die gestalterischen Freiheitsgrade werden also zum Ende des Entwicklungsprozesses geringer.²³³

Die Codierung des Quellcodes allein auf der Grundlage von Entwurfsmaterialien oder Modellen hat dementsprechend nur noch unter besonderen Umständen eine für sich schutzfähige Leistung zum Gegenstand. Basiert sie allein auf den Vorgaben eines Feinkonzepts, kann insoweit nicht mehr von einer schöpferischen Leistung ausgegangen werden. Die Begründung urheberrechtlichen Schutzes auf der Ebene maschineller Kompilierung vom Quellcode in den Objectcode scheidet bereits daran, dass kein Urheber als Werkschöpfer existiert. Der Objectcode ist damit zwar als Werkverkörperung des Quellcodes bzw. des Programms als solchem schutzfähig, nur selten aber als eigenständiges Werk, da die Kompilierung zumeist vollautomatisch erfolgt. Die Kompilierung führt zu einer wesensgleichen Verkörperung des Quellcode im Objectcode.²³⁴ Generell drückt sich mit fortschreitender Programmierung in den jeweils

²³¹ Dreier in Dreier/Schulze, § 69a Rn. 27.

²³² Harte-Bavendamm/Wiebe in: Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch, Nr. 51, Rn. 11.

²³³ Lesshaft/Ulmer, CR 1993, 607, 608 und 611; vgl. Grützmacher in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 35: Eigentümlich seien vor allem Leistungen während der Feinkonzeptionierung, denn hier lege der Entwickler Befehlsfolgen, Unterprogramme und Module fest.

²³⁴ Koch, Computer-Vertragsrecht, Rn. 1931; die Kompilierung sei meist selbst noch Teil der Befehlssequenz im Quellcode und damit keine Bearbeitung desselben, sondern ein Verkörperungsmittel (Koch a.a.O.).

nachfolgenden Entwicklungsstadien die auf den Vorstufen erbrachte Leistung vollständig mit aus.²³⁵

In den einzelnen Entwicklungsphasen kommen heute vermehrt spezielle *Tools* bzw. Programmgeneratoren zum Einsatz, um die nächsten Schritte der Programmentwicklung voll- oder teilautomatisch herbeizuführen und die Zwischenergebnisse kontinuierlich zu testen und zu modifizieren.²³⁶ *Tools* in diesem Sinne sind eigenständige Programme bzw. Programmierumgebungen für Entwurfs-, Generierungs-, Kompilierungs- und Testaufgaben.²³⁷ Für die Zuordnung der schöpferischen Tätigkeit ist bei automatisch generierten Programmen letztlich immer auf denjenigen Programmierer abzustellen, auf den der schöpferische Input des Programms als Output zurückgeht und dem er sinnvollerweise zugerechnet werden kann.²³⁸ Voraussetzung ist dabei, dass überhaupt eine schöpferisch gestaltende Tätigkeit stattgefunden hat. Die rein computergenerierte Software ihrerseits entspricht jedenfalls nicht dem Schöpferprinzip.²³⁹

Die Individualität des Programmschaffens entfällt jedoch nicht ohne weiteres dadurch, dass bei der Programmentwicklung Programmgeneratoren eingesetzt werden, soweit die darin enthaltenen Gestaltungsmöglichkeiten noch ausreichend Raum für individuelles Schaffen lassen. Werden Entwicklungswerkzeuge nicht nur unterstützend eingesetzt, sondern nehmen echte Generatorprogramme dem Programmierer die Arbeit komplett ab, verlagert sich der Raum des individuellen Schaffens zum einen auf die Entwickler der *Tools*, zum anderen auf diejenigen Programmierer, die besondere Fähigkeiten in Bezug auf den optimalen Einsatz solcher Hilfsmittel besitzen und einsetzen.²⁴⁰ Im Übrigen erlangt das fertige Programm nur dann Urheberrechtsschutz, wenn die Problemdarstellung bzw. das Modell, aus dem das *Tool* den Code generiert, urheberrechtlich schutzfähig ist.²⁴¹

²³⁵ *Harte-Bavendamm/Wiebe* in: Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch, Nr. 51, Rn. 12.

²³⁶ *Harte-Bavendamm/Wiebe* in: Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch, Nr. 51, Rn. 10.

²³⁷ *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Rn. 1938; man spricht in diesem Zusammenhang auch von CASE = Computer Aided Software Engineering.

²³⁸ *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 69a Rn. 26.

²³⁹ *Hoeren* in: Möhring/Nicolini, § 69a Rn. 14 mit Hinweis darauf, dass man aus diesem Grund in Großbritannien eine eigene Regelung geschaffen habe, wonach bei solchen Programmen derjenige als Schöpfer anzusehen sei, der das Entwicklungstool erstellt habe. Bestehe jedoch ein Auswahlspielraum für den Anwender solcher *Tools*, komme ein Urheberrechtsschutz auch zu seinen Gunsten in Betracht. Vgl. auch OLG Rostock CR 2007, 737, 738 zur selbsttätigen Generierung des HTML-Codes einer Website mittels eines Designprogramms.

²⁴⁰ *Harte-Bavendamm/Wiebe* in: Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch, Nr. 51, Rn. 20.

²⁴¹ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 15.

Auch insoweit lässt sich also eine Vorverlagerung des Anknüpfungspunktes für eine schöpferische Tätigkeit verzeichnen.

Ein ähnliches Problem im Zusammenhang mit der Schöpfungshöhe kann sich – dies gilt vor allem für die objektorientierte und komponentenbasierte Entwicklung – durch die zunehmende Standardisierung zur Herstellung von Interoperabilität ergeben, durch die der gestalterische Spielraum des Programmierers immer weiter eingeengt wird.²⁴² Dass sich in diesem Bereich Probleme der Schöpfungshöhe ergeben können, deutet bereits die Verwendung des Terminus „Software-Industrialisierung“ im Zusammenhang mit neuen Tendenzen im Bereich des Software Engineering an.²⁴³ Zumindest die Erzeugung des den standardisierten Schnittstellen zugrunde liegenden Codes erfordert oftmals keinen schöpferischen Gestaltungsakt mehr.

c. Schutz von Programmteilen

Auch Teile von Programmen, Unterprogramme und Softwaremodule sind urheberrechtlich schutzfähig, wenn sie als solche die Schutzvoraussetzungen erfüllen, d.h. die erforderliche individuelle Prägung aufweisen.²⁴⁴ Da bereits das Entwurfsmaterial am urheberrechtlichen Schutz von Computerprogrammen teilnimmt, kann es insoweit nicht allein darauf ankommen, ob die Programmteile bereits autonom funktions- und ablauffähig sind.²⁴⁵ Vielmehr besteht allgemein die Möglichkeit eines mehrstufigen Urheberrechtsschutzes, nämlich für die einzelnen Module einer- sowie für die aus diesen Modulen zusammengesetzten fertigen Programme andererseits.²⁴⁶ Darüber hinaus ist mit der Erstellung einer Struktur der einzelnen Module in Form eines abstrakten Modells der Software-Architektur noch eine vor- oder zwischengelagerte Entwurfsebene denkbar.

Fast hat es den Anschein, als ob die Probleme umso größer werden bzw. der urheberrechtliche Schutz umso schwieriger zu begründen ist, je einfacher und

²⁴² *Schneider* in: Büllsbach/Heymann (Hrsg.), Informationsrecht 2000, S. 143, 148.

²⁴³ vgl. oben B. III. 1. a.

²⁴⁴ *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Rn. 1901.

²⁴⁵ *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 12.

²⁴⁶ *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Rn. 1940; eine Sammlung von Modulen z.B. in einer Programmbibliothek kann darüber hinaus als Datenbankwerk oder Datenbank geschützt sein.

strukturiertes die Programmierlandschaft wird.²⁴⁷ Das hängt damit zusammen, dass beim Einsatz moderner Softwareentwicklungsmethoden die Wiederverwendung vorbestehender Strukturen und Programmteile im Vordergrund steht, nicht das Erstellen neuer Software an sich. Einen hohen Grad an Abstraktion, Vorfertigung und Wiederverwendung weist vor allem die objektorientierte Programmierung auf.²⁴⁸

aa. Objektorientierte Programmierung

Schon früh wurde die Frage aufgeworfen, inwiefern die Probleme des urheberrechtlichen Schutzes von Software im Lichte des „objektorientierten Paradigmas“ neu oder anders zu bewerten seien.²⁴⁹ Das wesentliche Merkmal der Objektorientierung ist die Kapselung von abgeschlossenen Klassen, die nur über definierte Schnittstellen zugänglich sind und aus denen zur Laufzeit Objekte hergestellt und mit konkreten Daten aufgefüllt werden. Der Schwerpunkt liegt nicht mehr auf der Erstellung isolierter Einzelprogramme, sondern auf der Entwicklung abstrakter, erweiterbarer und mehrfach verwendbarer Strukturen aus Klassen und Objekten. Zum Zeitpunkt der Programmierung entsprechender Klassen besteht dabei häufig noch kein konkreter Bezug zur Erstellung eines speziellen fertigen Programms, in das die Klassen später integriert werden sollen.²⁵⁰

In urheberrechtlicher Hinsicht wurde im Zusammenhang mit objektorientierter Programmierung bisher vor allem der Frage nachgegangen, ob bei dieser speziellen Technik der Programmentwicklung möglicherweise keine den Anforderungen der Rechtsprechung genügende Schöpfungshöhe erreicht wird, weil die einzelnen Klassen und Objekte regelmäßig nur wenige Programmzeilen enthalten, oder ob bei der Beurteilung der Schaffenshöhe gar nicht auf die einzelnen Module, sondern vielmehr auf die Komplexität des Gesamtprogramms und den Integrationsaufwand des Programmierers insgesamt abgestellt werden muss, so dass die schöpferische Leistung gerade in der Sammlung, Auswahl und Anordnung der Klassen und Objekte zu sehen

²⁴⁷ *Schneider* in: Büllsbach/Heymann (Hrsg.), Informationsrecht 2000, S. 143, 150.

²⁴⁸ *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 19.

²⁴⁹ vgl. schon *Lesshafft/Ulmer*, CR 1993, 607; die damit aufgeworfenen Fragen wurden jedoch in der Folgezeit im juristischen Schrifttum kaum aufgenommen.

²⁵⁰ vgl. zu den technischen Merkmalen bereits oben B. II. 2. b.

ist.²⁵¹ Man muss insoweit differenzieren zwischen den vorbestehenden oder neu herzustellenden Klassen und Objekten und ihrer programmunabhängigen Struktur einerseits und der Implementierung dieser Struktur in einem konkreten Programm andererseits.²⁵² Für objektorientiert erstellte Programme kann urheberrechtliche Schutzfähigkeit jedenfalls nicht ohne genaue Prüfung als Regelfall unterstellt werden.²⁵³

(1) Erstellung von Strukturen aus Klassen und Objekten

Objekte repräsentieren relativ kleine, überschaubare Softwaremodule, die für sich betrachtet sehr änderungsresistent, in hohem Maße mehrfachverwendbar, aber im konkreten Einsatz auch fest eingebunden in ihre Klassenhierarchie sind.²⁵⁴ Ein Gestaltungsfreiraum besteht bei der eigentlichen Generierung der Objekte selbst nicht, da diese automatisch nach Vorgabe der jeweiligen Klasse zur Programmlaufzeit instantiiert, also erstellt werden. Ein urheberrechtlicher Schutz einzelner Objekte scheidet damit von vornherein aus.²⁵⁵ Urheberrechtsschutz begründende Gestaltungsfreiheit besteht vor allem auf der konzeptionellen Ebene der Ausarbeitung abstrakter Strukturen durch Definition von Klassen und Klassenhierarchien. Bei der anschließenden Implementierung der Strukturen in ein konkretes Programm können dann weitere schöpferische Elemente hinzutreten.²⁵⁶

Ausschlaggebend für das Systemverhalten ist die Struktur des Programms in Form der die Objekte einspannenden Klassenhierarchie, die damit sowohl schutzwürdig ist, weil sie das gedankliche Substrat der Programmidee darstellt, als auch schutzfähig, weil sie nicht ohne weiteres verändert werden kann, ohne damit grundlegend in das funktionale Systemverhalten einzugreifen.²⁵⁷ Der Schwerpunkt schöpferischen Tätigwerdens

²⁵¹ vgl. den Bericht von *Büchner* über den DGRI-Arbeitskreis „Urheberrechtliche Beurteilung neuer Softwarekonzepte“ in: *Büllesbach/Heymann* (Hrsg.), *Informationsrecht* 2000, S. 129, 132 f.

²⁵² vgl. *Koch*, *Software- und Datenbank-Recht*, § 9 Rn. 137 und *ders.*, *GRUR* 2000, 191, 192.

²⁵³ *Koch*, *Software- und Datenbank-Recht*, § 9 Rn. 139.

²⁵⁴ *Lesshafft/Ulmer*, *CR* 1993, 607, 614.

²⁵⁵ so auch *Koch*, *GRUR* 2000, 191, 200; ebenfalls nicht schutzfähig sind die grundlegenden softwaretechnischen Methoden und Verfahren der objektorientierten Programmierung wie „Vererbung“ und „Verkapselung“ an sich (vgl. *Grützmacher* in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), § 69a Rn. 30).

²⁵⁶ *Koch*, *Software- und Datenbank-Recht*, § 9 Rn. 138.

²⁵⁷ vgl. *Lesshafft/Ulmer*, *CR* 1993, 607, 614 unter der Prämisse, dass die Urheberrechtsschutz begründende Formgebung allgemein in der Systemstruktur eines Programms gesehen werden müsse: Die Klassifikationshierarchie innerhalb eines objektorientierten Programms sei ohne weiteres vergleichbar mit der Gliederung eines wissenschaftlichen Werkes, und der „Inhalt“ der Objekte sei nicht weniger transparent als der Inhalt der Buchkapitel.

verschiebt sich damit bei der objektorientierten Programmierung von der klassischen Erstellung isolierter Einzelprogramme hin zum Konzipieren abstrahierter und unabhängig vom konkreten fertigen Programme erstellter Strukturen aus Klassen und Objekten.²⁵⁸

Abstrakt deklarierten Strukturen wie Klassendefinitionen fehle dagegen nach *Koch* – vor allem bedingt durch das Ziel ihrer Wiederverwendung – regelmäßig der für ein Computerprogramm i.S.d. § 69a UrhG konstitutive konkrete Maschinenbezug,²⁵⁹ weil sie aus sich heraus, ohne Implementierung in einem Programm, nicht darauf ausgelegt seien, eine Wirkung auf einen Rechner auszuüben, so dass sie regelmäßig bei Vorliegen der erforderlichen Schöpfungshöhe zwar als Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG eigenständig urheberrechtlich schutzfähig sein könnten, nicht aber als Computerprogramme.²⁶⁰ § 69a Abs. 1 UrhG sei teleologisch so auszulegen, dass bestimmte abstrakte Strukturen nur in Bezug auf bestimmte Programme als Entwurfsmaterial schutzfähig seien, ohne diesen konkreten Programm- bzw. Maschinenbezug hingegen andere Werkarten darstellten.²⁶¹ Entwurfsmaterial und Programm müssten darüber hinaus grundsätzlich von einem einheitlichen Werkschaffen umfasst sein, das in solchen Fällen nicht mehr angenommen werden könne.²⁶² Dies als richtig unterstellt, bestünden grundsätzlich zwei Möglichkeiten des urheberrechtlichen Schutzes der zugrunde liegenden Konzeption des Programms: Dient die abstrakte Struktur gezielt als Entwurf lediglich für ein bestimmtes und bereits feststehendes Programm, kommt urheberrechtlicher Schutz als Entwurfsmaterial gemäß § 69a Abs. 1 UrhG in Betracht; dient das Konzept dagegen zur Erstellung unterschiedlicher Programme, die möglicherweise noch gar nicht geplant sind, scheidet eine Einordnung als Entwurfsmaterial aus und es kommt nur der Schutz als eigenständiges sonstiges Werk, insbesondere als Darstellung wissenschaftlich-technischer Art, in Betracht.²⁶³

§ 69a Abs.1 UrhG erfordert jedoch richtigerweise gerade nicht, dass das Entwurfsmaterial bereits für ein bestimmtes Programm vorgesehen sein muss. Dies lässt sich insbesondere seinem Wortlaut nicht entnehmen. Auch Erwägungsgrund 7 der Computerprogramm-

²⁵⁸ *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 40.

²⁵⁹ vgl. zur Definition eines Computerprogramms oben B. II. 1.

²⁶⁰ *Koch*, GRUR 2000, 191, 195; das BPatG sieht in einer Klasse – als Ordnungsschema für Objekte nach Art einer geistigen Schablone – sowie auch in Klassenbibliotheken rein gedankliche Konzepte und damit keine technischen Erfindungen i.S.d. § 1 GebrMG (BPatG, Mitt. 2002, 463, 465).

²⁶¹ *Koch*, Software- und Datenbank-Recht, § 9 Rn. 152.

²⁶² *Koch*, Software- und Datenbank-Recht, § 9 Rn. 180.

²⁶³ vgl. *Koch*, Software- und Datenbank-Recht, § 9 Rn. 140.

Richtlinie²⁶⁴ stellt ein solches Erfordernis nicht auf, sondern spricht nur davon, dass die spätere Entstehung „eines“ Computerprogramms ermöglicht werden müsse. Auch die fehlende Einheitlichkeit der Werkschöpfung hat höchstens Folgen für die Urheberschaft nach §§ 7 ff. UrhG und die Schutzfähigkeit der Implementierung gemäß § 3 UrhG.²⁶⁵ Demzufolge genießen auch vorgefertigte Klassen oder Klassenhierarchien bei entsprechender Schöpfungshöhe urheberrechtlichen Schutz als Computerprogramm bzw. Entwurfsmaterial zu einem Computerprogramm.²⁶⁶

(2) Konkrete Implementierung der Struktur in einem Programm

Die Individualität eines Computerprogramms kann sich auch aus der Be-, Um- und Einarbeitung vorbestehender Elemente und Formen ergeben.²⁶⁷ Für eine urheberrechtliche Schutzbegründung genügt es daher grundsätzlich, dass vorbestehende Klassen auf individuell-schöpferische Weise in ein Programm implementiert werden.²⁶⁸ Das individuelle Gestalten findet dann in der schöpferischen Auswahl und Anordnung der Klassen ihren Ausdruck.²⁶⁹ Häufig werden bei der Programmimplementierung die bestehenden Strukturen jedoch nur noch handwerklich-schematisch nach Vorlage bzw. Aufgabenstellung anwendungsspezifisch angepasst, so dass lediglich begrenzt schöpferische Elemente auf dieser Ebene auftreten.²⁷⁰

Der Gestaltungsfreiraum des Programmierers kann zusätzlich auch noch dadurch eingeschränkt sein, dass die Entwicklung bzw. Implementierung sehr nahe an aufgaben- und technikbezogenen externen Gestaltungsvorgaben wie z.B. Normen, Standards oder Schnittstellen verläuft.²⁷¹ Letzteres gilt erst recht bei der Wiederverwendung bereits vorhandener Klassendefinitionen mittels Vererbung, die den Gestaltungsfreiraum bei der

²⁶⁴ Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14.05.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, Abl. EG Nr. L 122 v. 17.05.1991, S. 42 ff.

²⁶⁵ *Grützmaker* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 19.

²⁶⁶ so auch *Redeker*, IT-Recht, Rn. 4; daneben besteht auch die Möglichkeit eines mittelbaren Schutzes der Klasse als Teil einer Klassenbibliothek, die eine Datenbank oder ein Datenbankwerk darstellen kann (vgl. aber OLG Hamburg CR 2002, 485, 486 f., das die Schutzfähigkeit einer Klassenbibliothek als Datenbank insbesondere mangels methodischer Anordnung der einzelnen Klassen verneint). Der Übergang von objektorientierten Programmen zu objektorientierten Datenbanken ist generell fließend (*Grützmaker* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 19).

²⁶⁷ OLG Hamburg CR 2002, 485.

²⁶⁸ *Koch*, GRUR 2000, 191, 196.

²⁶⁹ *Koch*, Software- und Datenbank-Recht, § 9 Rn. 167.

²⁷⁰ *Koch*, Software- und Datenbank-Recht, § 9 Rn. 158.

²⁷¹ *Koch*, GRUR 2000, 191, 198.

Programmentwicklung erheblich eingrenzt oder sogar ganz entfallen lässt.²⁷² Greift ein Hersteller auf umfangreiche Klassen- oder Programmbibliotheken zurück und kombiniert vorgefertigte Klassen und Strukturen ohne besondere schöpferische Leistung oder nach bestimmten Vorgaben, wird ihm ein originärer urheberrechtlicher Schutz versagt bleiben.²⁷³ Objektorientierung führt daher tendenziell ebenfalls zu einer Verlagerung der schöpferischen Tätigkeit von der Implementierung der einzelnen fertigen Programme auf eine dieser vorgelagerte konzeptionelle Ebene, auf der die Vorgaben für die spätere Implementierung festgelegt werden.²⁷⁴

bb. Komponentenbasierte Programmierung

Bei der komponentenbasierten Softwareentwicklung stellen sich ähnliche Fragen wie bei der objektorientierten Programmierung. Die Erstellung einer Komponente – verstanden als ein für sich ablauffähiges Softwaremodul – kann trotz fehlenden konkreten Maschinen- bzw. Programmbezuges bei Erreichen der erforderlichen Schöpfungshöhe zu einem urheberrechtlichen Schutz führen. Für die Beurteilung kann auf die allgemeinen Grundsätze zur Schutzfähigkeit sonstiger Programme zurückgegriffen werden.²⁷⁵ Wird die Komponente komplett mit Schnittstellen und allen sonstigen Eigenschaften ausgestattet, die sie zu einem lauffähigen Programm machen, ist sie damit unmittelbar als Computerprogramm und nicht lediglich als Entwurfsmaterial oder Darstellung wissenschaftlich-technischer Art schutzfähig.²⁷⁶

Bei der Implementierung einzelner Komponenten in ein fertiges Programm ist der Gestaltungsspielraum dagegen in der Regel gering. Die Entwicklung einer Anwendung durch vollautomatisches Zusammenfügen der Komponenten reduziert den Gestaltungsspielraum des Entwicklers oder hebt ihn sogar ganz auf. Seine Tätigkeit richtet sich mitunter nur noch auf die Erstellung einer möglichst problemnahen Aufgabenbeschreibung, nicht mehr auf die individuelle Programmierung. Die programmtechnische Lösung wird vielmehr allein durch die Komponentenarchitektur und

²⁷² Koch, GRUR 2000, 191, 201.

²⁷³ Grützmaker in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 40.

²⁷⁴ Koch, GRUR 2000, 191, 192; Grützmaker in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 40.

²⁷⁵ Koch, Software- und Datenbank-Recht, § 9 Rn. 162.

²⁷⁶ Koch, GRUR 2000, 191, 198.

den Einsatz entsprechender Werkzeuge generiert.²⁷⁷ Eine schöpferische Tätigkeit findet damit im Regelfall zum einen bei der Erstellung der Einzelkomponente statt, und zum anderen bei der Konzeption der anwendungsunabhängig ausgelegten Komponenten zu einer Struktur bzw. Architektur, nach der das fertige Programm implementiert wird.

cc. Frameworks

Vergleichbare Probleme stellen sich auch bei der Verwendung von Frameworks als wiederverwendbare, ausführbare Anwendungen, die generische Lösungen für eine Reihe verwandter Probleme bereits implementiert enthalten und so dabei helfen, die Entwicklung spezieller Anwendungen zu automatisieren.²⁷⁸ Bei der Implementierung lassen sich auf solche Frameworks mitunter Modellierungswerkzeuge anwenden, die es erlauben, unmittelbar aus dem Entwurf automatisiert entsprechenden Programmcode zu generieren. Der Entwickler gestaltet hier nicht mehr die konkrete Lösung, sondern erstellt nur noch eine möglichst problemnahe Aufgabenbeschreibung, z.B. in einem strukturierten Pflichtenheft.²⁷⁹ Insoweit kommt vor allem ein Schutz als Entwurfsmaterial für ein Computerprogramm in Betracht. Die Generierung des Codes übernimmt die Entwicklungsumgebung; sie erfolgt in diesem Fall voll- oder teilautomatisch und damit regelmäßig nicht im Rahmen einer schöpferischen Tätigkeit des Herstellers.

dd. Schutz von Schnittstellen

Unter Schnittstellen versteht man allgemein die Informationen, die erforderlich sind, um verschiedene Systeme miteinander kompatibel zu machen,²⁸⁰ also die Teile einer Hard- oder Software, über die verschiedene Hard- und/oder Softwarekomponenten miteinander kommunizieren und interagieren.²⁸¹ § 69a Abs. 2 S. 2 UrhG betrifft Software- und Programmierschnittstellen. Der diese Schnittstellen umsetzende Code – nicht die zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze – kann urheberrechtlich als

²⁷⁷ vgl. Koch, GRUR 2000, 191, 195.

²⁷⁸ Koch, Software- und Datenbank-Recht, § 9 Rn. 161.

²⁷⁹ Koch, Software- und Datenbank-Recht, § 9 Rn. 163.

²⁸⁰ Loewenheim in: Schrickler (Hrsg.), § 69a Rn. 13.

²⁸¹ vgl. auch Erwägungsgründe 10-12 der Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14.05.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, Abl. EG Nr. L 122 v. 17.05.1991, S. 42 ff.

Computerprogramm geschützt sein, sofern die Form der Schnittstelle nicht rein sachbedingt und funktional, also der Natur der Sache nach zwingend vorgegeben oder Ausdruck der fortschreitenden Normierung und Standardisierung ist.²⁸² Die Schnittstellenspezifikation ist als der Schnittstelle zugrunde liegende Idee dagegen nicht geschützt.²⁸³

d. Schutz in der Entwicklungsphase, § 69a Abs. 1 UrhG

Gemäß § 69a Abs. 1 UrhG versteht man unter Computerprogrammen i.S.d. UrhG Programme in jeder Gestalt, einschließlich des Entwurfsmaterials. Die Abgrenzung zwischen Computerprogramm und diesem zugrunde liegenden Entwurfsmaterial ist daher nur von untergeordneter Bedeutung. Zum Entwurfsmaterial zählen dabei sämtliche Vorstufen des Programms, wie etwa der Datenflussplan, in dem der gefundene Lösungsweg in Form einer grafischen Darstellung des Befehlsablaufs so wiedergegeben wird, wie ihn ein Rechner erfordert, sofern die vorbereitende Arbeit nur die spätere Entstehung eines Computerprogramms zulässt. Die Art der Aufzeichnung – grafisch, schriftlich oder bereits in Codeform – spielt dabei keine Rolle, solange die Aufzeichnung nur der Wahrnehmung durch die menschlichen Sinne zugänglich ist.²⁸⁴ Pflichtenhefte zählen dagegen nicht zum Entwurfsmaterial, da sie i.d.R. nur rein sachbedingte Beschreibungen der zu lösenden Aufgabe enthalten, nicht aber die Problemlösung selbst.²⁸⁵ Gleiches gilt für rein konzeptionelle Vorgaben – etwa in kaufmännischer und betriebswirtschaftlicher Hinsicht –, auch wenn sie für die Erstellung eines funktionstüchtigen Programms unerlässlich sind; unter Entwurfsmaterial sind vielmehr ausschließlich „EDV-Materialien“ zu verstehen.²⁸⁶ Konzeptionelle Vorgaben und Pflichtenhefte können aber als Schriftwerke oder Darstellungen wissenschaftlich-technischer Art geschützt sein.

²⁸² *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 31; *ders.* in: Büchner/Dreier (Hrsg.), Von der Lochkarte zum globalen Netzwerk, S. 87, 89.

²⁸³ *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 31.

²⁸⁴ *Dreier* in: Dreier/Schulze, § 69a Rn. 14.

²⁸⁵ *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Rn. 1903; so auch *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 9; a.A. *Redeker*, IT-Recht, Rn. 4.

²⁸⁶ OLG Köln CR 2005, 624, 625.

Die zunehmende Bedeutung der Automatisierung und Wiederverwendung im Softwareentwicklungsprozess führt dazu, dass sich die Perspektive auf die Frage des Erreichens der erforderlichen Schöpfungshöhe mehr und mehr von der Phase der eigentlichen Codierung bzw. Implementierung verschiebt auf die frühen Phasen des Entwicklungsprozesses. Diese Entwicklung zeigt sich deutlich in der Anknüpfung an die Konzeptionierung des Programms im Rahmen der objekt- und komponentenorientierten Entwicklung von Software. Der Trend zur Vorverlagerung des Anknüpfungspunktes für den schöpferischen Gehalt der Software wird sich in Zukunft noch verstärken, was dazu führen wird, dass die Abgrenzung von Computerprogrammen bzw. ihrem Entwurfsmaterial zu wissenschaftlich-technischen Darstellungen i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG an Bedeutung gewinnen wird. Dabei handelt es sich vor dem Hintergrund der für Computerprogramme geltenden Sondervorschriften der §§ 69a ff. UrhG sowie der zunehmenden Wiederverwendung auch abstrakterer Strukturen bei der Programmierung nicht nur um eine rein akademische Problematik.

Gerade im Rahmen der objekt- und komponentenorientierten Programmentwicklung sowie im Zusammenhang mit modellbasierten Software-Architekturen, bei der der Code unmittelbar aus abstrakten Modellen generiert wird, scheint die Frage des urheberrechtlichen Schutzes der Vorstufen von Software neu bewertet werden zu müssen.²⁸⁷ Interessant dürfte dabei vor allem die Frage sein, ob und wie die der objektorientierten Programmierung zugrunde liegenden UML-Modelle am urheberrechtlichen Schutz der mit ihnen erstellten Klassen, Klassenbibliotheken oder Programmen teilnehmen oder selbständig als wissenschaftlich-technische Darstellungen geschützt werden. Allgemeiner formuliert führt dies zu der schwierigen Abgrenzung des Modellierens wissenschaftlich-technischer Darstellungen zur grafischen Programmierung i.S.d. §§ 69a ff. UrhG. Um den Anwendungsbereich der §§ 69a ff. UrhG in Zukunft nicht auszuhöhlen und dem informatik-technischen Softwarebegriff, der den urheberrechtlichen Vorschriften zugrunde liegt, Genüge zu tun, wird man die Grenze zwischen Modellieren und Programmieren in Einzelfällen tendenziell zugunsten Letzterem ziehen müssen und damit den Begriff des Entwurfsmaterials weit auszulegen haben, so dass beispielsweise auch UML-Modelle darunter fallen können. Gleichwohl sind rein betriebswirtschaftliche

²⁸⁷ vgl. *Schneider* in: Büllesbach/Heymann (Hrsg.), Informationsrecht 2000, S. 143, 146.

Vorgaben mangels konkreten Bezugs zur technischen Umsetzung der Programmidee richtigerweise noch nicht zum Entwurfsmaterial zu zählen.²⁸⁸

3. Inner- und zwischenbetriebliche Zusammenarbeit bei der Softwareerstellung

Im Verlauf der verschiedenen Phasen eines komplexen Softwareprojekts fließen regelmäßig die unterschiedlichsten schöpferischen Gestaltungsakte zusammen, die oft arbeitsteilig durch verschiedene Personen erbracht werden, aber dennoch ein sinnerfülltes Ganzes ergeben.²⁸⁹ Die Bestimmung des jeweils individuellen schöpferischen Beitrags eines Programmierers gestaltet sich bei großen Entwicklungsteams sowie beim Rückgriff auf Programmbibliotheken und andere wiederverwendbare Softwaremodule Dritter, sei es beim Entwurf, Kodieren, Kompilieren oder Verlinken schwierig.²⁹⁰

Soweit nicht § 69b UrhG die wirtschaftlichen Verwertungsrechte auf den Arbeitgeber übergehen lässt, kommt der Vorschrift des § 8 UrhG insoweit eine zentrale Rolle zu.²⁹¹ Gerade bei der Erstellung komplexer Computerprogramme werden typischerweise – auch unternehmensübergreifend, was zum Entstehen sog. virtueller Unternehmen führen kann – ganze Teams von Softwareentwicklern im Rahmen eines einheitlichen Werkschaffens eingesetzt, so dass im Ergebnis häufig Miturheberschaft i.S.d. § 8 UrhG und damit eine Gesamthandsgemeinschaft vorliegen wird.²⁹² Die schöpferische Mitwirkung eines Programmierers kann dabei auf jeder Entwicklungsstufe, also auch in einem Vorstadium erfolgen, wenn sie als unselbständiger Beitrag zu einem einheitlichen Schöpfungsprozess geleistet wird.²⁹³ Bei zeitlich gestaffelten Beiträgen setzt eine Miturheberschaft voraus, dass jeder Beteiligte seinen Beitrag in Unterordnung unter die gemeinsame Gesamtidee erbracht hat.²⁹⁴ Bei der modularen Softwareentwicklung, bei der mehrere Entwickler in

²⁸⁸ OLG Köln CR 2005, 624, 625.

²⁸⁹ *Lesshaft/Ulmer*, CR 1993, 607, 609.

²⁹⁰ *Grützmaker* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 44.

²⁹¹ *Grützmaker* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 44.

²⁹² *Huppertz* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 4, Rn. 13; was allerdings trotz der Kooperation nicht bedeutet, dass auf vertraglicher Ebene zwischen den Beteiligten eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß §§ 705 ff. BGB anzunehmen sein muss; für eine solche spricht aber viel, wenn die Software von den Parteien nicht nur gemeinsam entwickelt, sondern auch vermarktet wird (zur vertraglichen Ebene der Zusammenarbeit verschiedener Personen am Entwicklungsprozess im Rahmen eines komplexen Softwareprojekts vgl. unten D. III. 5. d. und *Karger*, ITRB 2004, 208 ff.).

²⁹³ *Grützmaker* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69a Rn. 45.

²⁹⁴ BGH GRUR 2005, 860, 862 f. – *Fash* 2000.

nachgeschalteten Prozessen an in sich geschlossenen und für sich funktionsfähigen Modulen bzw. Komponenten des Programms arbeiten, könnte die Annahme von Miturheberschaft – neben der fehlenden Unterordnung unter eine gemeinsame Gesamtidee – auch an der selbständigen Verwertbarkeit der einzelnen Module und der daraus resultierenden fehlenden Einheitlichkeit der Werkschöpfung scheitern. Es kann sich insoweit bei der fertigen Software um eine Werkverbindung nach § 9 UrhG handeln. So kommt es bei modular aufgebauten Betriebssystemen aufgrund der Selbständigkeit der einzelnen Module nicht zu einer Miturheberschaft am gesamten Betriebssystem, sondern es verbleibt bei der Urheberschaft am einzelnen Modul.²⁹⁵

Zumindest im Rahmen der objekt- und komponentenorientierten Softwareentwicklung wird jedoch regelmäßig eine Miturheberschaft am fertigen Programm anzunehmen sein, wenn die Entwickler die einzelnen Software-Bausteine in Ansehung des Programms erstellen, sich also insoweit einer gemeinsamen Gesamtidee unterwerfen. Objekte und Klassen sind schon nicht selbständig ablauffähig. Softwarekomponenten bieten im Gegensatz dazu zwar eine selbständige Funktionalität, lassen sich aber – jedenfalls bislang und soweit sie für ein bestimmtes fertiges Programm entwickelt werden – nur im Einzelfall außerhalb des konkreten Entwicklungsprojekts autonom verwerten. Werden Klassen oder Komponenten dagegen zur Aufnahme in eine Programmbibliothek und nicht in Ansehung eines bestimmten Programms erzeugt, können ihre Entwickler nicht Miturheber der später mit dem Baustein erstellten Software sein. Die objektorientierte Programmierung bildet ein Musterbeispiel einer sog. *piece-meal-technology*, bei der Bearbeitungen und partielle Weiterentwicklungen durch eine gestaffelte Wiederverwendung von Klassen aufeinander aufbauen.²⁹⁶ Die Abgrenzung einer urheberrechtlichen Vervielfältigung und abhängigen Bearbeitung von einer Miturheberschaft bedarf hier jeweils einer genauen Prüfung im Einzelfall.

Je komplexer, verteilter und länger sich der Entwicklungsprozess gestaltet, desto schwieriger wird die urheberrechtliche Einordnung der verschiedenen Beiträge. In besonders ausgeprägter Form kann sich das Problem der Identifizierung einzelner Beiträge zu einem Softwareprojekt bei der Entwicklung komplexer Open Source Software

²⁹⁵ *Gennen*, ITRB 2006, 161, 161 f.; arbeiteten mehrere Personen in nachgeschalteten Prozessen an voneinander abhängigen Modulen, könne dagegen Miturheberschaft vorliegen (*Gennen a.a.O.*).

²⁹⁶ *Koch*, GRUR 2000, 191, 198.

über das Internet und bei der sog. agilen Softwareentwicklung stellen. Bei Letzterer kommt auch eine Miturheberschaft des Auftraggebers selbst in Betracht, soweit dieser eng mit dem Entwicklungsteam zusammenarbeitet und detaillierte Vorgaben für die Konzeption des Programms macht, die sich nicht auf rein betriebswirtschaftliche Vorgaben beschränken.

4. Überblick über die Verwertungsrechte des Rechteinhabers

a. Vervielfältigung und Verbreitung

Dem Urheber steht zunächst das ausschließliche Recht zur dauerhaften oder vorübergehenden Vervielfältigung seines Computerprogramms zu (§ 69c Nr. 1 UrhG), worunter jegliches Abspeichern auf selbständig verkehrsfähigen Datenträgern fällt.²⁹⁷ Die reine Benutzung der Software als solche stellt nach überwiegender Ansicht zwar noch keinen zustimmungspflichtigen Vervielfältigungsvorgang dar.²⁹⁸ Technisch betrachtet erfordert die Benutzung jedoch in aller Regel bereits ein Laden des Programms in den Arbeitsspeicher des Rechners. Dieses Laden in den Arbeitsspeicher wird von der h.M. als urheberrechtsrelevante und damit von der Zustimmung des Rechteinhabers abhängige vorübergehende Vervielfältigung angesehen.²⁹⁹ Dafür spricht vor allem, dass das Laden in den Arbeitsspeicher zu einer gesteigerten Programmnutzung – unabhängig vom Originaldatenträger – führt, an deren Partizipation der Rechteinhaber ein legitimes Interesse hat.³⁰⁰

Keine Vervielfältigung im Arbeitsspeicher einzelner Client-Rechner ist dagegen anzunehmen, wenn Programme in Mehrplatzsystemen auf speicherlosen Arbeitsplätzen ablaufen, da das reine Übertragen noch nicht mit einer Vervielfältigung verbunden ist.³⁰¹ Zwischenspeicherungen im Rahmen der Verbreitung per Datenfernübertragung über das Internet – vergleichbar dem *Caching* – eröffnen ebenfalls keine zusätzlichen Nutzungsmöglichkeiten und werden deshalb überwiegend aus dem Anwendungsbereich

²⁹⁷ *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69c Rn. 4.

²⁹⁸ BGH GRUR 1994, 363, 364 f. – Holzhandelsprogramm.

²⁹⁹ OLG Celle CR 1995, 16; *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69c Rn. 5; *Dreier* in: Dreier/Schulze, § 69c Rn. 8; *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Rn. 1957; *Dreier/Vogel*, Software- und Computerrecht, S. 56; *Lehmann* in: FS Schrickler 1995, S. 543, 566; a.A. *Hoeren*, IT Vertragsrecht, Rn. 67.

³⁰⁰ *Dreier* in: Dreier/Schulze, § 69c Rn. 8.

³⁰¹ *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Rn. 1963.

des § 69c Nr. 1 UrhG herausgenommen.³⁰² Sieht man im Netzwerkbetrieb jedoch eine abgrenzbare, selbständige Nutzungsart, bedarf sowohl die Vervielfältigung auf dem Server als auch der Terminalbetrieb einer Zustimmung des Rechteinhabers.³⁰³

Die urheberrechtliche Verbreitung (§ 69c Nr. 3 UrhG) bezieht sich allein auf das körperliche Inverkehrbringen des Programms als Original oder Vervielfältigungsstück.³⁰⁴ Sie beginnt bereits mit den Vorbereitungshandlungen, mit denen das Werk in Prospekten oder sonstigen Werbemitteln angeboten wird.³⁰⁵ Umfasst von ihr ist auch die Vermietung, die im Sinne des Urheberrechts dementsprechend eine körperliche Gebrauchsüberlassung sowie die unmittelbare oder mittelbare Verfolgung von Erwerbszwecken voraussetzt (vgl. § 17 Abs. 3 UrhG). Die vertragsrechtliche Typisierung einer Softwareüberlassung als Mietvertrag i.S.d. § 535 BGB präjudiziert die urheberrechtliche Vermietung dabei nicht.³⁰⁶

b. Öffentliche Zugänglichmachung

Daneben steht dem Urheber auch das Recht der drahtgebundenen und drahtlosen öffentlichen Wiedergabe einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung der Software zu (§§ 69c Nr. 4, 19a UrhG). Ein Programm wird in diesem Sinne öffentlich wiedergegeben, wenn es einer Vielzahl von nicht persönlich verbundenen Nutzern (vgl. § 15 Abs. 3 UrhG) gleichzeitig oder sukzessive in unkörperlicher Form z.B. über das Internet wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird. Die öffentliche Zugänglichmachung umfasst dabei nach überwiegender Ansicht aber nicht nur das Bereitstellen bzw. Bereithalten eines geschützten Inhalts zum Abruf, sondern auch die interaktive Übertragung auf Initiative des Endnutzers, d.h. den anschließenden Übermittlungsakt.³⁰⁷ Es handelt sich danach bei der öffentlichen Zugänglichmachung um ein einheitliches Recht mit zwei zwar in tatsächlicher Hinsicht voneinander unterscheidbaren, in rechtlicher Hinsicht aber unselbständigen und

³⁰² *Grützmaker* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69c Rn. 15; auch die Regelung des § 44a UrhG – wenn auch nicht unmittelbar auf Computerprogramme anwendbar – spricht für dieses Ergebnis, vgl. *Dreier* in: Dreier/Schulze, § 69c Rn. 9.

³⁰³ vgl. *Grützmaker* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69c Rn. 63 f.

³⁰⁴ *Schulze* in: Dreier/Schulze, § 17 Rn. 5; *Dreier/Vogel*, Software- und Computerrecht, S. 59.

³⁰⁵ *Schulze* in: Dreier/Schulze, § 17 Rn. 11.

³⁰⁶ *Grützmaker* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69c Rn. 43; vgl. dazu noch unten D. IV. 2. g. bb. (1).

³⁰⁷ *Dreier* in: Dreier/Schulze, § 19a Rn. 6; *Grützmaker* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69c Rn. 50 f.; *Schack*, GRUR 2007, 639, 640 f.; instruktiv *Poll*, GRUR 2007, 476, 477 ff.

daher nicht mit dinglicher Wirkung abspaltbaren Komponenten.³⁰⁸ Einer auf die Übermittlung folgenden Vervielfältigung, z.B. durch Herunterladen und Speichern des zugänglich gemachten Werkes auf der Festplatte des Nutzerrechners, bedarf es nicht.³⁰⁹

Höchst umstritten ist der genaue Anknüpfungspunkt für die erforderliche Öffentlichkeit i.S.d. § 19a UrhG, insbesondere die Frage, ob es ausreicht, dass sich ein Angebot an die Öffentlichkeit richtet, oder ob ein konkretes Werkexemplar der Öffentlichkeit zum Abruf angeboten werden muss. Nach einer Ansicht ist zur Erfüllung des Tatbestandes ein Vorhalten des konkreten Werkes zum jederzeitigen öffentlichen Abruf erforderlich.³¹⁰ Im Zusammenhang mit den sog. Online-Videorekordern bzw. „virtuellen Videorekordern“³¹¹ hat ein Teil der Rechtsprechung³¹² entschieden, dass das Speichern von Fernsehprogrammen auf einem zentralen Server zum Zwecke des Abrufs der Datenpakete durch die einzelnen Kunden zwar ein Zugänglichmachen darstelle, es insoweit aber am Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit fehle. Denn die einzelnen Datenpakete seien im entschiedenen Fall gerade nicht von jedem Kunden abrufbar gewesen, sondern nur von demjenigen, für den sie gespeichert und registriert waren. Auch wenn mehrere Kunden dieselbe Sendung ausgewählt hatten, wurden die entsprechenden Daten für jeden einzelnen Kunden separat gespeichert und ihm durch Zusatzinformationen individuell zugeordnet, so dass im Ergebnis jeder Kunde nur auf „sein“ Datenpaket auf seinem „persönlichen“ Speicherplatz zugreifen konnte.³¹³

Die gegenteilige Ansicht möchte sich im Hinblick auf § 19a UrhG von einer isolierten Betrachtung der einzelnen technischen Phasen lösen und unter dem Aspekt der relevanten urheberrechtlichen Nutzung auch bereits das Angebot an den Nutzer einbeziehen. Danach kommt es entscheidend darauf an, dass den Mitgliedern der Öffentlichkeit das Angebot zu Zeiten und Orten ihrer Wahl zugänglich gemacht wird.³¹⁴ Insoweit hat das OLG Köln³¹⁵ entschieden, dass sich der Anbieter eines internetbasierten

³⁰⁸ *Poll*, GRUR 2007, 476, 479.

³⁰⁹ OLG Stuttgart CR 2008, 319, 320 m. Anm. *Dornis*.

³¹⁰ LG Braunschweig ZUM-RD 2006, 396, 397.

³¹¹ vgl. dazu allgemein *Wiebe*, CR 2007, 28 ff.

³¹² OLG Dresden CR 2007, 458; LG Braunschweig ZUM-RD 2006, 396, 397.

³¹³ Im Ergebnis kam es auf die Entscheidung dieser Frage jedoch in beiden Fällen nicht an, weil zumindest eine urheberrechtliche Vervielfältigungshandlung vorlag; vgl. dazu auch *Poll*, GRUR 2007, 476, 481.

³¹⁴ *Wiebe*, CR 2007, 28, 33.

³¹⁵ OLG Köln GRUR-RR 2006, 5 – Personal Video Recorder; vgl. auch LG Leipzig GRUR-RR 2007, 143, 144 – virtueller Videorekorder: Das Öffnen des Werkes für den interaktiven sukzessiven Abruf durch die Internet-Nutzer führe zu einer öffentlichen Zugänglichmachung; Entscheidung insoweit aufgehoben durch OLG Dresden CR 2007, 458;

Personal Video Recorders an die Öffentlichkeit i.S.d. § 15 Abs. 3 UrhG wende, weil das Angebot an sich, auf dem Server gespeicherte Sendungen abzurufen, jedermann zugänglich sei. Der Kunde könne die fragliche Sendung auch „von Orten seiner Wahl“ abrufen und ansehen, nämlich an jedem Aufstellungsort eines PC. Dies könne auch „zu Zeiten seiner Wahl“ erfolgen, weil die gespeicherte Sendung auf Abruf bereit stehe. Das Zugänglichmachen werde hier durch den interaktiven Abruf verwirklicht, wie er durch den jeweiligen Kunden auf dem ihm zugewiesenen Speicherplatz erfolge. Ein besonderes Vorhalten für die Öffentlichkeit ist für eine Anwendung des § 19a UrhG nach dieser Ansicht nicht erforderlich. Es soll in urheberrechtlicher Hinsicht keinen Unterschied machen, ob die Speicherung für jeden Nutzer separat erfolgt, oder die einmal gespeicherte Datei von mehreren Kunden gleichzeitig abrufbar ist.³¹⁶ Die Verwertungsrechte des Urhebers könnten nicht davon abhängen, wie viel Speicherplatz der Anbieter für sein Geschäftsmodell einzusetzen bereit sei.³¹⁷

Richtigerweise muss zur Erfüllung des Tatbestandes des § 19a UrhG das konkrete Werk – unabhängig von dem anschließenden Übertragungsvorgang – zum Abruf durch die Öffentlichkeit bereitgehalten werden. Im Fall der Online-Videorekorder hat der Anbieter konkret jede einzelne Aufzeichnung nur jedem einzelnen Kunden, für den sie bestimmt war und der für sich genommen noch keine Öffentlichkeit darstellt, zum interaktiven Abruf zugänglich gemacht. Auf die Gesamtheit aller Nutzer kann insoweit nicht abgestellt werden, weil sich das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung – wie die anderen Verwertungsrechte auch – immer nur auf jeweils ein konkretes Werkstück bezieht, das Mitgliedern der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden muss.³¹⁸ Für eine öffentliche Zugänglichmachung reicht es mit anderen Worten noch nicht aus, wenn sich lediglich das Angebot an die Öffentlichkeit richtet, ohne dass ein konkretes Werkstück der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird. Beim *Personal Video Recorder* greift jeder einzelne Kunde lediglich auf den ausschließlich für ihn reservierten Speicherplatz und mithin auf sein persönliches Exemplar der Aufzeichnung zu; andere Kunden haben keinen Zugriff auf dieses Werkstück, so dass keine Öffentlichkeit vorliegt. Gerade weil sich die

kritisch auch *Hofmann*, MMR 2006, 793, 796.

³¹⁶ *Wiebe*, CR 2007, 28, 33.

³¹⁷ *Schack*, GRUR 2007, 639, 642.

³¹⁸ *Dreier* in: FS Ullmann, S. 37, 44 f.; vgl. auch *Hofmann*, MMR 2006, 793, 796; so jetzt auch das OLG Dresden CR 2007, 458.

Geschäftsmodelle in diesem Bereich sehr ähneln, muss auf die exakte technische Ausgestaltung im Einzelfall als Kriterium zurückgegriffen werden.³¹⁹

5. Bestimmungsgemäße Benutzung, § 69d Abs. 1 UrhG

Nach § 69d Abs. 1 UrhG bedürfen mangels besonderer vertraglicher Bestimmungen die Vervielfältigung und Bearbeitung eines Programms nicht der Zustimmung des Rechteinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Programms durch den zur Verwendung einer Programmkopie Berechtigten notwendig sind. Die Rechtsnatur der Vorschrift wird angesichts der Vermengung von Elementen einer gesetzlichen Schrankenregelung auf der einen und vertraglichen Elementen auf der anderen Seite nicht einheitlich charakterisiert.³²⁰ Zum Teil wird vertreten, die Vorschrift erfülle als urhebervertragsrechtlich einzuordnende Auslegungsregel eine ähnliche Funktion wie der Zweckübertragungsgrundsatz des § 31 Abs. 5 UrhG³²¹ bzw. sei Ausfluss des Zweckübertragungsprinzips³²²; teilweise wird sie auch als eine dem § 31 Abs. 5 UrhG sachlich gegenläufige Regelung verstanden.³²³ Als eine urhebervertragsrechtlich einzuordnende Vorschrift setze die Anwendung des § 69d Abs. 1 UrhG erst noch eine im Wege des Rechtsgeschäfts erteilte Zustimmung des Rechteinhabers, d.h. die schuldrechtliche Einräumung eines Nutzungsrechts, voraus.³²⁴ Überwiegend wird § 69d Abs. 1 UrhG aber als eine zumindest in ihrem Kern zwingende gesetzliche Schrankenregelung³²⁵ oder als gesetzliche Lizenz zur Absicherung der Erschöpfungswirkung verstanden, die eine vertragliche Einräumung von Nutzungsrechten gerade nicht voraussetzt.³²⁶ *Dreier* vertritt eine vermittelnde Ansicht und sieht in den Ausnahmebestimmungen des § 69d UrhG eine Mischform zwischen gesetzlicher Lizenz

³¹⁹ Inwieweit diese Überlegungen Auswirkungen auf die urheberrechtliche Beurteilung des Application Service Providing und anderer Formen der Fernnutzung von Software haben können, wird weiter unten untersucht werden, vgl. D. IV. 2. g. bb. (2).

³²⁰ vgl. *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 69d Rn. 2 m.w.N.

³²¹ OLG Karlsruhe CR 1996, 341, 342 – Dongle.

³²² *Lehmann* in: *Lehmann* (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, Teil I.A, Rn. 17 spricht von einer „Inkorporierung der Zweckübertragungstheorie“.

³²³ *Grützmaker* in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), § 69d Rn. 3; *Lehmann* in: *FS Schricker* 1995, S. 543, 557 f.: „in dubio pro utilitate“; *Lenhard*, *Vertragstypologie von Softwareüberlassungsverträgen*, S. 89.

³²⁴ *Lenhard*, *Vertragstypologie von Softwareüberlassungsverträgen*, S. 85.

³²⁵ *Hoeren* in: *Möhring/Nicolini*, § 69d Rn. 4; *Loewenheim* in: *Schricker* (Hrsg.), § 69d Rn. 1.

³²⁶ *Grützmaker* in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), § 69d Rn. 26; *Redeker*, *IT-Recht*, Rn. 63; vgl. auch *Marly*, *Softwareüberlassungsverträge*, Rn. 1005: Den Erwägungsgründen zur Computerprogramm-Richtlinie liege der Gedanke der „implied use rights“ zugrunde; jeder Softwareüberlassungsvertrag umfasse die Zustimmung zur Vornahme der notwendigen Vervielfältigungshandlungen.

gegenüber einem beschränkten Kreis Berechtigter und vertraglicher Auslegungsvorschrift.³²⁷

Wegen der Folgewirkungen auf die Vertragsgestaltung und damit auf die Typologie von Softwareverträgen interessant ist vor allem die Frage, inwieweit der berechtigte Nutzer eines Computerprogramms zur bestimmungsgemäßen Benutzung noch der Einräumung eigenständiger Nutzungsrechte bedarf. Soweit es sich um einen berechtigten Programmnutzer handelt, ist für die von § 69d Abs. 1 UrhG gewährten Rechte richtigerweise keine gesonderte vertragliche Nutzungsrechtseinräumung erforderlich.³²⁸ Dies gilt vor allem hinsichtlich des Erwerbs einer Standardsoftware für den Einzelplatzbetrieb. Das schließt jedoch nicht aus, dass bestimmte darüber hinausgehende bestimmungsgemäße Nutzungen (etwa ein Mehrplatz- und Netzwerkbetrieb oder ein Outsourcing- oder ASP-Betrieb) einer gesonderten Nutzungsrechtseinräumung bedürfen. Erfolgt in diesen Fällen eine entsprechende Einräumung von Nutzungsrechten, greift in deren Umfang wiederum § 69d Abs. 1 UrhG.³²⁹

Berechtigter i.S.d. § 69d Abs. 1 UrhG ist neben dem Lizenznehmer und dem Zweiterwerber nach rechtmäßiger Weiterveräußerung durch den Lizenznehmer auch derjenige Nutzer, der sich auf eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts berufen kann.³³⁰ Die Reichweite der bestimmungsgemäßen Nutzung richtet sich nach dem Überlassungszweck und den sonstigen vertraglichen Umständen.³³¹ Wurden keine ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarungen über die Nutzung der Software getroffen, treten die technische Ausgestaltung des Programms und der wirtschaftliche Zweck ihrer Überlassung sowie die daraus sich ergebende übliche Nutzung in den Vordergrund.³³² Bei Programmen, die speziell für den Einsatz in Netzwerken konzipiert sind, kann folglich vom Netzwerkbetrieb als bestimmungsgemäßer Benutzung und damit vom Vorhandensein entsprechender Nutzungsbefugnisse ausgegangen werden.³³³ Dabei ist noch danach zu differenzieren, ob lediglich eine Vervielfältigung auf dem Server erfolgt – wie regelmäßig beim Application Service Providing – oder ob das Programm in die Arbeitsspeicher der an

³²⁷ Dreier in: Dreier/Schulze, § 69d Rn. 2.

³²⁸ Dreier in: Dreier/Schulze, § 69d Rn. 2; Grützmacher in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69d Rn. 26; Redeker, IT-Recht, Rn. 63.

³²⁹ Dreier in: Dreier/Schulze, § 69d Rn. 2.

³³⁰ Dreier in: Dreier/Schulze, § 69d Rn. 6; Redeker, IT-Recht, Rn. 60, 74; Lehmann in: FS Schrickler 1995, S. 543, 564.

³³¹ Dreier in: Dreier/Schulze, § 69d Rn. 7; Grützmacher in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69d Rn. 7.

³³² Loewenheim in: Schrickler (Hrsg.), § 69d Rn. 8.

³³³ Grützmacher in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69d Rn. 10.

das Netzwerk angeschlossenen Clients geladen wird: Im letzteren Fall werden die erforderlichen Vervielfältigungen im Rahmen einer Netzwerklizenz von § 69d Abs. 1 UrhG gedeckt, solange nicht mehr Client-Rechner das Programm zeitgleich nutzen als die Lizenz erlaubt.³³⁴

6. Erschöpfung des Verbreitungsrechts

a. Die Online-Übermittlung von Software

Wird ein Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Rechteinhabers im Gebiet der EU oder des EWR im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht, so erschöpft sich das Verbreitungsrecht in Bezug auf dieses Vervielfältigungsstück mit Ausnahme des Vermietrechts (§ 69c Nr. 3 S. 2 UrhG). Die Frage, ob Erschöpfung auch an über das Internet online übermittelten Werken eintreten kann, ist vom BGH noch nicht entschieden und wird in der Literatur kontrovers diskutiert. Ganz überwiegend wird in der Online-Übermittlung von Software über das Internet mangels Körperlichkeit jedenfalls keine Verbreitung i.S.d. § 69c Nr. 3, 17 Abs. 1 UrhG gesehen.³³⁵ Dass die übermittelten digitalen Daten beim Absender auf einem Datenträger vorhanden sind und beim Empfänger nach ihrer Übertragung ebenfalls auf einem solchen fixiert werden können, führt nicht zu der Annahme eines körperlichen Verbreitungsvorgangs. Das Abspeichern beim Empfänger stellt vielmehr eine der Online-Übertragung lediglich nachfolgende Vervielfältigung dar.³³⁶ Auch eine extensive oder analoge Anwendung des § 69c Nr. 3 UrhG ist abzulehnen, da es insoweit zum einen an einer planwidrigen Gesetzeslücke fehlt und zum anderen die tatsächliche und rechtliche Situation nicht in allen Fällen der Online-Übermittlung mit der körperlichen Verbreitung vergleichbar ist.³³⁷

Die Online-Übermittlung kann aber als öffentliche Zugänglichmachung unter §§ 69c Nr. 4, 19a UrhG fallen. Für die Annahme einer Öffentlichkeit in diesem Sinne genügt es, dass

³³⁴ *Grützmaker* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69d Rn. 11.

³³⁵ *Grützmaker* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69c Rn. 28; *Loewenheim* in: Schrickler (Hrsg.), § 69c Rn. 33; *Dreier/Vogel*, Software- und Computerrecht, S. 59.

³³⁶ *Bergmann* in: FS Erdmann, S. 17, 19; *Koch*, ITRB 2007, 140, 141 spricht insofern von einer „Verkörperungslücke“; a.A. wohl *Ulmer*, ITRB 2007, 68, 69: Computerprogramme würden – ungeachtet der für ihre Übertragung angewandten Technik – letztlich immer zwingend in verkörperter Form veräußert.

³³⁷ *Grützmaker* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69c Rn. 29; *Dreier* in: Dreier/Schulze, § 69c Rn. 20.

das konkrete Werkstück Mitgliedern der Öffentlichkeit lediglich nacheinander und an verschiedenen Orten im Wege des Online-Zugriffs zugänglich gemacht wird (sog. sukzessive Öffentlichkeit).³³⁸ Erfasst wird unter diesen Umständen nicht nur die Bereithaltung des Werkes zum interaktiven Abruf, sondern auch der anschließende Übertragungsakt. Die zielgerichtete individuelle Zugänglichmachung und Online-Übertragung von Software oder Updates an den Vertragspartner im Rahmen eines Erwerbs- oder Pflegevertrages fällt dagegen mangels Öffentlichkeit nicht unter diesen Tatbestand, führt aber im Regelfall zu einer Vervielfältigung des Programms durch Speicherung beim Empfänger.³³⁹ Die Frage des Vorliegens einer öffentlichen Zugänglichmachung kann nur anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalles, also der konkreten Ausgestaltung des der Übermittlung zugrunde liegenden Geschäftsmodells, beantwortet werden. Eine Zustimmung des Rechtsinhabers ist grundsätzlich jedenfalls immer dann erforderlich, wenn im Anschluss an die Übertragung – liegt darin nun eine öffentliche Zugänglichmachung oder nicht – eine Speicherung der Software auf der Festplatte oder im Arbeitsspeicher des Rechners bzw. Servers des Anwenders erfolgt. Ausnahmsweise entbehrlich ist die Zustimmung nur dann, wenn auf die Online-Übertragung und anschließende Vervielfältigung der Erschöpfungsgrundsatz anwendbar wäre.

Mangels körperlicher Verbreitung eines konkreten Werkexemplares verneint eine Ansicht die analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf die Online-Übermittlung von Software.³⁴⁰ Für eine Analogie fehle es nach Einfügung des § 69c Nr. 4 UrhG und der Nichtaufnahme einer entsprechenden Erschöpfungsregelung für die öffentliche Zugänglichmachung schon an einer planwidrigen Gesetzeslücke.³⁴¹ Andere Autoren halten dagegen die analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf online übertragene Software zumindest dann für möglich, wenn der Erwerber die von ihm erstellte Softwarekopie auf einem Datenträger speichert und diesen dann weiterveräußert: Angesichts der im Vergleich zum Offline-Vertrieb identischen Interessenlage bejaht *Dreier* die Erschöpfung an Programmkopien, die der dazu berechtigte Nutzer nach Online-Übertragung der Programmdateien selbst mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt

³³⁸ *Bergmann* in: FS Erdmann, S. 17, 21.

³³⁹ *Witte*, ITRB 2005, 86, 87; nach *Witte* a.a.O. S. 89 liegt entsprechend §§ 929 S. 2, 854 Abs. 2 BGB auch eine Verbreitung vor.

³⁴⁰ *Loewenheim* in: Schricker (Hrsg.), § 69c Rn. 33; *Schuppert/Greissinger*, CR 2005, 81, 82; *Heydn/Schmidl*, K&R 2006, 74, 76 f.; im Ergebnis auch *Schack*, GRUR 2007, 639, 644.

³⁴¹ vgl. *Heydn/Schmidl*, K&R 2006, 74, 76; kritisch *Sosnitza*, K&R 2006, 206, 208.

hat.³⁴² Noch weiter geht *Grützmaker*: Die Erschöpfungswirkung erstreckt sich auch auf das Vervielfältigungsrecht, so dass nicht das Speichermedium der ersten Verkörperung weitergegeben werden müsse, sondern das Programm dafür eigens auf einen portablen Datenträger kopiert werden dürfe.³⁴³ Für eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes spricht, dass es technisch und wirtschaftlich keinen Unterschied macht, ob der Erwerber die Software auf einem Datenträger erwirbt oder per Download über einen Server.³⁴⁴ Nicht die zufällige Übermittlungsform, sondern der Hauptzweck des Grundgeschäfts, d.h. die Frage, ob eine Veräußerung oder eine bloße Bereitstellung der Software gewollt sei, soll über den Eintritt der Erschöpfungswirkung entscheiden.³⁴⁵ Das Vergütungsinteresse des Rechtsinhabers sei durch den ursprünglichen Kaufpreis bereits angemessen berücksichtigt.³⁴⁶

b. Der Handel mit „gebrauchten“ Software-Lizenzen

An Relevanz gewonnen hat die Frage der analogen Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf die Online-Übertragung von Software im Zusammenhang mit der aktuellen Diskussion um die Zulässigkeit des sog. Gebrauchthandels mit Software-Lizenzen. Gebrauchtssoftware, stille Software, *Second-hand-Software* oder *Occasional Software* sind Stichworte, die das gleiche Phänomen beschreiben: den Weiterverkauf von Software bzw. Lizenzen durch ihren ursprünglichen Erwerber. Die Weiterveräußerung des Originaldatenträgers mit der darauf gespeicherten Software kann dabei wegen des zwingenden urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes vom Rechteinhaber nicht unterbunden werden. In der Praxis geht es aber vor allem um die Herauslösung und Veräußerung einzelner Lizenzen aus sog. Volumenlizenzverträgen mit großen Unternehmen, die – beispielsweise nach einer Fusion oder Insolvenz – nur noch einen Teil der erworbenen Nutzungsrechte benötigen. Volumenlizenzen kennzeichnen sich dadurch, dass oft auf Basis eines ausgelieferten (Master-)Datenträgers eine bestimmte Anzahl von Installationen erfolgen darf. Die mit Mengenrabatt gewährten Lizenzpakete, z.B. für eine bestimmte Anzahl von Arbeitsplätzen, werden von professionellen Händlern

³⁴² *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 69c Rn. 24; vgl. auch *Hoeren*, CR 2006, 573.

³⁴³ *Grützmaker* in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), § 69c Rn. 31 und 36, allerdings unter der Voraussetzung, dass der Weiterveräußerer alle noch auf seinem Rechner vorhandenen Programmkopien löscht.

³⁴⁴ *Hoeren* in: *Möhring/Nicolini*, § 69c Rn. 16.

³⁴⁵ *Witte*, ITRB 2005, 86, 90.

³⁴⁶ *Grützmaker*, ZUM 2006, 302, 303.

„gebrauchter“ Software aufgeschnürt und die Lizenzen einzeln oder in kleineren Paketen mit Gewinn weiterveräußert. Käufer sind dabei oft Unternehmen, die diese Software bereits in Benutzung haben, aber zusätzliche Lizenzen für weitere Mitarbeiter oder Arbeitsplätze benötigen.

aa. Das Geschäftsmodell

Den zum Handel mit „gebrauchten“ Softwarelizenzen bislang ergangenen Entscheidungen des LG München I, des OLG München sowie des LG und OLG Hamburg³⁴⁷ lag im Wesentlichen das gleiche folgende Geschäftsmodell zugrunde:³⁴⁸ Die Klägerin des Münchner Rechtsstreits, die Firma Oracle, entwickelt und vertreibt Datenbanksoftware mittels Volumenlizenzverträge an Unternehmen. Es handelt sich dabei um Client-Server-Programme, die dauerhaft auf einem Server gespeichert und bei jedem Zugriff in den Arbeitsspeicher des zugreifenden Arbeitsplatzrechners geladen werden. Die Auslieferung der Software an den Kunden erfolgt im Regelfall als reiner Download aus dem Internet – anders als im Hamburger Fall, in dem es um Volumenlizenzverträge über Microsoft-Produkte ging – ohne Übergabe einer Masterkopie, mit der der Kunde die Software auf seinen Anwenderrechnern einrichten kann. Updates werden den Kunden im Rahmen eines Software-Pflegevertrages ebenfalls mittels Download zur Verfügung gestellt, was dazu führt, dass die Kunden letztlich nie über einen Datenträger mit der jeweils aktuellen Version der Software verfügen, sondern sich die aktuelle Version – in beiden gerichtlich entschiedenen Fallvarianten – ausschließlich auf dem Server des Erwerbers bzw. den Arbeitsplatzrechnern der Mitarbeiter befindet.

Das den Kunden gegen eine einmalige Zahlung eingeräumte zeitlich unbegrenzte Nutzungsrecht beinhaltet nach den maßgeblichen vertraglichen Bestimmungen das Recht, die Software auf einen Server zu kopieren und – je nach Lizenzart – entweder einer bestimmten Anzahl von Nutzern Zugriff auf den Server einzuräumen oder die Software mit einer bestimmten Anzahl von Prozessoren zu nutzen. Eine Weitergabe der Software ohne

³⁴⁷ Während die Münchner Richter unmittelbar über einen urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch der Firma Oracle – zunächst im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, später im Hauptsacheverfahren – zu entscheiden hatten, ging es vor den Hamburger Gerichten im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes um die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit einer Werbung für das in Streit stehende Geschäftsmodell und damit nur inzidenter um die damit zusammenhängenden urheberrechtlichen Fragen.

³⁴⁸ vgl. LG München I CR 2006, 159 m. Anm. *Haines/Scholz*.

Zustimmung des Rechteinhabers wird in beiden Fällen vertraglich ausgeschlossen: Oracle räumt seinen Kunden nicht abtretbare Nutzungsrechte „ausschließlich für ihre internen Geschäftszwecke“ ein; die Firma Microsoft macht die Übertragung von Lizenzen insbesondere von ihrer schriftlichen Zustimmung abhängig.

Bei der Weiterveräußerung an die Beklagte – in beiden Fällen die Firma Usedsoft – vernichtet der Ersterwerber den ihm überlassenen oder nach Download selbst hergestellten Datenträger oder entfernt, soweit es sich um Client-Server-Software handelt, den Zugriff auf die Software von den einzelnen Arbeitsplatzrechnern. Anschließend bestätigt er dies in einem notariellen Dokument und überträgt dann die Nutzungsrechte an die Beklagte, welche sie an ihre Kunden – je nach Bedarf komplett oder in Teilen, d.h. nur für eine bestimmte Zahl von Nutzern oder Arbeitsplätzen – weiterveräußert, um deren bereits vorhandene Lizenzbestände zu erweitern. Der Endkunde verfügt also seinerseits in der Regel schon über eigene Kopien der Software oder lädt sich diese, soweit dies noch nicht der Fall ist, direkt von der Internetseite des Herstellers herunter. Im Ergebnis wird den Endkunden also zumeist das Recht eingeräumt, bereits vorhandene Kopien in stärkerem Maße zu nutzen bzw. auf mehr Arbeitsplätzen ablaufen zu lassen, als dies bislang der Fall war.³⁴⁹

bb. Die „Münchener Linie“

Die Software wird – von der Zwischenhändlerin veranlasst – auf dem Server bzw. im Arbeitsspeicher der jeweiligen Anwenderrechner des Endkunden i.S.v. § 69c Nr. 1 UrhG vervielfältigt.³⁵⁰ Der darin liegende Eingriff in das urheberrechtliche Vervielfältigungsrecht der Softwareherstellerin war nach Ansicht der Münchner Gerichte rechtswidrig: Zum einen konnten die Ersterwerber der Software Usedsoft nicht mit dinglicher Wirkung Nutzungsrechte übertragen. Oracle habe ihren Kunden mit dinglicher Wirkung nicht weiter abtretbare, einfache Nutzungsrechte an der Software eingeräumt, so dass die Abtretung der erworbenen Nutzungsrechte an die Zwischenhändlerin ohne Zustimmung der

³⁴⁹ vgl. zum Ganzen LG München I CR 2006, 159 m. Anm. *Haines/Scholz*, LG Hamburg CR 2006, 812, 812 f. m. Anm. *Grützmacher* und LG München I CR 2007, 356, 356 f. m. Anm. *Dieselhorst*.

³⁵⁰ LG München I CR 2006, 159, 159 f. m. Anm. *Haines/Scholz*; LG München I CR 2007, 356, 357 f. m. Anm. *Dieselhorst*.

Herstellerin wirkungslos gewesen sei.³⁵¹ An der Wirksamkeit des in den AGB der Herstellerin enthaltenen Abtretungsausschlusses bestünden „keine durchgreifenden Zweifel“³⁵². Selbst wenn die vereinbarte Einschränkung der Verfügungsbefugnis AGB-rechtlich unzulässig wäre, hätte dies nur die schuldrechtliche Unwirksamkeit der Klausel zur Folge, nicht aber dass dem Ersterwerber dadurch mehr dingliche Rechte übertragen würden. Der Ersterwerber könne aber nur das weiter übertragen, was er selbst vom Veräußerer zuvor erworben habe, und das sei von Anfang an ein nicht weiter übertragbares Nutzungsrecht gewesen.³⁵³ Auch unter Berücksichtigung der Zweckübertragungstheorie des § 31 Abs. 5 UrhG habe der Rechteinhaber seinen Kunden im Zweifel nicht das Recht eingeräumt, die Software weiter zu veräußern.³⁵⁴

Usedsoft konnte sich darüber hinaus nach Meinung der bayerischen Gerichte weder direkt noch analog auf den Grundsatz der Erschöpfung berufen:³⁵⁵ Eine direkte Anwendung scheide mangels Verbreitung eines konkreten Vervielfältigungsstücks durch die Zwischenhändlerin von vornherein aus.³⁵⁶ Für eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf den vorliegenden Fall fehle es zum einen bereits an einer planwidrigen Gesetzeslücke: Der deutsche wie der europäische Gesetzgeber hätten die Online-Übermittlung von Software bewusst nicht dem Erschöpfungsgrundsatz unterwerfen wollen. Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft³⁵⁷ sei angesichts seines klaren Wortlauts nicht nur auf Computerprogramme bezogen, deren Nutzung nur auf Abruf bei Aufrechterhaltung einer

³⁵¹ LG München I CR 2006, 159, 160 m. Anm. *Haines/Scholz*; LG München I CR 2007, 356, 358 m. Anm. *Dieselhorst*; zustimmend OLG München, Urteil vom 03.07.2008 – 6 U 2759/07.

³⁵² OLG München CR 2006, 655 m. Anm. *Lehmann*; zustimmend *Moritz*, Anm. zum Beschluss des LG München I vom 30.04.2008, 33 O 7340/08, CR 2008, 414, 415.

³⁵³ LG München I CR 2006, 159, 160 m. Anm. *Haines/Scholz*; LG München I CR 2007, 356, 358 m. Anm. *Dieselhorst*; zustimmend OLG München, Urteil vom 03.07.2008 – 6 U 2759/07.

³⁵⁴ *Haines/Scholz*, Anm. zum Urteil des LG München I vom 19.01.2006, 7 O 23237/05, CR 2006, 161, 162.

³⁵⁵ LG München I CR 2006, 159, 160 m. Anm. *Haines/Scholz*; zustimmend OLG München CR 2006, 655 m. Anm. *Lehmann*; LG München I CR 2007, 356, 358 ff. m. Anm. *Dieselhorst*; zustimmend OLG München, Urteil vom 03.07.2008 – 6 U 2759/07.

³⁵⁶ LG München I CR 2007, 356, 358 m. Anm. *Dieselhorst*.

³⁵⁷ „Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. Dies gilt auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind. Dasselbe gilt daher auch für die Vermietung oder den Verleih des Originals oder von Vervielfältigungsstücken eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, bei denen es sich dem Wesen nach um Dienstleistungen handelt. Anders als bei CD-Rom oder CD-I, wo das geistige Eigentum in einem materiellen Träger, d.h. einem Gegenstand, verkörpert ist, ist jede Bereitstellung eines Online-Dienstes im Grunde eine Handlung, die zustimmungsbedürftig ist, wenn das Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht dies vorsieht.“

dauerhaften Online-Verbindung erfolge.³⁵⁸ Auch Erwägungsgrund 33 der Datenbank-Richtlinie³⁵⁹ mache deutlich, dass dem europäischen Gesetzgeber die Problematik der Herstellung eines Vervielfältigungsstücks von einem online abgerufenen Werk bekannt war, der Eintritt der Erschöpfungswirkung insoweit jedoch bewusst abgelehnt wurde.³⁶⁰

Für eine Analogie fehle es – so die Münchener Richter – zum anderen auch an einer Vergleichbarkeit der Sachverhalte: Die Annahme einer identischen Interessenlage beim Online- und Offlinevertrieb berücksichtige einseitig die Interessen der Erwerber und nicht hinreichend das Vergütungsinteresse des Urhebers, das nicht bereits durch die erste Verbreitung ausreichend berücksichtigt sei.³⁶¹ Zudem könnten auch Urheber anderer Werkkategorien über die Wahl des Vertriebsweges beeinflussen, ob Erschöpfung an ihren Werken eintreten solle oder nicht.³⁶² Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes sei es außerdem, das Spannungsverhältnis zwischen Eigentumsordnung und Urheberrecht auszugleichen und das Eigentumsmodell des BGB gegen die immaterialgüterrechtlichen Verbotsrechte durchzusetzen. Es solle weder das Werk an sich verkehrsfähig gemacht werden, noch das Zweitverwertungsinteresse des Ersterwerbers wirtschaftlich gesichert werden. Vielmehr diene der Erschöpfungsgrundsatz dazu, die Verkehrsfähigkeit des mit Zustimmung des Urhebers in den Verkehr gebrachten konkreten Werkstücks zu erhalten.³⁶³ Bezüglich vom Ersterwerber nach Online-Übermittlung selbst hergestellter Vervielfältigungsstücke bestehe kein vergleichbares Bedürfnis nach Erhaltung ihrer Verkehrsfähigkeit; es könne insoweit schon gar nicht von einer „Erhaltung“ gesprochen werden, da jene erst durch den Ersterwerber überhaupt in den Verkehr gebracht würden.³⁶⁴

³⁵⁸ so aber *Sosnitza*, K&R 2006, 206, 208.

³⁵⁹ „Die Frage der Erschöpfung des Verbreitungsrechts stellt sich nicht im Fall von Online-Datenbanken, die in den Dienstleistungsbereich fallen. Dies gilt auch in bezug auf ein physisches Vervielfältigungsstück einer solchen Datenbank, das vom Nutzer der betreffenden Dienstleistung mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt wurde. [...]“

³⁶⁰ LG München I CR 2007, 356, 358 f. m. Anm. *Dieselhorst*; zustimmend *Dieselhorst*, Anm. zum Urteil des LG München I vom 15.03.2007, 7 O 7061/06, CR 2007, 361, 362 und *Koch*, ITRB 2007, 140, 142; teilweise wird angenommen, dass bereits aus EG-rechtlichen Erwägungen eine isoliert im nationalen Recht erfolgende analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf die Online-Übertragung ausscheiden müsse, vgl. *Koch* a.a.O.

³⁶¹ LG München I CR 2007, 356, 359 m. Anm. *Dieselhorst*; a.A. *Berger*, GRUR 2002, 198, 199: Mit der Zustimmung des Urhebers zur ersten Veräußerung gegen ein gebührendes Entgelt seien auch Folgeveräußerungen mit abgegolten.

³⁶² LG München I CR 2007, 356, 359 m. Anm. *Dieselhorst*.

³⁶³ grundlegend *Bergmann* in: FS Erdmann, S. 17, 25 f.; ihm folgend LG München I CR 2006, 159, 161 m. Anm. *Haines/Scholz* und LG München I CR 2007, 356, 360 m. Anm. *Dieselhorst*; *Heydn/Schmidl*, Anm. zum Urteil des LG Hamburg vom 29.06.2006, 315 O 343/06, MMR 2006, 830, 831; *Heydn/Schmidl*, K&R 2006, 74, 75; *Dieselhorst*, Anm. zum Urteil des LG München I vom 15.03.2007, 7 O 7061/06, CR 2007, 361, 362.

³⁶⁴ LG München I CR 2007, 356, 360 m. Anm. *Dieselhorst*.

Selbst die Bejahung einer analogen Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf die Online-Übermittlung könne jedoch dem Geschäftsmodell der Zwischenhändlerin nicht zur Wirksamkeit verhelfen: Usedsoft verbreite gerade nicht zuvor vom Hersteller in den Verkehr gebrachte Programmkopien. Vielmehr veranlasse sie ihre Kunden, durch Download von der Homepage des Herstellers bzw. Laden in den Arbeitsspeicher weiterer Clients zusätzliche Vervielfältigungen des Programms herzustellen. Für die Annahme einer urheberrechtlichen Verbreitung fehle es insoweit an einer ausreichenden Verbindung zwischen der vom Ersterwerber erstellten Programmkopie und den damit zusammenhängenden Rechten, die der Endkunde nutzen wolle.³⁶⁵ In Anlehnung an die BGH-Entscheidung „Parfumflakon“³⁶⁶ hat das LG München I entschieden, dass es nicht zu rechtfertigen sei, den Erschöpfungsgrundsatz über seinen eigentlichen Anwendungsbereich des Vertriebs von körperlichen Werkexemplaren hinaus auf Handlungen, mit denen eine Vervielfältigung verbunden ist, auszudehnen.³⁶⁷ Nach der Rechtsprechung des BGH kann Erschöpfung nämlich grundsätzlich nur hinsichtlich des Verbreitungsrechts, nicht jedoch hinsichtlich des Vervielfältigungsrechts eintreten. Eine Ausdehnung des Erschöpfungsgrundsatzes komme nur ausnahmsweise dann in Betracht, wenn mit der Ausübung des Verbreitungsrechts üblicherweise auch ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht verbunden sei.³⁶⁸

Aus dem Erschöpfungsgrundsatz eine allgemeine Verkehrsfähigkeit von Nutzungsrechten herzuleiten, widerspricht nach Ansicht der Münchener Kammer darüber hinaus der klaren Regelung in § 34 Abs. 1 UrhG, wonach zur Übertragung von Nutzungsrechten die Zustimmung des Urhebers erforderlich ist.³⁶⁹ Selbst wenn man also den Erschöpfungsgrundsatz auf die Online-Übermittlung analog anwenden wolle, könne er nicht den Handel mit unverkörpernten Nutzungsrechten rechtfertigen. Die Lizenz könne nicht ohne das ursprüngliche Vervielfältigungsstück übertragen werden.³⁷⁰ Auch die sich aus dem Vertrag zwischen dem Urheber und dem Ersterwerber ergebende

³⁶⁵ *Haines/Scholz*, Anm.zum Urteil des LG München I vom 19.01.2006, 7 O 23237/05, CR 2006, 161, 163.

³⁶⁶ vgl. BGH GRUR 2001, 51 ff. – Parfumflakon.

³⁶⁷ LG München I CR 2006, 159, 160 m. Anm. *Haines/Scholz*; LG München I CR 2007, 356, 360 m. Anm. *Dieselhorst*; zustimmend OLG München, Urteil vom 03.07.2008 – 6 U 2759/07; so auch *Wimmers/Schulz*, Anm. zum Urteil des LG Hamburg vom 29.06.2006, 315 O 343/06, ZUM 2007, 162, 164; kritisch *Grützmaker*, ZUM 2006, 302, 304: Eine solche Argumentation sei noch nicht in der Informationsgesellschaft angekommen, sondern dem Denken in physischen Trägermedien verhaftet.

³⁶⁸ vgl. BGH GRUR 2001, 51, 53 – Parfumflakon.

³⁶⁹ LG München I CR 2007, 356, 360 m. Anm. *Dieselhorst*; zustimmend OLG München, Urteil vom 03.07.2008 – 6 U 2759/07; *Dieselhorst*, Anm. zum Urteil des LG München I vom 15.03.2007, 7 O 7061/06, CR 2007, 361, 362.

³⁷⁰ *Heydn/Schmidl*, K&R 2006, 74, 77.

bestimmungsgemäße Benutzung gemäß § 69d Abs. 1 UrhG sehe im vorliegenden Fall lediglich eine Vervielfältigung auf dem Server des Ersterwerbers vor und könne keine Vervielfältigungshandlungen Dritter rechtfertigen.³⁷¹

Gegen eine Erschöpfung spreche schließlich auch die Gefahr der Aufspaltung von Lizenzrechten, wenn ein Ersterwerber Lizenzrechte für eine bestimmte Anzahl von Nutzern, die er beispielsweise nach der Kündigung von Mitarbeitern nicht mehr benötigt, veräußern möchte. Verkehrsfähig wären bei Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auch Teile einer als einheitliche Lizenz eingeräumten Nutzungsberechtigung. Von einer Mehrheit von Softwareüberlassungen könne in diesem Zusammenhang schon nicht die Rede sein, da einem einzelnen Kunden jeweils ein einheitliches Nutzungsrecht eingeräumt werde.³⁷² Bei einer Herauslösung einzelner Nutzungsrechte aus dem einheitlichen Lizenzpaket wäre zudem das Vergütungsinteresse der Herstellerin bezüglich der weiterveräußerten Lizenzen angesichts der degressiven Gebührenstruktur nicht hinreichend berücksichtigt.³⁷³ Bei einer Abspaltung von Nutzungsrechten aus einem mit Rabatt eingeräumten Lizenzpaket bestünde keine angemessene Relation zwischen der Anzahl der berechtigten Nutzer und dem Vergütungsanteil pro einzelner Lizenz.³⁷⁴ Die Entscheidung, in welcher Weise der Urheber Nutzungsrechte einräume und wie viele, bleibe auch und gerade wegen des Erschöpfungsgrundsatzes sein ausschließliches Recht.³⁷⁵

cc. Die „Hamburger Linie“

Das LG Hamburg bejaht dagegen die analoge Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf die streitgegenständliche Fallgestaltung.³⁷⁶ Ausgehend von einer in schuldrechtlicher Hinsicht kaufvertraglichen bzw. kaufvertragsähnlichen Einordnung des Volumenlizenzvertrages erschöpfe sich durch die in Erfüllung des

³⁷¹ LG München I CR 2007, 356, 360 m. Anm. *Dieselhorst*.

³⁷² LG München I CR 2007, 356, 360 m. Anm. *Dieselhorst*; zustimmend OLG München, Urteil vom 03.07.2008 – 6 U 2759/07.

³⁷³ LG München I CR 2006, 159, 161 m. Anm. *Haines/Scholz*.

³⁷⁴ *Haines/Scholz*, Anm.zum Urteil des LG München I vom 19.01.2006, 7 O 23237/05, CR 2006, 161, 163.

³⁷⁵ *Heydn/Schmidl*, K&R 2006, 74, 79.

³⁷⁶ Das OLG Hamburg CR 2007, 355 f. bestätigte – ohne allerdings zu den urheberrechtlichen Fragestellungen Stellung zu nehmen – die Entscheidung des LG Hamburg aus dem wettbewerbsrechtlichen Grund des Fehlens einer irreführenden Werbung, da von der Antragsgegnerin auf ihrer Homepage und in den von ihr versandten Werbemails auch auf rechtliche Zweifel an ihrem Geschäftsmodell hingewiesen werde.

Vertrages erfolgte Einräumung von Nutzungsrechten das Verbreitungsrecht des Rechteinhabers in Bezug auf jedes einzelne eingeräumte Nutzungsrecht, welches jeweils als ein eigenständig zu beurteilendes Vervielfältigungsstück der Software zu behandeln sei.³⁷⁷ In Bezug auf das Tatbestandsmerkmal „Vervielfältigungsstück“ sei eine analoge Anwendung des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG auf den vorliegenden Fall einer Übertragung mehrerer Nutzungsrechte mittels Übergabe nur einer Masterkopie geboten. Das Verwertungsinteresse in Bezug auf Software unterscheide sich nicht danach, ob die einzelnen Nutzungsrechte körperlich oder unkörperlich – wie bei der Überlassung nur einer Masterkopie – übertragen werden. Im einen wie im anderen Fall sei die Software letztlich auf einer bestimmten Anzahl von Rechnern dauerhaft nutzbar.³⁷⁸

Eine planwidrige Gesetzeslücke sei deshalb anzunehmen, weil die vorliegende Fallgestaltung weder Gegenstand des Erwägungsgrundes 29 noch des Art. 3 Abs. 3 der Harmonisierungs-Richtlinie 2001/29/EG vom 22.05.2001 sei, der für eine öffentliche Zugänglichmachung die Erschöpfungswirkung ausschließe. Erwägungsgrund 29 erfasse schon von seinem Wortlaut her nicht den Fall der einmaligen Online-Übertragung von Software, die fortan ohne eine permanente Online-Anbindung vom Ersterwerber dauerhaft genutzt werden könne.³⁷⁹ Beide Regelungen stellten letztlich nur auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ab, also auf die *One-to-many*-Übertragung und nicht auf die *One-to-one*-Übertragung.³⁸⁰ Auch die Rechteübertragung mittels Übergabe einer Masterkopie werde von der Richtlinie nicht erfasst.³⁸¹ Das Vergütungsinteresse der Softwareherstellerin, das wegen der degressiven Gebührenstruktur durch die Möglichkeit einer Einzelveräußerung von Lizenzen nach deren Herauslösung aus einem Lizenzpaket gestört sein könnte, sei für die Frage des Eintritts der Erschöpfung nicht zu berücksichtigen.³⁸²

³⁷⁷ LG Hamburg CR 2006, 812, 813 m. Anm. *Grützmaker*; sich ausdrücklich dieser Ansicht anschließend LG München I CR 2008, 416, 417 m. Anm. *Huppertz* in einem Fall, in dem die urheberrechtlichen Fragestellungen inzident bei der Prüfung des Bestehens eines Kaufpreisanspruchs des Gebrauchtssoftwarehändlers gegen seinen Kunden erörtert wurden; kritisch *Spindler*, CR 2008, 69, 73 f.: Nicht der Verkehr von Rechten werde vom Erschöpfungsgrundsatz geschützt, sondern das Bündel aus Rechten und Werkstück.

³⁷⁸ LG Hamburg CR 2006, 812, 814 m. Anm. *Grützmaker*; zustimmend *Grützmaker*, Anm.zum Urteil des LG Hamburg vom 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 815, 816; kritisch *Wimmers/Schulz*, Anm. zum Urteil des LG Hamburg vom 29.06.2006, 315 O 343/06, ZUM 2007, 162, 163.

³⁷⁹ LG Hamburg CR 2006, 812, 814 m. Anm. *Grützmaker*.

³⁸⁰ *Grützmaker*, Anm.zum Urteil des LG Hamburg vom 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 815, 816.

³⁸¹ LG Hamburg CR 2006, 812, 814 m. Anm. *Grützmaker*.

³⁸² LG Hamburg CR 2006, 812, 814 m. Anm. *Grützmaker*; aus dieser Aussage wird der Schluss gezogen, dass die Aufteilung von Lizenzpaketen zulässig und insoweit eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf den dazu erforderlichen Vervielfältigungsvorgang nötig sei, vgl. *Grützmaker*, Anm. zum Urteil des LG Hamburg vom 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 815, 816.

Eine Veräußerung i.S.d. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG liege in der betroffenen Fallgestaltung vor, da sich der Berechtigte in Erfüllung eines zumindest kaufvertragsähnlichen Vertrages der Verfügungsmöglichkeit über seine Werkstücke endgültig begeben, in dem er seinen Kunden zeitlich unbeschränkte Nutzungsrechte einräumt.³⁸³ Der die Übertragung der Nutzungsrechte an einen Dritten von einer schriftlichen Zustimmung Microsofts abhängig machenden Klausel des Lizenzvertrages komme angesichts des zwingenden Charakters des Erschöpfungsgrundsatzes weder dingliche noch schuldrechtliche Wirkung zu. Als überraschende sowie vom urheberrechtlichen Leitbild und den wesentlichen Rechten und Pflichten eines kaufvertraglich ausgestalteten Softwareüberlassungsvertrages abweichende Klausel sei die Regelung wohl AGB-rechtlich gemäß § 305c BGB und § 307 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.³⁸⁴ Es sei dem Ersterwerber nicht zuzumuten, bei der Weitergabe des Programms uneingeschränkt von einer Zustimmung des Herstellers der Software abhängig zu sein, die dieser nach Belieben verweigern könne.³⁸⁵

Soweit zur bestimmungsgemäßen Benutzung der Software noch Vervielfältigungen durch den Erst- oder Letzterwerber erforderlich seien, vermittele nach der Entscheidung des LG Hamburg § 69d Abs. 1 UrhG hierfür den nach Eintritt der Erschöpfung analog § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG insoweit Berechtigten eine gesetzliche „implied licence“. Dem stünden in Bezug auf den Ersterwerber auch keine besonderen vertraglichen Bestimmungen i.S.d. § 69d Abs. 1 UrhG aus dem Volumenlizenzvertrag entgegen.³⁸⁶

dd. Stellungnahme

Teilweise wird davon ausgegangen, dass nur ein doppelter Analogieschluss das Ergebnis des LG Hamburg, also die Zulässigkeit des Software-Gebrauchthandels in der den Entscheidungen zugrunde liegenden Form, rechtfertigen könne: zum einen die analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf das Verbreitungsrecht an einem nach Online-Übermittlung durch den Ersterwerber selbst hergestellten Vervielfältigungsstück;

³⁸³ LG Hamburg CR 2006, 812, 814 m. Anm. *Grützmacher*.

³⁸⁴ LG Hamburg CR 2006, 812, 815 m. Anm. *Grützmacher*; so auch *Huppertz*, CR 2006, 145, 150.

³⁸⁵ *Huppertz*, CR 2006, 145, 150.

³⁸⁶ LG Hamburg CR 2006, 812, 815 m. Anm. *Grützmacher*.

zum anderen die analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf das Vervielfältigungsrecht.³⁸⁷

Dem ist jedenfalls insoweit zuzustimmen, als vorliegend verschiedene Fragestellungen deutlich unterschieden werden müssen: Handelt es sich bei dem Download eines Programms durch den Ersterwerber (wie im Münchener Fall) oder bei der Übergabe einer Masterkopie (wie im Hamburger Fall) um eine Weitergabeform, auf die der Erschöpfungsgrundsatz analog anwendbar ist? Tritt ggf. Erschöpfung nur bezüglich des Verbreitungsrechts an dem körperlichen Datenträger ein, den der Anwender direkt im Anschluss an den Download selbst hergestellt hat, z.B. der Festplatte, auf der das Programm gespeichert wird, oder erschöpft sich neben dem Verbreitungs- auch das Vervielfältigungsrecht des Urhebers? Greift zugunsten der vom Zweiterwerber hergestellten Vervielfältigungsstücke der Erschöpfungsgrundsatz analog ein oder ergibt sich die Befugnis des Zweiterwerbers zur Vervielfältigung der Software aus seinem Recht zur bestimmungsgemäßen Benutzung gemäß § 69d Abs. 1 UrhG? Rechtfertigt die bestimmungsgemäße Benutzung ggf. auch die Aufspaltung eines einheitlichen Lizenzpakets in Form eines Volumenlizenzvertrages für eine bestimmte Anzahl von Nutzern, so dass die Software im Ergebnis bei mehreren Anwendern parallel zum Einsatz kommen kann?³⁸⁸

Diese Fragen können angesichts der Vielgestaltigkeit nicht für jedes in der Praxis vorzufindende oder denkbare Geschäftsmodell einheitlich beantwortet werden. Es kommt hier stark auf die Einzelfallumstände, insbesondere auf die genaue Ausgestaltung des Softwarevertriebs durch den Rechteinhaber einerseits und den „Gebrauchsoftware“-Händler andererseits an: Mit welchem Lizenzmodell wird die Software vom Rechteinhaber vertrieben und in welcher Form wird sie dem Ersterwerber überlassen? Richtet sich die Vergütung nach der Anzahl der Nutzer, der Prozessoren, auf denen die Software läuft, oder der Transaktionen, die mit der Software getätigt werden? Erfolgt die Weiterveräußerung des Programms durch den Ersterwerber auf einer CD-ROM, mittels Online-Übermittlung oder verzichtet er lediglich mittels notarieller Urkunde

³⁸⁷ kritisch zur Entscheidung des LG Hamburg insoweit *Wimmers/Schulz*, Anm. zum Urteil des LG Hamburg vom 29.06.2006, 315 O 343/06, ZUM 2007, 162, 163.

³⁸⁸ So fragen *Heydn/Schmidl*, Anm. zum Urteil des LG Hamburg vom 29.06.2006, 315 O 343/06, MMR 2006, 830 zu Recht, auf welches Tatbestandsmerkmal des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG sich der Analogieschluss des LG Hamburg nun konkret beziehen soll: Soll das Merkmal „Vervielfältigungsstück“ durch das Wort „Nutzungsrecht“ ersetzt werden? Oder soll sich neben dem Verbreitungsrecht auch das Vervielfältigungsrecht erschöpfen?

auf die Ausübung von Nutzungsrechten? Erfolgt eine Löschung des Programms beim Ersterwerber nach dessen Weiterübertragung? Vor dem Hintergrund der gerichtlich entschiedenen Fälle sollen hier einige generelle Ausführungen folgen, die dabei keinen Anspruch auf Vollständigkeit in dem Sinne erheben können, dass sie für jedes denkbare Geschäftsmodell die passende Lösung liefern.

(1) Analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes

Die Frage der analogen Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes stellt sich in den beiden den gerichtlichen Entscheidungen zugrunde liegenden Konstellationen in ähnlicher Weise: Es kann im Rahmen der Übertragung der Software auf den Ersterwerber im Ergebnis keinen Unterschied machen, ob die Software aus dem Internet heruntergeladen und dann auf dem Server gespeichert und installiert wird oder ob von einer überlassenen Masterkopie aus die erforderlichen Vervielfältigungen hergestellt werden. In beiden Fällen existiert kein Originaldatenträger für jedes einzelne eingeräumte Nutzungsrecht. Der Erwerber stellt vielmehr selbst die vereinbarte Anzahl von Vervielfältigungsstücken der Software her.³⁸⁹ Auch eine irgendwie geartete technische Bindung der Masterkopie an die Anzahl der mit ihr übertragenen Nutzungsrechte existiert nicht. Insbesondere handelt es sich bei der Volumenlizenz im Regelfall nicht um ein einheitliches Nutzungsrecht, sondern um eine Vielzahl von Nutzungsrechten für eine bestimmte Anzahl von Arbeitsplätzen.³⁹⁰

(a) *Planwidrige Gesetzeslücke*

In der vorliegende Fallgestaltung geht es im Ausgangspunkt zunächst um die Frage, ob sich das Verbreitungsrecht des Urhebers analog § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG an dem Datenträger erschöpft, auf den der Empfänger die Software bei bzw. nach Online-Übermittlung speichert. Gegen die für eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes erforderliche planwidrige Regelungslücke sprechen dabei weder Art. 3 Abs. 3 noch Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2001/29/EG vom 22.05.2001

³⁸⁹ anders *Heydn/Schmidl*, Anm. zum Urteil des LG Hamburg vom 29.06.2006, 315 O 343/06, MMR 2006, 830; wenig überzeugend insoweit auch *Ulmer*, ITRB 2007, 68, 70, der zunächst feststellt, dass auch bei der Online-Übertragung eines Programms ein Vervielfältigungsstück veräußert werde, dann aber für den Fall des LG München annimmt, dass dort lediglich Nutzungsrechte übertragen würden, so dass der Erschöpfungsgrundsatz insoweit nicht gelten könne.

³⁹⁰ vgl. dazu noch unten C. II. 6. b. dd. (3).

zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft³⁹¹.³⁹² Art. 3 Abs. 3 bezieht sich aufgrund seiner systematischen Stellung allein auf die Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe bzw. Zugänglichmachung in Abs. 1 und 2 der Vorschrift. Die Rechte des Urhebers sollen sich nicht bereits mit der Zugänglichmachung des Werkes für die Öffentlichkeit durch bloße Breitstellung zum Download erschöpfen.³⁹³ Bei der nicht-öffentlichen Punkt-zu-Punkt-Übertragung einer Lizenz ist diese Vorschrift aber mangels öffentlicher Zugänglichmachung von vornherein gar nicht einschlägig.³⁹⁴

Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung umfasst zwar nach überwiegender Ansicht neben der Bereitstellung auch die daran anknüpfende Online-Übertragung des Werks, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass das konkrete Werkstück zuvor der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde. Ein bloßes Angebot an die Öffentlichkeit ist insoweit nicht ausreichend.³⁹⁵ Man kann also vertreten, dass dementsprechend genauso wenig wie bei der Bereitstellung einer Fernsehaufzeichnung auf einem individualisierten Speicherplatz durch den Anbieter eines virtuellen Videorekorders, im vorliegenden Fall das Vorhalten eines konkreten Werkstücks zum öffentlichen Abruf angenommen werden kann. Eine Konkretisierung des Vertragsgegenstandes und eine Individualisierung der Parteien erfolgt bereits durch Abschluss des Volumenlizenzvertrages. Auch die Übergabe eines Lizenzschlüssels an den Kunden oder eines Passwortes zum Download sind Umstände, die dafür sprechen, in dem anschließenden Abruf der Software lediglich eine nicht-öffentliche Punkt-zu-Punkt-Übertragung zur Erfüllung des Kaufvertrages zu sehen. Selbst wenn der Käufer vorliegend also nicht auf eine abgegrenzte Festplattenpartition zugegriffen haben sollte, ließe sich – trotz sukzessiven Abrufs desselben Programms durch verschiedene Kunden – vertreten, dass ein öffentliches Zugänglichmachung des konkreten Programms nicht erfolgt ist. Denn die zielgerichtete Zugänglichmachung eines Werkes an einen Vertragspartner erfolgt nicht in der Öffentlichkeit.

³⁹¹ Abl. EG Nr. L 167 v. 22.06.2001, S. 10.

³⁹² Falls bereits die Richtlinie hinsichtlich der Frage der Erschöpfung bei der Online-Übermittlung von Computerprogrammen bewusst lückenhaft gewesen wäre, wäre die Lücke auch im UrhG nach Umsetzung der Richtlinie nicht planwidrig sondern planmäßig und eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes käme nicht in Betracht.

³⁹³ *Hoeren*, Ergänzungsgutachten in Sachen *UsedSoft ./. Oracle*, S. 7 f.

³⁹⁴ *Grützmacher*, CR 2007, 549, 551; *ders.*, ZUM 2006, 302, 304; *Sosnitza*, K&R 2006, 206, 207.

³⁹⁵ vgl. dazu bereits oben C. II. 4. b.

Auch in Erwägungsgrund 29 zur Harmonisierungs-Richtlinie³⁹⁶ wird allein das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung angesprochen. Die Frage der Erschöpfung von zur Erfüllung eines Kaufvertrages online übermittelten und im Anschluss an die Übermittlung mit Zustimmung des Rechtsinhabers vom Nutzer selbst erstellten Werkstücken wird durch die Richtlinie gerade nicht geregelt.³⁹⁷ Erwägungsgrund 29 bezieht sich ausdrücklich auf Dienstleistungen allgemein und Online-Dienste im Besonderen. Dies ist vor dem Hintergrund des Wortlauts der Originalfassung so auszulegen, dass sich die Frage der Erschöpfung weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei besonderen Online-Dienstleistungen stellt.³⁹⁸ Die Erfüllung eines Kaufvertrages durch einmalige Online-Übermittlung der Software weist jedoch nicht den erforderlichen Dienstleistungscharakter auf.³⁹⁹

Diese Auslegung wird durch einen Vergleich mit Erwägungsgrund 33 der Datenbank-Richtlinie⁴⁰⁰ gestützt, auf dem Erwägungsgrund 29 beruht und der auf Online-Datenbanken Bezug nimmt. Diese werden im Hinblick auf das Erfordernis ihrer ständigen Erreichbarkeit sowie des Aufbaus einer permanenten Online-Verbindung zu ihrer jeweiligen Nutzung als Dienstleistung eingeordnet. Es erfolgt kein vollständiger Download der Datenbank, allenfalls werden einzelne Rechercheergebnisse vom Nutzer gespeichert und damit vervielfältigt.⁴⁰¹ Allein diese Nutzungsform wird von Erwägungsgrund 33 der Datenbankrichtlinie erfasst. Übertragen auf die Situation bei der Online-Nutzung und -Übertragung von Software bedeutet dies: Wird die Software permanent oder *on demand* z.B. mittels Application Service Providing (fern-)genutzt, ohne dass sie als Ganzes auf dem Rechner des Nutzers gespeichert wird, kommt eine Erschöpfung nicht in Betracht, da es sich um einen Online-Dienst im Sinne des Erwägungsgrundes 29 handelt.⁴⁰² Die einmalige Online-Übermittlung und anschließende dauerhafte Speicherung und

³⁹⁶ vgl. Fn. 357.

³⁹⁷ *Knies*, GRUR Int. 2002, 314, 316; *Grützmacher*, ZUM 2006, 302, 304; *Sosnitza*, K&R 2006, 206, 208.

³⁹⁸ *Hoeren*, Ergänzungsgutachten in Sachen UsedSoft ./ Oracle, S. 8.

³⁹⁹ *Hoeren*, CR 2006, 573, 574; *ders.*, Ergänzungsgutachten in Sachen UsedSoft ./ Oracle, S. 9; so auch *Sosnitza*, K&R 2006, 206, 208; vgl. auch *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 737: Es sei naheliegend, dass sich das Verbreitungsrecht an einem nach Zugänglichmachung durch den Nutzer selbst hergestellten Vervielfältigungsstück erschöpft habe, da das Vervielfältigungsstück zwar aufgrund einer Dienstleistung zustande gekommen sei, es aber weder als solches, noch der Akt seiner Weiterverbreitung eine Dienstleistung sei; ähnlich *Dreier* in: FS Erdmann, S. 73, 86.

⁴⁰⁰ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.03.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, Abl. EG Nr. L 77 v. 27.03.1996, S. 20.

⁴⁰¹ vgl. *Hoeren*, Gutachten zur Frage der Geltung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, S. 9 f.

⁴⁰² was nicht gleichbedeutend mit einer schuldrechtlichen Einordnung als Dienstvertrag nach § 611 BGB ist; vgl. dazu unten D. IV. 2. d. aa. (4).

Installation des Programms auf dem Rechner des Nutzers zur Erfüllung eines Austauschvertrages wird dagegen nicht erfasst, weil es sich dabei nicht um einen Online-Dienst in diesem Sinne handelt.⁴⁰³ Insoweit besteht also eine planwidrige Regelungslücke sowohl der Richtlinie als auch des UrhG nach Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht.⁴⁰⁴

(b) Vergleichbarkeit der Sachverhalte

Für die Vergleichbarkeit der Sachverhalte spricht vor allem, dass Online- wie Offline-Vertrieb von Software letztlich zum gleichen Erfolg führen: Auf der Festplatte des Erwerbers befindet sich eine installierte Version des Programms.⁴⁰⁵ Der Datentransfer über eine Online-Verbindung tritt wirtschaftlich und technisch an die Stelle der Übergabe eines Datenträgers.⁴⁰⁶ Der Download bildet lediglich das „funktionale Äquivalent“ zur körperlichen Weitergabe des Programms.⁴⁰⁷ Auch die Verwertungsinteressen des Anbieters unterscheiden sich nicht danach, ob die einzelnen Nutzungsrechte körperlich oder unkörperlich übertragen werden. Die Gefahr von Raubkopien ist in beiden Fällen vergleichbar.⁴⁰⁸

Diese Sichtweise korrespondiert auch mit der schuldrechtlichen Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen.⁴⁰⁹ Um überhaupt nutzbar zu sein, muss Software irgendwie und irgendwo verkörpert sein. Der Kaufvertrag über ein Computerprogramm kann aber auch dadurch erfüllt werden, dass der Erwerber sich das Programm herunterlädt und dadurch unmittelbar auf seinem Rechner eine neue, dauerhaft nutzbare Verkörperung herstellt. In diesem Fall liegt auch eine Veräußerung i.S.d. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG vor, da die Datenfernübertragung lediglich an die Stelle der Übergabe eines körperlichen Datenträgers tritt.⁴¹⁰ Entscheidend für eine Veräußerung in diesem Sinne ist,

⁴⁰³ vgl. *Hoeren*, CR 2006, 573, 574; *Sosnitza*, K&R 2006, 206, 208; ausführlich *Hoeren*, Gutachten zur Frage der Geltung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, S. 10 ff.

⁴⁰⁴ kritisch *Spindler*, CR 2008, 69, 72.

⁴⁰⁵ *Hoeren*, Gutachten zur Frage der Geltung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, S. 15 f.; *Sosnitza*, K&R 2006, 206, 209.

⁴⁰⁶ *Berger*, GRUR 2002, 198, 199; *Knies*, GRUR Int. 2002, 314, 316; vgl. auch *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 737: Es erscheine fraglich, für die Erschöpfung auf die Art und Weise des Erwerbs des Vervielfältigungsstücks abzustellen.

⁴⁰⁷ *Hoeren* in: *Möhring/Nicolini*, § 69c Rn. 16; *ders.*, CR 2006, 573.

⁴⁰⁸ *Grützmacher*, CR 2007, 549, 551.

⁴⁰⁹ vgl. dazu unten D. III. 4. b. bb.

⁴¹⁰ *Berger*, GRUR 2002, 198, 201.

dass sich der Berechtigte der Verfügungsmöglichkeit über die Werkstücke endgültig begibt. Bei Software-Lizenzverträgen kommt es insoweit darauf an, ob der Lizenznehmer die Software nach Vertragsende zurückzugeben oder zu vernichten hat; wo dies nicht der Fall ist, ist von einer Veräußerung auszugehen.⁴¹¹

Der dem Erschöpfungsgrundsatz dogmatisch zugrunde liegende Gedanke der Belohnung des Urhebers kann überdies durch entsprechende Preisgestaltung im Online-Bereich genauso sichergestellt werden wie bei einer körperlichen Übertragung.⁴¹² Auch die Verkehrssicherungstheorie, wonach die Erschöpfungswirkung durch das Interesse des Erwerbers und der Allgemeinheit an einer freien Zirkulation der Waren gerechtfertigt ist, spricht für eine Erschöpfung: Auch der Erwerber einer Online-Kopie hat ein starkes Interesse daran, seine Kopie nach Belieben weiter zu verbreiten.⁴¹³ Aufgrund der identischen Interessenlage im Vergleich zur physischen Weitergabe ist der Erschöpfungsgrundsatz damit analog auf die vom Erwerber nach Online-Übermittlung hergestellte Kopie anwendbar; der Datenträger der Erstspeicherung darf mithin ohne Zustimmung des Rechteinhabers weiterverbreitet werden.⁴¹⁴

(c) Reichweite der Erschöpfungswirkung

Die Erschöpfung kann sich aber konsequenterweise nicht nur auf die vom Erwerber unmittelbar nach der Online-Übertragung angefertigte Erstkopie der Software beziehen, z.B. die Festplatte seines Rechners; die Weitergabe muss vielmehr auch auf einem eigens dafür angefertigten Datenträger, z.B. einer CD-ROM, möglich sein, sofern der Ersterwerber seine Originalkopie von der Festplatte löscht.⁴¹⁵ Es erschöpft sich also auch das Vervielfältigungsrecht des Urhebers jedenfalls insoweit, als es für die Weiterveräußerung durch den Ersterwerber erforderlich ist. Dieser darf ohne Zustimmung des Rechtsinhabers einen installationsfähigen Datenträger erstellen und weitergeben.⁴¹⁶ Da in der Mehrzahl

⁴¹¹ *Loewenheim* in: Schrickler (Hrsg.), § 69c Rn. 34.

⁴¹² *Knies*, GRUR Int. 2002, 314, 316.

⁴¹³ *Knies*, GRUR Int. 2002, 314, 316.

⁴¹⁴ so auch *Grützmaker*, ZUM 2006, 302, 304.

⁴¹⁵ vgl. *Sosnitza*, K&R 2006, 206, 209 f.; dies setzt natürlich voraus, dass eine Übertragung auf den Datenträger technisch überhaupt möglich ist.

⁴¹⁶ LG München I CR 2008, 416, 417 f. m. Anm. *Huppertz*; *Grützmaker* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69c Rn. 36; *Hoeren*, Gutachten zur Frage der Geltung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, S. 19; *ders.*, Ergänzungsgutachten in Sachen *UsedSoft ./.* Oracle, S. 11 f.; anders insoweit *Knies*, GRUR Int. 2002, 314, 316: Anders als beim Kauf körperlicher Vervielfältigungsstücke sei der Online-Erwerber

der gerichtlich entschiedenen Fälle vom Ersterwerber keine Vervielfältigungshandlungen vorgenommen wurden, kam es insoweit auf die Frage der Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes nicht an. Eine Vervielfältigung erfolgt aber regelmäßig durch den Zweiterwerber der Software.

(2) Bestimmungsgemäße Benutzung durch den Zweiterwerber

Welche Nutzungshandlungen dem Zweiterwerber nach Weiterveräußerung des Programms bzw. Übertragung der Nutzungsrechte durch den Ersterwerber bzw. den Zwischenhändler erlaubt sind, ist keine Frage der Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes sondern der bestimmungsgemäßen Benutzung i.S.d. § 69d Abs. 1 UrhG. Der Zweiterwerber einer Programmkopie, für die Erschöpfung eingetreten ist, ist regelmäßig als Berechtigter i.S.d. § 69d Abs. 1 UrhG anzusehen.⁴¹⁷ Ihm ist das Nutzungsrecht des Ersterwerbers weiter übertragen worden.⁴¹⁸ Ein Lizenzvertrag mit dem Rechteinhaber ist darüber hinaus nicht erforderlich, weil es sich bei § 69d Abs. 1 UrhG nach überwiegender Ansicht um eine gesetzliche Lizenz handelt.⁴¹⁹ Durch die Vorschrift wird letztlich sichergestellt, dass sich keine Programmkopien auf dem Markt befinden, die mangels ausdrücklicher Einräumung eines Vervielfältigungsrechts vom Zweiterwerber nicht verwendet werden dürften.⁴²⁰ Ihr kommt gewissermaßen eine Erschöpfungswirkung hinsichtlich aller gebrauchsbeschränkenden Nutzungsrechte zu.⁴²¹

Die bestimmungsgemäße Nutzung i.S.d. § 69d Abs. 1 UrhG erfasst alle Vervielfältigungshandlungen, die erforderlich sind, um die Benutzung des Programms zu ermöglichen, oder die bei seiner Nutzung anfallen, insbesondere die Speicherung und Installation auf der Festplatte sowie das Laden in den Arbeitsspeicher.⁴²² Auch bei Annahme der Erschöpfung hat der Zweiterwerber aber die Grenzen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs zu beachten, die sich nach dem Überlassungszweck und den sonstigen ausdrücklich oder konkludent vereinbarten Umständen auf der Stufe

angesichts der Regelung des § 53 Abs. 6 S. 1 UrhG auf den Erwerb eines urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts vom Rechteinhaber angewiesen.

⁴¹⁷ Dreier in: Dreier/Schulze, § 69d Rn. 6; Huppertz, CR 2006, 145, 146; Hoeren, CR 2006, 573, 575.

⁴¹⁸ Hoeren, CR 2006, 573, 575.

⁴¹⁹ vgl. oben C. II. 5.

⁴²⁰ Huppertz, CR 2006, 145, 146.

⁴²¹ Grützmacher, CR 2007, 549, 552.

⁴²² Huppertz, CR 2006, 145, 147; Hoeren, CR 2006, 573, 575.

des Ersterwerbs richten. Der Zweiterwerber kann nur in dem Umfang zum berechtigten Benutzer werden, in dem sein Vorgänger zur Benutzung berechtigt war.⁴²³ Über die bloße Benutzung hinausgehende Handlungen darf er nur dann ohne Zustimmung des Rechtsinhabers vornehmen, wenn ihm dies aufgrund besonderer vertraglicher Bestimmungen, die der Ersterwerber an ihn weitergeben durfte, erlaubt ist.⁴²⁴ Insoweit darf der Zweiterwerber die Einzelplatzversion einer Software nicht für den Netzwerkbetrieb installieren. Bei der vollständigen Weitergabe von Mehrplatzlizenzen hat auch er sich an die vom Softwareanbieter vertraglich gegenüber dem Ersterwerber vorgegebenen Nutzeranzahlbeschränkungen zu halten.⁴²⁵ Innerhalb dieser Grenzen darf der Zweiterwerber aber aufgrund der nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG analog eingetretenen Erschöpfung das Programm nach § 69d Abs. 1 UrhG ohne Zustimmung von der Internetseite des Urhebers herunterladen, auf seiner Festplatte speichern und installieren sowie in den Arbeitsspeicher laden.⁴²⁶ Genau dies sind die Handlungen, die erforderlich sind, um die Benutzung des Programms zu ermöglichen. Voraussetzung ist allerdings, dass der Ersterwerber seine Kopien in dem erforderlichen Umfang löscht bzw. den Zugriff auf das auf dem Server gespeicherte Programm insoweit sperrt.

Da sich damit die Nutzungsberechtigung des Zweiterwerbers unmittelbar aus § 69d Abs. 1 UrhG als gesetzlicher Lizenz ergibt, ist eine zusätzliche Zustimmung des Urhebers gemäß § 34 Abs. 1 S. 1 UrhG nicht erforderlich. Es erfolgt insoweit bei der Weiterveräußerung schon keine Übertragung von Nutzungsrechten, der der Urheber zustimmen müsste.⁴²⁷

(3) Die Aufspaltung von Mehrplatzlizenzen

Wird eine Mehrplatzlizenz aufgespalten und werden einzelne Nutzungsrechte aus dem Lizenzpaket ohne die Masterkopie weiterveräußert (sog. Lizenzsplitting), wird die Lage komplizierter.⁴²⁸ Das Argument, dass sich die zahlenmäßige Beschränkung der

⁴²³ Huppertz, CR 2006, 145, 147.

⁴²⁴ Dreier in: Dreier/Schulze, § 69d Rn. 6.

⁴²⁵ Spindler, CR 2008, 69, 76; ausführlich Huppertz, CR 2006, 145, 147 ff.

⁴²⁶ so auch Hoeren, CR 2006, 573, 575 ff.; kritisch Spindler, CR 2008, 69, 75 ff.

⁴²⁷ Grützmaker in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69c Rn. 37; Sosnitzer, K&R 2006, 206, 210; Hoeren, CR 2006, 573, 575; im Übrigen ist umstritten, inwieweit die aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht abgeleitete Vorschrift des § 34 Abs. 1 UrhG überhaupt auf Software anwendbar ist; griffe § 34 Abs. 1 UrhG insoweit nicht ein und läge auch sonst kein wirksames Abtretungsverbot vor, könnten sich die Rechte des Zweiterwerbers auch aus einer Übertragung von Nutzungsrechten ergeben, vgl. Grützmaker, CR 2007, 549, 552 ff.

⁴²⁸ Eine solche Konstellation lag auch der Entscheidung des LG München I CR 2008, 416 m. Anm. Huppertz zugrunde.

Nutzeranzahl auf das jeweilige Vervielfältigungsstück der Software – also auf die Masterkopie – beziehe und ein getrennter Weiterverkauf nur der abgespaltenen Nutzungsrechte die Verbindung zwischen dem Datenträger und dem einheitlichen Nutzungsrecht aufhebe,⁴²⁹ kann nicht überzeugen. Eine zwingende Koppelung des konkreten Vervielfältigungsstücks mit den Nutzeranzahlberechtigungen würde im Ergebnis zu einer Kontrolle der weiteren Vertriebsstufen führen, die der BGH in der OEM-Entscheidung gerade abgelehnt hat, indem er dinglich wirkenden Beschränkungen des Verbreitungsrechts auf zweiter Stufe eine Absage erteilte.⁴³⁰ Das Problem fehlender Transparenz bei der Abspaltung der Nutzungsrechte von „ihrem“ Datenträger und die daraus folgenden Schwierigkeiten für den Urheber bei der Rechtsdurchsetzung müssen angesichts der schwindenden Bedeutung von Datenträgern beim Softwarevertrieb überhaupt und der damit zugleich verbundenen wirtschaftlichen Vorteile für den Softwarevertreiber durch Senkung seiner Transaktionskosten hingenommen werden. Zudem steht es dem Softwarehersteller frei, dem Ersterwerber vertraglich für den Fall des Weiterverkaufs der Software bestimmte Informationspflichten bezüglich des Zweiterwerbers aufzuerlegen.⁴³¹ Allein die Bindung an einen Datenträger steht damit der isolierten Weiterveräußerung von Nutzungsrechten aus einem Lizenzpaket nicht entgegen.

Der Erschöpfungsgrundsatz soll jedoch nicht die Entbündelung geschnürter Lizenzpakete durch Abspaltung einzelner Nutzerlizenzen, also den Weiterverkauf einzelner isolierter Nutzungsrechte ohne Datenträger, erlauben, da es hierbei nicht um den Weiterverkauf eines Vervielfältigungsstücks, sondern um die Übertragung einzelner Vervielfältigungsrechte geht.⁴³² Eine Aufteilung von Mehrplatzlizenzen in verschiedene Nutzeranzahlberechtigungen sei nur dann zulässig, wenn der Zweiterwerber bereits über Nutzungsrechte an derselben Anwendung verfüge und lediglich bzgl. der Anzahl der Nutzer unterlizenziert sei. Anderenfalls verletze ein paralleler Betrieb der Software beim Erst- und Zweiterwerber das Vervielfältigungsrecht des Anbieters.⁴³³ Zulässig ist danach eine Aufspaltung in den Fällen, in denen die Software bereits auf einem zentralen Server des Zweiterwerbers gespeichert ist und per Fernzugriff genutzt wird, ohne dass das

⁴²⁹ so *Schuppert/Greissinger*, CR 2005, 81, 84.

⁴³⁰ *Huppertz*, CR 2006, 145, 149.

⁴³¹ vgl. *Schuppert/Greissinger*, CR 2005, 81, 84.

⁴³² *Grützmacher* in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), § 69c Rn. 37; *Schuppert/Greissinger*, CR 2005, 81, 84.

⁴³³ *Huppertz*, CR 2006, 145, 148.

Programm in den Arbeitsspeicher der zugreifenden Clients geladen werden muss; hier findet nach der Übertragung durch den Ersterwerber keine zusätzliche Vervielfältigungshandlung, weder auf dem Server, noch auf den einzelnen Clients des Zweiterwerbers, statt.⁴³⁴ Die Nutzung derart aufgeteilter Nutzeranzahlberechtigungen durch den Zweiterwerber erfolgt auch im Rahmen der bestimmungsgemäßen Benutzung, da keine Vervielfältigungen der Software erfolgen, die nicht ohnehin nach dem ursprünglichen Überlassungszweck vertraglich vorgesehen waren.⁴³⁵

Die mit einem parallelen Betrieb einhergehende zusätzliche Vervielfältigung der Software beim Zweiterwerber soll sich nur damit rechtfertigen lassen, dass man den Erschöpfungsgrundsatz auch insoweit analog anwendet.⁴³⁶ Richtigerweise stellen Mehrfachlizenzen, wie insbesondere Volumenlizenzen, nur eine Mehrheit von Software-Überlassungen für eine bestimmte Anzahl von Nutzern oder Prozessoren dar, aber kein einheitliches Recht, das als solches nicht aufspaltbar wäre.⁴³⁷ Der Kunde erwirbt mit einer Volumenlizenz also je eine Lizenz pro Nutzer/Arbeitsplatz und nicht bloß eine einheitliche Lizenz für x Nutzer/Arbeitsplätze. Es handelt sich mithin um aufspaltbare Einzellizenzen, die lediglich im Paket vertrieben werden.⁴³⁸ Dies erfolgt in erster Linie aus Praktikabilitätsgründen und zur Durchsetzung einer bestimmten Preispolitik des Softwareunternehmens. Es handelt sich bei einer festgelegten Anzahl von Nutzerlizenzen also nicht lediglich um eine Abrechnungsmodalität für ein einzelnes überlassenes Programm. Überlassen werden vielmehr eine Vielzahl von Softwarekopien. Erschöpfung soll dabei an jeder einzelnen Softwarekopie bzw. an jedem einzelnen Nutzungsrecht eintreten.⁴³⁹

Soweit man die Aufspaltung von Volumenlizenzen nach dem Erschöpfungsgrundsatz für rechtmäßig hält, greift für die Nutzung der so verbreiteten Software durch den Zweiterwerber wiederum § 69d Abs. 1 UrhG:⁴⁴⁰ Bestimmungsgemäß im Sinne der Vorschrift ist, was bereits dem Ersterwerber vertraglich gestattet wurde, also z.B. im Falle von Volumenlizenzen alle Handlungen, die nötig sind, um das Programm auf der

⁴³⁴ vgl. *Schuppert/Greissinger*, CR 2005, 81, 83.

⁴³⁵ *Huppertz*, CR 2006, 145, 148 f.

⁴³⁶ vgl. *Grützmaker*, ZUM 2006, 302, 305.

⁴³⁷ *Hoeren*, Ergänzungsgutachten in Sachen *UsedSoft ./. Oracle*, S. 12 f.; *Sosnitza*, K&R 2006, 206, 208.

⁴³⁸ *Grützmaker*, CR 2007, 549, 552.

⁴³⁹ so jedenfalls *Sosnitza*, K&R 2006, 206, 208 f.

⁴⁴⁰ *Grützmaker*, CR 2007, 549, 552.

entsprechenden Anzahl von Rechnern nutzen zu können. Damit fallen der Download von der Website des Herstellers, die Installation und das Laden in den Arbeitsspeicher durch den Zweiterwerber unter die bestimmungsgemäße Nutzung. Würden dem Zweiterwerber diese Handlungen untersagt, könnte der Urheber die durch den Eintritt der Erschöpfung bewirkte Zirkulationsfähigkeit des Programms doch noch verhindern.⁴⁴¹

(4) Formularvertragliche Weitergabeverbote

Wendet man den Erschöpfungsgrundsatz in dieser Weise an, sind vertragliche Beschränkungen der Weitergabebefugnis des Ersterwerbers durch den Urheber weder mit schuldrechtlicher noch mit dinglicher Wirkung möglich. Pauschale Weitergabeverbote in Formularverträgen stellen wegen der Abweichung vom kaufrechtlichen Leitbild sowie der dadurch bewirkten Einschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes eine unangemessene Benachteiligung des Ersterwerbers dar und sind daher gemäß §§ 307 Abs. 1 und 2, 310 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam.⁴⁴² Abgesehen davon kann ihnen keine dingliche Wirkung zukommen, da eine dinglich wirkende Begrenzung des Nutzungsrechts allenfalls auf der ersten Stufe des Inverkehrbringens wirkt, also nur gegenüber demjenigen, dem dieses beschränkte Nutzungsrecht eingeräumt wurde, nicht gegenüber einem Zweiterwerber. Nach dem ersten Inverkehrbringen kann der Berechtigte den weiteren Vertrieb nicht mehr kontrollieren. Eine dingliche Beschränkung des Nutzungsrechts wirkt sich nicht in der Weise aus, dass der Berechtigte nach der mit seiner Zustimmung erfolgten Inverkehrgabe auch alle weiteren Verbreitungsakte daraufhin überprüfen könnte, ob sie sich in den ursprünglichen Grenzen des Nutzungsrechts bewegen oder nicht.⁴⁴³ Etwas anderes gilt lediglich für den Fall, dass der Berechtigte einer Unternehmens- bzw. Konzernlizenz ohne mengenmäßige Beschränkung der Nutzeranzahl Pakete mit bestimmten Nutzeranzahlberechtigungen abspalten und selbständig vertreiben will. Insoweit kann ein Weitergabeverbot auch in AGB wirksam vereinbart werden.⁴⁴⁴

⁴⁴¹ *Hoeren*, Ergänzungsgutachten in Sachen *UsedSoft ./. Oracle*, S. 14 f.

⁴⁴² *Huppertz*, CR 2006, 145, 150; auch eine Bedingung, wonach die Zulässigkeit einer Weiterveräußerung von der Zustimmung des Rechtsinhabers abhängig ist, die dieser nach Belieben verweigern kann, dürfte unzulässig sein, vgl. *Huppertz a.a.O.*

⁴⁴³ vgl. BGH GRUR 2001, 153, 154 – OEM-Version; zum Ganzen ausführlich *Hoeren*, Ergänzungsgutachten in Sachen *UsedSoft ./. Oracle*, S. 15 ff.

⁴⁴⁴ so auch *Schuppert/Greissinger*, CR 2005, 81, 85; *Huppertz*, CR 2006, 145, 150; *Spindler*, CR 2008, 69, 74.

III. Zusammenfassung Urheberrecht

Die neu aufkommenden Techniken und Methoden der Softwareprogrammierung stellen die §§ 69a ff. UrhG vor keine grundsätzlich neuen Probleme. Die zunehmende Wiederverwendung vorgefertigter Softwarekomponenten und automatische Codegenerierung aus abstrakten Modellen führen zwar tendenziell zu einer Vorverlagerung des kreativen Schaffens auf die Stufe der Konzeptionierung und Modellierung und zu einem Bedeutungsverlust des eigentlichen Programmcodes. Fasst man den Begriff der Entwurfsmaterialien i.S.d. § 69a Abs. 1 UrhG aber entsprechend weit, gelangt man hier zu einer sachgerechten Erfassung auch der Arbeitsergebnisse dieser frühen Phasen der Softwareentwicklung durch die für Computerprogramme geltenden Sondervorschriften des UrhG.

Insgesamt hat sich das Urheberrecht unter den Bedingungen des Internet konzeptionell bewährt, auch wenn noch einige Probleme im Zusammenhang gerade mit der Online-Übermittlung zu lösen sind.⁴⁴⁵ Dass eine individuelle Online-Übermittlung im Anschluss an die Bereitstellung eines Werkes zum öffentlichen Abruf im Internet Teil der öffentlichen Zugänglichmachung i.S.d. § 19a UrhG ist, scheint inzwischen weitgehend anerkannt zu sein.

Die Frage, ob Erschöpfung nach einer punktuellen Online-Übermittlung eintreten kann, ist dagegen weiter ungeklärt. Die Frage der analogen Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf die Online-Übermittlung sowie die weiteren Probleme und offenen Punkte rund um den sog. Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen werden wohl letztlich durch den Gesetzgeber⁴⁴⁶ oder den BGH bzw. EuGH entschieden werden müssen. Dabei wird vor allem die Frage interessant werden, ob und inwieweit man zugunsten neuer Software-Vertriebsformen von der Dogmatik der traditionellen Erschöpfungslehre abweichen wird. Das Ergebnis scheint insoweit offen zu sein.

⁴⁴⁵ so auch *Schack*, GRUR 2007, 639, 640.

⁴⁴⁶ Die Prüfung des Erfordernisses einer gesetzlichen Regelung im Rahmen des geplanten sog. Korb III der Urheberrechtsreform wurde bereits angekündigt, vgl. BT-Drucks. 16/5972, S. 6.

Welche Auswirkungen die Auslegung des Begriffs der öffentlichen Zugänglichmachung auf die urheberrechtliche Einordnung des Application Service Providing hat, wird im Kapitel zum ASP erläutert.⁴⁴⁷

⁴⁴⁷ vgl. unten D. IV. 2. g. bb. (2)

D. Softwarevertragsrecht

I. Einleitung

Mit den technischen Rahmenbedingungen haben sich auch die Vertriebsmodelle für Software wesentlich verändert. Vor 20 Jahren wurden Computerprogramme den Abnehmern nahezu ausschließlich auf Datenträgern überlassen, also durch Eigentums- und Besitzverschaffung z.B. an der das Programm verkörpernden Diskette. Aus dieser Zeit stammen auch zumeist die für die Vertragstypologie grundlegenden Fragestellungen, insbesondere nach der Sachqualität von Software und der Einordnung des Softwarekaufs als Sachkauf, eine „durchgängige Orientierung an einer technisch weitgehend vergangenen Welt“⁴⁴⁸. Durch die zunehmende Vernetzung im Zusammenhang mit der Entwicklung neuer Digital Rights Management-Systeme bieten sich heute neue Möglichkeiten der direkten – ohne Einschaltung von Mittelspersonen oder Verwertungsgesellschaften – individuellen Lizenzierung.⁴⁴⁹ Der moderne Softwarevertrieb – geprägt durch die unkörperliche Überlassung und temporäre Nutzung über Datennetze – wirft neue Fragestellungen auf, wie sie z.B. beim Application Service Providing (ASP) oder beim gestuften Vertrieb von Standardsoftware relevant werden.⁴⁵⁰ Je ungewohnter dabei ein durch die technologische Entwicklung aufkommender neuer Lebenssachverhalt ist, desto unklarer wird seine Einordnung in die bestehenden juristischen Kategorien. Bezogen auf das Softwarevertragsrecht äußert sich dies etwa an der Fragestellung, ob eine neue Vertriebs- oder Nutzungsart als Kauf-, Werk-, Miet- oder Dienstvertrag aufgefasst werden sollte, eine Fragestellung, die nach Ansicht mancher Autoren bereits für sich die Inkompatibilität zwischen tatsächlichem Gegenstand und Abbildungssystem zeige.⁴⁵¹

Verträge über die Überlassung und Nutzung von Computerprogrammen lassen sich jedenfalls angesichts der Gemengelage zu berücksichtigender tatsächlicher und rechtlicher Faktoren nur schwer den althergebrachten Vertragstypen des BGB zuordnen: Erfolgt die Übertragung der Software z.B. online über das Internet oder auf einem

⁴⁴⁸ *Bartsch/Dreier*, CR 2005, 690, 692.

⁴⁴⁹ *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, Einl., Rn. 28.

⁴⁵⁰ vgl. *Bartsch/Dreier*, CR 2005, 690, 692.

⁴⁵¹ *Bartsch/Dreier*, CR 2005, 690, 694.

Datenträger? Wird die Software auf dem Rechner des Abnehmers dauerhaft gespeichert, dort nur vorübergehend in den Arbeitsspeicher geladen oder lediglich am Bildschirm angezeigt? Werden urheberrechtliche Nutzungsrechte eingeräumt oder übertragen? Handelt es sich dabei ggf. um einfache oder ausschließliche Nutzungsrechte? Hat die Frage der Einräumung von Nutzungsrechten überhaupt Einfluss auf die schuldrechtliche Vertragseinordnung? Liegt der Schwerpunkt des Vertrages auf der Erstellung, Anpassung, Implementierung oder Überlassung der Software? Wird Standardsoftware oder Individualsoftware übertragen? Handelt es sich um eine zeitlich begrenzte oder unbegrenzte Gebrauchsüberlassung? Erfolgt sie entgeltlich oder unentgeltlich?

Eine einheitliche Qualifizierung wird dadurch erschwert, dass bei der Softwareüberlassung im Regelfall drei Rechtsebenen aufeinandertreffen, die unterschiedlichen dogmatischen Strukturen folgen: eine schuldrechtliche, eine immaterialgüterrechtliche (vor allem urheberrechtliche) sowie – bezogen auf den Datenträger, soweit die Software verkörpert überlassen wird – eine sachenrechtliche Ebene. Je nachdem, welche der drei Ebenen in den Mittelpunkt der Betrachtung gestellt wird, verändert sich die Perspektive auf den Softwarevertrag und mit ihr die Einordnung in rechtliche Kategorien. Dies hat zur Bildung einer fast unbegrenzten Bandbreite von Ansichten geführt, die den Weg quer durch das BGB-Schuldrecht hindurch suchen.⁴⁵² Daneben führt teilweise auch eine „gewisse Unbekümmertheit“ den technischen Zusammenhängen und Entwicklungen gegenüber zum Entstehen „eher zweifelhafter Vorstellungen“⁴⁵³.

Um die in der Praxis neu entstandenen bzw. aufkommenden Geschäftsmodelle des Vertriebs und der Nutzung von Software schuldrechtlich zu erfassen, sollen zunächst die bereits existierenden dogmatischen Überlegungen zur Bewältigung gemischter, atypischer bzw. moderner Verträge dargestellt und anhand dieser – unter Berücksichtigung der vertraglichen Grundmodelle der reinen Erstellung und Überlassung von Software, die vor allem von der Besonderheit des Vertragsgegenstandes an sich geprägt werden – eine Annäherung an komplexere Vertragsgestaltungen mit unterschiedlichen Leistungen erfolgen. Die Herausforderung besteht insoweit vor allem darin, das Zusammenspiel der z.T. technisch heterogenen Leistungsbestandteile in vertragsrechtlicher Hinsicht sachgerecht zu erfassen.

⁴⁵² vgl. *Hilty*, MMR 2003, 3, 3 f.

⁴⁵³ *Hilty*, MMR 2003, 3.

II. Dogmatische Vorüberlegungen

1. Vertragstypen des BGB und der Kautelarjurisprudenz

Neuartige Vertragsgegenstände und moderne Verträge, die auf aktuellen technischen Entwicklungen oder neu aufkommenden ökonomischen Geschäftsmodellen aufbauen und sich auf den ersten Blick nicht ohne weiteres in die Kategorien des BGB-Schuldrechts einordnen lassen, stellen zunächst vor allem eine Herausforderung an den Vertragsgestalter dar. Dies entbindet jedoch den Rechtsanwender nicht von der Aufgabe, einen methodischen Ansatz zur Entscheidung der von den Vertragsparteien nicht vorhergesehenen und dementsprechend im Vertrag nicht explizit geregelten Streitfälle zu entwickeln und anzuwenden.

a. Vertragstypen des BGB

Die Normen des Besonderen Schuldrechts werden heute überwiegend typologisch und die in ihm kodifizierten Verträge als „rechtliche Strukturtypen“⁴⁵⁴ verstanden. In der Tradition des Code Civil⁴⁵⁵ versteht das deutsche Schuldrecht seine gesetzlich geregelten Vertragstypen nicht als geschlossenen Katalog von Vertragsarten im Sinne eines *numerus clausus*, wie ihn das Sachenrecht kennt, sondern als „subsidiäres, verkehrserleichterndes Angebot an die Rechtsverkehrsteilnehmer“. Mit den kodifizierten Vertragstypen wollte der Gesetzgeber eine „dispositivrechtliche Mustersammlung“ konzipieren, welche die Beurteilung einzelner Vertragsabschlüsse erleichtern sollte.⁴⁵⁶ Die Vertragstypen des BGB-Schuldrechts sind demnach weder zwingend noch abschließend zu verstehen, es herrscht als Teil der allgemeinen schuldrechtlichen Vertragsfreiheit⁴⁵⁷ eine Vertragstypenfreiheit.⁴⁵⁸ Der Vorschrift des § 305 BGB ist zu entnehmen, dass die Parteien den Vertragsinhalt grundsätzlich in den Grenzen des zwingenden Rechts frei bestimmen und damit eine ihre Rechte und Pflichten festlegende *lex contractus* – ohne

⁴⁵⁴ vgl. dazu grundlegend *Larenz*, Methodenlehre, S. 302 und 461 ff.

⁴⁵⁵ Art. 1107 enthält eine ausdrückliche Anerkennung der Vertragstypenfreiheit.

⁴⁵⁶ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 16 f.; vgl. allgemein zur Geschichte und Entwicklung der Vertragstypenlehre auch *Oechsler* in: *Staudinger/Eckpfeiler*, S. 493 f.

⁴⁵⁷ vgl. hierzu *Heinrichs* in: *Palandt*, Einf v § 145, Rn. 7.

⁴⁵⁸ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 17.

Rücksicht auf die normativen Vertragstypen – entwerfen können.⁴⁵⁹ Die Vertragsparteien können dergestalt die gesetzlich normierten Vertragstypen grundsätzlich nach Belieben abwandeln oder ihre Elemente miteinander kombinieren sowie neue Vertragstypen erfinden.⁴⁶⁰

Zur sachgerechten Bewältigung neuartiger Vertragsformen oder -inhalte kann und muss das BGB als abstraktes Regelungsprogramm im Einzelfall situativ passend ausgelegt werden. Gerade diese Abstraktheit und Flexibilität erweist sich häufig als Vorteil des BGB.⁴⁶¹ Der rasante Auf- und Ausbau einer hochgradig differenzierten und spezialisierten Rechts-, Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung seit den 50er Jahren hat jedoch dazu geführt, dass die gesetzlich normierten Vertragstypen die Differenziertheit, Komplexität, Dynamik und Vitalität des modernen Waren- und Dienstleistungsverkehrs kaum mehr widerspiegeln. Dies tun heute eher die sog. modernen Vertragstypen, die sich vor allem im kommerziellen Rechtsverkehr unter Ausnutzung der Vertragsfreiheit entwickelt haben.⁴⁶² Das Vertragswesen kann es sich nicht leisten, weniger lebendig und wandelbar zu sein als Wirtschaft und Gesellschaft.⁴⁶³

Grundsätzlich ist es originäre Aufgabe des Gesetzgebers, die von ihm erlassenen Vorschriften im Laufe der Zeit mit den wechselnden Lebensverhältnissen und Regelungsgegenständen der modernen Vertragswelt im Einklang zu erhalten. Seit Erlass des BGB kam es jedoch kaum zur Aufnahme neuer Vertragstypen in den Katalog des Besonderen Schuldrechts.⁴⁶⁴ Auch Aktualisierungen bestehender Vertragstypen nahm der Gesetzgeber nur selten vor. Die erforderlichen Anpassungen blieben vielmehr der Rechtsprechung des BGH im Einzelfall vorbehalten, worunter insbesondere die Rechtssicherheit litt. Zum Teil wird daraus der Schluss gezogen, dass das ursprüngliche Schuldrechtssystem des Gesetzes heute nicht mehr gelte. Die BGB-Vertragstypen hätten heute nicht mehr die Kraft, die moderne Wirtschaftswelt mit ihren komplexen Vertragswerken zu beschreiben und zu bewerten.⁴⁶⁵

⁴⁵⁹ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 18.

⁴⁶⁰ *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II/2, S. 41; typisches Beispiel hierfür ist der Leasingvertrag.

⁴⁶¹ *Bartsch*, CR 2000, 3.

⁴⁶² *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 19; pointiert *Kramer* in: *Kramer* (Hrsg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft, S. 23, 26: Das Vertragsrecht – verstanden als law in action, als „lebendes Recht“ – blühe heute praeter legem; manche „contracts in the books“ fristeten demgegenüber inzwischen ein recht kümmerliches Dasein.

⁴⁶³ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 2.

⁴⁶⁴ Eine Ausnahme bildet z.B. die Aufnahme des Reisevertrages in den §§ 651a ff. BGB.

⁴⁶⁵ *Bartsch*, CR 2000, 3, 3 f.

Zwar hat mittlerweile zumindest der Begriff „Software“ im Rahmen der Schuldrechtsreform von 2002 in § 312d Abs. 4 Nr. 2 BGB⁴⁶⁶ Eingang in das Gesetz gefunden; es wurden in diesem Zuge aber weder eine diesbezügliche Definition noch allgemeine Regelungen zu Softwareverträgen in das BGB aufgenommen. Zum Problem der Kombination von Sach- und Dienstleistungen innerhalb eines einheitlichen komplexen Vertragsverhältnisses, zu den Herausforderungen bei der Lieferung von Gütern, für die Sonderschutzrechte – z.B. Urheber- oder Patentrechte – gelten, zur differenzierten Risikoverteilung zwischen den Parteien eines langfristigen Projektvertrages, also zu allen Bereichen, die üblicherweise als exemplarisch für die moderne Vertragswelt herangezogen werden, enthält auch die Schuldrechtsreform keine Regelungen.⁴⁶⁷

b. Kautelarjuristische Vertragstypen

Die Notwendigkeit für den Vertragsgestalter, sich an selbstgeschaffenen kautelarjuristischen Vertragstypen zu orientieren, resultiert vor allem daraus, dass die gesetzlichen Vertragstypen tatsächlich bei Weitem zu „abstrakt und blutleer“⁴⁶⁸ sind, um heute mehr als nur erste Anhaltspunkte für die Lösung komplexer Sachverhalte liefern zu können. Regelmäßig versagt die Rechtsordnung – wie *Langenfeld* zu Recht feststellt – gerade bei der Abstimmung und Verzahnung derjenigen Vorschriften, die einen einheitlichen Lebensvorgang unter verschiedenen rechtlichen Vorzeichen regeln.⁴⁶⁹ Die wertende Aufarbeitung und Orientierung des Vertragsgestalters an der sozialen, wirtschaftlichen und rechtlichen Wirklichkeit führt so auf einer ersten Stufe zur Bildung von Fallgruppen als Sachverhaltstypen und auf einer zweiten zur wertenden Umsetzung dieser Fallgruppen in kautelarjuristische Vertragstypen.⁴⁷⁰ Die Typologik als juristische Methode und allgemeine Lehre von der Denkform des Typus ermöglicht auf diese Weise angewandt die Bildung neuer Vertragstypen als Zwischenstufen zwischen sich ausschließenden Gesetzesbegriffen. Der kautelarjuristische Typus vermeidet gewaltsame

⁴⁶⁶ Die Vorschrift lautet: „Das Widerrufsrecht besteht, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht bei Fernabsatzverträgen zur Lieferung von Audio- und Videoaufzeichnungen oder von *Software*, sofern die gelieferten Datenträger vom Verbraucher entsiegelt worden sind.“

⁴⁶⁷ Zum neuen § 453 Abs. 1 BGB und der Einordnung von Software als „sonstiger Gegenstand“ i.S.d. Vorschrift vgl. unten D. III. 3. f.

⁴⁶⁸ *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Rn. 58.

⁴⁶⁹ *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Rn. 58.

⁴⁷⁰ *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Rn. 72.

Zuordnungen zu nicht passenden Extrembegriffen und erlaubt sachgerechte Vertragsgestaltungen gerade im „begriffsjuristischen Niemandsland“ durch eine wertende Entscheidung, welche gesetzlichen Rechtsfolgen dem neuen Vertragstyp zuzuordnen sind.⁴⁷¹

Kautelarjuristische Vertragstypen werden also durch die Betrachtung der Wirklichkeit und ihrer wertenden Zuordnung zu Fallgruppen gebildet. Sie werden insoweit nicht aus dem Gesetz abgeleitet, sondern „aus der Wirklichkeit geboren“. Ihre daraus resultierende Konkretheit wird als ihr entscheidender Vorteil gegenüber den kodifizierten Verträgen angesehen.⁴⁷² Der kautelarjuristische Vertrag verläuft nach *Langenfeld* quer zu den gesetzlichen Vertragstypen, indem er sie kombiniert, neu aufgliedert und ihre Teilbereiche zu neuen Ordnungssystemen zusammenfasst; dabei macht er auch an den Grenzen der einzelnen Rechtsgebiete nicht Halt, sondern strebt vielmehr eine sachbezogene Einheitlichkeit an.⁴⁷³ Die Bildung neuer Vertragstypen hat dabei die zwingenden gesetzlichen Schranken und Wertungen zu beachten, folgt im Übrigen aber weitgehend eigenen Regeln.⁴⁷⁴ Bei allen Vorteilen dieser Methode darf natürlich nicht übersehen werden, dass die kautelarjuristische Vertragspraxis aufgrund ihrer allein am Parteiinteresse orientierten Sicht ein ausgeprägt instrumentales Verhältnis zum Gesetzesrecht und der dazu entwickelten Dogmatik pflegt.⁴⁷⁵ Um so wichtiger ist es, als Regulativ klare und vorhersehbare Maßstäbe für die Inhaltskontrolle so entstandener Allgemeiner Geschäftsbedingungen aufzustellen.

c. Inhaltskontrolle anhand des gesetzlichen Leitbilds

Bei den neuartigen Vertragstypen handelt es sich zumeist nicht um im Einzelnen von den Parteien ausgehandelte Individualverträge, sondern um standardisierte und einseitig vorformulierte Klauselwerke.⁴⁷⁶ Die praktische Bedeutung der Qualifikation atypischer, gemischter oder moderner Vertragstypen begründet sich daher – neben Fragen der Mängelhaftung und nach der Länge von Verjährungsfristen – insbesondere aus der

⁴⁷¹ *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Rn. 45.

⁴⁷² vgl. *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Rn. 82, 85.

⁴⁷³ *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Rn. 83.

⁴⁷⁴ *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Rn. 85 f.

⁴⁷⁵ *Kramer* in: *Kramer* (Hrsg.), *Neue Vertragsformen der Wirtschaft*, S. 23, 34.

⁴⁷⁶ *Martinek*, *Moderne Vertragstypen*, Band I, S. 5.

Ergänzung lückenhafter Verträge sowie aus der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts bei der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach der Generalklausel des § 307 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 BGB.⁴⁷⁷ Danach ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel dann anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Das gesetzliche Leitbild dient also als maßgebliche Beurteilungsgrundlage: Lässt sich ein durch AGB geregelter Vertrag in das System der gesetzlichen Vertragstypen einordnen, weicht jedoch zu Lasten des Vertragspartners des Verwenders von der dort vorgesehenen grundlegenden Verteilung typischer Risiken ab, ist er AGB-rechtlich unzulässig.

Im Falle einer Abweichung von gesetzlichen Vorschriften stellt sich dann vor allem die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Norm des dispositiven Gesetzesrechts für eine Vereinbarung der Parteien im Einzelfall Leitbildcharakter entfaltet. Durch § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB soll prinzipiell nur die grundlegende Veränderung eines vom Gesetzgeber als gerecht angesehenen Interessenausgleichs verhindert werden.⁴⁷⁸ Die Inhaltskontrolle anhand des Leitbildcharakters ermöglicht dadurch auch Rechtsfortbildungen im Einzelfall, weil der Gerechtigkeitsgehalt der den Vertragstypen zugeordneten Normen im Rahmen der Generalklausel immer neu definiert und im Hinblick auf aktuelle Rechtsfragen und neue Geschäftsmodelle konkretisiert werden kann.⁴⁷⁹ Der systematische Verdienst der Leitbildtheorie liegt insbesondere darin, dass sie nicht jede Abweichung gegenüber den gesetzlich geregelten Vertragstypen verbietet, sondern AGB nur anhand der Zwecksetzungen des dispositiven Vertragsrechts kontrolliert. Diese Zwecküberlegungen können sich dabei neuen Sachverhalten anpassen und verbürgen damit genau die Flexibilität, die gerade im modernen Vertragsrecht wegen der Vielgestaltigkeit der Sachverhalte unabdingbar ist.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ Nach einer anderen Sichtweise lasse sich der Regelungszweck des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB als Auftrag an den Rechtsanwender verstehen, das moderne Vertragsrecht gerade nicht unter den Blickwinkel der Rechtsnatur zu stellen, sondern den der Vertragsnatur. Einer neuartigen, auf der Schöpfung der Parteien beruhenden Austauschgestaltung solle der Rechtsanwender nicht durch Erarbeitung von Rechtsnaturen und Normstrukturtypen begegnen, sondern durch Analyse ihres spezifischen Problempotentials. Damit gehe es also zugunsten einer problemspezifischen Annäherung nicht mehr vorrangig um die Frage, welchem bekannten Normstrukturtypus eine Vereinbarung am meisten ähnelt (so *Oechsler*, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, S. 324 f. zu § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG; ähnlich auch *Fuchs* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 307 BGB, Rn. 200 ff.).

⁴⁷⁸ *Fuchs* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 307 BGB, Rn. 221.

⁴⁷⁹ *Oechsler* in: *Staudinger/Eckpfeiler*, S. 493, 494.

⁴⁸⁰ vgl. *Oechsler* in: *Staudinger/Eckpfeiler*, S. 493, 500; zur Herleitung und Geschichte der sog. Leitbildtheorie vgl. *Oechsler* a.a.O.

Problematisch bleibt aber die Behandlung der in der heutigen Wirtschaftspraxis verstärkt vorkommenden Formen des modernen Austauschvertrages, die im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt sind und bei denen sich deshalb ein gesetzliches Leitbild üblicherweise nicht ohne weiteres feststellen lässt. Die Idee des Leitbildes ist eng verbunden mit der Denkform des Typus, allerdings nach einer Ansicht nicht im Sinne der gesetzlichen Schuldvertragstypen. Den gesetzlichen Regelungen seien nicht unmittelbar Leitbilder zu entnehmen.⁴⁸¹ Vielmehr müsse man innerhalb der Vertragstypen nach typischen wirtschaftlichen und sozialen Beziehungen differenzieren und sich so in dem weiten Feld heterogener tatsächlicher Erscheinungen erst einmal schrittweise Typen erarbeiten. Fehlten gesetzliche Regelungen ganz, so sei erst recht eine vorherige typisierende Reduktion notwendig.⁴⁸² Bei dieser normativen Typenbildung gehe es aber nicht nur darum, neue Schöpfungen der Vertragspraxis unter das Dach gesetzlicher Regelung zu bringen. Die Entwicklung beziehe sich vielmehr überwiegend auf Erscheinungen, die formal unter eine der gesetzlichen Typen fielen. Die neue Typisierung überlagere jedoch diese traditionellen Vertragsarten, orientiere sich vornehmlich an wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhängen und verlaufe daher „quer zu den überlieferten Vertragstypen“.⁴⁸³ Die Grundformen der BGB-Verträge würden auf diese Weise mit einem Netz engerer oder weiterer neuer Gruppierungen überzogen, die sich von den traditionellen Vertragstypen qualitativ unterschieden und Träger für neue Problemlösungen bildeten.⁴⁸⁴

d. Vertragstypenzuordnung oder Sachnähe der Einzelnorm?

Erschwert werden die Zuordnung moderner Verträge zu den gesetzlichen Vertragstypen und eine Inhaltskontrolle von AGB anhand des gesetzlichen Leitbildes zum einen dadurch, dass in der modernen Wirtschaftsordnung Abweichungen von den im BGB geregelten Idealtypen die Regel und zum anderen die Grenzen zwischen den Vertragstypen des Besonderen Schuldrechts mitunter fließend sind.⁴⁸⁵ Die Rechtsprechung und überwiegende Literatur bleibt trotz dieser Schwierigkeiten auch in

⁴⁸¹ *Weick*, NJW 1978, 11, 14.

⁴⁸² *Weick*, NJW 1978, 11, 14.

⁴⁸³ vgl. dazu schon *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Rn. 83.

⁴⁸⁴ *Weick*, NJW 1978, 11, 15.

⁴⁸⁵ vgl. *Köhler* in: FS Honsell, S. 29, 30 und *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 166.

den Randbereichen, d.h. in den Fällen, in denen ein Vertrag nicht ohne weiteres einem gesetzlichen Vertragstyp zugeordnet werden kann, mit Hinweis auf die dadurch gestärkte Orientierungssicherheit des Rechtsanwenders grundsätzlich bei dem dogmatischen Vorgehen der Vertragstypenzuordnung.⁴⁸⁶ Die typologische Betrachtung eröffnete die Möglichkeit, Typenabwandlungen und Typenmischungen sachgerecht einzuordnen.⁴⁸⁷ Neben der Bedeutung für die Inhaltskontrolle von AGB anhand des gesetzlichen Leitbilds spielt die vertragstypologische Einordnung dabei vor allem bei der ergänzenden Vertragsauslegung eine Rolle: Als Maßstab für eine am mutmaßlichen Willen der Parteien ausgerichtete Vertragsergänzung können nämlich insbesondere die gesetzlich geregelten Vertragstypen dienen, die vom Gesetzgeber als ausgewogene Regelungen für typische Interessenkonflikte konzipiert wurden. Auch ein Vertrag, der nicht-gesetzestypische Leistungen enthält oder mehrere verschiedenartige Leistungen kombiniert, dabei aber Lücken aufweist, kann also anhand der gesetzlichen Vertragstypen ergänzt werden.⁴⁸⁸

Bei der typologischen Zuordnung im Einzelfall handelt es sich um eine Rechtsfrage, auf deren Beantwortung die Parteien über die Vereinbarung des Vertragsinhalts hinaus keinen unmittelbaren Einfluss haben.⁴⁸⁹ Die rechtliche Einordnung vollzieht sich in Analyse der vereinbarten Rechte und Pflichten, der verfolgten wirtschaftlichen Ziele und der Interessenlage der Parteien, an die sich ein Vergleich mit den gesetzlich geregelten Vertragstypen anschließt.⁴⁹⁰ Für die typologische Zuordnung als juristische Methode gilt die Grundannahme, dass eine Parteivereinbarung nicht im Sinne eines begrifflich-kategorialen Syllogismus unter die Normen eines speziellen Vertragstyps subsumiert werden kann, sondern stattdessen dem betreffenden Vertragstyp im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung zugeordnet wird, um so den mitunter rechtsschöpferischen Charakter von Parteivereinbarungen erfassen und werten zu können.⁴⁹¹ Im Gegensatz zur Subsumtion kommt es also nicht allein darauf an, dass alle prägenden Elemente eines Vertragstyps analytisch nachgewiesen werden. Die Abwesenheit einzelner tatsächlicher Merkmale in einem Lebenssachverhalt kann vielmehr im Rahmen einer Gesamtschau durch die besonders starke Verwirklichung anderer substituiert werden, wenn dies im

⁴⁸⁶ Larenz, Methodenlehre, S. 301.

⁴⁸⁷ Larenz, Methodenlehre, S. 303.

⁴⁸⁸ so auch A. Schneider, Verträge über Internet-Access, S. 12.

⁴⁸⁹ Gauch in: FS Honsell, S. 3, 5.

⁴⁹⁰ Martinek, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 21.

⁴⁹¹ Oechsler in: Staudinger/Eckpfeiler, S. 493, 501; vgl. auch Martinek, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 19: Das Vorliegen eines Typus bestimme sich in einem auf Sinn- und Funktionszusammenhänge abstellenden Wertungsakt des Rechtsanwenders; ausführlich zum Ganzen Oechsler, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 298 ff.

Ergebnis bei wertender Gesamtbetrachtung gerechtfertigt erscheint.⁴⁹² Im Kern geht es darum, die prägenden Merkmale einer Parteivereinbarung vergleichend mit Blick auf den normalerweise durch den Normstrukturtypus geregelten Fall zu analysieren.⁴⁹³

Das unvermeidbare immanente Defizit des Vertragstypenrechts, das darin liegt, dass nicht alle gesetzlichen Regeln eines Vertragstyps auf alle konkreten Verträge dieses Typs, die sich in der Praxis herausgebildet haben, in gleicher Weise zugeschnitten sind, wird dadurch abgeschwächt, dass zum einen viele gesetzliche Regeln lediglich dispositiver Natur sind und zum anderen auch diese auf einen lückenhaften Vertrag nur dann anwendbar sind, wenn sie den vereinbarten Inhalt des konkreten Vertrages sinnvoll ergänzen, indem sie sich harmonisch in den übrigen Vertragsinhalt einpassen. Wo dies nicht der Fall sei oder gesetzliche Regelungen ganz fehlten, könne nach einem in der Literatur vertretenen Ansatz die entstehende Lücke auch durch analoge Anwendung von Vorschriften aus dem Regelungsprogramm eines anderen Vertragstyps geschlossen werden, also durch analoge typenübergreifende Rechtsanwendung.⁴⁹⁴ Dies führe zu einer gewissen Flexibilisierung des gesetzlichen Vertragstypenrechts.⁴⁹⁵

Könnten die Grenzen zwischen den einzelnen Vertragstypen nicht scharf gezogen werden,⁴⁹⁶ erscheine es nach anderer Auffassung als höchst fragwürdig, von dieser Abgrenzung die Anwendung mitunter höchst unterschiedlicher Rechtsnormen mit höchst unterschiedlichen Rechtsfolgen abhängig zu machen. Gerade die Zuordnung innovativer Parteivereinbarungen, deren Neuartigkeit z.B. auch aus einem ungewöhnlichen Leistungsgegenstand wie Software resultieren kann,⁴⁹⁷ zu einem kodifizierten Vertragstyp fällt nach der Lehre von der Vertragstypologie kaum jemals teleologisch eindeutig aus.⁴⁹⁸ Daher wird mit unterschiedlichen Begründungen versucht, von der

⁴⁹² *Oechsler* in: Staudinger/Eckpfeiler, S. 493, 502.

⁴⁹³ *Oechsler* in: Staudinger/Eckpfeiler, S. 493, 503; *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 183 spricht von einer Ähnlichkeitsprüfung: Im Gegensatz zur begrifflichen Subsumtion komme es nicht auf die Identität in wenigen „abgezogenen“ Merkmalen, sondern auf die Ähnlichkeit im Gesamtbild an. Welcher Grad an Übereinstimmung für eine Zuordnung zu einem Typus erforderlich sei, lasse sich dabei nicht allgemein angeben; je mehr jedoch ein Typus in Richtung Begriff verfestigt sei, je größeres Gewicht also einigen hervorgehobenen Zügen zukomme, desto bedeutsamer sei auch die Übereinstimmung gerade in diesen Zügen.

⁴⁹⁴ *Gauch* in: FS Honsell, S. 3, 10 ff.

⁴⁹⁵ *Gauch* in: FS Honsell, S. 3, 13.

⁴⁹⁶ vgl. *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 300: Die zentrale Schwachstelle der auf eine Wertentscheidung im Einzelfall abstellenden Typenmethode liege gerade in den Schwierigkeiten einer formal gerechten Abgrenzung der jeweiligen Normanwendungsbereiche.

⁴⁹⁷ *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 304 (Fn. 34).

⁴⁹⁸ *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 301.

Vertragstypenzuordnung als maßgeblicher Weichenstellung loszukommen zugunsten eines Abstellens auf die konkrete, sachlich am besten auf den Einzelfall passende Norm, unabhängig davon, welchem Regelungsprogramm des Besonderen Schuldrechts sie angehört.⁴⁹⁹ Die Rechtsfolgen gesetzlicher Vertragsarten werden dem kautelarjuristischen Vertragstyp danach im Wege wertender Entscheidung nur zugeordnet, wenn und soweit sie passen, ohne den Vertrag insgesamt einem gesetzlichen Typus zu unterstellen.⁵⁰⁰ Die typologische Zuordnung wird vielmehr als entbehrlicher Umweg auf dem Weg zur jeweils passenden Norm verstanden, für deren Anwendung es allein auf die Analogievoraussetzungen im Einzelfall ankomme.⁵⁰¹

Gerade in den praktisch wichtigen Fällen neuartiger Vereinbarungen erfolgt nach dieser Ansicht letztlich eine einzelfallbezogene Ähnlichkeitsprüfung, welche auch als teleologische Reduktion verstanden werden könne.⁵⁰² Im Ergebnis sei konkret danach zu fragen, ob die in Betracht kommende Norm den Interessenkonflikt regele, den es zu entscheiden gelte,⁵⁰³ bzw. – umgekehrt – ob die zu regelnde Rechtsfrage der in der Vertragsrechtsnorm geregelten vergleichbar sei oder nicht.⁵⁰⁴ Die typologische Zuordnung sei im Vergleich zu diesem Ansatz nicht mehr als eine „Analogie mit Umwegen“⁵⁰⁵. Denn sie erfordere zwei Ähnlichkeitsprüfungen: eine generelle bezogen auf den Typenvergleich und eine konkrete bezogen auf die Anwendbarkeit einer Einzelnorm. Die auf einer Einzelanalogie beruhende Lösung erspare demgegenüber den Umweg über die typologische Zuordnung und wende sich unmittelbar der allein entscheidenden konkreten Ähnlichkeitsprüfung zu.⁵⁰⁶

Kautelarjuristische Vertragstypen haben nach einem ähnlichen Ansatz eine eigenständige – gesetzlich gerade nicht geregelte – Rechtsnatur. Daher sei es unzulässig, sie durch Qualifikation oder rechtliche Einordnung ihrem Wesen nach einem gesetzlichen Vertragstyp fest zuzuweisen. Dies sei auch zur Bestimmung der zu beachtenden zwingenden Rechtsvorschriften gar nicht erforderlich. Diese könne vielmehr unter Berücksichtigung der Rechtsnatur der betreffenden Vertragsbestimmung unter

⁴⁹⁹ Köhler in: FS Honsell, S. 29, 30 f.

⁵⁰⁰ Langenfeld, Vertragsgestaltung, Rn. 107.

⁵⁰¹ Oechsler in: Staudinger/Eckpfeiler, S. 493, 505 f.; vgl. auch Fuchs in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 307 BGB, Rn. 201.

⁵⁰² Oechsler, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 306.

⁵⁰³ Köhler in: FS Honsell, S. 29, 39.

⁵⁰⁴ Oechsler in: Staudinger/Eckpfeiler, S. 493, 506.

⁵⁰⁵ Oechsler, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 311.

⁵⁰⁶ Oechsler, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 308.

Einbeziehung des Sinnzusammenhangs des Gesamtvertrages erfolgen, ohne dass dem Vertragstyp insgesamt ein nicht passendes gesetzliches Etikett aufgeklebt werden müsse.⁵⁰⁷ Die wertende Zuordnung gesetzlicher Rechtsfolgen unter Berücksichtigung des Charakters der jeweiligen Einzelbestimmung im Kontext des Gesamtvertrages offenbare gerade kein Theoriedefizit, sondern entspreche den Grundsätzen moderner wertender Rechtsanwendung und Rechtsfindung.⁵⁰⁸ Die übliche Differenzierung nach zusammengesetzten Verträgen, gemischten Verträgen und Innominatverträgen würde vom Standpunkt der kautelarjuristischen Vertragslehre aus weitgehend unbrauchbar.⁵⁰⁹

2. Typologie gemischter und atypischer Verträge

Die klassische juristische Lehre hält ungeachtet der Vorteile einer Rechtsfindung im Wege der Einzelfallwertung grundsätzlich auch bei gemischten und atypischen Verträgen an der Vertragstypenzuordnung fest und nimmt eine starre Einteilung und Untergliederung solcher Verträge vor, um den mit ihnen verbundenen Fragestellungen zu begegnen und durch Systematisierung einen gewissen Grad an Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit bei der Bewältigung neu aufkommender Probleme zu gewährleisten.

a. Begriffliche Einteilung und Erscheinungsformen

Martinek bedient sich zur Kategorisierung neuartiger vertraglicher Konstellationen des Begriffs des Innominatvertrages,⁵¹⁰ der neben der Gleichförmigkeit und der Neuartigkeit der Interessenlage und des Regelungsinhalts das Fehlen einer eigenständigen gesetzlichen Regelung voraussetzt. Die zu den Innominatverträgen zählenden, innerhalb dieser aber eine Sondergruppe bildenden, sog. modernen Vertragstypen sind zwar verkehrstypisch, aber normativ in ihrer Typizität nicht vom Gesetzgeber aufgegriffen worden; ihre Typizität im Sinne ihrer regel- und modellhaften Ausprägung ist demnach

⁵⁰⁷ *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Rn. 109; vgl. auch *Stadler* in: Jauernig, § 311 Rn. 27: Bestimmung der Rechtsfolgen nach dem „nächsten“ Vertragstyp.

⁵⁰⁸ *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Rn. 112.

⁵⁰⁹ *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Rn. 111.

⁵¹⁰ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 4; vgl. auch *Kramer* in: Kramer (Hrsg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft, S. 23 ff.

eine „empirisch-reale, keine normativ-ideale“⁵¹¹. Die wichtigste Gemeinsamkeit aller modernen Vertragstypen – wie z.B. Leasing, Factoring, Know-How- und Computerverträge – ist bei aller funktionalen Heterogenität ihr ausgeprägter Bezug zum heutigen Wirtschaftsleben: Sie spielen als Gestaltungsmittel wirtschaftlicher Beziehungen in der modernen Industrie, im Handel und im Dienstleistungssektor eine herausragende Rolle.⁵¹² Die modernen Vertragstypen in diesem Sinne können sich dabei sowohl als bloße Modifikation eines normativen Schuldvertragstyps als auch als atypischer Vertrag (im weiteren Sinne) darstellen.⁵¹³

Der Begriff des sog. atypischen Vertrages (im weiteren Sinne) oder gemischten Vertrages wird zumeist als Ausgangspunkt zur Kategorisierung gesetzlich un geregelter Vertragsarten herangezogen. Darunter versteht man solche Verträge, bei denen nach einer wertenden Betrachtung keine Zuordnung zu einem gesetzlichen Vertragstyp mehr möglich ist. Die vertragliche Regelung liegt – auch nach ihrer Auslegung – außerhalb aller Änderbarkeitsspektren der kodifizierten Schuldvertragstypen.⁵¹⁴ Bei der Auslegung ist aber zu beachten, dass das Bestehen einer gewissen Variationsbreite ohne starre Grenzen gerade den rechtlichen Typus vom Rechtsbegriff abgrenzt. Gewisse Modifikationen vertraglicher Rechte und Pflichten sind also auch innerhalb des Typus durchaus zulässig.⁵¹⁵ Während beim zusammengesetzten Vertrag mehrere durch den Parteiwillen verbundene, aber gedanklich voneinander zu trennende Vereinbarungen vorliegen, sind beim gemischten Vertrag Bestandteile verschiedener Vertragstypen derart miteinander verbunden, dass sie nur in ihrer Gesamtheit ein sinnvolles Ganzes ergeben.⁵¹⁶ Hinsichtlich der weiteren begrifflichen Unterteilung gemischter bzw. atypischer Verträge wird von einem Teil des Schrifttums unterschieden zwischen Typenkombination,

⁵¹¹ Martinek, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 4 f.

⁵¹² Martinek, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 7; eine weitere Gemeinsamkeit aller modernen Vertragstypen liege in ihrer Verwurzelung in der US-amerikanischen Rechts- und Wirtschaftskultur, ohne dass diese eine Lösung für die mit den modernen Vertragstypen verbundenen Probleme mitliefere. Der Rechtskreis des *Common Law* sei im Vertragsrecht von der römisch-rechtlichen Vertragstypologie weithin unberührt geblieben und habe sich von jeher stärker an den von der Wirtschaftspraxis ausgeformten empirischen Gestalttypen von Verträgen orientiert. Dies ermögliche dem anglo-amerikanischen Rechtsdenken einen ungleich pragmatischeren Zugriff auf die konkreten Rechtsprobleme, weithin unbelastet vor allem von der Notwendigkeit, diese möglichst in ihrer Rechtsnatur zu bestimmen und in bestehende Typenordnungen einzupassen, um überhaupt das anwendbare Recht zu ermitteln (vgl. Martinek a.a.O., S. 8 f.).

⁵¹³ Martinek, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 21.

⁵¹⁴ Martinek, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 20.

⁵¹⁵ Martinek, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 19.

⁵¹⁶ Grüneberg in: Palandt, Überbl v § 311, Rn. 19.

Typenverschmelzung und Typenneuschaffung, wobei die Übergänge zwischen den einzelnen Kategorien fließend und die Untereinteilungen verschieden sind.⁵¹⁷

Die Typenkombination setzt voraus, dass der Vertrag Elemente mehrerer gesetzlich geregelter Typen enthält, die sich auf unterschiedliche Bestandteile der Leistung bzw. Gegenleistung beziehen, wie z.B. beim Bauträgervertrag. Es werden zwei Unterformen unterschieden: zum einen Verträge mit mehrfachtypischer Leistung, bei denen eine Partei mehrere, verschiedenen Vertragstypen zuzuordnende Hauptleistungen schuldet; zum anderen Verträge mit andersartiger bzw. atypischer Gegenleistung.⁵¹⁸ Erbracht werden also mehrere Leistungen verschiedenen Typs, die in dem Vertragsgefüge gleichberechtigt nebeneinander stehen. Die Leistungen sind wirtschaftlich miteinander verbunden, lassen sich aber nicht nur gedanklich sondern auch faktisch voneinander trennen.⁵¹⁹ Bei der Typenverschmelzung als der zweiten Kategorie gemischter Verträge wird demgegenüber im Ergebnis nur eine einzige Leistung geschuldet, die aber zwischen zwei verschiedenen Vertragstypen steht, wie z.B. bei der gemischten Schenkung. In der von einer Partei geschuldeten Leistung sind also Elemente verschiedener Vertragstypen faktisch untrennbar miteinander verbunden.⁵²⁰ Unter Typenneuschaffung (auch als atypischer Vertrag im engeren Sinne bzw. Vertrag *sui generis* bezeichnet) wird schließlich die Entwicklung bzw. Erfindung einer im Rechtsverkehr häufig vorkommenden Vertragsart mit gewissen regelmäßig wiederkehrenden und damit typusprägenden Merkmalen verstanden, die weder als bloße atypische Abwandlung einer gesetzlich geregelten Vertragsart noch als Kombination aus Elementen mehrerer Vertragsarten sachgerecht erfasst werden kann. Die Parteien vereinbaren hierbei also einen im Gesetz auch unter Berücksichtigung von Mischformen der kodifizierten Vertragstypen nicht vorkommenden Vertragsinhalt und „erfinden“ so einen neuen Vertrag.⁵²¹ Die Abgrenzung zu bloßen atypischen Abwandlungen gesetzestypischer Verträge ist dabei allerdings fließend.⁵²²

⁵¹⁷ grundlegend zur Kategorisierung gemischter Verträge schon *Hoeniger*, DJZ 1913, 263 ff.

⁵¹⁸ *Grüneberg* in: Palandt, Überbl v § 311, Rn. 20 f.; daneben wird zum Teil noch die Fallgruppe des typischen Vertrages mit andersartiger Nebenleistung gebildet, bei dem die von den Parteien zu erbringenden Hauptleistungen zwar einem typischen Vertrag entsprechen, eine Partei jedoch zusätzlich eine andersartige Nebenleistung schuldet (z.B. Miete eines Zimmers mit Bedienung).

⁵¹⁹ vgl. *A. Schneider*, Verträge über Internet-Access, S. 141.

⁵²⁰ *Grüneberg* in: Palandt, Überbl v § 311, Rn. 23.

⁵²¹ zum Ganzen ausführlich *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II/2, S. 42; ähnliche Einteilung bei *Grüneberg* in: Palandt, Überbl v § 311, Rn. 19 ff. und *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 20 f.; nicht in diesen Zusammenhang gehört einerseits die reine Verbindung selbständiger Verträge zu einer Einheit sowie andererseits die Abwandlung eines Vertragstypus von ganz untergeordneter Bedeutung, beispielsweise durch Vereinbarung einer reinen Nebenpflicht zum eigentlichen Vertrag.

⁵²² *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II/2, S. 60 f.

b. Anwendbare Vorschriften

Zur Frage der auf die gemischten Verträge anzuwendenden Vorschriften sind im juristischen Schrifttum zunächst im Wesentlichen zwei Theorien entwickelt worden:⁵²³ Nach der heute kaum mehr vertretenen Absorptionstheorie ist auf den gesamten Vertrag nur das Recht eines einzigen Typus, nämlich das der allein typenprägenden Hauptleistung, anzuwenden, wobei das dominierende Element alle übrigen „absorbiert“.⁵²⁴ Nach der Kombinationstheorie sind dagegen grundsätzlich die verschiedenen Bestandteile eines gemischten Vertrages zu trennen und jede Leistung gesondert den für den jeweils einschlägigen Typus geltenden Normen zu unterwerfen.⁵²⁵ Teilweise wird der Kombinationsgedanke auch noch weitergehend verstanden: Die gesetzlichen Vertragstypen sollen danach in einzelne Tatbestandselemente aufgelöst werden können, die als Vertragsbausteine begriffen und sodann nach Maßgabe der Leistungspflichten eines konkreten gemischten Vertrages zu einem neuen Gesamtbauwerk kombiniert werden können.⁵²⁶ Die Theorie der analogen Rechtsanwendung entspricht zwar im Ergebnis der Kombinationstheorie, verfolgt aber einen anderen Ansatz als diese, indem sie annimmt, dass das Gesetz gemischte Verträge nicht regelt, so dass die einzelnen Vorschriften des Besonderen Schuldrechts allenfalls analog angewandt werden könnten.⁵²⁷

Überwiegend werden die in der Literatur entwickelten Theorien als zu schematisch in ihrem jeweiligen Ausschließlichkeitsanspruch kritisiert und zugunsten einer einzelfallorientierten Vorgehensweise anhand der jeweiligen Interessenlage der Parteien verworfen.⁵²⁸ Nach Ansicht *Grünebergs* ist keine der Theorien angesichts der Vielgestaltigkeit der in der Praxis auftretenden Mischformen in der Lage, die rechtliche Behandlung der gemischten Verträge allein sinnvoll zu lösen. Seiner Ansicht nach sind

⁵²³ vgl. *Martinek*, *Moderne Vertragstypen*, Band I, S. 22: „(wenig fruchtbarer) Theorienstreit“.

⁵²⁴ vgl. *Larenz/Canaris*, *SchuldR BT II/2*, S. 44.

⁵²⁵ vgl. z.B. BGHZ 63, 306, 309 für eine zahnprothetische Heilbehandlung (Dienstvertrag) mit technischer Anfertigung einer Prothese (Werkvertrag).

⁵²⁶ vgl. *Martinek*, *Moderne Vertragstypen*, Band I, S. 23.

⁵²⁷ vgl. *Grüneberg* in: *Palandt*, *Überbl v § 311*, Rn. 24; vgl. auch *Gauch* in: *FS Honsell*, S. 3, 24: Es bestehe keine Veranlassung, auf irgendwelche Theorien auszuweichen, statt die Frage dorthin zu stellen, wo sie hingehöre, nämlich in das Gebiet der analogen Gesetzesanwendung.

⁵²⁸ vgl. *A. Schneider*, *Verträge über Internet-Access*, S. 139.

ausgehend vom mutmaßlichen Parteiwillen grundsätzlich für jede Leistung die Vorschriften des jeweils einschlägigen Vertragstypus heranzuziehen. Im Falle einer Kollision sei das Recht des Vertragstypus anzuwenden, der den rechtlichen oder wirtschaftlichen Schwerpunkt bilde. Seien die Vertragstypen gleichwertig vertreten, wie i.d.R. beim Kombinationsvertrag der Fall, sei die Vorschrift anzuwenden, die dem Vertragszweck am nächsten komme. Beim Verschmelzungsvertrag müsse u.U. für bestimmte Fragen im Wege der Analogie aus verschiedenen Vorschriften eine mittlere Lösung abgeleitet werden.⁵²⁹

Nach Meinung *Canaris* ist es in Anlehnung an die verschiedenen Theorien zumindest möglich, einige allgemeine Grundsätze für die Beantwortung der Frage nach der jeweils anwendbaren Norm zu formulieren: Ausgangspunkt ist auch für ihn die Trennungs- bzw. Kombinationsmethode, da man durch ihre Anwendung so nah wie möglich am Gesetz bleibe, am ehesten Wertungswidersprüche zur Behandlung der gesetzlich geregelten Vertragstypen vermeide und im Zweifel der Interessenlage der Parteien am besten gerecht werde.⁵³⁰ Ausnahmen zugunsten der Absorptionsmethode könnten dann notwendig werden, wenn Praktikabilitätsanforderungen, die Besonderheiten der Interessenlage oder der Zweck der fraglichen Norm dies erforderten.⁵³¹ Der BGH stellt insoweit im Wesentlichen darauf ab, wo der Schwerpunkt der Leistung liegt, und fragt danach, welches Element – insbesondere in quantitativer Hinsicht – überwiegt.⁵³² *Canaris* will bei der Ermittlung des Schwerpunkts demgegenüber in erster Linie auf den jeweiligen Normzweck abstellen.⁵³³ Im Ergebnis sei – so *Canaris* – die Kombinationsmethode vor allem bei den Kombinationsverträgen anzuwenden, während bei den Verschmelzungsverträgen wegen der besonders engen Verbindung der verschiedenen Leistungsbestandteile eher auf die Absorptionsmethode zurückzugreifen sei. Bei atypischen Verträgen habe man sich am typologisch nächststehenden Vertrag oder an der problemnächsten Norm zu orientieren. Wo diese Grundsätze nicht zur Problembewältigung ausreichen, bedürfe es der Entwicklung gesetzlich nicht

⁵²⁹ *Grüneberg* in: Palandt, Überbl v § 311, Rn. 25 f. (im Anschluss an *Heinrichs* in der Vor-Vorauflage).

⁵³⁰ *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II/2, S. 44. Dementsprechend richte sich beispielsweise die Gewährleistungshaftung für Mängel der Leistung grds. hinsichtlich des kaufrechtlichen Teils eines gemischten Vertrages nach den §§ 459 ff. BGB, hinsichtlich des werkrechtlichen Teils nach den §§ 633 ff. BGB, was praktische Bedeutung u.a. wegen der unterschiedlichen Länge der Verjährungsfristen hat (vgl. *Canaris* a.a.O., S. 48).

⁵³¹ *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II/2, S. 44.

⁵³² BGH NJW 1981, 341, 342 (Altenheimvertrag); BGH NJW 1983, 49, 50 (Mischraummietverhältnis).

⁵³³ *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II/2, S. 45.

vorgesehener Lösungen. Dies gelte auch für Typenverschmelzungs- und Kombinationsverträge, da sich diese nicht nur in der Summe ihrer Teile erschöpfen, sondern ein neues eigenständiges Ganzes bilden und in diesem Sinne ebenfalls Verträge *sui generis* seien. Hierfür bedürfe es in erster Linie der ergänzenden Vertragsauslegung, entweder generell für „einen solchen“ Vertrag, was im Ergebnis zur Bildung ungeschriebener Normen des dispositiven Rechts führe, oder individuell für „diesen“ Vertrag, was zu variierenden Ergebnissen für jeden Einzelfall führen könne.⁵³⁴

Nach Ansicht *Martineks* bildet die Absorptionsmethode gerade für die Behandlung gemischter Verträge keinen brauchbaren Lösungsweg. Zu befriedigenden Ergebnissen führe diese Theorie nur bei deutlicher Dominanz eines Typenelements, wobei dann ohnehin der Vertrag insgesamt zumeist noch dem dominanten Typus zugerechnet werden könne.⁵³⁵ Was die Kombinationstheorie angeht, lasse sich das Sinngefüge der gesetzlichen Vertragstypen zwar in einzelne Typenmerkmale aufgliedern. Es sei aber nicht ohne weiteres zulässig, die so gewonnenen Tatbestands- und Rechtsfolgenartikel isoliert zu betrachten und für beliebige Kombinationen nur als „Baumaterial“ zu verwenden. Einzelne Typenmerkmale und ihnen zugeordnete Rechtsfolgen ließen sich nur in ihrem spezifischen Verbund verstehen. Bei dem von der Kombinationstheorie angestrebten Verfahren drohe der Eigenwert der Vertragstypen verloren zu gehen.⁵³⁶ Auch das Verfahren der Analogie zur Auffindung der jeweils einschlägigen Rechtsfolgen, ohne Bestimmung der jeweiligen Rechtsnatur des Vertrages im Einzelfall, vermeide nur scheinbar die vertragstypologische Einordnung. Über die – die zentrale Analogiebasis bildende – Ähnlichkeit mit einem unmittelbar geregelten Sachverhalt, d.h. mit einem gesetzlich geregelten Vertragstyp, könne man sich nur schwer ein Bild verschaffen, ohne den ungeregelten Vertrag an der normativen Typenordnung zu messen und ihn zu qualifizieren.⁵³⁷ Eine auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit aufgebaute Zivilrechtsordnung habe in einer pluralistischen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung keine Alternative zu einer Rechtsnatur- und Rechtsfolgenbestimmung ihrer modernen Vertragstypen.⁵³⁸

⁵³⁴ Larenz/*Canaris*, SchuldR BT II/2, S. 45 f.

⁵³⁵ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 23.

⁵³⁶ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 23 f.

⁵³⁷ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 24.

⁵³⁸ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 32.

c. Der Computervertrag als atypischer Vertragstyp

Gerade die sog. Computerverträge werden des Öfteren als Beispiele atypischer Verträge im obigen Sinne verstanden. Hinter der zusammenfassenden Bezeichnung „Computerverträge“ verbirgt sich eine schwer systematisierbare Vielfalt von modernen Vertragstypen, die zwar insbesondere nach Vertragsgegenstand und -ausgestaltung, wirtschaftlicher Zielsetzung und Bedeutung voneinander abweichen, jedoch durch den gemeinsamen Bezug zur EDV gekennzeichnet sind. Computerverträge als moderne Vertragstypen verschließen sich der unmittelbaren Anwendung kodifizierten Vertragsrechts – anders als z.B. beim Leasing – insbesondere wegen der Neuartigkeit des Leistungsgegenstandes selbst. Subsumtionsversuche führen hier bei zentralen Rechtsbegriffen, wie z.B. dem kaufrechtlichen Sachmangel, schnell zu „aporetischer Orientierungslosigkeit“⁵³⁹.

Martinek versteht unter Computerverträgen im Ausgangspunkt sowohl Verträge über Hardware als auch über Software.⁵⁴⁰ Dabei bereitet die vertragstypologische Einordnung solcher Computerverträge, die allein auf die Überlassung von Hardware gerichtet sind, in der Praxis kaum Probleme, indem sie grundsätzlich der Einordnung von Verträgen über sonstige körperliche Gegenstände folgt.⁵⁴¹ Die Typisierung eines auf die endgültige oder zeitweise Überlassung von Standardsoftware gerichteten Vertrages wirft in erster Linie die Frage nach der Einordnung des Leistungsgegenstandes, genauer nach der Sachqualität der entweder auf einem Programmträger verkörperten oder online überlassenen Software auf.⁵⁴² An dieser Vorfrage erfolgt üblicherweise die zentrale Weichenstellung in Bezug auf die Anwendung gewährleistungsrechtlicher Vorschriften. Vereinbaren die Parteien die Herstellung und Lieferung von Individualsoftware, lag vor der Schuldrechtsreform nach nahezu einhelliger Ansicht ein Werkvertrag bzw. ein Werklieferungsvertrag über einen unvertretbaren Gegenstand vor. Auf die werkvertraglichen Rechtsfolgen wirkte sich der Streit über die Sachqualität von Software dabei praktisch kaum aus.⁵⁴³ Durch Einführung

⁵³⁹ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band III, S. 4.

⁵⁴⁰ zu den Begriffen im Allgemeinen *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band III, S. 6 ff.; zum Begriff der Software im Speziellen vgl. bereits oben B. II. 1.

⁵⁴¹ vgl. *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band III, S. 8.

⁵⁴² vgl. zur Sachqualität von Software ausführlich unten D. III. 3.

⁵⁴³ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band III, S. 17.

des neuen § 651 BGB im Rahmen der Schuldrechtsreform sind insoweit aber neue Probleme im Rahmen der Vertragstypisierung entstanden.⁵⁴⁴

Das charakteristisch Neue von Softwareverträgen liegt also zunächst im Vertragsgegenstand selbst und in der Frage seiner Einordnung als Sache, Recht oder sonstiger Gegenstand. Die Erstellung von Individualsoftware und die kundenspezifische Anpassung von Standardsoftware, z.B. Unternehmenssoftware, sowie die anschließende Implementierung beim Kunden wird immer öfter im Rahmen von auf Kooperation der Vertragspartner angelegten Projekten realisiert, die aufgrund ihrer Komplexität spezifische rechtliche Problemstellungen aufwerfen, die allein mit der werkvertraglichen Pflicht zur Mitwirkung des Bestellers (§§ 642 f. BGB) nicht zu erfassen sind. Darüber hinaus finden sich in der Praxis immer häufiger Softwareverträge, die ein ganzes Konglomerat von Leistungen bündeln, wie insbesondere beim Outsourcing und Application Service Providing (ASP), und die sich dadurch in ihrer Zusammenschau einer eindeutigen und einheitlichen rechtlichen Zuordnung zu den gesetzlichen Vertragstypen von vornherein entziehen. Da hier allein die statische Anwendung der zu gemischten Verträgen entwickelten Theorien nicht zu befriedigenden Ergebnissen im Einzelfall führen kann, wurden in der juristischen Literatur verschiedene alternative Ansätze zur Bewältigung der speziell aus solchen Softwareverträgen resultierenden Fragestellungen entwickelt.

3. Alternative Ansätze zur Erfassung von Softwareverträgen

Einige neuere Ansätze versuchen die Bedeutung des Einsatzes von Typen, Kategorien und Theorien insgesamt zu relativieren und wenden sich dabei vor allem gegen eine zu schematische Vorgehensweise. Um der Dogmatik und ihrer Funktion der Konsistenzkontrolle im Hinblick auf die Entscheidung anderer Fälle wieder zu ihrem Recht zu verhelfen und der Disparität zwischen moderner Wirtschaftswelt mit ihren neuen Sachverhalten und der Rechtslage gerecht zu werden, bedürfe es bereits alternativer Ansätze zur traditionellen Lehre von der Vertragstypologie.⁵⁴⁵ Andere Autoren nehmen die Vertragstypologie gerade als Ausgangspunkt einer Institutionalisierung neuartiger Vertragsgestaltungen und Vertragsinhalte.

⁵⁴⁴ vgl. zum Ganzen ausführlich unten D. III. 5.

⁵⁴⁵ vgl. *Bartsch*, CR 2000, 3, 6 f.

Mit ganz unterschiedlichen Ansätzen wird also in der Literatur versucht, Ausnahmen von der gesetzlich kodifizierten Risikoverteilung innerhalb der BGB-Vertragstypen zu statuieren, um im Einzelfall zu interessengerechten Ergebnissen zu kommen. Dogmatisch reichen diese Ansätze von der ergänzenden Vertragsauslegung über die analoge Anwendung einzelner Vorschriften bis hin zur Etablierung neuer, außergesetzlicher Vertragstypen. Bei den nachfolgend dargestellten Konzepten handelt es sich sowohl um allgemeine Modelle, die versuchen, neuartige vertragliche Konstellationen trotz der vorherrschenden funktionalen Heterogenität im Ganzen zu erfassen, und auf die bei der Auslegung von Softwareverträgen teilweise Bezug genommen wird, als auch um Ansätze, die sich von vornherein speziell auf Software als neuartigen Vertragsgegenstand konzentrieren.

a. Komplexe Langzeitverträge

aa. Allgemeine Grundsätze

Nicklisch hat zur Bewältigung von Problemen im Zusammenhang mit neuen komplexen Vertragsformen und -gegenständen, wie z.B. beim Bau- und Industriebauvertrag, dem Subunternehmervertrag im Bausektor oder auch dem Softwareerstellungvertrag, den Begriff des komplexen Langzeitvertrages geprägt.⁵⁴⁶ Komplexe Langzeitverträge stehen dogmatisch zwischen dem einmaligen Austauschvertrag und dem Dauerschuldverhältnis: Sie erschöpfen sich auf der einen Seite zwar nicht in einem einmaligen punktuellen Leistungsaustausch wie beim klassischen Kauf- oder Werkvertrag, unterscheiden sich von den Dauerschuldverhältnissen auf der anderen Seite aber dadurch, dass es bei ihnen nicht um die fortlaufende Wiederholung des Leistungsaustauschs über eine bestimmte Zeit geht, sondern um die gemeinsame Durchführung eines Projekts, an dem in der Regel eine Vielzahl von Beteiligten kooperativ mitwirkt und das längere Zeit beansprucht, eben Langzeitcharakter hat.⁵⁴⁷ Systematisch verbinden die komplexen Langzeitverträge damit

⁵⁴⁶ vgl. *Nicklisch* in: *Nicklisch* (Hrsg.), *Der komplexe Langzeitvertrag*, S. 17 ff., *Nicklisch* in: *Nicklisch* (Hrsg.), *Verträge über Computertechnik*, S. 95, 98 ff.; *Nicklisch*, *JZ* 1984, 757, 762 ff. und *Nicklisch*, *NJW* 1985, 2361 ff.; zu diesem und ähnlichen Ansätzen vgl. auch *Martinek*, *Moderne Vertragstypen*, Band III, S. 375 ff.

⁵⁴⁷ *Nicklisch* in: *Nicklisch* (Hrsg.), *Der komplexe Langzeitvertrag*, S. 17, 17 f.

den punktuellen Austauschvertrag mit den Dauerschuldverhältnissen und im Ansatz auch mit den Gesellschaftsverträgen.⁵⁴⁸

Komplexe Langzeitverträge haben oft technische Systeme zum Gegenstand, deren Komplexität nach entsprechend komplexer Vertragsgestaltung verlangt.⁵⁴⁹ Typisches Merkmal ist ferner, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch mehr oder minder ausgeprägte Ungewissheiten und Unwägbarkeiten – z.B. bezüglich des konkreten Leistungsgegenstandes oder der Rahmenbedingungen der Leistungserbringung – bestehen, die es unmöglich machen, die Rechte und Pflichten der Vertragspartner bereits zu diesem Zeitpunkt im Vertragstext exakt festzuhalten, und dem Vertrag damit häufig einen Rahmencharakter verleihen.⁵⁵⁰ Darüber hinaus ist kennzeichnend, dass regelmäßig eine Vielzahl von Beteiligten in fortlaufender Kommunikation und Kooperation an der Herbeiführung des gemeinsamen Erfolgs arbeitet. Häufig finden sich daher Regelungen, durch die eine ausdifferenzierte Risikoverteilung zwischen den Beteiligten angestrebt wird, um der besonderen Störanfälligkeit solcher Verträge zu begegnen.⁵⁵¹

Die im Wesentlichen auf das Modell des einfachen punktuellen Austauschvertrags ausgerichteten Bestimmungen des BGB-Schuldrechts sind auf die komplexen Langzeitverträge nicht zugeschnitten. Ein gesetzliches Regelungsdefizit ergibt sich insbesondere im Werkvertragsrecht, das vom Gesetzgeber modellhaft auf kleine Werkverträge vorwiegend handwerklichen Charakters ausgerichtet worden ist.⁵⁵² Das gesetzliche Regelungsmodell geht z.B. davon aus, dass genauso wie beim Stückkauf das zu erbringende Werk und das Entgelt bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses präzise, eindeutig und endgültig festgelegt sind.⁵⁵³ Auch wenn die Kautelarjurisprudenz in einigen Bereichen Mustervertragswerke geschaffen hat, bleiben im Zusammenhang mit dem Fehlen gerichtlicher Entscheidungen⁵⁵⁴ trotzdem Lücken, die durch allgemeine,

⁵⁴⁸ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil D, Rn. 63.

⁵⁴⁹ *Nicklisch* in: *Nicklisch* (Hrsg.), *Der komplexe Langzeitvertrag*, S. 17, 19.

⁵⁵⁰ *Nicklisch* in: *Nicklisch* (Hrsg.), *Der komplexe Langzeitvertrag*, S. 17, 19 f. und *Nicklisch*, NJW 1985, 2361, 2362 f.

⁵⁵¹ *Nicklisch* in: *Nicklisch* (Hrsg.), *Der komplexe Langzeitvertrag*, S. 17, 20 f. und *Nicklisch*, NJW 1985, 2361, 2363; zum Ganzen auch *Nicklisch*, JZ 1984, 757, 762 ff.

⁵⁵² *Nicklisch*, JZ 1984, 757, 764; beispielsweise sei bei dem Werkvertragsmodell des BGB die häufig längere Zeit in Anspruch nehmende Phase der eigentlichen Werkherstellung rechtlich im Prinzip irrelevant; es fänden sich für diese Phase auch keine Regelungen für eine von gegenseitigem Vertrauen getragene Kommunikation und Kooperation zwischen Besteller und Unternehmer; vgl. im Einzelnen *Nicklisch*, JZ 1984, 757, 759 f.

⁵⁵³ *Nicklisch*, NJW 1985, 2361, 2362.

⁵⁵⁴ zu den Gründen vgl. *Nicklisch* in: *Nicklisch* (Hrsg.), *Der komplexe Langzeitvertrag*, S. 17, 23.

rechtssystematische Grundsätze für komplexe Langzeitverträge, die deren besonderen Strukturen Rechnung tragen, gefüllt werden könnten.⁵⁵⁵

bb. Anwendung im Softwarebereich

Die typischen Strukturelemente des komplexen Langzeitvertrages im dargestellten Sinne, d.h. die Langfristigkeit und die Komplexität des Leistungsgegenstandes, der Rahmencharakter des Vertrages, das Kooperationserfordernis sowie das differenzierte System der Risikoverteilung durch Begründung spezifischer Mitwirkungspflichten des Kunden und korrespondierender Informationspflichten, findet man auch in Projektverträgen über die Herstellung spezifischer, kundenindividueller Software.⁵⁵⁶ Bei der Beschaffung, der Anpassung und dem Betrieb komplexer Softwaresysteme handelt es sich nicht um punktuelle Austauschakte; derartige Projekte erstrecken sich regelmäßig schon hinsichtlich ihrer Planung, der Installation und erst recht des anschließenden Betriebs über einen längeren Zeitraum.⁵⁵⁷ Ein Entwickler und Integrator von Unternehmenssoftware ist beispielsweise zwingend darauf angewiesen, dass der Anwender mit ihm zusammenarbeitet und ihm Einblick in seine Geschäftsprozesse gewährt. Der Dauerschuldcharakter kann sich bei der Beschaffung von Software auch aus den regelmäßig flankierend abgeschlossenen Pflegeverträgen ergeben oder durch die Ausprägung als lizenz- bzw. mietähnliches Überlassungsverhältnis.⁵⁵⁸

Typisch für ein Softwareerstellungsprojekt ist, dass gerade zu Beginn der Laufzeit, also im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, von den Parteien nicht genau definiert werden kann, was die Software später exakt leisten soll, was also im Einzelnen Vertragsgegenstand bzw. die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung im Sinne des gewährleistungsrechtlichen Mangelbegriffs darstellen soll. Die Realisierbarkeit bestimmter

⁵⁵⁵ vgl. *Nicklisch* in: Nicklisch (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag, S. 17, 24.

⁵⁵⁶ *Schneider* in: Nicklisch (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag, S. 289, 290 f.; *Nicklisch* in: Nicklisch (Hrsg.), Verträge über Computertechnik, S. 95, 98 ff.; vgl. auch *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil D, Rn. 61 ff. und *Zahrnt*, CR 1992, 84, 86 zu Systemintegrationsverträgen; einen inhaltlich ähnlichen Ansatz vertritt *Brandi-Dohrn*, CR 1998, 645, 648 ff. für komplexe Softwareentwicklungsprojekte, bei denen über eine ergänzende Vertragsauslegung im Einzelfall eine zugunsten des Entwicklers interessengerechtere Risikoverteilung erreicht werden soll, als das Werkvertragsrecht sie bietet; kritisch dazu *von Westphalen*, CR 2000, 73 ff.: Der Rückgriff auf die §§ 133, 157 BGB könne nur in den anerkannten Grenzen – insbesondere unter Beachtung des Vorrangs des dispositiven Rechts – erfolgen; die ergänzende Vertragsauslegung sei daher kein geeignetes Instrument zur adäquaten Risikobegrenzung zugunsten des Entwicklers.

⁵⁵⁷ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil D, Rn. 47.

⁵⁵⁸ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil D, Rn. 55.

Anforderungen kristallisiert sich im Detail oft erst im Projektverlauf heraus, z.B. nach der vereinbarten Herstellung eines Piloten im Wege des Prototyping, so dass sich die Parteien dann z.B. über Änderungen an der Zielsetzung oder in der Ausführung einigen müssen. Der vertraglich vorausgesetzte Gebrauch muss also von den Parteien während des Projektverlaufs – nicht zuletzt auch wegen des technischen Fortschritts – regelmäßig präzisiert und vervollständigt werden.⁵⁵⁹ Der Vertrag zur Softwareerstellung gleicht daher mitunter einem Rahmen, der dynamisch im Verlauf der Vertragserfüllung konkretisiert und ausgefüllt werden muss.⁵⁶⁰

Soweit Konkretisierungen oder Projektänderungen während der Vertragslaufzeit erforderlich werden, ist also eine intensive Kooperation aller Beteiligten erforderlich, die sich gerade im Modell des punktuellen Austauschvertrages des BGB nicht wiederfindet.⁵⁶¹ Insbesondere was die Mitwirkungspflichten des Bestellers angeht, bedarf es daher einer vertraglichen Statuierung der Rechtsfolgen unterlassener, verzögerter oder schlecht erbrachter Mitwirkungsleistungen.⁵⁶² Komplexe Langzeitverträge konstituieren dementsprechend besondere, ihren speziellen Eigenschaften Rechnung tragende Zusatzpflichten für beide Vertragsparteien.⁵⁶³ Teilweise werden allein aus der Annahme eines komplexen Langzeitvertrages besondere Pflichten der Parteien zur Planung, zu Organisationsbesprechungen und zur Präzisierung der Leistung abgeleitet. Der Anwender sei berechtigt, Änderungen der Leistung zu verlangen und es gelte eine besondere Pflicht zur Vertragstreue, woraus konkret auch eine Pflicht zur Pflege der Software resultieren könne.⁵⁶⁴

b. Netzwerke, Hybride und Evolutionäre Verträge

Weiterentwickelt wurde der Ansatz der komplexen Langzeitverträge – insbesondere im Hinblick auf den Kooperationscharakter – in verschiedenen Modellen zu sog. hybriden Verträgen oder Vertragsnetzwerken. *Teubner* versteht unter einem Netzwerk einen – neben Vertrag und Gesellschaft – dritten Typus privater Koordination, der weder auf

⁵⁵⁹ *Schneider* in: Nicklisch (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag, S. 289, 301.

⁵⁶⁰ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil D, Rn. 70.

⁵⁶¹ *Nicklisch* in: Nicklisch (Hrsg.), Verträge über Computertechnik, S. 95, 96 f.

⁵⁶² vgl. *Nicklisch* in: Nicklisch (Hrsg.), Verträge über Computertechnik, S. 95, 103 f.

⁵⁶³ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil D, Rn. 63.

⁵⁶⁴ *Zahrnt*, CR 1992, 84, 86 f.

vertraglichem Konsens noch auf Organisationsmitgliedschaft, sondern auf einer spezifischen Vertrauensbeziehung unter den Beteiligten beruht. Typischerweise erscheinen Netzwerke als Hybride, also als einer Gemengelage aus Elementen des Vertrags und der Gesellschaft entstammend, und bilden dabei eine Institution *sui generis*. Vertragsrechtlich seien hybride Netzwerke durch besondere Kooperationspflichten innerhalb des Netzwerks zu verfassen.⁵⁶⁵ Das vermehrte Auftauchen hybrider Netzwerke wird als eine raffinierte Reaktion auf die widersprüchlichen Anforderungen von Wettbewerb und Kooperation – vor allem im Bereich wissensbasierter Produkte – gedeutet. Man könne insoweit Organisationsnetzwerke und Vertragsnetzwerke unterscheiden. Letztere seien und blieben auch Verträge, führten aber intern kooperative und sogar hierarchische Strukturen ein.⁵⁶⁶

Einen ähnlichen Ansatz verfolgt *Heppner* speziell für Software: Moderne Vertragstypen seien vor allem dann nur schwer in das bestehende Rechtssystem einzuordnen, wenn sich in ihnen gesellschaftsrechtliche Elemente mit typischen Merkmalen austauschvertraglicher Beziehungen vermengen.⁵⁶⁷ Die vor allem im Zusammenhang mit komplexen Softwareentwicklungsverträgen diskutierten hybriden Verträge bildeten danach eine besondere Kooperationsform zwischen Austausch- und Gesellschaftsvertrag, zwischen Markt und Hierarchie.⁵⁶⁸ Sie seien ein Versuch, Konzepte zur gemeinschaftlichen Realisierung komplexer und langfristiger Projekte durch mehrere Beteiligte zu entwickeln. Dies geschehe im Wesentlichen durch bewusst unvollständige, aber vorausschauende Regelungen im Vertrag.⁵⁶⁹

Als Weiterentwicklung der Idee der hybriden Vertragsformen für komplexe Softwareentwicklungsprojekte stellt sich der von *Heppner* entwickelte Ansatz der sog. Evolutionären Verträge dar: Das von ihm vorgeschlagene Vertragsmodell orientiert sich an den evolutionären Entwicklungsmodellen der Informatik und soll die Entwicklung von Software über eine Prozessverständigung in homogene Arbeitspakete aufteilen, die jeweils gesondert rechtlich bewertet werden. Der evolutionäre Ansatz der Programmentwicklung modelliert ein System aus einer abstrakten Beschreibung und lässt

⁵⁶⁵ *Teubner*, ZHR 165 (2001), 550, 554.

⁵⁶⁶ *Teubner*, ZHR 165 (2001), 550, 564 f.

⁵⁶⁷ *Heppner*, Softwareerstellungsverträge, S. 64.

⁵⁶⁸ *Heppner*, Softwareerstellungsverträge, S. 70.

⁵⁶⁹ *Heppner*, Softwareerstellungsverträge, S. 72; vgl. auch *Schoengarth*, ASP, S. 156 f.

es organisch wachsen. Einzelne Module werden dabei zyklisch implementiert. Das Softwaresystem insgesamt wird damit iterativ über ein zyklisches Durchlaufen von Planungs-, Realisierungs- und Prüfschritten in einem Spiralmodell perfektioniert.⁵⁷⁰ Evolutionäre Verträge sollen die technischen Prozesse der evolutionären Softwareentwicklung vertraglich umsetzen. Die Rechte und Pflichten der Parteien in Bezug auf den konkreten Vertragsgegenstand werden bei einem evolutionären Vertrag nicht abschließend geregelt. Vielmehr wird nur ein Prozess festgeschrieben, der zur Ermittlung dieser Rechte und Pflichten während der Projektlaufzeit dienen soll. Im Ergebnis bilden evolutionäre Verträge gemischte Verträge aus Werk- und Gesellschaftsvertrag. Für die Planungsphasen und das Gesamtkonzept gilt Gesellschaftsrecht, für die Projektrealisierung Werkvertragsrecht. Die jeweils auf den Einzelfall anwendbaren Vorschriften sollen sich dann im Wesentlichen anhand der Kombinationstheorie bestimmen lassen.⁵⁷¹

c. Diskurstheorie

Kritisch zum praktischen Nutzen des Ansatzes des komplexen Langzeitvertrages hat sich vor allem *Martinek* geäußert:⁵⁷² Mit dem Konstrukt des komplexen Langzeitvertrages seien keine handfesten, rechtsanwendungsbezogenen Konsequenzen von dogmatisch-konstruktiver Relevanz verbunden.⁵⁷³ Insgesamt erweise sich das Theorienpotential des deutschen Vertragsrechts für den Umgang mit den Rechtsproblemen moderner Vertragstypen als wenig fruchtbar. Die ökonomische Rationalität des Vertragsverhaltens, an die hier mitunter – insbesondere bei Konzepten, die ursprünglich aus dem U.S.-amerikanischen Rechtsraum stammen, wie dem Modell der relationalen Verträge – angeknüpft werde, interessiere juristisch unmittelbar nur, soweit sie die Filter der deutschen Rechtsgeschäftslehre und des deutschen Schuldvertragsrechts passiert habe.⁵⁷⁴ Nichtsdestotrotz bedürfe es für die metadogmatische Arbeit am deutschen

⁵⁷⁰ vgl. *Heppner*, Softwareerstellungsverträge, S. 193.

⁵⁷¹ vgl. *Heppner*, Softwareerstellungsverträge, S. 203 ff.; den Unwägbarkeiten von komplexen Softwareentwicklungsprojekten wird heute in der Vertragspraxis häufig durch Festlegung von Projektphasen und Vereinbarungen über Änderungsverfahren und Konfliktlösungsmechanismen Rechnung getragen.

⁵⁷² *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band III, S. 381 ff.

⁵⁷³ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band III, S. 381.

⁵⁷⁴ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band III, S. 382.

Vertragsrecht der interdisziplinären Zusammenarbeit von Ökonomie, Soziologie und Jurisprudenz.⁵⁷⁵

Nur in einem langfristigen diskursiven Kommunikations- und Rechtsfindungsprozess aller Beteiligten aus Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, Rechtsprechung und Kautelarjurisprudenz könnten sich „moderne Vertragstypen als empirische Gestalttypen und als normative Rechtsstrukturtypen kongruent konturieren“ bzw. könnte sich die „integrative Rechtsinstitutionalisierung“ bei modernen Vertragstypen mit ihren hochkomplexen wirtschaftlichen und rechtlichen Hintergründen und Zielsetzungen vollziehen, um diese entsprechend den gesetzlichen Vertragstypen praktisch juristisch handhabbar zu machen.⁵⁷⁶ Der Rechtsprechung komme – unterstützt durch die Wissenschaft – in diesem Prozess eine Schlüsselrolle durch die Bildung eines richterrechtlichen Vertragstypenrechts zu.⁵⁷⁷ Ziel sei die Institutionalisierung der modernen Vertragstypen als normative Rechtsstrukturtypen, in denen – als „Konzentrat der Lebenswirklichkeit“ – spezifisch rechtliche Sinngehalte von typisch wiederkehrenden Konstellationen erfasst seien.⁵⁷⁸ Fernziel bilde dabei vor allem die Konvergenz ökonomischer und juristischer Rationalität durch Mitwirkung der Wirtschaftswissenschaften.⁵⁷⁹

Martinek bietet mit seiner Diskurstheorie keine Ansatzpunkte einer rechtswissenschaftlichen Annäherung an die vertragstypologische Einordnung konkreter moderner Verträge und den Umgang mit ihnen im Einzelfall.⁵⁸⁰ Die Diskurstheorie setzt auf einer Metaebene an und verfolgt damit schon gar nicht das Ziel, konkrete moderne Vertragsarten einer schuldrechtlichen Typisierung zuzuführen. Vielmehr gibt sie eine Anleitung, was mit den durch die rechtswissenschaftliche Literatur und die Rechtsprechung herausgearbeiteten oder noch herauszuarbeitenden Grundsätzen im Diskurs mit anderen wissenschaftlichen Disziplinen weiter zu geschehen hat.

⁵⁷⁵ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band III, S. 384.

⁵⁷⁶ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band III, S. 387 und *ders.*, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 29 und 31.

⁵⁷⁷ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 30.

⁵⁷⁸ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 31.

⁵⁷⁹ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band III, S. 388.

⁵⁸⁰ so auch *A. Schneider*, Verträge über Internet-Access, S. 145.

d. Modularer Ansatz

Ein anderer Ansatz sieht moderne Verträge gerade nicht als Derivate der gesetzlich kodifizierten Vertragstypen und auch nicht als lediglich aus diesen zusammengesetzt; sie seien vielmehr andersartig. Das Recht sei nur dann modern, wenn es dies zum Ausgangspunkt nehme. *Bartsch*⁵⁸¹ schlägt insoweit – in Weiterentwicklung des Kombinationsgedankens – ein modulares Konzept vor: Dieses sei sachverhaltsnah, indem es die Normanwendung dem Ausstrahlungsbereich der einzelnen konkreten Vorschrift entnehme, die eine eigene originäre Reichweite, einen eigenen Grundgedanken unabhängig von dem Vertragstyp besitze, in dessen Abschnitt sie geregelt sei; der Typ des jeweiligen Vertrages ergebe sich dann aus dem Ensemble aller so anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen.⁵⁸² Die einzelnen Normen bilden danach unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zu einem Vertragstyp situativ zusammenstellbare Bausteine für die moderne Vertragswelt.⁵⁸³ Aus dem Gedanken, dass die einzelne Vorschrift nicht nur integrierter Teil des gesetzlichen Vertragstyps ist, ergibt sich die Gestattung des Gesetzesanwenders, sie auch außerhalb ihres gesetzlichen Standortes anzuwenden. Was in einem hierarchischen System ein Systembruch wäre, z.B. durch Konstruktion einer Analogie, ist im modularen Konzept das systematisch korrekte Vorgehen. Der Nutzen der Vertragstypen als konsistente Regelungsfelder, als Modellvorstellungen sei daneben unbestreitbar und bleibe für den passenden Sachverhalt erhalten.⁵⁸⁴

Entfernt sich also ein konkreter Vertrag deutlich von den gesetzlich geregelten Typen oder liegt er zwischen diesen, sind nach dem modularen Ansatz diejenigen Normen zu einem Ensemble zusammenzustellen, die nach einer Analyse ihrer jeweiligen Reichweite auch diesen Vertrag meinen. Die Reichweite einer jeden Norm müsse man dabei nach dem Kriterium bestimmen, ob sie in einen ausgewogenen Mustervertrag für den jeweiligen Sachverhalt aufgenommen würde; eine Norm sei also dann anzuwenden, wenn sie Teil einer ausgewogenen Vertragsgestaltung für den Sachverhalt sein könne. Neutralität und Abstraktheit würden so gewahrt.⁵⁸⁵ Durch dieses Vorgehen könne das modulare Konzept

⁵⁸¹ *Bartsch*, CR 2000, 3, 7 f.

⁵⁸² *Bartsch*, CR 2000, 3, 7 f.

⁵⁸³ vgl. insoweit auch schon *Hoeninger*, Gemischte Verträge, S. 387: Die gesetzlichen Tatbestände seien gewissermaßen die Gebäude, die zwar auf Abbruch stünden, aus deren Bausteinen aber, mögen sie gelegentlich auch einmal nicht recht behauen sein, allein der neu Bau ausgeführt werden solle.

⁵⁸⁴ *Bartsch*, CR 2000, 3, 8.

⁵⁸⁵ *Bartsch*, CR 2000, 3, 9.

z.B. den gleitenden Übergang von Kauf- zu Werkvertrag bei der ergänzenden Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen eines Softwareüberlassungsvertrages besser erfassen und genauer abbilden als herkömmliche Methoden der Rechtsanwendung.⁵⁸⁶ Auch für Telekommunikationsverträge, wie den Access Provider-Vertrag, sei der modulare Ansatz am ehesten geeignet, zu sachgerechten Ergebnissen im Einzelfall zu gelangen, indem die jeweils situativ passende Norm unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zu einem der gesetzlichen Vertragstypen angewendet werde.⁵⁸⁷ Treffe eine Klausel in den AGB des Anbieters den Rechtsgedanken verschiedener Vorschriften unterschiedlicher Vertragstypen, sei im Wege der Analogie eine mittlere Lösung unter Berücksichtigung des Parteiwillens zu finden.⁵⁸⁸

Ob man die einzelne Norm tatsächlich aus ihrem Regelungsgefüge und Sinnzusammenhang herausgreifen und ihr höheres Gewicht beimessen darf als dem Gesamtsystem, in dem sie thematisch verortet und in das sie eingebettet ist, erscheint allerdings fraglich. So wird denn das modulare Konzept auch mit dem Argument kritisiert, es missachte die gesetzlich vorgegebene Kategorisierung von Vertragstypen.⁵⁸⁹ Die verschiedenen Regelungsprogramme des gesetzlichen Vertragstypenrechts seien nach der ihnen vom Gesetzgeber zugewiesenen Aufgabe keine „Pick-and-mix-Programme“, welche es dem Rechtsanwender erlaubten, die auf den Einzelvertrag anwendbaren Vorschriften ohne Rücksicht auf die Vertragsqualifikation selektiv zusammenzustellen, auch wenn sie nach den Grundsätzen der Gesetzesanalogie generell eine typenübergreifende Rechtsanwendung gestatteten und zumindest insoweit durchlässig seien.⁵⁹⁰ Da die gesetzlichen Regelungen des Besonderen Schuldrechts weithin dispositiv sind, kann die Vertragspraxis zwar das modulare Konzept aufgreifen. Darüber hinaus ist der Ansatz aber nicht mehr als ein Denkmodell für die Zukunft, zumal die Schuldrechtsreform die herkömmliche Typologie der Verträge gerade nicht grundsätzlich aufgebrochen hat.⁵⁹¹

⁵⁸⁶ *Bartsch*, CR 2000, 3, 9.

⁵⁸⁷ vgl. *Schuster*, CR 2006, 444, 453.

⁵⁸⁸ *Schuster*, CR 2006, 444, 453.

⁵⁸⁹ *Glossner* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 15.

⁵⁹⁰ *Gauch* in: FS Honsell, S. 3, 13 f. (zum schweizerischen Recht); die umschriebene Durchlässigkeit der gesetzlichen Regelungsprogramme äußere sich gerade in einer Rechtsanwendung, welche die Regeln eines Vertragstyps durch Analogieschluss auf den Nominatvertrag eines anderen Typs übertrage (*Gauch a.a.O.*).

⁵⁹¹ so auch *Junker*, NJW 2002, 2992, 2997.

Darüber hinaus muss bezweifelt werden, ob mit dem Kriterium der Aufnahme einer Klausel in einen fairen Mustervertrag die erforderliche Rechtssicherheit durch Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen erreicht werden kann. Die Subjektivität der Bewertung steigt durch dieses Vorgehen jedenfalls deutlich an.⁵⁹² Es bedarf zudem wohl nicht so weitreichender Konsequenzen wie der Zerschlagung der Vertragsmodelle in ihre jeweiligen Bestandteile und der anschließenden Auswahl der jeweils am besten passenden Einzelregelung auf neu definierte Vertragstypen, um Akzeptanz und Praxisnutzen des Rechts zu gewährleisten.⁵⁹³ Auch innerhalb eines anwendbaren gesetzlichen Vertragsmodells ist eine Modifikation der Einzelregelungen durchaus möglich, wenn dies den Interessen der Parteien entspricht.⁵⁹⁴

e. Analoge Rechtsanwendung

Ein Teil der juristischen Lehre versucht, den Herausforderungen der modernen Vertragspraxis dadurch zu begegnen und zu sachgerechten Ergebnissen im Einzelfall zu kommen, dass bestimmte einzelne Normen – obschon systematisch nicht direkt einschlägig – mittels Analogie zur Anwendung gebracht werden.⁵⁹⁵ Eine Gesetzesanalogie liegt vor, wenn eine Vorschrift auf einen Tatbestand angewendet wird, der einem durch Zurückgehen auf die Gesetzesbegründung gewonnenen allgemeineren Prinzip unterzuordnen ist; sie unterscheidet sich von der Auslegung (im engeren Sinne) dadurch, dass bei ihr der zu beurteilende Fall der gesetzlichen Vorschrift, wenn sie rein nach ihrem Wortlaut beurteilt wird, dem üblichen Sprachgebrauch nach nicht mehr unterstellt werden kann.⁵⁹⁶ Die Analogie setzt neben der Vergleichbarkeit der geregelten und der tatsächlichen Interessenlage voraus, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke aufweist.⁵⁹⁷

⁵⁹² das sieht auch *Schuster*, CR 2006, 444, 453.

⁵⁹³ *Ulmer*, CR 2000, 493, 499.

⁵⁹⁴ *Ulmer*, CR 2000, 493, 499; zur Begründung verweist *Ulmer* a.a.O. auf die Rspr. des BGH zur Anwendung der werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften beim Erwerb einer bereits fertig errichteten Eigentumswohnung (vgl. BGH NJW 1981, 2344 m.w.N.).

⁵⁹⁵ vgl. dazu bereits oben D. II. 1. d.

⁵⁹⁶ *Baumgarten*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 51.

⁵⁹⁷ *Heinrichs* in: Palandt, Einleitung, Rn. 48.

Oechsler hält die typologische Zuordnung eines Vertrages an sich schon für einen im Ergebnis entbehrlichen Umweg auf der Suche nach der einschlägigen Vorschrift.⁵⁹⁸ Für die Normanwendung komme es allein auf die Analogievoraussetzungen im Einzelfall an. Ob die fragliche Regelung darüber hinaus einem bestimmten Vertragstyp des BGB angehöre oder ob die fremde bzw. moderne Vertragsart diesem typologisch zugeordnet werden könne, sei für die Begründung der Rechtsfolge letztlich bedeutungslos. In der Praxis stelle man daher nur noch fest, dass es sich um einen typengemischten bzw. typenkombinierten Vertrag handele und prüfe davon ausgehend einzelfallbezogen die Analogiefähigkeit einzelner Normen.⁵⁹⁹ Die Typenzuordnung führe also als Methode im Ergebnis ins Leere. Entsprechenden Vorbehalten begegnet nach *Oechsler* daher auch die Kategorisierung in typengemischte und atypische Verträge. Ob beispielsweise eine kaufrechtliche Norm auf einen neuen Vertragstyp passe oder nicht, hänge nicht davon ab, ob in diesem gesetzliche Vertragstypen verschmolzen oder bloß kombiniert seien, sondern es entscheide allein, ob die fragliche Vorschrift ihrer Zwecksetzung nach auf die neue Art der Vereinbarung passe. Alle nicht eindeutig im BGB typisierten Formen des Austauschvertrages seien damit im Ergebnis wie atypische Verträge zu behandeln, auf die die §§ 433 ff. BGB wie auch nach der herkömmlichen Kategorisierung im Wege der Einzelanalogie angewendet werden könnten.⁶⁰⁰

So ließen sich insbesondere die auf den Erwerb von Software zielenden Austauschgeschäfte zwar zunächst den herkömmlichen Typen z.B. des Kaufvertrages zuordnen. Aber auch nach Bestimmung ihrer Rechtsnatur bleibe unklar, ob und inwieweit das allgemeine Kaufrecht im Einzelfall auch auf den Erwerb von Computerprogrammen passe und ob nicht gerade die Besonderheiten des Vertragsgegenstandes Software, die vor allem in ihrer Komplexität, der damit zusammenhängenden Fehleranfälligkeit sowie in ihrer Zwitterstellung zwischen Sache und Immaterialgut zu sehen seien, Modifikationen bei der Anwendung der allgemeinen kaufrechtlichen Normen notwendig machten.⁶⁰¹ Ein von vornherein am konkreten Problem anknüpfender Zugang eröffne demgegenüber den Weg, den Software-Erwerb als Original und eigenständige Austauschgestaltung mit originärem Regelungsbedarf zu verstehen und nicht nur als Derivat gesetzlich typisierter Vertragsformen, bei denen Abweichungen besonders begründungsbedürftig sind. Nur das

⁵⁹⁸ vgl. oben D. II. 1. d.

⁵⁹⁹ *Oechsler* in: Staudinger/Eckpfeiler, S. 493, 505 f.

⁶⁰⁰ *Oechsler* in: Staudinger/Eckpfeiler, S. 493, 508 f.

⁶⁰¹ *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 281 f.

Ausgehen vom konkreten Problem und der mit ihr verbundenen Analogiefrage führe im Ergebnis zu adäquaten Lösungen.⁶⁰²

f. Der Verfügbarkeitsvertrag

Der Ansatz des Verfügbarkeitsvertrages betrifft nicht in erster Linie punktuelle Austauschbeziehungen, sondern hat die Erfassung und Bewältigung der mit der zunehmenden zeitlich begrenzten Nutzung von Software zusammenhängenden Probleme zum Ziel: Die Informationswirtschaft tendiert bereits seit Längerem dazu, die Verfügbarkeit von Inhalten und Diensten als selbständigen wirtschaftlichen Eigenwert in den Vordergrund zu stellen.⁶⁰³ Zugang, Zugriff bzw. Access seien in ökonomischer Hinsicht die Schlüsselbegriffe des anbrechenden Zeitalters.⁶⁰⁴ Korrespondierend mit der von *Rifkin* aufgestellten zentralen These zur mikroökonomischen Entwicklung und ihren Folgen, dass das Eigentum als wirtschaftlicher Wert gegenüber dem Zugang zunehmend in den Hintergrund rücken werde und damit der Gebrauch eines Wirtschaftsgutes – sei es als Besitzer oder „Nicht-einmal-Besitzer“⁶⁰⁵ – in den Vordergrund trete,⁶⁰⁶ ist eine Änderung alteingesessener Geschäftskonzepte zu verzeichnen: Die Tendenz geht vom Kauf zum Leasing, vom Softwarekauf zum Application Service Providing (ASP) bzw. Software as a Service (SaaS), von der Erweiterung unternehmensinterner Kapazitäten zum IT-Outsourcing, von der eigenen Festplatte zum *Webpace*.⁶⁰⁷ Auch die Verbraucher orientieren sich um und streben weniger nach dem Eigentum an einer Sache als nach ihrer Verfügbarkeit.⁶⁰⁸

*Kloos/Wagner*⁶⁰⁹ haben auf der Grundlage dieser ökonomischen Entwicklungen zur vertragsrechtlichen Bewältigung neuer IT-Geschäftsmodelle das Konzept des

⁶⁰² *Oechsler*, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, S. 284 f.

⁶⁰³ vgl. *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865.

⁶⁰⁴ *Rifkin*, *Access – Das Verschwinden des Eigentums*, S. 13.

⁶⁰⁵ vgl. *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 866 (Fn. 17).

⁶⁰⁶ *Rifkin*, *Access – Das Verschwinden des Eigentums*, S. 10 f.: „Im kommenden Zeitalter treten Netzwerke an die Stelle der Märkte, und aus dem Streben nach Eigentum wird Streben nach Zugang, nach Zugriff auf das, was die Netzwerke zu bieten haben. [...] Das bedeutet nicht, dass es im kommenden Zeitalter kein Eigentum mehr geben wird. Ganz im Gegenteil. Eigentum wird weiter fortbestehen, aber es wird wahrscheinlich viel seltener getauscht werden. Die Anbieter der neuen Ökonomie werden ihr Eigentum behalten, sie werden es verpachten und vermieten oder auch Zugangsgebühren, Abonnements- oder Mitgliedsbeiträge für seinen befristeten Gebrauch erheben.“

⁶⁰⁷ *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 866.

⁶⁰⁸ *Rifkin*, *Access – Das Verschwinden des Eigentums*, S. 12.

⁶⁰⁹ vgl. *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865 ff.

Verfügbarkeitsvertrages eingeführt, der als eigenständiger Vertragstypus alle dauerhaften Vertragsbeziehungen umfassen soll, bei denen der Anbieter seinem Kunden dauerhaft, iterativ oder vereinzelt Inhalte, Dienste oder Funktionen zur Verfügung stellt. Typische Erscheinungsformen seien etwa Mobilfunkverträge, das Access Providing, das ASP sowie bestimmte Formen des Outsourcing. Der Verfügbarkeitsvertrag weise eine eigene Struktur auf und bilde eine große Bandbreite von in der Praxis vorkommenden wirtschaftlichen Konzepten ab. Die größte Sachnähe bestehe rechtlich zu Rahmenbezugsverträgen auf der einen und zur Sachmiete auf der anderen Seite.⁶¹⁰ Je nach innerer Gewichtung des Vertrages könnten Leistungsstörungen durch die unterschiedliche Kombination aus Modulen gesetzlicher Vertragstypen sachgerecht erfasst werden.⁶¹¹

Der Verfügbarkeitsvertrag kennzeichnet sich durch die Hauptleistungspflicht des Anbieters, die zum einen die permanente Bereithaltung und zum anderen die – zumeist nach Abruf durch den Kunden erfolgende – punktuelle Zurverfügungstellung einer Leistung umfasst. Die Hauptleistungspflicht ist also zweigeteilt in Leistungsbereitschaft und Leistungserbringung.⁶¹² Die Gewichtung der beiden Ebenen kann dabei unterschiedlich ausfallen: Zum einen kann die Ebene der Leistungsbereitstellung lediglich ein loses Band darstellen, das rechtlich selbständig zu beurteilende Leistungsabrufe miteinander verbindet (sog. leistungsorientierter Verfügbarkeitsvertrag). Zum anderen können die einzelnen Leistungserbringungen ihre rechtliche Selbständigkeit verlieren, mit der Folge, dass Leistungsbereitschaft und einzelne Abrufe zu einem einzigen einheitlichen Austauschverhältnis zusammenfallen (sog. bereitchaftsorientierter Verfügbarkeitsvertrag).⁶¹³ Die Abgrenzung dieser beiden Subtypen erfolgt danach, ob nach der Verkehrsanschauung ein Bedürfnis besteht, den einzelnen Leistungen eine eigene Vertragsidentität und damit ein herkömmlich ausdifferenziertes Leitbild an Leistungsstörungen zuzubilligen, wobei im Zweifel Geschäftsvorgänge aus der realen Welt als Vergleich heranzuziehen sind.⁶¹⁴ Ein solches Bedürfnis besteht dann, wenn die im Rahmen der einzelnen Leistungserbringungen übermittelten Informationen in digitaler

⁶¹⁰ Kloos/Wagner, CR 2002, 865.

⁶¹¹ Kloos/Wagner, CR 2002, 865, 872.

⁶¹² Kloos/Wagner, CR 2002, 865, 868; in diesem Sinne auch Roth in: Loewenheim/Koch, S. 89 ff. für den Datenbanknutzungsvertrag, der aus den Elementen der Bereithaltung der Datenbank einerseits, die sich mietrechtlich beurteile, und dem einzelnen Informationsabruf durch den Nutzer andererseits, der kaufrechtlichen Regeln folge, bestehe.

⁶¹³ Kloos/Wagner, CR 2002, 865, 868.

⁶¹⁴ Kloos/Wagner, CR 2002, 865, 868 f. (mit dem anschaulichen Beispiel des Wasser-Bezugsvertrages als Pendant zum Mobilfunkvertrag).

Form Surrogate analoger Informationsobjekte in Form von „Informationswaren“ darstellen. Darunter hat man größere, gewöhnlich inhaltlich in sich abgeschlossene Einheiten von Informationen zu verstehen, die der Markt aufgrund ihrer potentiellen Nutzungsmöglichkeit als selbständige Waren behandelt.⁶¹⁵

aa. Der leistungsorientierte Verfügbarkeitsvertrag

Der leistungsorientierte Verfügbarkeitsvertrag ist seinem Wesen nach ein Rahmenschuldverhältnis mit Ähnlichkeiten zum Bezugsvertrag.⁶¹⁶ Der Bezugsvertrag (oder auch Dauerlieferungsvertrag) wird zumeist auf unbestimmte Zeit ohne Festlegung einer bestimmten Liefermenge geschlossen; diese richtet sich vielmehr nach dem konkreten Bedarf des Abnehmers. Er setzt dabei als wesentliches Element ständige Lieferbereitschaft auf Seiten des Anbieters voraus.⁶¹⁷ Im Unterschied zum Sachmietvertrag resultiert aus dem Verfügbarkeitsvertrag die permanente Handlungsverpflichtung des Anbieters, seine Leistungsbereitschaft durch geeignete Maßnahmen aufrechtzuerhalten, welche sich nicht – wie regelmäßig beim Mietvertrag – allein durch die Übergabe einer Sache zunächst erledigt. Die Anwendung einzelner mietrechtlicher Vorschriften auf die Leistungsbereitschaft sei nach *Kloos/Wagner* trotz dieses Unterschieds aber nicht ausgeschlossen.⁶¹⁸

Die Leistungsbereitschaft wird beim leistungsorientierten Verfügbarkeitsvertrag durch den jeweils konkreten Abruf des Nutzers zu einem individuellen, rechtlich selbständigen Leistungserbringungsverhältnis verdichtet. Die Leistungserbringung kann sich dabei inhaltlich auf unterschiedliche Leistungsgegenstände beziehen: Eine bereits beim Anbieter befindliche Information wird lediglich an den Nutzer übermittelt; eine Funktion wird vom Anbieter auf Informationen des Nutzers angewandt; oder eine Information oder Funktion wird für eine bestimmte Zeit dem Kunden zur Nutzung überlassen. Diese Fallgruppen haben gemeinsam, dass der Vertragsgegenstand der Leistungserbringung (z.B. eine digitale Filmdatei) ein herkömmliches analoges Informationsobjekt mit

⁶¹⁵ *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 871.

⁶¹⁶ *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 869.

⁶¹⁷ *Grüneberg* in: Palandt, Überbl v § 311, Rn. 28.

⁶¹⁸ *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 869 f.; bei einem Mangel der Leistungsbereitschaft könnten insbesondere das mietrechtliche Instrument der gesetzlichen Minderung sowie Schadensersatzansprüche aus § 536a BGB in Betracht kommen.

eigenständigem Warencharakter funktional vollständig ersetzt (z.B. eine Videokassette), das bei vergleichbaren Leistungen in der real-physischen Welt übereignet (Kaufvertrag), erstellt und übereignet (§ 651 BGB, früher Werklieferungsvertrag), bearbeitet (Werkvertrag) oder auf Zeit zur Nutzung überlassen werden würde (Mietvertrag).⁶¹⁹

Anknüpfend an die BGH-Rechtsprechung zur Anwendung kaufrechtlicher Vorschriften auf Software auch für den Fall ihrer körperlosen Übertragung⁶²⁰ bleiben nach Ansicht von *Kloos/Wagner* die vorgenannten Vertragstypen auch bei entsprechenden Vorgängen mit digitalen Informationsprodukten erhalten. In Bezug auf binäre Informationsobjekte seien die gleichen rechtlichen Spielregeln (Vertragstypen) zu beachten wie bei ihren analogen Pendants, was insbesondere deren Warencharakter einschließe.⁶²¹ Im Ergebnis finde damit auf die einzelnen, grundsätzlich rechtlich selbständig zu beurteilenden, Leistungsabrufe – je nach Charakter ihrer Pendants in der realen Welt – Kauf-, Werkvertrags- oder Mietvertragsrecht Anwendung.

bb. Der bereitchaftsorientierte Verfügbarkeitsvertrag

Der bereitchaftsorientierte Verfügbarkeitsvertrag differenziert nach der von *Kloos/Wagner* vorgenommenen Dichotomie dagegen nicht zwischen verschiedenen Vertragstypen auf Bereitstellungs- und Erbringungsebene, sondern schließt als Rahmenverhältnis die einzelnen Leistungsabrufe ein, die für sich genommen innerhalb des Vertragskonstrukts keine tragende Rolle spielen. Insoweit nähere sich der Verfügbarkeitsvertrag insgesamt dem Sachmietvertrag an mit der Maßgabe, dass keine Sachsubstanz entscheidend sei, sondern eine von Sachen prinzipiell losgelöste Funktion auf Zeit.⁶²² Dies führe im Ergebnis dazu, dass Leistungsstörungen auf der Bereitstellungs- wie auch auf der Leistungserbringungsebene hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen gleichartig zu behandeln seien: §§ 536 und 536a BGB gälten mit der Maßgabe entsprechend, dass „Mietsache“ die im Rahmen des Verfügbarkeitsvertrages bereitzustellende und

⁶¹⁹ *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 870.

⁶²⁰ vgl. BGH CR 1990, 24, 26.

⁶²¹ *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 870 f. und Fn. 45 (an anderer Stelle die Sacheigenschaft von Software an sich aber verneinend, vgl. *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 866).

⁶²² *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 871 f.

auszuführende Funktionalität selbst sei. Auf die Sachsubstanz von Software komme es dann nicht mehr an.⁶²³

4. Zwischenergebnis und Konkretisierung der weiteren Fragestellung

Da sich die Vertragsparteien in der Praxis heute oftmals ihre eigene moderne Vertragswelt schaffen, stellt sich die Frage, ob sich die aus solchen Verträgen resultierenden Streitigkeiten noch mit den gesetzlichen Regelungen des BGB in den Griff bekommen lassen. Kann man die in der heutigen Wirtschaftspraxis auftauchenden, insbesondere aus neuen technischen Entwicklungen resultierenden Probleme noch mittels Auslegung und Analogie anhand des vorhandenen gesetzlichen Instrumentariums lösen, oder ist eine Rechtsfortbildung durch das Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich?

Im Folgenden soll anhand ausgewählter Geschäftsmodelle des Vertriebs und der Nutzung von Software gezeigt werden, dass der Weg – was den Vertragsgegenstand Software angeht – nicht von den Vertragstypen des BGB-Schuldrechts wegführt, sondern dass diese gerade das notwendige dogmatische Konstrukt und damit den Ausgangspunkt bilden, um mit den modernen Vertragstypen der Softwarepraxis umzugehen. Zwar führen weder die zu den gemischten bzw. atypischen Verträgen entwickelten klassischen Theorien noch die alternativen Ansätze wie z.B. zum komplexen Langzeitvertrag allein zu einer erschöpfenden Beantwortung aller mit den modernen Verträgen zusammenhängenden Fragestellungen. Die vorstehenden Ausführungen haben aber bereits angedeutet, dass die Lösung der neu entstandenen Probleme nur durch ein Zusammenspiel typologischer und sachlich-teleologischer Erwägungen erfolgen kann, wenn man Rechtssicherheit auf der einen und Einzelfallgerechtigkeit auf der anderen Seite in Einklang bringen will.

Insoweit kann als Zwischenergebnis zunächst festgehalten werden, dass die gesetzlichen Vertragstypen den Ausgangspunkt der Betrachtung auch für die modernen Verträge bilden, dass aber durch die den Anwendungsbereich eines speziellen gesetzlichen Vertragstypus regelnden Vorschriften (z.B. § 433 BGB oder § 631 BGB) nicht bereits

⁶²³ Kloos/Wagner, CR 2002, 865, 872.

streng ein Bereich festgelegt wird, auf den alle nachfolgenden Bestimmungen dieses Vertragstypus unbesehen, ohne Einschränkungen und ausschließlich anzuwenden wären. Vielmehr können auch die einem speziellen Vertragstyp zugeordneten Normen noch einen eigenen, originären Anwendungsbereich haben.⁶²⁴ Wo umgekehrt eine vom Gesetz angeordnete Erstreckung bzw. Verweisung zu weit ausgefallen ist, können bei den nachfolgenden Vorschriften typologische Einschränkungen erforderlich werden.⁶²⁵ Eine „Zertrümmerung und Auflösung der gesetzlichen Vertragstypen“ wie sie bereits *Hoener*⁶²⁶ für notwendig erachtete und wie sie *Bartsch*⁶²⁷ für Softwareverträge aufgreift, geht dabei zu weit und trägt dem inneren Zusammenhang der im Rahmen eines speziellen Vertragstypus angeordneten Rechtsfolgen zu wenig Rechnung.⁶²⁸ Der Ansatz verkennt das Ganzheitliche sowohl der gesetzlichen Regelung von Vertragstypen als auch der konkreten, davon abweichenden Geschäftsmodelle, die nicht lediglich aus bestehenden Elementen zusammengesetzt sind, sondern in sich sinnvolle, homogene und geschlossene Regelungen zur Bewältigung neuartiger Verkehrsbedürfnisse darstellen.⁶²⁹

Der besonderen Interessenlage atypischer Geschäftsmodelle im Einzelfall gerecht werdende, von den gesetzlichen Regelungen abweichende Rechtsfolgen könnten im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung bestimmt werden. Das Ergebnis wäre dann anhand der gesetzlichen Regelung für typische Verträge – also den Normen des Allgemeinen und Besonderen Schuldrechts – einer wertungsmäßigen Kontrolle zu unterziehen. Die vergleichende Einordnung in diese Wertungen könnte zu einer Modifizierung der sich rein nach der vertraglichen Interessenabgrenzung ergebenden Lösung führen. Soweit die ergänzende Vertragsauslegung zu einem *non liquet* führt, könnte diese Kontrolle auch zu einem Rechtsfindungsverfahren erstarken. Letztlich ist insbesondere in Analogie zu den in der Rechtsordnung für ähnliche Typen getroffenen

⁶²⁴ so auch *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 166: Den jeweils in den einleitenden Normen aufgeführten Merkmalen komme lediglich ein – häufig sehr hoher – Hinweiswert auf den Anwendungsbereich des nachfolgenden Rechts zu; dessen Anwendbarkeit sei zwar indiziert, aber nicht präjudiziert.

⁶²⁵ *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 164.

⁶²⁶ *Hoener*, Gemischte Verträge, S. 387. Die gesetzlichen Tatbestandskonglomerate müssten zunächst entwirrt und auf ihre Elemente zurückgeführt werden, indem man die einzelnen Tatbestandsstücke aus ihrer gesetzlichen Verknüpfung löst und anschließend inhaltlich ordnet, um danach zu untersuchen, nach welchen Gesetzen sich diese einzelnen Tatbestandsstücke zu neuen und dem Gesetz unbekannt Formen kombinieren ließen (vgl. *Hoener* a.a.O., S. 384 f.).

⁶²⁷ vgl. oben D. II. 3. d.

⁶²⁸ so zutreffend *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 167 ff.

⁶²⁹ vgl. *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 184.

Regelungen eine Lösung der Streitfrage zu suchen.⁶³⁰ Eine solche abgestufte Lösung vereint die typologische Denkweise mit teleologischen Erwägungen im Einzelfall und führt damit zu einem Mittelweg aus Rechtssicherheit und Flexibilität, der interessengerechte Lösungen für neuartige Vertragsgegenstände und -modelle verspricht.

Im Folgenden sollen die dogmatischen Überlegungen insbesondere anhand von Verträgen zur Überlassung und Erstellung von Software sowie zur Nutzung von Software im Rahmen von Outsourcing-Projekten und Application Service Providing (ASP) überprüft, präzisiert und verifiziert werden.

III. Rechtliche Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen

Mangels Judikatur des BGH sind immer noch viele Fragen rund um die Einordnung von Softwareverträgen ungeklärt. Die Praxis scheint im Softwarerecht insgesamt seltener zu streiten, als man angesichts der unklaren Rechtslage annehmen könnte.⁶³¹ Dabei spielen Fragen der vertragstypologischen Einordnung der Erstellung oder Überlassung von Software auch im Rahmen größerer Projekte eine Rolle, z.B. bei der Übertragung von Software im Rahmen eines sog. Asset Deals auf ein Rechenzentrum zur Vorbereitung eines langfristigen IT-Outsourcing-Vorhabens. Software wird insoweit häufig als Teil einer Gesamtleistung überlassen, so dass die entsprechenden Verträge rechtlich gemischt sind und damit nicht das klare Profil gewinnen, das der zivilrechtlichen Systematik zumindest als Idee zugrunde liegt.⁶³²

1. Erforderlichkeit der Vertragstypisierung

In erster Linie dient die vertragliche Typisierung der Festlegung, welche Gewährleistungsvorschriften anwendbar sind. Trotz der weitgehenden Annäherung von Kauf- und Werkvertragsrecht im Bereich der Gewährleistungsregeln durch die

⁶³⁰ *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 186 f.; die Typologik öffne den Blick für fließende Übergänge und ermögliche es, durch Aufstellung von und Einordnung in Abstufungsreihen gerade die Zwischenformen zwischen den gesetzlich geregelten Typen sachgerecht zu erfassen (*Leenen a.a.O.*, S. 189).

⁶³¹ *Bartsch/Dreier*, CR 2005, 690, 694.

⁶³² *Heussen*, GRUR 1987, 779.

Schuldrechtsreform von 2002 hat das Problem der Kategorisierung von Softwareverträgen – z.B. wegen nach wie vor bestehender Unterschiede in den Verjährungsfristen – kaum etwas von seiner praktischen Relevanz eingebüßt. Die Funktion des jeweiligen Gewährleistungsrechts liegt in der sachgerechten Verteilung der sich bei der Vertragsdurchführung ergebenden Risiken. Der Vorteil des kodifizierten Gewährleistungsrechts besteht vor allem darin, dass anstelle schwankender Anwendungen der Grundsätze von Treu und Glauben sowie Analogieschlüssen im Einzelfall im Interesse der Rechts- und Verkehrssicherheit die zur Verfügung stehenden Rechtswege positiv geregelt sind.⁶³³ Bestehen vertragliche Lücken, können diese zudem anhand der je nach Vertragstyp einschlägigen Gewährleistungsvorschriften geschlossen werden.⁶³⁴

Daneben bildet die vertragstypologische Einordnung auch für die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen – vor allem im Rahmen der Generalklausel des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB – eine wichtige Weichenstellung.⁶³⁵ Die Abgrenzung zwischen kauf- und mietweiser Überlassung von Software ist darüber hinaus vorentscheidend für die Beurteilung, ob und inwieweit vertragliche Nutzungs- und Weitergabebeschränkungen für Computerprogramme, insbesondere in den AGB des Softwarehändlers, wirksam vereinbart werden können und nicht gegen urheberrechtliche Grundsätze verstoßen.⁶³⁶

2. Ausgangspunkt der vertraglichen Einordnung

Als Ausgangspunkt einer vertragstypologischen Einordnung von Softwareverträgen eignet sich der Begriff der „Überlassung“, da er juristisch nicht vorgeprägt ist.⁶³⁷ Kernelement der Überlassung in diesem Sinne ist nach *Marly* das Laden der gelieferten Software in den Arbeitsspeicher eines Computers als notwendiger Bestandteil der Benutzung des Programms. Die Einräumung der dafür erforderlichen Nutzungsrechte durch den

⁶³³ *König*, Das Computerprogramm im Recht, Rn. 603 f.: Soweit bestimmte Rechtsfolgen im Einzelfall als inadäquat erscheinen, könne aber durchaus eine Korrektur durch Beschränkung oder Erweiterung des Anwendungsbereichs bestimmter Normen angezeigt sein.

⁶³⁴ *Michalski/Bösert*, Vertrags- und schutzrechtliche Behandlung von Computerprogrammen, S. 4.

⁶³⁵ vgl. zur Inhaltskontrolle anhand des gesetzlichen Leitbilds schon oben D. II. 1. c.

⁶³⁶ *Schneider*, CR 2005, 695, 697.

⁶³⁷ vgl. *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 34; *Michalski/Bösert*, Vertrags- und schutzrechtliche Behandlung von Computerprogrammen, S. 11.

Rechteinhaber sei deshalb zwingender Teil eines jeden Softwareüberlassungsvertrages.⁶³⁸ Angesichts der zunehmenden körperlosen Verbreitung und Nutzung von Software fragt sich allerdings, ob dieses Verständnis nicht bereits zu einer unnötigen Einengung des Begriffs der Überlassung führt. Wie noch zu zeigen sein wird, ist das Laden einer Software in den Arbeitsspeicher des Kundenrechners nicht mehr in jedem Fall zur Nutzung des Programms erforderlich. Daher sollte der Begriff der Überlassung eine entsprechende Rechtseinräumung nicht zwingend voraussetzen, um seinem Zweck, einen weitest möglichen und „unbelasteten“ Oberbegriff als Ausgangspunkt für die Typisierung jedweder Verbreitung von Software zu bilden, gerecht werden zu können.

Um die in der Praxis vorkommenden Softwareverträge sachgerecht in die Kategorien der im BGB geregelten Vertragsarten einordnen zu können, ist es im Sinne einer praxisgerechten Lösung erforderlich, die Interessenlage der Parteien sowie den konkreten Vertragszweck im Auge zu behalten. Softwareverträge werden in aller Regel von einem grundsätzlichen Interessengegensatz zwischen Hersteller und Anwender geprägt: Den hohen Entwicklungskosten einerseits steht heute die Leichtigkeit und Schnelligkeit der Erstellung unberechtigter Kopien andererseits gegenüber. Das Interesse des Herstellers geht in erster Linie dahin, Mißbrauch und Piraterie entgegenzuwirken, um finanziellen Schäden vorzubeugen. Dem Anwender kommt es dagegen darauf an, ein lauffähiges Programm zu erhalten, das sich für die Lösung der konkreten Aufgabenstellung eignet.⁶³⁹ Unter Zugrundelegung dieser Interessenlage differenziert die Rechtsprechung und h.L. bei der vertragstypologischen Einordnung zunächst danach, ob die den Vertragsgegenstand bildende Software gleich einem vorgefertigten Massenprodukt hergestellt wird und dabei keine speziell vom Anwender vorgegebenen Anforderungen berücksichtigt werden müssen (Standardsoftware), oder ob die Software auf einen einzelnen Anwender zugeschnitten und unter Berücksichtigung seiner speziellen Anforderungen entwickelt wurde (Individualsoftware).⁶⁴⁰ Daneben muss bei der Kategorisierung noch danach

⁶³⁸ vgl. *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 39.

⁶³⁹ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 36.

⁶⁴⁰ Dabei kann zwar weder eine vertragstypologische noch in sonstiger Weise rechtlich relevante Einordnung allein aufgrund der Bezeichnung eines Programms als Individual- oder Standardprogramm erfolgen (vgl. *König*, Das Computerprogramm im Recht, Rn. 215); die Differenzierung kann aber dabei helfen, die Neuprogrammierung speziell anzufertigender Software vom Massengeschäft der Überlassung von Software „über den Ladentisch“ abzugrenzen und bildet insoweit einen tauglichen Ausgangspunkt zur – letztlich entscheidenden – Abgrenzung der werkvertraglichen Erstellung von der bloßen kaufweisen Überlassung von Software.

unterschieden werden, ob die Überlassung des Programms auf Zeit oder auf Dauer erfolgt.⁶⁴¹

3. Rechtliches Mysterium: Software als Sache

Als die zentrale Weichenstellung rund um die typologische Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen in die verschiedenen Vertragsarten des BGB-Schuldrechts ist die Entscheidung anzusehen, ob Software als Sache i.S.d. § 90 BGB oder als rein immaterielles Gut zu qualifizieren ist. Von der Beantwortung dieser Frage hängt im Wesentlichen ab, ob Softwareverträge unmittelbar den Regeln für Schuldverträge – vor allem der Miete – unterfallen oder Verträge eigener Art über ein rein geistiges Gut oder Know-How bilden, auf die die entsprechenden Vorschriften allenfalls analog angewendet werden können.

a. Einfluss technischer Entwicklung auf rechtliche Beschreibungen

Während ein Anwender früher noch eine logische Einheit von Hard- und Software erwarb, wurde eine Differenzierung zwischen beiden unumgänglich, als es üblich wurde, einen PC nicht mehr nur mit den vom Hersteller vorinstallierten, sondern mit unterschiedlichen, später dazu erworbenen Programmen zu betreiben. Zunächst blieb aber die Software mit einem physisch greifbaren Datenträger zwingend verbunden: zunächst mit der 5¼“-Diskette, später der 3½“, und schließlich mit CD-ROM, DVD, USB-Stick oder externer Festplatte. Dementsprechend prägte die Fixierung der Software auf einem physischen Datenträger lange Zeit die juristische Diskussion um die Qualifikation des Vertrages, mittels dessen der Erwerber des Trägers die Berechtigung erlangte, die auf diesem gespeicherte Software zu benutzen.⁶⁴² Erst mit dem kommerziellen Einsatz der Netzwerktechnologie und den damit einhergehenden neuen Möglichkeiten der datenträgerlosen Überlassung und Nutzung von Software gewann die Diskussion wieder an Fahrt. Die Zukunft elektronischer Datenverarbeitung wird nicht mehr auf dem Erwerb eines Programmträgers basieren, sondern auf dem bedarfsabhängigen Download der pro

⁶⁴¹ vgl. *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 42 ff.; *Redeker*, IT-Recht, Rn. 289.

⁶⁴² *Hilty*, MMR 2003, 3, 5.

Anwendung benötigten Programmfunktionen über das Internet.⁶⁴³ Der Erwerb des Datenträgers, wie auch die Installation der Software auf der Festplatte des Nutzers, werden in Zukunft obsolet werden, allein das Laden der pro Anwendung erforderlichen Programmeinheiten in den Arbeitsspeicher des Nutzer-Rechners wird vom ursprünglichen Erwerbsvorgang regelmäßig erhalten bleiben.⁶⁴⁴ Die sich hier deutlich abzeichnende Tendenz zur Immaterialisierung kann auf Dauer nicht ohne Auswirkungen auf die rechtliche Betrachtung des Gegenstandes Software bleiben.

Der Diskussion um die Zuordnung von Softwareverträgen könnte dadurch die Schärfe genommen werden, dass man bereits an der Rechtssprache ansetzend zu einer eindeutigen Subsumtion ihres Vertragsgegenstandes kommt, bevor man per Rechts- oder Gesetzesanalogie den Wortlaut einer Vorschrift verlässt. Zu den Eigentümlichkeiten der Rechtssprache führt *Baumgarten* aus: „Der Jurist betrachtet alle Dinge mit der geheimen Absicht, in einer positiven Lebensordnung zu ihnen Stellung zu nehmen, und dieser sein Blickwinkel bestimmt seine Begriffsbildung und gibt seinen Worten, auch wenn sie mit denen der allgemeinen Sprache identisch sind, eine eigentümliche juristische Bedeutung.“⁶⁴⁵ Auf der anderen Seite dürfen bei der Definition gewisse, vom herkömmlichen Sprachgebrauch gesetzte äußerste Grenzen nicht überschritten werden.⁶⁴⁶ Das Problem liegt nun darin, angesichts neuer technischer Entwicklungen diese äußerste Grenze zu erkennen, zu definieren und ggf. auch zu verschieben, um sachgerechte Lösungen für neue Probleme zu erzielen.

Technik und Recht stehen in unterschiedlichen Abhängigkeiten und Wechselbeziehungen. Zum einen bedürfen die Entwicklungen moderner Technologien zumindest einer gewissen steuernden Kontrolle durch das Recht. Rechtliche Regelungen können z.B. durch Schaffung eines Schutzrechtsregimes, wie des Patentrechts, dazu beitragen, dass die in neuen Technologien steckenden Möglichkeiten auch tatsächlich ausgeschöpft werden. Dabei droht jedoch die unbesehene Übertragung alter und bewährter Regelungsmodelle auf neue technologische Sachverhalte. Das Recht läuft hier – auch angesichts der zunehmenden Konvergenz neuer Geschäftsmodelle – Gefahr,

⁶⁴³ *Hilty*, MMR 2003, 3, 5.

⁶⁴⁴ Wobei sich selbst der Arbeitsspeicher, in den die Software geladen wird, nicht mehr zwingend beim Anwender selbst zu befinden braucht; vgl. ausführlich *Hilty*, MMR 2003, 3, 5 f.

⁶⁴⁵ *Baumgarten*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 60.

⁶⁴⁶ *Baumgarten*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 65.

seine Fähigkeit zur positiven Steuerung zu verlieren, was insbesondere mit der Geschwindigkeit des gegenwärtigen technologischen Wandels zusammenhängt. Damit neue rechtliche Regelungen nicht bereits bei ihrem Inkrafttreten wieder obsolet sind, muss sich die Gesetzgebung zwangsläufig auf die Festschreibung abstrakter Prinzipien beschränken, was zu Einbußen auf Seiten der Präzision von Vorschriften und damit zu einem Weniger an Rechtssicherheit führt. Übertragen auf den Vertragsgegenstand Software stellt sich insoweit die Frage, ob der Gesetzgeber diesen definiert hat bzw. ihn definieren wollte oder, falls diese Frage zu verneinen sein sollte, ob er ihn sinnvollerweise definieren sollte.

b. Software als körperlicher Gegenstand i.S.d. § 90 BGB

Bydlinski sagte 1997 in seinem Vortrag vor der Zivilrechtslehrervereinigung⁶⁴⁷ zum Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: „Keiner weiß etwas Genaues; aber alle können damit leben“. Hintergrund ist die Tatsache, dass bei allem Streit um den Sachbegriff im elektronischen Zeitalter über die endgültigen Ergebnisse weitgehend Einigkeit zu herrschen schien und häufig nur über den Weg dorthin gestritten wurde.⁶⁴⁸ Die Diskussion fand vor allem in Hinblick auf die Anwendbarkeit von Sachmängelgewährleistungsvorschriften statt; viele Gegner der Sachqualifikation gelangten aber über Analogieerwägungen zu den gleichen Ergebnissen wie ihre Befürworter.⁶⁴⁹ Mit der Änderung des § 651 BGB im Zuge der Schuldrechtsreform ist die Diskussion um die Sacheigenschaft von Software jedoch wieder neu entfacht worden.

Als Ausgangspunkt der „Glaubensfrage“ nach der Sacheigenschaft von Software kann sinnvollerweise nur der – allerdings wenig aussagekräftige – Gesetzestext herangezogen werden. Nach § 90 BGB sind Sachen im Sinne des Gesetzes nur „körperliche Gegenstände“. Die Gegenstände können sowohl fest, flüssig als auch gasförmig sein, müssen sich aber im Raum abgrenzen lassen. Maßgeblich für die konkrete Beurteilung der Sachqualität eines Gegenstandes ist in erster Linie die Verkehrsanschauung und nicht

⁶⁴⁷ abgedruckt in AcP, Bd. 198 (1998) S. 287 ff.

⁶⁴⁸ vgl. *Bydlinski*, AcP, Bd. 198 (1998), S. 287, 288 und 298 ff. ausführlich zu den mit der Frage der Sachqualität von Software verbundenen Folgefragen.

⁶⁴⁹ *Bydlinski*, AcP, Bd. 198 (1998), S. 287, 305.

eine streng naturwissenschaftliche Betrachtung.⁶⁵⁰ Der Gegenstand muss demnach ein nach natürlicher Anschauung für sich bestehendes, im Verkehrsleben gesondert bewertetes und begrenztes Stück der beherrschbaren Natur darstellen.⁶⁵¹ Durch das Kriterium der Verkehrsanschauung wird dem Sachbegriff eine gewisse Anpassungsfähigkeit an den technischen Fortschritt verliehen. Veränderungen im Tatsächlichen können damit auch solche im Rechtlichen nach sich ziehen.⁶⁵² Die Frage, ob tatsächlich eine Verkehrsanschauung dahingehend besteht, dass Software Sachqualität besitzt, ist damit allerdings noch nicht beantwortet.

Die für die Bejahung der Sachqualität geforderte räumliche Abgrenzbarkeit⁶⁵³ bzw. tatsächliche Abgegrenztheit des Gegenstandes in Relation zur „allgemeinen Sphäre“⁶⁵⁴ geht grundsätzlich Hand in Hand mit einer gewissen Beherrschbarkeit bzw. tatsächlichen Beherrschung. Auch diese verändert sich aber mit dem Fortschritt der technologischen Entwicklung; die Grenzen der Beherrschbarkeit dehnen sich immer weiter aus. Mit solchen Entwicklungen könnte ein offener, in gewissem Sinn zeitloser Sachbegriff, der ohne Gesetzesnovellen die Berücksichtigung von technischen Veränderungen zulässt, mitwachsen.⁶⁵⁵ Wo die räumliche Abgegrenztheit eines Computerprogramms nicht aus der natürlichen Begrenzung der Form ihres jeweiligen Datenträgers folgt, fragt sich aber – z.B. bei einer Vielzahl von Programmen auf einer Festplatte oder bei der Online-Übertragung von Software über Datennetze –, inwieweit hier noch von einer abgrenzbaren bzw. abgegrenzten körperlichen Einheit gesprochen werden kann, oder ob die einzelnen Programme, die sich zusammen auf einem Datenträger befinden, nicht lediglich Bestandteile einer Gesamtsache i.S.d. § 93 BGB darstellen.⁶⁵⁶

c. Verhältnis von Sacheigentum und Urheberrecht

Die verschiedenen zur Sachqualität von Software vertretenen Ansichten resultieren im Wesentlichen aus einem unterschiedlichen Verständnis des Verhältnisses von Programm

⁶⁵⁰ *Heinrichs/Ellenberger* in: Palandt, § 90 Rn. 1; *Bydlinski*, AcP, Bd. 198 (1998), S. 287, 302.

⁶⁵¹ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 96.

⁶⁵² *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 96; *Bydlinski*, AcP, Bd. 198 (1998), S. 287, 302.

⁶⁵³ *Heinrichs/Ellenberger* in: Palandt, § 90 Rn. 1.

⁶⁵⁴ *Bydlinski*, AcP, Bd. 198 (1998), S. 287, 303.

⁶⁵⁵ *Bydlinski*, AcP, Bd. 198 (1998), S. 287, 304: Eine solchermaßen ermöglichte direkte Anwendung der auf Sachzuordnung aufbauenden Normen gehe dabei auch einer analogen Heranziehung dieser Vorschriften vor.

⁶⁵⁶ vgl. *König*, Das Computerprogramm im Recht, Rn. 396.

zu Programmträger bzw. von Urheberrecht am Computerprogramm zu Sacheigentum am Datenträger.⁶⁵⁷ Vergleiche zum herkömmlichen Buch und der Musik-CD werden insoweit von Vertretern beider Ansichten herangezogen. Das Urheberrecht als Recht an einem Geisteswerk ist allgemein ein immaterielles Gut, das grundsätzlich streng von seiner Verkörperung in einem Werkstück als Sache – dem *corpus mechanicum* – unterschieden werden muss und das unabhängig von der Existenz eines solchen besteht.⁶⁵⁸ Als körperlicher Gegenstand unterliegt das Werkstück den allgemeinen sachenrechtlichen Regeln. Urheberrecht und Eigentum am Werkstück sind also grundsätzlich unabhängig voneinander und stehen selbständig nebeneinander. Das Eigentumsrecht aus § 903 BGB darf an Gegenständen, die ein urheberrechtlich geschütztes Werk verkörpern, aber nur unbeschadet des Urheberrechts ausgeübt werden.⁶⁵⁹

Allein in dem Kauf und der Übereignung des die geistige Leistung verkörpernden Werkexemplars als Sache – sei es das Original oder ein Vervielfältigungsstück – liegt damit im Zweifel noch keine Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte (vgl. § 44 Abs. 1 UrhG), es sei denn das Nutzungsrecht ist ausnahmsweise vom Zweck der Veräußerung umfasst.⁶⁶⁰ Umgekehrt muss selbst mit der Einräumung sämtlicher Nutzungsbefugnisse nicht zwingend die Übereignung des Werkstückes einhergehen.⁶⁶¹ Der Vorschrift des § 44 Abs. 1 UrhG liegt jedoch die Vorstellung zugrunde, dass derjenige, der ein Werkexemplar erwirbt, i.d.R. gar keine Nutzungsrechte benötigt, um das Werk lediglich nutzen, d.h. lesen, hören oder betrachten zu können.⁶⁶² Dieser Gedanke gilt bei der reinen Nutzung von Software nur eingeschränkt, da bereits das hierfür zwingend notwendige Laden des Programms in den Arbeitsspeicher nach h.M. eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung darstellt.⁶⁶³

Urheberrechtlich geschützte Software als geistige Schöpfung wurde bislang regelmäßig auf einem Datenträger gespeichert weitergegeben. Letztlich muss sie aber auch bei einer

⁶⁵⁷ König, Das Computerprogramm im Recht, Rn. 277 verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass jedem technischen Erzeugnis letztlich eine geistige Leistung zugrunde liegt, ohne die das Erzeugnis nicht hergestellt werden kann.

⁶⁵⁸ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 33.

⁶⁵⁹ BGHZ 62, 331, 333 – Schulerweiterung; vgl. auch Peukert in: FS Schricker, S. 149, 151 f.

⁶⁶⁰ Schulze in: Dreier/Schulze, § 44 Rn. 7.

⁶⁶¹ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 34.

⁶⁶² Schulze in: Dreier/Schulze, § 44 Rn. 2.

⁶⁶³ auch wenn das Laden in den Arbeitsspeicher als bestimmungsgemäße Benutzung des Programms gemäß § 69d Abs. 1 UrhG regelmäßig keiner Zustimmung des Urhebers bedarf.

Online-Übermittlung zwingend auf einer Sache gespeichert und damit irgendwo verkörpert sein, damit ihre Funktionen überhaupt nutzbar sind. Aus dieser Erwägung wird teilweise die Parallele zum Buch als Sache abgeleitet: Zwar sei im Gegensatz zu diesem für Software noch ein Hilfsmittel in Form eines Rechners notwendig, um die Informationen nutzen zu können. Der Datenträger selbst, auf dem das Programm gespeichert sei, sei aber ohne Zweifel eine real existierende Sache.⁶⁶⁴ Dem Begriff der Software sei damit „irgendeine Materialisierung immanent“⁶⁶⁵. Die trotz dieser Erkenntnisse divergierenden Ansichten in Rechtsprechung und Literatur zur Sacheigenschaft von Software resultieren in erster Linie aus der Frage der Trennbarkeit des geistigen Gutes Software von seiner Verkörperung, insbesondere vor dem Hintergrund der stetig zunehmenden Möglichkeiten der körperlosen Überlassung und Nutzung von Programmen in und über Netze, sowie aus der unterschiedlichen Betonung der „lizenzartigen Komponente“⁶⁶⁶ bei der Überlassung von Software, die sich vor allem in urheberrechtlichen oder vertraglichen Nutzungsbeschränkungen für den Erwerber manifestiert.

d. Rechtsprechung vor der Schuldrechtsreform

Der BGH vertrat vor der Schuldrechtsreform die Ansicht, dass es sich bei einem auf einem Datenträger verkörperten Programm um eine körperliche Sache handele.⁶⁶⁷ In der überwiegenden Zahl der Entscheidungen ging es sachlich um die Anwendbarkeit des kaufvertraglichen Sachmängelgewährleistungsrechts, dessen Anwendung im Ergebnis als interessengerecht angesehen wurde. Bereits 1987 urteilte der BGH insoweit, dass ein „Datenträger mit dem darin verkörperten Programm“ eine körperliche Sache und damit tauglicher Kaufgegenstand sei.⁶⁶⁸ Dies rechtfertige eine „zumindest entsprechende Anwendung“ der kaufgewährleistungsrechtlichen Vorschriften.⁶⁶⁹ In späteren Entscheidungen wurde überwiegend nicht mehr ausdrücklich auf die Sacheigenschaft eingegangen, sondern nur noch festgestellt, dass auf die Lieferung von Standardsoftware zur dauerhaften Benutzung gegen einmaliges Entgelt die Vorschriften des Kaufrechts

⁶⁶⁴ *Bydlinski*, AcP, Bd. 198 (1998), S. 287, 295 f.

⁶⁶⁵ *Bydlinski*, AcP, Bd. 198 (1998), S. 287, 306.

⁶⁶⁶ *Bydlinski*, AcP, Bd. 198 (1998), S. 287, 296.

⁶⁶⁷ BGH NJW 1993, 2436, 2438; offengelassen in BGH CR 2002, 93, 94 f.

⁶⁶⁸ BGHZ 102, 135, 144; so auch BGH CR 1990, 24, 26; kritisch zu dieser Sichtweise *Ulmer*, CR 2000, 493, 494 (Fn. 22): So wenig das Notenblatt die Musik sei, so wenig sei der Datenträger das Programm.

⁶⁶⁹ BGHZ 102, 135, 144.

„zumindest entsprechend anwendbar“ seien.⁶⁷⁰ Eine Ausnahme bildete insoweit noch ein Urteil aus dem Jahr 1993, in dem der BGH explizit feststellte, dass Standardsoftware als bewegliche Sache anzusehen sei. Gleiches gelte bei der Überlassung individuell hergestellter Software. Entscheidend sei allein, dass es sich auch in diesem Falle um „ein auf einem Datenträger verkörpertes Programm und damit um eine körperliche Sache“ handele.⁶⁷¹

Ob es sich neben dem „Datenträger mit dem darin verkörpertem Programm“ und dem „auf dem Datenträger verkörpertem Programm“ auch bei dem Programm selbst um eine Sache handelt, wurde vom BGH nie explizit entschieden; es erfolgte insoweit immer eine Bezugnahme auf einen Datenträger.⁶⁷² In seiner Entscheidung aus dem Jahr 1993 hat der BGH lediglich festgestellt, dass der Senat bereits mehrfach entschieden habe, dass eine Standardsoftware als bewegliche Sache anzusehen sei.⁶⁷³ Jedenfalls die Bejahung der Sachqualität von auf Datenträgern verkörpertem Computerprogrammen kann danach ohne weiteres als gefestigte Rechtsprechung bezeichnet werden.⁶⁷⁴ Einen Schritt weiter als der BGH ging das OLG Stuttgart in einer Entscheidung aus dem Jahre 1988: Nach Ansicht des OLG Stuttgart ist die Software allein und für sich bereits eine bewegliche Sache, „eine höchst bewegliche sogar“. Dabei komme es nicht so sehr auf die rein physikalische Sicht an, maßgeblich sei vielmehr – wie auch bei der Lieferung von Energie – das praktische Verständnis von Programmen als einer Sache.⁶⁷⁵

e. Literatur

aa. Sachqualität bejahend

In der Literatur finden sich zur Frage der Sachqualität von Software unterschiedliche Auffassungen. Nach Ansicht *Marly* stellen Computerprogramme unabhängig davon, ob sie auf einem Datenträger verkörpert sind oder online übertragen werden, immer körperliche Sachen dar, da sie wesensbedingt, um ihre Steuerungsfunktion übernehmen

⁶⁷⁰ BGH CR 2000, 207, 208.

⁶⁷¹ BGH NJW 1993, 2436, 2437 f.

⁶⁷² vgl. auch *Hilty*, MMR 2003, 3, 4 (Fn. 6).

⁶⁷³ BGH NJW 1993, 2436, 2437.

⁶⁷⁴ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 106.

⁶⁷⁵ OLG Stuttgart NJW 1989, 2635, 2636.

und vom Anwender eingesetzt werden zu können, auf irgendeinem körperlichen Informationsträger gespeichert sein müssten.⁶⁷⁶ Für ihre Verwendbarkeit sei die Verkörperung der Software unabdingbare Voraussetzung, eine Software ohne irgendeine Verkörperung sei undenkbar.⁶⁷⁷ Ein von der Verkörperung zu unterscheidendes immaterielles Gut Software existiere daneben nicht, da eine Trennung von geistigem Inhalt und Informationsträger – wie auch bei einem Buch⁶⁷⁸ – nicht möglich sei, ohne dass sich dessen Charakteristik ändere.⁶⁷⁹ Dementsprechend könne die Verkörperung auf einer CD-ROM auch nicht als bloßes Transportmittel für die Verkehrsfähigkeit eines geistigen Gutes Software angesehen werden.⁶⁸⁰ Auch unter Zugrundelegung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise sei es nicht möglich, das immaterielle Gut von seiner Verkörperung zu trennen.⁶⁸¹ Das zum Einsatz gelangende und insofern vom Anwender begehrte Produkt sei nicht das geistige Werk, nicht die Problemlösung als geistige Leistung, also die zugrunde liegende Konzeption oder Idee, sondern die physische Verkörperung als letztes und von vornherein angestrebtes Ziel und Ergebnis des Schaffensprozesses.⁶⁸²

Die Steuerung des Rechners bzw. Prozessors werde nicht durch eine geistige Leistung, sondern durch entsprechend zusammengeschaltete und in entsprechenden Zuständen befindliche mechanische oder elektronische Bauteile bewirkt, so dass Computerprogrammen als technischen Steuerungsmitteln Sachqualität zukomme.⁶⁸³ Beim bestimmungsgemäßen Einsatz von Software finde stets und zwangsläufig irgendeine materielle Form Verwendung, denn das einem Programm zugrunde liegende geistige Werk sei zur Steuerung von Hardware weder geeignet noch bestimmt.⁶⁸⁴ Eine Trennbarkeit von Verkörperung und geistigem Werk würde voraussetzen, dass der Anwender auch ohne Verkörperung etwas besäße, das für ihn irgendeinen Wert habe.

⁶⁷⁶ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 119; so auch *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 77.

⁶⁷⁷ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 102; *Bydlinski*, AcP, Bd. 198 (1998), S. 287, 296 und 306; der Terminus „Computerprogramm als solches“ stelle eine bedeutungslose, inhaltsleere Worthülse dar (*Marly* a.a.O.).

⁶⁷⁸ insoweit a.A. *König*, Das Computerprogramm im Recht, Rn. 364 f.: Der materielle Träger diene lediglich der Übermittlung des immateriellen Inhalts einer Druckschrift an den menschlichen Geist; ein Programm müsse hingegen körperlich vorliegen, um überhaupt – als Steuerungsmittel eines Rechners – existent und verwendbar zu sein.

⁶⁷⁹ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 119.

⁶⁸⁰ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 102; a.A. z.B. *Stichtenoth*, K&R 2003, 105, 107, der den Datenträger lediglich als Transportmittel ansieht; vgl. dazu auch BGH CR 1990, 24, 26.

⁶⁸¹ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 103.

⁶⁸² *König*, Das Computerprogramm im Recht, Rn. 306.

⁶⁸³ *König*, Das Computerprogramm im Recht, Rn. 306 und 309; die Frage nach dem Vertragsgegenstand müsse aber unabhängig von der Frage der Sachqualität von Software beantwortet werden (*König* a.a.O.).

⁶⁸⁴ *König*, Das Computerprogramm im Recht, Rn. 322; das Geisteswerk als immaterielles Gut könne zwar Gegenstand eines Rechtsgeschäfts sein, dies sei aber eben keine Frage der Körperlichkeit des Programms.

Entziehe man ihm jedoch die Verkörperung, so besitze er nichts mehr.⁶⁸⁵ Die Bedeutung der Verkörperung trete also nicht hinter dem immateriellen Wert der Software zurück.⁶⁸⁶ Die Wertrelation zwischen der (wertvollen) geistigen Leistung und dem bloßen Datenträger spiele insgesamt für die Sachqualifikation keine Rolle.⁶⁸⁷ Eine Gegenüberstellung des Transportmittels Datenträger und des reinen geistigen Guts Software verbiete sich auch deshalb, weil die Daten als elektromagnetische bzw. optoelektronische Veränderungen des Trägermaterials Teil der gesamten Sache, d.h. Bestandteil des jeweiligen Datenträgers seien.⁶⁸⁸

Nach dieser die Sachqualität bejahenden Ansicht ergeben sich auch aus der Möglichkeit, Software unkörperlich mittels Datenfernübertragung (DFÜ) zu übermitteln, keine Argumente gegen deren Sachcharakter⁶⁸⁹ bzw. für die vertragsrechtliche Beurteilung im Hinblick auf den datenträgergebundenen Erwerb von Standardsoftware.⁶⁹⁰ Bei der Übertragung mittels DFÜ wird nicht das Programm selbst, sondern lediglich dessen Struktur als Information übermittelt, die dann rechnerintern zur automatischen Herstellung einer neuen Programmkopie verwendet wird.⁶⁹¹ Da auch die Online-Übertragung letztendlich dazu führt, dass die übertragene Software später auf der Festplatte und im Arbeitsspeicher des Anwenders gespeichert wird, erscheine eine Gleichbehandlung dieser Übertragung mit der Überlassung eines Datenträgers als sachgerecht. Dementsprechend sei über eine weite Auslegung der entsprechenden Vorschriften die Anwendung der gesetzlichen Regelungen, die eine Sachübergabe voraussetzen, auch auf die Online-Überlassung geboten, selbst wenn der bisherige Besitzer seine tatsächliche

⁶⁸⁵ *König*, Das Computerprogramm im Recht, Rn. 323.

⁶⁸⁶ *König*, Das Computerprogramm im Recht, Rn. 356.

⁶⁸⁷ *Bydlinski*, AcP, Bd. 198 (1998), S. 287, 307.

⁶⁸⁸ *Bydlinski*, AcP, Bd. 198 (1998), S. 287, 306 und 315; differenzierend und ausführlich zum Ganzen *König*, Das Computerprogramm im Recht, Rn. 373 ff.: Die Herstellung einer Programmkopie auf einer Festplatte erfolgt z.B. durch entsprechende Magnetisierung „freier“ Stellen der magnetisierbaren Schichten; da die Programme damit notwendig mit Teilen der Festplatte identisch sind, können die einzelnen Programme nicht mehr als selbständige Sachen, sondern müssen als Bestandteile der Gesamtverkörperung Festplatte bzw. Rechner angesehen werden; Ergebnis dieser Sichtweise ist, dass Programme nur dann Sachen i.S.d. § 90 BGB sind, wenn sie für sich allein auf einem Datenträger vorliegen und damit abgrenzbar sind; einzelne Programme auf einer Festplatte oder im Arbeitsspeicher eines Rechners sowie mehrere Programme zusammen in jedweder einheitlichen Form, z.B. auf einer CD-ROM, sind lediglich Sachbestandteile der übergeordneten Sacheinheit. Kritisch zur Rolle des Sachenrechts *Peukert* in: FS Schrickler, S. 149, 154: Man müsse das Sachenrecht bis zur Unkenntlichkeit überdehnen, um zu wirtschaftlich gewünschten Ergebnissen zu gelangen, insbesondere den Hersteller des Programms vor unerlaubten Vervielfältigungen zu schützen.

⁶⁸⁹ *König*, Das Computerprogramm im Recht, Rn. 318.

⁶⁹⁰ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 109; so auch schon *Bartsch*, CR 1992, 393, 396 unter Hinweis auf BGH CR 1990, 24: Dieses „technische Detail“ erlaube für die kaufrechtliche Einstufung keine Differenzierung.

⁶⁹¹ *König*, Das Computerprogramm im Recht, Rn. 311.

Sachherrschaft an dem Programm nicht vollständig aufgegeben.⁶⁹² Das zuletzt angesprochene Erfordernis sei ausnahmsweise entbehrlich, da dem Gedanken der Publizität hier bereits durch die tatsächliche Sachherrschaft des Anwenders an der durch die Verkörperung bei ihm neu geschaffenen und dementsprechend vom vorherigen Besitz einer anderen Person noch „unbelasteten“ Sache Genüge getan werde.⁶⁹³ Das Computerprogramm als Vertragsgegenstand werde durch das Kopieren in die tatsächliche Sachherrschaft des Erwerbers verbracht, so dass unter Verzicht auf das Kriterium völliger Besitzaufgabe seitens des Veräußerers in den Fällen der Neuschaffung tatsächlicher Sachherrschaft sämtliche Voraussetzungen einer Sachübergabe vorlägen.⁶⁹⁴

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass Computerprogramme hiernach wesensbedingt und unabhängig von der Art ihrer Übertragung auf irgendeinem Träger verkörpert sein müssen, um benutzbar zu sein, und deshalb ausnahmslos körperliche Sachen darstellen. Ein davon zu unterscheidendes immaterielles Gut Software existiert dagegen nach dieser Ansicht nicht. Für diese Sichtweise sprechen insbesondere praktische Gesichtspunkte: Eine Einordnung als Sache eröffnet die unmittelbare Anwendbarkeit der zentralen Vertragstypen des Besonderen Schuldrechts, welche auf den Übergang einer Sache abstellen (insbesondere Miete und Kauf), und somit den Rückgriff auf eine interessengerechte Haftungs- und Gewährleistungsdogmatik.⁶⁹⁵

bb. Sachqualität ablehnend

Gegen die rechtliche Einordnung von Software als Sache werden jedoch in der Literatur immer wieder Bedenken geäußert. Auch wenn Software für ihren Einsatz notwendigerweise einer irgendwie gearteten Verkörperung bedürfe, sei eine Abwägung zu treffen, welche Wesensmerkmale der Software vorrangig seien: die Verkörperung auf einem Datenträger oder die in sie eingeflossene geistige Leistung.⁶⁹⁶ Beim Einsatz und

⁶⁹² *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 110; ähnlich auch *Bydlinski*, AcP, Bd. 198 (1998), S. 287, 320: Auch aus der Möglichkeit einer Online-Übertragung könnten keine Argumente gegen die prinzipielle Einordnung von Software unter den Sachbegriff des § 90 BGB gewonnen werden; es existiere jeweils eine Verkörperung mit sachenrechtlichem Zuweisungsgehalt, zuerst nur beim Entwickler, dann aber auch beim Erwerber auf dessen Datenträger; a.A. *Redeker*, CR 2004, 88, 89 f.

⁶⁹³ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 111.

⁶⁹⁴ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 113.

⁶⁹⁵ *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 77.

⁶⁹⁶ *Müller-Hengstenberg/Krcmar*, CR 2002, 549, 550.

der Überlassung von Computerprogrammen stehe insoweit das immaterielle Gut im Mittelpunkt des wirtschaftlichen Interesses der Vertragsparteien. Das Computerprogramm als Folge von Befehlen zur Steuerung einer informationsverarbeitenden Maschine sei ein urheber- und patentrechtlich geschütztes Immaterialgut, für dessen Qualifizierung es auf den geistigen Inhalt und nicht auf den Träger als Sache ankomme.⁶⁹⁷ Mit der Herabsetzung der urheberrechtlichen Schutzanforderungen durch die Umsetzung der Computerprogramm-Richtlinie in deutsches Recht sei zudem das praktische Bedürfnis entfallen, das verkörperte Programm als eigentumsfähige Sache anzusehen, um es dem Hersteller zur ausschließlichen Nutzung zuweisen zu können. An Software bestünden – auch wenn sie auf einem Datenträger verkörpert sei – nur Urheber- und/oder Patentrechte, aber kein Sacheigentum.⁶⁹⁸

Das Programm als solches wird hier also von seiner Verkörperung streng unterschieden. Eine untrennbare Verbindung der geistigen Schöpfung mit dem Datenträger liege gerade nicht vor.⁶⁹⁹ Das Programm selbst sei ein bloßes „Gedankending“ ohne Körperlichkeit.⁷⁰⁰ Bei der Überlassung eines auf einer CD-ROM verkörperten Standardprogramms unter Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts sei zwar die Anwendung von Kaufrecht anzunehmen; dies ergebe sich aber aus § 453 Abs. 1 BGB und nicht aus der Sacheigenschaft der Software selbst. Das gleiche gelte für den Download eines Programms aus dem Internet.⁷⁰¹ Allein die auf die Online-Übertragung folgende Implementierung des Programms im Rechner des Anwenders könne nicht dazu führen, die Software als Sache zu betrachten. Der materiell abgrenzbare, greifbare Gegenstand, auf dem die Software nach ihrer Online-Übertragung gespeichert werde, sei ein völlig anderer als der, auf dem sie vor ihrer Übertragung gespeichert war und auf dem sie danach regelmäßig weiterhin gespeichert sei. Bei der Übertragung mit Hilfe von Telekommunikationsmitteln werde daher schon von vornherein überhaupt kein

⁶⁹⁷ *Jickeli/Stieper* in: Staudinger, § 90 Rn. 13; *Müller-Hengstenberg/Krcmar*, CR 2002, 549, 550; vgl. auch *Hilty*, MMR 2003, 3, 10: Computerprogramme bildeten jedoch einen Fremdkörper im herkömmlichen Urheberrecht, weil sie nicht bloß „statisch“ im Sinne eines reinen Werkgenusses gebraucht werden könnten, wie beispielsweise das Buch oder eine Musik-CD. An die Funktionalität der Software anknüpfend sei vielmehr ein „dynamischer“ Gebrauch – ihre Anwendung – möglich, mit dem das Urheberrecht vorher nicht umzugehen hatte.

⁶⁹⁸ *Peukert* in: FS Schrickler, S. 149, 155.

⁶⁹⁹ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 280; *ders.* in Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, Teil D, Rn. 77; so auch *Junker/Benecke*, Computerrecht, Rn. 156 und *Diedrich*, CR 2002, 473, 475.

⁷⁰⁰ so *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band III, S. 11; gerade im und für den Erwerbsakt erfahre jedoch der immaterielle Leistungsteil für die Vertragsparteien eine Vergegenständlichung in Richtung auf den traditionellen Warencharakter (*Martinek a.a.O.*, S. 15).

⁷⁰¹ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 281.

materialisierter Gegenstand übertragen, so dass man insoweit auch nicht von der Übertragung von Sachen sprechen könne.⁷⁰² Der Ansatz der Gegenansicht sei bereits verfehlt, da es nicht um die Übertragung von Sachen, sondern um die Einräumung von Rechten an der Software gehe. Die Übertragung eines Werkexemplars sei lediglich Hilfsmittel dafür, dass von den Rechten überhaupt Gebrauch gemacht werden könne.⁷⁰³

Auch die im Rahmen des § 90 BGB zu berücksichtigende natürliche Anschauung spricht nach dieser Ansicht dafür, dass Software als solche keine Sache ist, da es sich nicht um einen räumlich abgegrenzten, von seinem Datenträger trennbaren und sinnlich wahrnehmbaren Gegenstand handelt.⁷⁰⁴ Das zeige sich gerade auch daran, dass sie notwendigerweise in anderen Sachen, die der Verkehr ohne weiteres von ihnen unterscheide, verkörpert sein müssten, um überhaupt ablauffähig zu sein.⁷⁰⁵ Auch die Verkörperung von Software auf einem Datenträger mache das Computerprogramm selbst aber nicht zu einer Sache.⁷⁰⁶ Auch bei einem Buch oder einer Musik-CD käme niemand auf den Gedanken, das darin enthaltene Werk als Sache anzusehen.⁷⁰⁷ Das Programm bleibe vielmehr auch bei seiner Verkörperung auf einem Datenträger ein geistiges Gut und möglicher Gegenstand eines Urheberrechts nach den §§ 69a ff. UrhG, nicht aber des Eigentums i.S.d. § 903 BGB. Urheberrecht und Sacheigentum lägen insoweit auf „unterschiedlichen Ebenen“⁷⁰⁸. Das an dem Datenträger bestehende Eigentum werde durch das an dem gespeicherten Programm bestehende Urheberrecht eingeschränkt. Der etwaige urheberrechtliche Schutz der Software sowie die Einräumung von Nutzungsrechten bei ihrer Überlassung seien jedoch von der sachenrechtlichen Einordnungsfrage streng zu trennen.⁷⁰⁹ Nur der Datenträger selbst – als Mittel zum

⁷⁰² Redeker, CR 2004, 88, 89 f.

⁷⁰³ Redeker, CR 2004, 88, 89 f.; hier zeigt sich deutlich die unterschiedliche Betonung des Aspekts der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit eines Programms; nach a.A. geht der mit dem Softwareüberlassungsvertrag verfolgte Zweck dahin, dem Anwender die Programmnutzung zu ermöglichen, ohne dass insoweit ein Unterschied zwischen urheberrechtlich geschützten und ungeschützten Programmen zu verzeichnen sei; ggf. entstehende urheberrechtliche Fragen könnten die Rechtsnatur des schuldrechtlichen Überlassungsvertrages nicht bestimmen (so Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 123).

⁷⁰⁴ Redeker in Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, Teil D, Rn. 78.

⁷⁰⁵ Fritzsche in: Bamberger/Roth, § 90 Rn. 25.

⁷⁰⁶ Jickeli/Stieper in: Staudinger, § 90 Rn. 13; Fritzsche in: Bamberger/Roth, § 90 Rn. 26.

⁷⁰⁷ Fritzsche in: Bamberger/Roth, § 90 Rn. 26.

⁷⁰⁸ Jickeli/Stieper in: Staudinger, § 90 Rn. 13.

⁷⁰⁹ so auch Bydlinski, AcP, Bd. 198 (1998), S. 287, 296 f.

Transport des Programms⁷¹⁰ – sei also eine Sache, deren Wert durch das gespeicherte Programm wesentlich erhöht werde.⁷¹¹

Eine andere Frage ist jedoch auch nach dieser Ansicht, ob man trotz Verneinung der Sachqualität von Software auf die endgültige Überlassung von Computerprogrammen gegen einmalige Entgeltzahlung kaufrechtliches Gewährleistungsrecht anwendet, weil der Vorgang wirtschaftlich betrachtet einem Sachkauf ähnlich ist.⁷¹²

f. Neubewertung vor dem Hintergrund des § 453 Abs. 1 BGB

Vor dem Hintergrund der Neufassung des § 453 Abs. 1 BGB im Rahmen der Schuldrechtsreform, wonach nunmehr die Vorschriften über den Kauf von Sachen auf den Kauf von Rechten und „sonstigen Gegenständen“ entsprechende Anwendung finden, stellt sich die Frage, ob die Sacheigenschaft von Software neu betrachtet werden muss. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht hat der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung⁷¹³ durch die Neufassung des § 453 Abs. 1 BGB Software ausdrücklich den sonstigen Gegenständen zugeordnet und damit einer weiten Auslegung des Sachbegriffs die Grundlage entzogen.⁷¹⁴ Software sei nach der gesetzgeberischen Entscheidung des § 453 Abs. 1 BGB unabhängig von Erscheinungsform und Verkörperung auf einem Datenträger generell nicht mehr als bewegliche Sache anzusehen, sondern immer als sonstiger Gegenstand. Es bestehe keine grundsätzliche Subsidiarität der sonstigen Gegenstände gegenüber den Sachen und Rechten.⁷¹⁵

Nach überwiegender Ansicht allerdings hat sich durch die Einführung „sonstiger Gegenstände“ in den neuen § 453 Abs. 1 BGB bezüglich der Frage der Sachqualität von Software keine Änderung ergeben, da die Vorschrift gerade keine allgemeine Grundregel dahingehend enthält, dass Software allgemein keine Sachqualität mehr zukommen soll,

⁷¹⁰ vgl. dazu auch BGH CR 1990, 24, 26: „Der Datenträger ist vielmehr zunächst ein Mittel zum Transport des erworbenen Programms vom Verkäufer zum Käufer, [...]“.

⁷¹¹ *Fritzsche* in: Bamberger/Roth, § 90 Rn. 26.

⁷¹² vgl. *Fritzsche* in: Bamberger/Roth, § 90 Rn. 27; vgl. auch *Jickeli/Stieper* in: Staudinger, § 90 Rn. 14: Ob die Software Sachqualität aufweise, sei für die vertragliche Überlassung von untergeordneter Bedeutung.

⁷¹³ BT-Drucks. 14/6040, S. 242: „Damit folgt die Vorschrift der Rechtsprechung, die schon heute die Vorschriften des Kaufvertragsrechts, soweit sie passen, z.B. auf die entgeltliche Übertragung von Unternehmen [...] Software, Werbeideen usw. anwendet.“

⁷¹⁴ *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361, 364.

⁷¹⁵ *Stichtenoth*, K&R 2003, 105, 107 f.

sondern nur eine Klarstellung für den speziellen Fall der dauerhaften Überlassung vorgefertigter Software gegen einmaliges Entgelt darstellt.⁷¹⁶ Für einen solcherart begrenzten Aussagegehalt der Vorschrift spricht insbesondere die systematische Stellung der Regelung im Gesetz. Das Kaufvertragsrecht wäre der falsche Ort gewesen, hätte sich der Gesetzgeber explizit zur Sacheigenschaft von Software mit Auswirkungen auch auf das Miet-, Werkvertrags- und Sachenrecht äußern wollen.⁷¹⁷ Eine solche Aussage lag nicht im Bereich des gesetzgeberischen Reformwillens.⁷¹⁸ Der Gesetzgeber hat vielmehr eine auf die Vorschriften des Kaufvertragsrechts beschränkte Regelung treffen wollen.⁷¹⁹ Aus der Bezeichnung als „sonstige“ Gegenstände folgt im Übrigen bereits die Subsidiarität gegenüber den Sachen und Rechten, so dass § 453 Abs. 1 BGB schon nicht einschlägig ist, wenn man die Sachqualität von Software bejaht.⁷²⁰

g. Neubewertung vor dem Hintergrund neuer Technologien

Teilweise wird behauptet, man werde der technologischen Entwicklung insbesondere im Bereich moderner Software-Architekturen nicht gerecht, wenn man Software rechtlich als Sache behandelte.⁷²¹ Es wird zunehmend üblich, Software über das Internet herunterzuladen und zu nutzen. Mit der fehlenden Verkörperung auf einem fungiblen Datenträger entfällt jedoch der ursprüngliche, eine Zuordnung von Software als Sache rechtfertigende Ausgangspunkt.⁷²² Für eine Verkehrsauffassung, wonach Software als Sache zu beurteilen sei, bestünden gerade vor dem Hintergrund der fortschreitenden Entwicklung hin zu dezentralen Nutzungsformen und weltweiter Vernetzung keinerlei Anhaltspunkte (mehr).⁷²³ Software sei heute nicht mehr mit einem Datenträger untrennbar fest verbunden. Ihre Nutzung vollziehe sich vielmehr in einem ständigen Speicher-, Kopier- und Verarbeitungsvorgang an unterschiedlichen physischen Stellen. Die Nutzung wandere je nach gestellter Aufgabe auf andere physische Speicher, die sich auch auf externen Systemen befinden könnten. Dies zeige sich besonders bei der Softwarenutzung innerhalb von Netzwerken und in den Fällen des Outsourcing, bei denen die Nutzung der

⁷¹⁶ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 117.

⁷¹⁷ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 117; so auch *Stichtenoth*, K&R 2003, 105, 107.

⁷¹⁸ *Schweinoch/Roas*, CR 2004, 326, 330.

⁷¹⁹ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 117.

⁷²⁰ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 118.

⁷²¹ vgl. *Müller-Hengstenberg*, CR 2004, 161, 164.

⁷²² *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361, 365.

⁷²³ *Müller-Hengstenberg*, CR 2004, 161, 164; vgl. auch *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361, 365.

Software nicht auf eigenen Systemen des Kunden, sondern auf den Systemen des Rechenzentrumsbetreibers erfolge.⁷²⁴ Genauer gesagt findet in diesen Fällen zwar die Nutzung der Funktionalitäten des Programms noch auf dem System des Kunden statt, die Software wird jedoch teilweise gar nicht mehr dort gespeichert, sondern läuft nur noch auf der externen Hardware des Rechenzentrums ab und wird bei Bedarf online vom Kunden aufgerufen. Übertragen auf den Kundenrechner wird also – untechnisch betrachtet – lediglich die reine Funktionalität bzw. der von der Software realisierte *Service*, indem die Bildschirmoberfläche beim Nutzer angezeigt wird und die dafür erforderlichen Daten in den dortigen Arbeitsspeicher geladen werden.⁷²⁵

Vor dem Hintergrund fortschreitender Virtualisierung und der dadurch ermöglichten neuen Geschäftsmodelle der unkörperlichen Nutzung von Computerprogrammen – und hierbei insbesondere des Application Service Providing (ASP) – fragt sich also, ob nicht eine grundlegende Neubewertung der Streitfrage um die Sacheigenschaft von Software vorzunehmen ist. Zunächst einmal ist die Software jedenfalls auch bei der Fernnutzung über Datenleitungen irgendwo körperlich gespeichert, im Rahmen des ASP auf dem Server des Anbieters. Ohne eine solche Verkörperung wäre die Software überhaupt nicht nutzbar. Der Unterschied zur bloßen Online-Verbreitung durch Download besteht nun darin, dass das Programm in keiner Form auf dem Kundenrechner – nicht einmal im flüchtigen Arbeitsspeicher – gespeichert wird. Es entfällt damit die Zuordnung einer konkreten Programmkopie zum einzelnen Nutzer. Die geschuldete Leistung konzentriert sich vielmehr auf die Funktionalität der Anwendung und auf den zeitlich begrenzten Zugang zu dieser.⁷²⁶ Vor diesem Hintergrund stellt sich die grundlegende Frage, ob die physische Basis auf einem Datenträger für die heutige Nutzbarkeit und die oben dargestellten Einsatzformen der Software tatsächlich noch prägend ist oder nicht einfach gänzlich vernachlässigt werden kann.⁷²⁷

Nach einer Ansicht kommt der Verkörperung der Software angesichts der fortschreitenden Virtualisierung keine relevante praktische Bedeutung mehr zu.⁷²⁸ Die Speicherung eines Programms auf einem Datenträger sei bei modernen Übertragungs- und

⁷²⁴ Müller-Hengstenberg, CR 2004, 161, 164.

⁷²⁵ zur genauen technischen Ausgestaltung des Application Service Providing vgl. unten D. IV. 2. b. cc.

⁷²⁶ Schoengarth, ASP, S. 54.

⁷²⁷ so Müller-Hengstenberg/Kirn, NJW 2007, 2370, 2373.

⁷²⁸ Müller-Hengstenberg/Kirn, NJW 2007, 2370, 2373.

Nutzungstechnologien wie dem ASP-Modell nicht mehr entscheidend. Die Vermarktung des ASP-Modells als *Service* zeige bereits, dass auch nach der Verkehrsanschauung die Nutzbarkeit der Software und nicht die Sachsubstanz ihres Speichermediums im Mittelpunkt stehe.⁷²⁹ Auch um zur Anwendung der mietrechtlichen Vorschriften zu gelangen, sei es nicht zwingend, die Anwendung unter § 90 BGB zu subsumieren. Der Begriff der Mietsache könne im Rahmen des § 535 BGB anders ausgelegt werden als der der Sache gemäß § 90 BGB. Auf diese Weise könne für jeden Vertragstypus ein den jeweiligen wirtschaftlichen Interessen entsprechender Sachbegriff konzipiert werden.⁷³⁰

Diese Begründung kann indes nicht gänzlich überzeugen. Es ist zwar ein Trend zur Fernnutzung von Software auszumachen, ohne dass diese auf dem Kundenrechner gespeichert werden muss. Es erfolgt durch die Anbieter auch eine zunehmende Betonung von *Services*, um ihr Leistungspaket abzurunden und sich gegenüber Konkurrenten abzuheben. Als Ausgangspunkt für die Bewertung der Sachqualität muss aber die technische Realisierung der neuen Geschäftsmodelle herangezogen werden. Auch die Verkehrsanschauung kann nicht unter Außerachtlassung der zugrunde liegenden Technologie bewertet werden. Insoweit ist festzuhalten, dass die Anwendungen auch beim ASP auf den Servern der Anbieter gespeichert und damit verkörpert sind, und das wesentlich Neue vor allem darin besteht, dass die Anwendungen zu ihrer Nutzung nicht mehr auf die Festplatte oder in den Arbeitsspeicher des Kunden kopiert werden müssen. Insoweit entscheidet sich die Anwendbarkeit des Mietvertragsrechts vor allem bei der Beurteilung der Frage, ob die Software im Rahmen der Fernnutzung im mietvertraglichen Sinne „überlassen“ wird oder ob die Bereithaltung der Funktionalität als Dienstleistung im Vordergrund steht.⁷³¹

h. Die Entscheidung des BGH zum ASP-Vertrag

Entgegen den Überlegungen in der Literatur, vor dem Hintergrund zunehmender körperloser Nutzungsformen eine Neubewertung der Sacheigenschaft von Software vorzunehmen, hat der BGH in einer jüngeren Entscheidung zum ASP-Vertrag seine

⁷²⁹ Schoengarth, ASP, S. 55.

⁷³⁰ Schoengarth, ASP, S. 55.

⁷³¹ vgl. dazu ausführlich unten D. IV. 2. d. aa. (1) (b).

bereits vor langer Zeit eingeschlagene Linie fortgesetzt:⁷³² Eine „auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware“ sei nach ständiger Rechtsprechung als bewegliche Sache anzusehen. Auch die beim ASP überlassenen Programme seien durch ihre zentrale Speicherung auf dem Server des Anbieters in diesem Sinne auf einem Datenträger verkörpert. Die der Steuerung des Computers dienenden Programme müssten, um ihre Funktion erfüllen zu können, d.h. um überhaupt nutzbar zu sein, in verkörperter Form vorhanden sein, sei es auf einem portablen Datenträger, einer Festplatte oder im flüchtigen Arbeitsspeicher eines Rechners. Gegenstand des ASP-Vertrages sei damit stets die – wie auch immer – verkörperte geistige Leistung.

Der BGH führt dazu in seiner Entscheidung weiter aus:⁷³³ Von der zur Nutzung des Programms überlassenen Werkverkörperung sei das urheberrechtlich geschützte Werk zu trennen. Letzteres spiele für die Rechtsnatur des schuldrechtlichen Softwareüberlassungsvertrages keine Rolle.⁷³⁴ Denn der mit dem schuldrechtlichen Vertrag verfolgte Zweck gehe dahin, dem Anwender die Nutzung der Software zu ermöglichen, sei sie nun urheberrechtlich geschützt oder ungeschützt. Für ein geschütztes Programm bedürfe es nur zusätzlich der Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte. Die Gewährleistung wegen Funktionsmängeln müsse sich für alle Programme nach identischen Regeln richten, weil diese Frage mit dem Urheberrecht nicht im Zusammenhang stehe.

Die Entscheidung liegt auf der bereits zuvor vom BGH verfolgten Linie, enthält aber einige Klarstellungen:⁷³⁵ Der BGH betrachtet die urheberrechtlich schützbares Software einer- und ihre Verkörperung auf einem Datenträger andererseits als getrennte Rechtsobjekte. Die Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte hat auf die schuldrechtliche Vertragstypisierung danach keinen Einfluss. Im Übrigen stellt der BGH nicht auf den im Regelfall wesentlich höheren wirtschaftlichen Wert des Immaterialgutes gegenüber dem Datenträger ab oder schreibt dem Datenträger insoweit eine reine Transportfunktion zu, sondern nimmt einen rein technisch geprägten Standpunkt ein: Damit Software überhaupt

⁷³² BGH CR 2007, 75, 75 f. m. Anm. *Lejeune*.

⁷³³ BGH CR 2007, 75, 76 m. Anm. *Lejeune*.

⁷³⁴ kritisch insoweit *Lejeune*, Anm. zum Urteil des BGH vom 15.11.2006, XII ZR 120/04, CR 2007, 77, 78: Da es im deutschen Recht keine Hierarchie zwischen Schuldrecht und Urheberrecht gebe, sei für die Beurteilung vertraglicher Regelungen eine Gesamtbetrachtung erforderlich, bei der anhand der Umstände des einzelnen Falles zu entscheiden sei, welchem Rechtsgebiet bei der Abwägung größere Bedeutung zukomme.

⁷³⁵ In der Lit. ist man denn auch eher von der „Rigidität“ der Stellungnahme überrascht als von ihrem Ergebnis, vgl. *Spindler*, K&R 2007, 345, 349.

nutzbar sei, müsse sie nur irgendwie und irgendwo verkörpert sein – wenn auch auf wechselnden Trägern – und stelle damit stets eine Sache dar.⁷³⁶

Damit verlagert sich das eigentliche Problem weg von der reinen Sacheigenschaft⁷³⁷ hin zu der Frage, ob Software bei ihrer Überlassung durchgehend verkörpert sein muss, mit anderen Worten, wie sich eine bei der Überlassung entstehende Verkörperungslücke⁷³⁸ auswirkt. Insoweit hatte der BGH in der vorliegenden Konstellation „leichtes Spiel“: Die mietrechtliche Überlassung setzt – anders als die Erfüllung eines Kaufvertrages durch Einigung und Übergabe der Kaufsache – nicht zwingend eine Besitzverschaffung am Vertragsgegenstand voraus, soweit der Mieter auch ohne Besitzeinräumung die Mietsache nur vertragsgemäß nutzen kann, was beim ASP-Model gerade der Fall sei.⁷³⁹ Insoweit bedurfte es auch keines „Ausweichens“ auf eine „zumindest entsprechende“ Anwendbarkeit des Mietrechts.

4. Überlassung von Standardsoftware

Für die Vertragstypisierung der Überlassung von Standardsoftware auf Zeit oder dauerhaft spielt die Sacheigenschaft von Software nur eine untergeordnete Rolle, da überwiegend angenommen wird, dass die entsprechenden Vorschriften z.B. des Sachmängelgewährleistungsrechts bei Verneinung der Sacheigenschaft *zumindest entsprechend* zur Anwendung kommen.

a. Auf Zeit

Bei den auf Zeit angelegten Softwareverträgen muss zwischen den Parteien Einigkeit darüber bestehen, dass das Programm vom Anwender ab einem gewissen Zeitpunkt, der bei Vertragsschluss noch nicht festzustehen braucht, nicht weiter benutzt werden darf. Es

⁷³⁶ BGH CR 2007, 75, 76 m. Anm. *Lejeune*.

⁷³⁷ Nach *Spindler*, K&R 2007, 345, 349 zeichnet sich mit der Entscheidung des BGH ein Ende der langen Debatte um die Sachqualität von Software ab.

⁷³⁸ kritisch zur Entscheidung des BGH insoweit *Redeker*, IT-Recht, Rn. 283: Software könne nicht getrennt von ihrem Träger eine Sache sein; hätte der BGH Recht, werde der Traum vieler „Trekkies“ Wirklichkeit: Wird die Sache Software per Funkwellen übertragen, wird eine Sache gebeamt.

⁷³⁹ vgl. BGH CR 2007, 75, 76 m. Anm. *Lejeune*; vgl. dazu näher unten D. IV. 2. d. aa. (1) (b).

geht also um eine nach der übereinstimmenden Vorstellung der Beteiligten von vornherein zeitlich begrenzte Überlassung von Software, die auf dem System des Anwenders gespeichert wird und dort abläuft. Die zeitliche Begrenzung kann dabei entweder durch eine befristete Vertragsdauer oder durch Einräumung eines ordentlichen Kündigungsrechts zum Ausdruck kommen.⁷⁴⁰ Erzielen die Parteien bei den Vertragsverhandlungen insoweit Einigkeit, kommt zwischen ihnen ein Dauerschuldverhältnis zustande, da es sich nicht um einen punktuellen Leistungsaustausch handelt, sondern beide Parteien für eine bestimmte Zeit zur Leistungserbringung verpflichtet sind. Als mögliche Vertragstypen stehen daher vor allem der Mietvertrag (§§ 535 ff. BGB) und der (gesetzlich nicht geregelte) Leasingvertrag zur Verfügung, falls man die Sachqualität von Software bejaht. Verneint man dagegen die Sachqualität und sieht das Programm als geistiges Gut, kommt eine Einordnung des Dauerschuldverhältnisses als Pachtvertrag (§§ 581 ff. BGB) oder mietähnlicher Vertrag in Betracht, auf den die §§ 535 ff. BGB analog anzuwenden sind.⁷⁴¹

Die Ansicht, die in der Software ein rein immaterielles Gut sieht, hält einen Mietvertrag über Software, auch wenn sie auf einem Datenträger verkörpert ist, für nicht denkbar.⁷⁴² Es komme vielmehr ein urheberrechtlicher Lizenzvertrag (im engeren Sinne) in Betracht, da der Schwerpunkt der Vertragsgestaltung auf der detaillierten Regelung des als Hauptleistung einzuräumenden urheberrechtlichen Nutzungsrechts liege. Dadurch erhalte der Vertrag sein Gepräge und seine Typizität.⁷⁴³ Beim urheberrechtlichen Lizenzvertrag wiederum handle es sich um einen rechtspachtähnlichen Vertrag, auf den über § 581 Abs. 2 BGB grundsätzlich mietrechtliche Vorschriften entsprechende Anwendung fänden.⁷⁴⁴ Einen ähnlichen Ansatz vertrat früher auch der BGH: Die zeitlich befristete, entgeltliche Gebrauchsüberlassung könne wegen der Ähnlichkeit eines Computerprogramms zu einem Fertigungsverfahren als Know-how-Vertrag zu werten sein, der grundsätzlich als Pachtvertrag anzusehen sei.⁷⁴⁵

⁷⁴⁰ Redeker, IT-Recht, Rn. 599; Michalski/Bösert, Vertrags- und schutzrechtliche Behandlung von Computerprogrammen, S. 19.

⁷⁴¹ vgl. Stichtenoth, K&R 2003, 105, 108.

⁷⁴² Pres, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, S. 52.

⁷⁴³ Pres, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, S. 54.

⁷⁴⁴ Pres, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, S. 176.

⁷⁴⁵ BGH NJW 1981, 2684.

Nach inzwischen weit überwiegender Ansicht allerdings handelt es sich bei der befristeten Überlassung von Standardsoftware, die auf einem Datenträger verkörpert übergeben wird und bei der der Nutzer für die vereinbarte Überlassungsdauer ein einfaches Nutzungsrecht erhält, im Regelfall um ein Mietverhältnis gemäß § 535 BGB.⁷⁴⁶ Die Ansicht, die die Sachqualität von Software unabhängig von einer Verkörperung auf einem Datenträger bejaht, nimmt auch dann einen Mietvertrag an, wenn das Programm unverkörpert per DFÜ überlassen wird.⁷⁴⁷ Die Frage nach der Rechtsnatur eines Softwareüberlassungsvertrages sei nicht durch einen Rückgriff auf das Urheberrecht zu beantworten. Die gegebenenfalls entstehenden urheberrechtlichen Fragen vermögen die Rechtsnatur des schuldrechtlichen Vertrages nicht zu bestimmen, sondern der Vertrag erfahre durch die Aufnahme entsprechender vertraglicher Nebenleistungen, wie z.B. der Erlaubnis zur Vervielfältigung gemäß § 69c Nr. 1 UrhG, allenfalls eine nicht typenprägende Erweiterung.⁷⁴⁸ Den der grundsätzlich bestehenden Rückgabeverpflichtung des Mieters aus § 546 Abs. 1 BGB zugrunde liegenden Interessen des Vermieters könne auch dadurch Rechnung getragen werden, dass sich der Mieter zur Löschung des Programms und sämtlicher Sicherungskopien verpflichte oder dass Programmsperren die Nutzung der Software nach Ablauf der Mietzeit blockierten.⁷⁴⁹

Gegenstand eines Pachtvertrages nach § 581 BGB können im Gegensatz zum Mietvertrag neben Sachen auch Rechte sein. Wesentliches Merkmal der Pacht ist, dass neben dem bloßen Gebrauch des Pachtgegenstandes auch die Fruchtziehung gestattet ist. Nach einer Ansicht findet Pachtrecht zumindest dann auf die zeitweise Überlassung von Software Anwendung, wenn der Anwender nicht nur Gebrauchsvorteile i.S.v. § 100 BGB zieht, sondern auch unmittelbar Rechtsfrüchte i.S.v. § 99 BGB, die etwa in der Vergütung für die Weiterüberlassung der Software z.B. durch Untervermietung an Dritte liegen können.⁷⁵⁰ Die Untervermietung ist jedoch nur dann zulässig, wenn sie vom

⁷⁴⁶ LG Köln CR 1996, 154; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil J, Rn. 368; *Köhler/Fritzsche* in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Teil XIII, Rn. 26 f.; der BGH hat sich einer vertragstypologischen Zuordnung bislang enthalten, vgl. BGH NJW 2003, 2014, 2016: Verwendungsbeschränkungen in Softwareverträgen seien unterschiedlich zu beurteilen, je nachdem „ob es sich um Programme handelt, die gegen eine Einmalzahlung verkauft werden [...], oder um Programme, die für eine beschränkte Zeit im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses (meist „Lizenzvertrag“ genannt) vermarktet werden.“

⁷⁴⁷ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 201; zum mietrechtlichen Gewährleistungs- und Schadensersatzrecht bei der zeitlich begrenzten Überlassung fehlerhafter Software vgl. ausführlich *Redeker*, IT-Recht, Rn. 602 ff. und unten im Zusammenhang mit dem ASP D. IV. 2. e.

⁷⁴⁸ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 123 (m.w.N. insbesondere zur Rspr. des BFH).

⁷⁴⁹ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 202; *Karger* in: *Redeker* (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.9, Rn. 6.

⁷⁵⁰ *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Rn. 817.

Vermieter und Rechteinhaber ausdrücklich gestattet wird.⁷⁵¹ Dies spricht richtigerweise gegen die Annahme eines Pachtvertrages: Der Anwender darf die Software in aller Regel nur benutzen, ist jedoch vertraglich nicht zur Fruchtzüchtung durch Untervermietung berechtigt. Die im Vordergrund stehende reine Gebrauchseinräumung indiziert gerade einen Mietvertrag und keinen Pachtvertrag.⁷⁵² Gegen eine Rechtspacht spricht darüber hinaus, dass vor dem Vertragsschluss noch gar kein Recht existiert, das dem Anwender verpachtet werden könnte; das Nutzungsrecht entsteht vielmehr erst mit dem Vertragsschluss selbst.⁷⁵³

Software kann darüber hinaus grundsätzlich auch Gegenstand eines Leasingvertrages sein.⁷⁵⁴ Die Motivation hierfür liegt vor allem in der Finanzierungsfunktion des Leasings sowie in der steuerlichen Behandlung des Leasinggutes.⁷⁵⁵ Für das Finanzierungsleasing ist ein Dreiecksverhältnis zwischen Leasinggeber, Leasingnehmer und Lieferant kennzeichnend: Der Leasinggeber erwirbt die Software vom Lieferanten und überlässt sie auf Zeit dem Leasingnehmer.⁷⁵⁶ Zentrale Regelung – auch eines Finanzierungsleasingvertrages über Software – ist dabei eine Vereinbarung, dass die grundsätzlich auch für das Finanzierungsleasing geltenden mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer ausgeschlossen sind und stattdessen dem Leasingnehmer die dem Leasinggeber gegenüber dem Hersteller bzw. Lieferanten zustehenden kaufrechtlichen Mängelansprüche abgetreten oder zur Ausübung im eigenen Namen überlassen werden.⁷⁵⁷

⁷⁵¹ Koch, Computer-Vertragsrecht, Rn. 818.

⁷⁵² LG Köln CR 1996, 154; Karger in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.9, Rn. 14.

⁷⁵³ Köhler/Fritzsche in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Teil XIII, Rn. 28; Lenhard, Vertragstypologie von Softwareüberlassungsverträgen, S. 221 unterscheidet insoweit zwei Vertragsgegenstände eines einheitlichen Pachtvertrages: Es handele sich um einen Pachtvertrag, der im Hinblick auf das einzuräumende Nutzungsrecht auf ein Recht, bezüglich des Programms selbst auf einen sonstigen Gegenstand gerichtet sei; der pachttaugliche Vertragsgegenstand sei insoweit weit zu fassen und umfasse nicht nur Sachen und Rechte, sondern auch sonstige immaterielle Gegenstände wie Software; vgl. auch noch unten zum ASP D. IV. 2. d. aa. (3).

⁷⁵⁴ vgl. BGH CR 1987, 846 ff.; Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 201; Redeker, IT-Recht, Rn. 618.

⁷⁵⁵ Pres, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, S. 53.

⁷⁵⁶ Junker/Benecke, Computerrecht, Rn. 174.

⁷⁵⁷ vgl. ausführlich zum EDV-Leasing Redeker, IT-Recht, Rn. 618 ff.

b. Auf Dauer

Besonders umstritten war in Rechtsprechung und juristischer Literatur lange Zeit die rechtliche Beurteilung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware gegen Zahlung eines einmaligen Entgelts. Die Herausforderung der Subsumtion des Softwarevertrages betraf aus praktischer Sicht dabei überwiegend gewährleistungsrechtliche Konstellationen.⁷⁵⁸ Zumindest in einem Punkt besteht zwischen den Vertretern der unterschiedlichen Ansichten zur Sachqualität von Software Einigkeit: Die Bezeichnung des Vertrages durch die Parteien, z.B. als „Softwarelizenzvertrag“, ist für die vertragstypologische Einordnung nicht entscheidend; ihr kommt allenfalls indizielle Bedeutung bei der Auslegung zu. Ausschlaggebend sind vielmehr Sinn und Zweck des Vertrages, dessen wirtschaftliche Bedeutung sowie die Interessenlage der Parteien.⁷⁵⁹

aa. Lizenzvertrag

Redeker nimmt – trotz Verneinung der Sachqualität von Software – das Bestehen eines Kaufvertrages dann an, wenn dem Kunden ein ausschließliches Nutzungsrecht an dem Programm eingeräumt wird, da ein verkehrsfähiger unkörperlicher sonstiger Gegenstand i.S.d. § 453 Abs. 1 BGB gegen Zahlung eines einmaligen Entgelts auf Dauer überlassen werde. Auch für den Fall der permanenten Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts sei das Bild des Kaufs prägend, so dass auch für diese Verträge Kaufvertragsrecht anzuwenden sei.⁷⁶⁰ Einige Stimmen in der Literatur, die wie *Redeker* in Software ein rein geistiges Gut sehen, schlagen dagegen für die dauerhafte Überlassung von Software eine Einordnung als Lizenzvertrag im Sinne eines Rechtspachtvertrages vor.⁷⁶¹ Der Kaufvertrag könne nur einen Teilaspekt eines Softwarevertrages abdecken, da sein schlichter Austauschcharakter zu undifferenziert sei, um etwa die Frage zu lösen, ob „gekaufte“ Software auf beliebig vielen Rechnern des Anwenders eingesetzt werden dürfe. Der Rechtspachtvertrag bilde dagegen den Dauerschuldcharakter der Nutzungsgestattung am differenziertesten ab.⁷⁶² Zum Teil wird unter einem Lizenzvertrag auch ein Vertragstyp *sui*

⁷⁵⁸ *Hilty*, MMR 2003, 3, 5.

⁷⁵⁹ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 197; *Junker/Benecke*, Computerrecht, Rn. 161.

⁷⁶⁰ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 529 ff.

⁷⁶¹ vgl. z.B. aus der älteren Lit. *Heussen*, GRUR 1987, 779, 789 ff., der als gemeinsame Basis aller Formen der Softwareüberlassung einen Lizenzvertrag als Rechtspachtvertrag annimmt.

⁷⁶² *Heussen*, GRUR 1987, 779, 789.

generis über ein Immaterialgut verstanden, der kauf-, pacht-, miet-, dienst-, oder gesellschaftsvertragliche Elemente enthalten könne.⁷⁶³ Auch die Einordnung als Know-how-Lizenzvertrag wird vereinzelt vorgeschlagen, da Anwendungssoftware als Geschäftsgeheimnis geschützt sei.⁷⁶⁴

Nach Ansicht *Hilty*s kann angesichts der fortschreitenden Möglichkeiten der datenträgerlosen Nutzung von Software bei der vertraglichen Einordnung des Softwarevertrages jedenfalls nicht (mehr) an den Programmträger angeknüpft werden.⁷⁶⁵ Die Frage der Nutzungsberechtigung an ein und demselben Programm und bezogen auf identische Nutzungshandlungen könne nicht je nach der zugrunde liegenden Technologie unterschiedlich beantwortet werden. Es sei daher nicht danach zu differenzieren, ob das Programm auf einem Datenträger erworben, ob es auf der Festplatte des Nutzers installiert oder ob es nur flüchtig in den Arbeitsspeicher eines Rechners geladen werde. Vielmehr sei es stets dieser letzte Schritt des Speicherns in den Arbeitsspeicher als eigentliche Programmnutzung, der zur Qualifizierung des Softwarevertrags im Zentrum des Interesses stehe.⁷⁶⁶ Eine im Falle der Übergabe eines Datenträgers vorhandene sachenrechtliche Dimension habe für die Typisierung des eigentlichen – immaterialgüterrechtlichen – Softwarevertrages von vornherein außer Betracht zu bleiben.⁷⁶⁷

Das Kernelement des Softwarevertrages, nämlich das Recht, die Software als immaterielles Gut bestimmungsgemäß zu benutzen, beruhe – so *Hilty* – dabei auf einer einfachen Lizenz; der Softwarevertrag sei demnach ein Lizenzvertrag. Dieser stelle seinem Wesen nach ein Dauerschuldverhältnis dar, was mit den Verhältnissen in der Praxis korrespondiere. Denn nur wenn man am sachenrechtlichen Erwerb des Datenträgers anzuknüpfen versuche und damit die – allein relevante – immaterialgüterrechtliche Ebene ausblende, könne man zu dem Schluss gelangen, der sog. „Softwarekauf“ stelle ein einfaches Austauschverhältnis dar. Wenn man dagegen

⁷⁶³ dazu *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 78 ff.

⁷⁶⁴ dagegen überzeugend *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 85: Dem Anwender werde in der Regel bei der Überlassung von proprietärer Standardsoftware kein Einblick in den Quellcode gewährt; das Interesse der meisten Hersteller gehe gerade dahin, das bei der Entwicklung angewandte Wissen durch technische und rechtliche Maßnahmen zu schützen.

⁷⁶⁵ *Hilty*, MMR 2003, 3, 6.

⁷⁶⁶ *Hilty*, MMR 2003, 3, 6.

⁷⁶⁷ *Hilty*, MMR 2003, 3, 7.

anerkenne, dass das Benutzungsrecht i.S.d. § 69d Abs. 1 UrhG ein andauerndes sei, eine Lizenz auch in Form einer Einmallizenz abgeschlossen werden und durch Aufgabe der Nutzung konkludent beendet werden könne, passe die Konstruktion einer Lizenz als Dauerschuldverhältnis durchaus, um zu erklären, warum ein Programm über eine längere Zeit hinweg gebraucht werden dürfe.⁷⁶⁸ Bezogen auf auftretene Leistungsstörungen müssten auf den Lizenzvertrag lizenzrechtliche Regeln zur Anwendung gelangen. Dabei sei für den Lizenzvertrag als Innominatvertrag bzw. atypischen Vertrag zunächst zu prüfen, ob die allgemeinen Regeln des Schuldrechts passten. Fehlten solche Regeln, sei nach den anerkannten Grundsätzen für die Behandlung von Innominatverträgen mittels analoger Rechtsanwendung nach passenden, das Wesen des Lizenzvertrages reflektierenden besonderen Regeln zu suchen. Es wäre nach *Hilty* jedoch verfehlt, dem Softwarevertrag ein Wesen *sui generis* zuzugestehen und auf ihn gesetzliche Vorschriften z.B. des Kaufrechts direkt anzuwenden. Denn prägendes Element des Softwarevertrages sei die Berechtigung des Nutzers auf der Basis einer dauerschuldrechtlichen Lizenz.⁷⁶⁹

bb. Kaufvertrag

Die Rechtsprechung und h.L. haben sich schon vor der Schuldrechtsreform gegen ein lizenzvertragliches Modell entschieden⁷⁷⁰ und sehen in der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware gegen einmaliges Entgelt einen Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB, auf den die Sachmängelvorschriften *zumindest entsprechende* Anwendung finden.⁷⁷¹ Auch die Übertragung von Software unmittelbar durch Überspielen mittels Kabelverbindung von der Festplatte des Lieferanten auf die Festplatte des Kunden rechtfertige keine andere

⁷⁶⁸ *Hilty*, MMR 2003, 3, 14.

⁷⁶⁹ *Hilty*, MMR 2003, 3, 15.

⁷⁷⁰ vgl. aber BGH NJW 2006, 915, 916, dort in einer Entscheidung zum Insolvenzrecht von „Lizenzvertrag“ sprechend.

⁷⁷¹ BGH CR 1988, 123, 126; BGH CR 1990, 24, 26; BGH NJW 1993, 2436, 2437; BGH CR 2000, 207, 208; LG Bonn CR 2007, 767; *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band III, S. 16; *Brandi-Dohrn*, Gewährleistung bei Hard- und Softwaremängeln, S. 1 f.; vgl. zur Lit. auch die umfassende Nachweise bei *Hilty*, MMR 2003, 3, 4 (Fn. 7, 8); Kritik hat die Rspr. des BGH vor allem wegen ihres angeblichen Verharrens in einer zu starren Begriffswelt erfahren, deren Bedeutung über die Parteiinteressen im Einzelfall gestellt würde. Der Softwareüberlassung solle umfassend das Recht des Kaufvertrages übergestülpt werden. Ziel des Austauschvertrages über Standardsoftware sei aber eher die Lösung eines betrieblichen Problems, also ein aufgabenbezogenes Ziel und nicht der Erwerb einer Sache. Vertragsziel dürfe häufig eher der Eintritt eines bestimmten Erfolges unter Verwendung des Werkzeugs Standardprogramm sein. Daher seien Verträge über die Überlassung von Standardsoftware nicht zwingend als Kaufverträge zu typisieren (*Ulmer*, CR 2000, 493, 497 ff.). Schon die Implementierung von Standardsoftware in einer Kundenumgebung sei mitunter kein Austausch einer fertigen Ware mehr, sondern stelle einen Prozess dar, der eine weitgehende Mitwirkung des Kunden erfordere. Dabei liege das Parteiinteresse in der Funktionsfähigkeit der Lösung und nicht in einem reinen Warenaustausch. Die unterschiedlichen Arten der Überlassung und des Einsatzes von Software in der Praxis erforderten daher auch unterschiedliche rechtliche Einordnungen (*Müller-Hengstenberg*, CR 2004, 161, 165).

Beurteilung,⁷⁷² da Zweck des Vertrages in beiden Varianten die Installation einer einsatzfähigen Verkörperung der Software auf der Festplatte des Kunden sei, um die Software für diesen nutzbar zu machen. Der eigentliche Endzweck des Erwerbs von Software liege also unabhängig davon, ob sie zwischenzeitlich auf einer Diskette oder CD-ROM gespeichert sei, in ihrer Installation und Nutzbarmachung für den Erwerber. Die lediglich auf den fortgeschrittenen technischen Möglichkeiten beruhende unmittelbare Installation der Software auf dem Rechner des Kunden führe den gleichen wirtschaftlichen Erfolg herbei und habe den gleichen wirtschaftlichen Endzweck, wie eine Installation von einem mitgelieferten Datenträger.⁷⁷³

Auch nach Ansicht *Marlys*, der die Sacheigenschaft von Software generell bejaht, drängt sich bei der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware als einschlägiger Vertragstyp zwingend der Kaufvertrag auf. Dem Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen könne für die vertragstypologische Zuordnung keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen. Der Eigentumsübergang nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB werde durch den urheberrechtlichen Schutz genauso wenig ausgeschlossen, wie durch Verwendungs- und Verfügungsbeschränkungen.⁷⁷⁴ Die Einschränkung urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse, z.B. durch CPU-Klauseln, habe keinen typenprägenden Charakter und führe dementsprechend nicht zur Annahme eines vom Kaufvertrag zu unterscheidenden Lizenzvertrages.⁷⁷⁵ Der Vertrag erfahre auch durch die Aufnahme urheberrechtlicher Nutzungsrechtseinräumungen allenfalls nicht typenprägende Erweiterungen. Die Frage nach der Rechtsnatur eines Softwareüberlassungsvertrages sei insgesamt nicht durch einen Rückgriff auf das Urheberrecht zu beantworten, vielmehr sei Sinn und Zweck des konkreten Vertrages hierfür ausschlaggebend.⁷⁷⁶

⁷⁷² Im konkret entschiedenen Fall ging es um die Anwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes, die die Übergabe einer beweglichen Sache voraussetzte.

⁷⁷³ BGH CR 1990, 24, 26 f.; zustimmend *Martinek*, *Moderne Vertragstypen*, Band III, S. 16; kritisch *Bydlinski*, AcP, Bd. 198 (1998), S. 287, 309 ff.

⁷⁷⁴ *Marly*, *Softwareüberlassungsverträge*, Rn. 195.

⁷⁷⁵ *Marly*, *Softwareüberlassungsverträge*, Rn. 199; anders *Ulmer*, CR 2000, 493, 495: Die weite Verbreitung vertraglicher Nutzungsbeschränkungen rechtfertige nicht mehr die Erwartung eines Erwerbers, er werde das Standardprogramm zur freien Verfügung und zeitlich unbegrenzt erhalten; der Erwerber erwarte mithin nicht generell, der andere werde ihm das Eigentum an der Sache verschaffen.

⁷⁷⁶ *Marly*, *Softwareüberlassungsverträge*, Rn. 123; anders insoweit *Lehmann* in: FS Schrickler 1995, S. 543, 544 ff.: Die urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte seien das Fundament, auf dem jede Vertragskonstruktion im Rahmen der Softwareüberlassung aufzubauen habe. Es gehe von vornherein nicht um den Verkauf und die Übereignung von Sachen, sondern einzig und allein um die Einräumung von Nutzungsrechten an der Software. Die Lieferung sachmängelbehafteter Software beurteile sich zwar nach den entsprechenden Vorschriften des Kaufrechts; dies aber nur deshalb, weil in diesen Fällen die urheberrechtliche Überlassung von vornherein gar nicht betroffen sei.

cc. Stellungnahme

Letztgenannter Ansicht ist jedenfalls für den Fall der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware zuzustimmen. Das Urheberrecht geht zwar, soweit es reicht, dem Eigentum grundsätzlich vor und schränkt dieses ein.⁷⁷⁷ Der Schwerpunkt des Vertrages liegt aber regelmäßig auf der Eigentums- und Besitzverschaffung gegen Entgelt sowie der damit verbundenen Nutzungsmöglichkeit an der Software. Die urheberrechtlichen Nutzungsrechte für das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher und das Ablaufenlassen ergeben sich dabei bereits aus § 69d Abs.1 UrhG, der jedenfalls in seinem zwingenden Kern als gesetzliche Lizenz zu verstehen ist.⁷⁷⁸ Aber auch soweit der Anwender eines über die Befugnisse des § 69d Abs. 1 UrhG hinausgehenden urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts bedarf, ist dessen Einräumung – genauso wenig wie etwaige vertragliche oder rein technische Beschränkungen der Nutzungsmöglichkeit des Programms – für den schuldrechtlichen Vertrag typenprägend. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die vertraglichen oder technischen Einschränkungen die Dauer der Programmnutzung beschränken, also der Umsetzung einer zeitlichen Befristung dienen; insoweit ist dann das Vorliegen eines Mietvertrages anzunehmen.

Wird zur Erfüllung des Kaufvertrages die Übergabe des Datenträgers ersetzt durch das direkte Überspielen des Programms per Kabelverbindung auf den Rechner des Kunden oder den Online-Abruf aus dem Internet, rechtfertigt dies noch keine andere Beurteilung, soweit es sich dabei lediglich um eine Übergabemodalität handelt, insbesondere also nur dazu dient, das Programm letztlich auf der Festplatte des Anwenders zu speichern und von dort aus bei Bedarf in den Arbeitsspeicher zu laden. Die Rechtsnatur der Software kann dabei jedenfalls für den Fall ihrer dauerhaften entgeltlichen Überlassung nach der Einführung „sonstiger Gegenstände“ in den § 453 Abs. 1 BGB offen bleiben.

⁷⁷⁷ *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 115.

⁷⁷⁸ vgl. oben C. II. 5.

5. Erstellung und Überlassung von Individualsoftware

a. Anpassung von Standardsoftware

Standardsoftware für komplexere Aufgaben muss vor ihrem Einsatz oft noch an die spezifischen Branchen- und/oder Kundenerfordernisse angepasst werden. Diese Anpassungen an die speziellen Bedürfnisse und Geschäftsprozesse des Anwenders können zum Entstehen neuer Individualsoftware führen. Wo aufgrund erheblicher Anpassungsleistungen nicht mehr die kaufweise Überlassung der Standardsoftware im Vordergrund steht, sondern der vertragliche Leistungsschwerpunkt in der Erstellung einer speziell angepassten Software liegt, kann dies einheitlich nach Werk- oder über die Anwendung von § 651 S. 1 BGB nach Kaufvertragsrecht zu beurteilen sein. Die Anpassungsleistungen sind dabei abzugrenzen von lediglich geringfügigen Programmänderungen, die – wie z.B. allgemeine Installationshinweise – als reine Nebenleistungen des Überlassungsvertrages erscheinen.⁷⁷⁹

Damit man von der Erstellung neuer Individualsoftware ausgehen kann, muss die Anpassungsleistung einen bestimmten Arbeitsaufwand auf Seiten des Herstellers überschreiten. Es muss sich bei der Leistung des Herstellers um eine nicht nur untergeordnete Änderung am Programmcode im Hinblick auf die speziellen Anwenderbedürfnisse handeln.⁷⁸⁰ Das werkvertragliche Moment des individuell geschuldeten Erfolges kann vor allem dann die kaufweise Überlassung überwiegen, wenn ein Standardprogramm um zahlreiche, bislang nicht vorhandene Funktionen erweitert wird.⁷⁸¹ Die insoweit zum Entstehen von Individualsoftware führenden erheblichen Anpassungsleistungen unter Eingriff in den Quellcode des Programms müssen dabei vor allem von der reinen Parametrisierung – also der kundenspezifischen Einstellung bereits vorhandener Parameter – unterschieden werden. Allein die Parametrisierung von Standardsoftware führt regelmäßig noch nicht zum Entstehen neuer Individualsoftware.⁷⁸² Dies ist erst dann der Fall, wenn sich die Anpassungen nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand rückgängig machen lassen, und damit insbesondere dann

⁷⁷⁹ vgl. LG Landshut CR 2004, 19, 20.

⁷⁸⁰ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 49.

⁷⁸¹ OLG Köln CR 2006, 440; sehr weitgehend OLG Hamm CR 2006, 442, 443, das bereits einen Vertrag über die Lieferung und Installation eines Standardprogramms bei gleichzeitiger Umstellung des beim Anwender vorhandenen Betriebssystems als einheitlichen Werkvertrag einordnet.

⁷⁸² vgl. *Koch*, ITRB 2004, 13, 14.

wenn Änderungen am Programmcode vorgenommen werden.⁷⁸³ Entscheidend für die Abgrenzung zwischen Werk- und Kaufvertrag mit Montageverpflichtung sind letztlich die Umstände des einzelnen Falles.

Erfolgt eine Änderung an einem Standardprogramm erst nach Vertragsschluss und Übergabe der Software an den Kunden, stellen sich die oben genannten Abgrenzungsprobleme grundsätzlich nicht. Unabhängig von der Intensität der Programmänderungen und der Frage, ob eine Anpassung oder Parametrisierung vorliegt, erfolgen diese Änderungen bei entsprechender Erfolgsbezogenheit der Leistungen in der Regel im Rahmen eines selbständigen Werkvertrages.⁷⁸⁴

b. Wiederverwendung vorgefertigter Programmteile

Werden zwischen den Parteien keine bestimmten Erstellungsmethoden vertraglich bindend vereinbart, ist der Softwareentwickler grundsätzlich in der Wahl seiner Entwicklungsmittel und -wege frei.⁷⁸⁵ Die im Rahmen der Erstellung oder Anpassung von Software erfolgende Wiederverwendung bereits bestehender Softwaremodule ändert dabei an der grundsätzlichen Einordnung als Werkvertrag im Regelfall nichts, da die Module häufig erst angepasst und dann neu miteinander verknüpft und in das Programm eingebunden werden müssen, so dass die Entwicklungsleistung gegenüber der reinen Überlassung weiterhin überwiegt. Das gilt insbesondere für die Verwendung vorbestehender Klassenbibliotheken im Rahmen der objektorientierten Softwareprogrammierung, aber in ähnlicher Weise auch für die Einbindung voll funktionsfähiger Softwarekomponenten. Sie werden in der Regel Teil des individuell erstellten Programms und damit des fertigen einheitlichen Werkes.⁷⁸⁶ Etwas anderes ergibt sich auch nicht bei einer dynamischen Verlinkung von Programmbibliotheken. Die entsprechende Programmbibliothek gehört dann zwar regelmäßig zu der vom Kunden zu stellenden Systemumgebung und ist nicht Teil des Lieferumfangs.⁷⁸⁷ Die Erstellung eines

⁷⁸³ Koch, ITRB 2004, 13, 16.

⁷⁸⁴ Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 50.

⁷⁸⁵ Koch, Software- und Datenbank-Recht, § 3 Rn. 20.

⁷⁸⁶ Koch, Software- und Datenbank-Recht, § 3 Rn. 8; eine andere Frage ist freilich, ob der Entwickler die wiederverwendbaren Module an den Kunden herauszugeben hat und ob er sie in anderen Projekten mit anderen Kunden wiederverwenden darf (vgl. dazu Koch a.a.O., § 3 Rn. 9).

⁷⁸⁷ Redeker in Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, Teil D, Rn. 43.

Programms mit dynamischer Verlinkung von Programmbibliotheken, die bei der Abarbeitung der gestellten Aufgabe durch das Programm lediglich aufgerufen werden, kann nichtsdestotrotz als Werkvertrag eingeordnet werden.⁷⁸⁸

Weder der Einsatz von Entwicklungswerkzeugen noch die Wiederverwendung von Code-Bestandteilen schließen damit die Individualprogrammierung auf werkvertraglicher Basis aus, da in beiden Fällen regelmäßig noch umfassende Anpassungs- und Verknüpfungsarbeiten, z.B. durch die sog. Komposition der einzelnen Komponenten, durch den jeweiligen Entwickler erforderlich sind. Zentrales Prüfkriterium für die Anwendung von Werkvertragsrecht ist die Vereinbarung eines individuell definierten Leistungsziels; eine vollständige Neuprogrammierung ist hierfür nicht zwingend erforderlich.⁷⁸⁹

c. Vertragstypologische Einordnung von Softwareerstellungsverträgen

Über den durch die Schuldrechtsreform neu gefassten § 651 BGB kann trotz grundsätzlich werkvertraglicher Einordnung der Individualsoftwareerstellung im Wesentlichen Kaufrecht zur Anwendung kommen. Gleiches gilt in den Fällen der Lieferung und Anpassung von Standardsoftware, wenn die Anpassungsleistungen über eine reine Nebenleistung zum Kaufvertrag hinausgehen.

aa. Neufassung des Wortlauts des § 651 BGB

Bei der Entwicklung und dauerhaften Überlassung von Individualsoftware ging die ganz überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur vor der Schuldrechtsreform regelmäßig vom Vorliegen eines Werkvertrags aus, da der auf einen bestimmten Erfolg in Form einer einsatzfähigen Software gerichtete Erstellungsvorgang bei speziell auf die Bedürfnisse des Anwenders zugeschnittener Individualsoftware im Mittelpunkt der vertraglichen Leistungen stehe.⁷⁹⁰ Zwar wurde teilweise unter Zugrundelegung der

⁷⁸⁸ Redeker in Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, Teil D, Rn. 81.

⁷⁸⁹ Koch, Software- und Datenbank-Recht, § 3 Rn. 40.

⁷⁹⁰ vgl. BGH NJW 1988, 406, 407; OLG Köln JurPC Web-Dok. 16/2006, Abs. 17; Michalski/Bösert, Vertrags- und schutzrechtliche Behandlung von Computerprogrammen, S. 27; Brandi-Dohrn, Gewährleistung bei Hard- und Softwaremängeln, S. 1; Heussen, GRUR 1987, 779, 785 f.; Bartsch, CR 1992, 393, 397; Redeker, ITRB 2001, 109,

Sachqualität von Software auch das Bestehen eines Werklieferungsvertrages nach § 651 BGB a.F. angenommen.⁷⁹¹ Die Unterscheidung zwischen Werk- und Werklieferungsvertrag war jedoch wegen der weitgehenden rechtlichen Gleichstellung im Bereich nicht vertretbarer Sachen im Ergebnis regelmäßig unerheblich. Unabhängig von der typologischen Zuordnung kam insoweit vor allem das Gewährleistungsrecht des Werkvertrages zur Anwendung.⁷⁹² Auch komplexe Softwareentwicklungsprojekte, an denen verschiedene Unternehmen beteiligt waren und in deren Rahmen die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers sehr umfassend sein konnten, mussten nach überwiegender Ansicht bei entsprechend geregelter umfassender Verantwortlichkeit des Auftragnehmers als Werkverträge eingeordnet werden. Abweichungen von der gesetzlich vorgesehenen Risikoverteilung bedurften der individualvertraglichen Vereinbarung.⁷⁹³

Entgegen der in der neueren Vertragspraxis und Rechtsprechung zu verzeichnenden Tendenz weg vom Kaufvertrags- hin zum Werkvertragsrecht⁷⁹⁴ wurde durch die im Rahmen der Schuldrechtsreform erfolgte Neufassung des § 651 BGB der Anwendungsbereich des Werkvertragsrechts radikal eingeschränkt. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zum neuen Schuldrecht sollen zum Werkvertrag im Wesentlichen nur noch die Herstellung von Bauwerken, reine Reparaturarbeiten und die Herstellung nichtkörperlicher Werke, wie z.B. die Planung eines Architekten oder die Erstellung von Gutachten gehören.⁷⁹⁵ Im Übrigen verweist der neue § 651 BGB für die Lieferung neu herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen ausschließlich auf das Kaufrecht, dessen Anwendungsbereich dadurch auf Kosten des Werkvertragsrechts erheblich ausgeweitet wird. Während nach der alten Regelung im Ergebnis nur die

110.

⁷⁹¹ In seiner Fassung bis zum Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung lautete der § 651 Abs. 1 BGB folgendermaßen: „Verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, so hat er dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung; ist eine nicht vertretbare Sache herzustellen, so treten an die Stelle des § 433, des § 446 Abs. 1 S. 1 und der §§ 447, 459, 460, 462 bis 464, 477 bis 479 die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647 bis 648a.“

⁷⁹² *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 53 f.; *Redeker*, ITRB 2001, 109, 110; wichtig war die Abgrenzung allenfalls für die Frage der Anwendbarkeit der kaufmännischen Rügeobliegenheit nach §§ 377, 378 HGB.

⁷⁹³ *Redeker*, ITRB 2001, 109, 112; kritisch zu den Folgen der Einordnung eines langfristigen Softwareentwicklungsvertrages mit Risikocharakter als Werkvertrag *Brandi-Dohrn*, CR 1998, 645 ff.; dagegen *von Westphalen*, CR 2000, 73 ff.; vgl. zu Projektverträgen auch noch unten D. III. 5. d.

⁷⁹⁴ vgl. *Roth*, JZ 2001, 543, 546.

⁷⁹⁵ *BegrRegE*, BT-Drucks. 14/6040, S. 268; *Bartsch*, CR 2001, 649, 657 spricht von einer „Entleerung des werkvertraglichen Typus“; *Roth*, JZ 2001, 543, 546 von „zu viel Kaufrecht zu Lasten des Werkvertragsrechts“, Letzterer allerdings bezogen auf die Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, die eine dem aktuellen § 651 S. 3 BGB entsprechende Vorschrift nicht vorsah.

Herstellung vertretbarer Sachen zur Anwendung kaufrechtlicher Vorschriften führte, unterfällt jetzt auch die Herstellung unvertretbarer, beweglicher Sachen den §§ 433 ff. BGB, die nach Satz 3 des neu gefassten § 651 BGB durch einige werkvertragliche Regelungen lediglich ergänzt werden. Zu den für anwendbar erklärten Vorschriften gehören aber insbesondere nicht die Vorschriften zur Abnahme des Werkes (§§ 640, 641 BGB). Wird eine nicht vertretbare Sache als Erfolg geschuldet, liegt damit jetzt nicht mehr nur ein Werklieferungsvertrag, sondern ein Kaufvertrag vor.

Nach der Änderung des § 651 BGB erfolgt nun für Individualsoftwareverträge die entscheidende Weichenstellung bei der Frage, ob man das Ergebnis des Herstellungsprozesses als bewegliche Sache einordnet oder nicht.⁷⁹⁶ Die Frage der Sacheigenschaft von Software hat damit wieder an Relevanz gewonnen. Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH sind Verträge über die Herstellung von Individualsoftware als regelmäßig nicht vertretbarer Sache vom Wortlaut her nunmehr im Wesentlichen nach Kaufrecht zu beurteilen.⁷⁹⁷ Besonders nach der Entscheidung des BGH zum ASP-Vertrag⁷⁹⁸ und den dort getroffenen Feststellungen zur Sacheigenschaft von Software liegt es nahe, dass der BGH die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware künftig als Lieferung herzustellender beweglicher Sachen i.S.d. § 651 BGB ansehen wird.⁷⁹⁹ Individualität und einzelfallbezogene Anpassungen im Rahmen der Softwareerstellung könnten durch § 651 S. 3 BGB auch durchaus sachgerecht aufgefangen werden.⁸⁰⁰

Eine uneingeschränkte Anwendung des Kaufrechts hätte jedoch die für den Softwarebereich – insbesondere für komplexe Individualsoftwareprojekte – unangemessene Folge, dass das Erfordernis der Abnahme des Werkes i.S.d. Entgegennahme und Billigung durch den Besteller als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung (vgl. § 640 BGB) grundsätzlich entfielen und bereits die bloße Ablieferung, d.h.

⁷⁹⁶ *Mankowski*, MDR 2003, 854, 857.

⁷⁹⁷ vgl. zur Subsumtion eines Vertrages zur Herstellung von Individualsoftware unter die Tatbestandsmerkmale des § 651 BGB überzeugend *Thewalt*, CR 2002, 1, 4; zustimmend *Kotthoff*, K&R 2002, 105; *Schneider/Bischof*, ITRB 2002, 273; *Bauer/Witzel*, ITRB 2003, 62, 63; wird ausnahmsweise die Herstellung einer Standardsoftware, also einer vertretbaren Sache, geschuldet, kommt über § 651 S. 1 BGB sogar reines Kaufrecht zur Anwendung.

⁷⁹⁸ BGH CR 2007, 75 ff. m. Anm. *Lejeune*.

⁷⁹⁹ so auch *Lejeune*, Anm. zum Urteil des BGH vom 15.11.2006, XII ZR 120/04, CR 2007, 77, 78; *Pohle/Schmeding*, Anm. zum Urteil des BGH vom 15.11.2006, XII ZR 120/04, K&R 2007, 385, 387.

⁸⁰⁰ so jedenfalls *Mankowski*, MDR 2003, 854, 857.

regelmäßig die Übergabe des Datenträgers an den Anwender,⁸⁰¹ ausreichen würde, um die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs herbeizuführen, die Vergütungsgefahr auf den Anwender übergehen zu lassen und die Verjährung der Mängelansprüche in Gang zu setzen.⁸⁰² Mit dem Kaufrecht kämen zudem auch die handelsrechtlichen Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten zur Anwendung.⁸⁰³ Die einzelnen Auswirkungen der Änderung des § 651 BGB speziell auf den Softwarebereich seien vom Gesetzgeber jedoch weder bedacht noch beabsichtigt gewesen⁸⁰⁴ und führen nach überwiegender Ansicht im Schrifttum nicht zu einer sachgerechten Lösung der in der Praxis auftretenden Konflikte.⁸⁰⁵ Es stellt sich daher die Frage, ob trotz typisch werkvertraglicher Leistungsmerkmale über § 651 BGB Kaufrecht zur Anwendung kommen soll, wenn der Auftraggeber – wie üblicherweise bei der Erstellung von Software – eine Sache gar nicht um ihrer Verkörperung willen haben möchte, sondern wegen der dahinter stehenden geistigen Leistung.⁸⁰⁶

bb. Anwendung des § 651 BGB auf die Softwareerstellung

Mit unterschiedlichen Begründungen wird von einem Teil der Literatur die Anwendbarkeit des § 651 BGB auf die Softwareentwicklung bejaht: Eine Ansicht möchte über § 651 BGB Kaufrecht auch in den Fällen der Herstellung eines im Wesentlichen immateriellen Werkes anwenden, um einem Widerspruch zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie⁸⁰⁷ zu entgehen.⁸⁰⁸ Im Übrigen wird auf die Herstellung von Individualsoftware Kaufrecht vor allem unter Verweis auf den eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 651 BGB im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des BGH zur Sacheigenschaft von Software angewandt.⁸⁰⁹ Eine teleologische Reduktion oder Auslegung des § 651 BGB könne schon

⁸⁰¹ vgl. BGH CR 2000, 207, 209: Die Grenzen zwischen kaufrechtlicher Ablieferung und werkvertraglicher Abnahme dürften nicht verwischt werden; selbst die mitunter hohe Komplexität von Software erlaube nicht, den Begriff der Ablieferung auszudehnen.

⁸⁰² vgl. *Mankowski*, MDR 2003, 854, 859; *Metzger*, AcP Bd. 204 (2004), S. 231, 238.

⁸⁰³ zu den nach der Schuldrechtsreform verbliebenen Unterschieden zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht vgl. ausführlich *Metzger*, AcP Bd. 204 (2004), S. 231, 235 ff. und die Übersicht bei *Schneider* in *Schneider/von Westphalen* (Hrsg.), *Software-Erstellungsverträge*, Teil B, Rn. 52.

⁸⁰⁴ *Schneider/Bischof*, ITRB 2002, 273.

⁸⁰⁵ *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361, 362; vgl. auch *Metzger*, AcP Bd. 204 (2004), S. 231, 244.

⁸⁰⁶ *Thewalt*, CR 2002, 1, 3.

⁸⁰⁷ Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 99/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Abl. EG Nr. L 171 v. 07.07.1999, S. 14.

⁸⁰⁸ *Koch*, ITRB 2002, 297, 300; *ders.*, *Software- und Datenbank-Recht*, § 3 Rn. 43.

⁸⁰⁹ *Schweinoch/Roas*, CR 2004, 326, 330 f.

deshalb keinen Erfolg haben, weil die einheitliche Anwendung von Kaufrecht die erklärte Absicht des Gesetzgebers gewesen sei.⁸¹⁰

In der überwiegenden Literaturansicht wird dagegen mit unterschiedlichen Begründungen der neu eröffnete bzw. erweiterte Anwendungsbereich des Kaufrechts wieder eingeschränkt.⁸¹¹ Die durch die Einstufung von Software als Sache zunächst also mühsam erreichte Anwendbarkeit des Kauf- und Mietrechts auf die dauerhafte bzw. zeitweise Überlassung von Standardsoftware führt im Bereich der Erstellung von Individualsoftware zur Anwendung des § 651 BGB mit Verweis auf die §§ 433 ff. BGB, deren Geltung trotz des eindeutigen Wortlauts des § 651 BGB hier nun wieder mühsam durch unterschiedliche Ansätze zu umgehen versucht wird. Da § 651 BGB durch die Parteien nicht vertraglich abbedungen werden kann⁸¹² und sich eine teleologische Reduktion des § 651 BGB wegen seines klaren Wortlauts nur schwer begründen lässt,⁸¹³ setzen die meisten Ansichten rechtsmethodisch entweder bei der Sachqualität von Software oder beim Schwerpunkt des Vertrages bzw. beim Vertragszweck an.⁸¹⁴

(1) Fehlende Sacheigenschaft von Software

Nach einem Ansatz ist schon deshalb nach der Schuldrechtsreform weiterhin reines Werkvertragsrecht auf die Softwareerstellung anwendbar, weil es der Software als solcher an Sachqualität mangle und damit der Anwendungsbereich des § 651 BGB von seinem Wortlaut her schon gar nicht eröffnet sei.⁸¹⁵ Datenträger und Dokumentationen seien zwar bewegliche Sachen, bildeten aber nicht den Schwerpunkt der vertraglich geschuldeten Leistung. Dieser liege vielmehr auf der Herstellung des vom Datenträger getrennt zu

⁸¹⁰ *Schneider* in *Schneider/von Westphalen* (Hrsg.), *Software-Erstellungsverträge*, Teil B, Rn. 108.

⁸¹¹ *Kotthoff*, K&R 2002, 105, 110 hält es dagegen zwar für gewöhnungsbedürftig, dass Softwareerstellungsverträge nunmehr dem Kaufrecht unterliegen; diese vertragstypologische Einordnung führe aber nicht zu Hindernissen, die im Rahmen der Vertragsgestaltung unüberwindbar wären; vgl. auch *Redeker*, ITRB 2002, 119, 120 f. zur vertraglichen Vereinbarung von Abnahmeregelungen; skeptisch *Diedrich*, CR 2002, 473, 475: Der Verweis auf die nach § 651 S. 3 BGB geltenden werkvertraglichen Regeln und individualvertragliche Abhilfe greife zu kurz.

⁸¹² vgl. *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361, 362 m.w.N.

⁸¹³ vgl. *Schweinoch/Roas*, CR 2004, 326, 329; so aber *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361, 366.

⁸¹⁴ kritisch zur Verkörperung als einzig relevantem Abgrenzungskriterium *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81, 82.

⁸¹⁵ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 297; *Junker/Benecke*, Computerrecht, Rn. 156; *Metzger*, AcP Bd. 204 (2004), S. 231, 247 f.; ähnlich *Stichtenoth*, K&R 2003, 105, 108 f., der in Software einen sonstigen Gegenstand i.S.d. § 453 Abs. 1 BGB sieht, so dass § 651 BGB, der sich nur auf bewegliche Sachen beziehe, nicht einschlägig sei; da zudem bei der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware der Herstellungsaspekt den Verschaffungsaspekt überwiege, sei vielmehr Werkvertragsrecht anwendbar.

betrachtenden Immaterialgutes Software sowie auf der Einräumung umfassender Nutzungsrechte.⁸¹⁶ Der Auftraggeber wolle nicht ein Werkexemplar der Software erhalten, sondern ein geistiges Produkt in umfassender Weise erwerben und nutzen. Das konkrete Exemplar sei mehr ein Hilfsmittel, um von den eingeräumten Rechten Gebrauch machen zu können.⁸¹⁷ Selbst wenn ein Datenträger an den Besteller übergeben werde, sei daher nicht dieser Gegenstand des Vertrages, sondern die Erstellung und Lieferung des unkörperlichen Programms als primär geistiger Leistung. Wirtschaftlich betrachtet sei Gegenstand des Vertrages also kein körperliches Gut.⁸¹⁸ Ob der Auftraggeber die gelieferte Software dabei nur für seine eigenen Zwecke verwenden oder als Standardsoftware an seine Kunden vertreiben wolle, sei irrelevant.⁸¹⁹

Die aus dieser Ansicht folgende Anwendung des Werkvertragsrechts führt jedoch dazu, dass Ansprüche wegen mangelhafter Leistung gemäß §§ 634a Abs. 1 Nr. 3, 195 BGB in der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist ab Kenntnis des Bestellers vom Mangel verjähren würden. Faktisch werde die bei Anwendung des § 651 BGB geltende kaufrechtliche Verjährungsfrist von zwei Jahren ab Ablieferung damit durch eine zehnjährige ersetzt (vgl. § 199 Abs. 4 BGB).⁸²⁰ Die Länge der Verjährungsfrist spielt dabei vor allem bei der Ausgestaltung der sich regelmäßig an die Überlassung der Software anschließenden Pflegevereinbarung eine Rolle, soweit diese auch die Beseitigung von Mängeln umfasst.⁸²¹ Innerhalb der Gewährleistungsfrist ist der Dienstleister insoweit grundsätzlich gehindert, im Rahmen der Softwarepflege ein Entgelt für die Behebung von Mängeln zu verlangen, deren Beseitigung von ihm bereits gewährleistungsrechtlich geschuldet wird.

⁸¹⁶ *Redeker*, CR 2004, 88, 89; anders sei die vertragstypologische Einordnung aber zu beurteilen, wenn die Vermarktungsrechte für die erstellte Software ausnahmsweise beim Hersteller verblieben und der Anwender lediglich ein einzelnes Exemplar der Software auf einem Datenträger verbunden mit einfachen Nutzungsrechten erhalte. Da das wirtschaftliche Ergebnis für die Parteien in einem solchen Fall ähnlich sei wie bei der Übertragung von Standardsoftware, sei § 651 BGB insoweit (analog) anwendbar. Im Ergebnis finde § 651 BGB also auf die Erstellung von Software nur dann Anwendung, wenn der Anwender – wie bei der Lieferung von Standardsoftware – lediglich ein einfaches Nutzungsrecht erhalte, während alle anderen Rechte beim Auftragnehmer verblieben. Eine solche Konstellation dürfte in der Praxis jedoch einen seltenen Ausnahmefall bilden (*Redeker*, CR 2004, 88, 90 f.; *ders.* in *Schneider/von Westphalen* (Hrsg.), *Software-Erstellungsverträge*, Teil D, Rn. 86; kritisch zu dieser Differenzierung *Schneider* in *Schneider/von Westphalen* (Hrsg.), *Software-Erstellungsverträge*, Teil B, Rn. 95).

⁸¹⁷ *Redeker* in *Schneider/von Westphalen* (Hrsg.), *Software-Erstellungsverträge*, Teil D, Rn. 75 und 85.

⁸¹⁸ *Metzger*, AcP Bd. 204 (2004), S. 231, 248.

⁸¹⁹ *Redeker* in *Schneider/von Westphalen* (Hrsg.), *Software-Erstellungsverträge*, Teil D, Rn. 85.

⁸²⁰ *Redeker*, ITRB 2002, 119, 120; hierauf weist auch *Mankowski*, MDR 2003, 854, 857 hin.

⁸²¹ *Schneider* in *Schneider/von Westphalen* (Hrsg.), *Software-Erstellungsverträge*, Teil B, Rn. 50.

Im Hinblick auf die Besonderheiten der Softwarebranche, insbesondere des sich üblicherweise an die Gewährleistungszeit nahtlos anschließenden entgeltlichen Pflegevertrages, wird deshalb mitunter vorgeschlagen, auch insoweit § 634a Abs. 2 BGB anzuwenden und damit für den Beginn der Gewährleistungsfrist auf die Abnahme und nicht erst auf die Kenntnis des Auftraggebers vom Mangel abzustellen.⁸²² Wie dieses Ergebnis methodisch begründet werden soll, wird insoweit jedoch offengelassen. Der sog. modulare Ansatz kann jedenfalls keine Rechtfertigung für die Anwendung des nach seinem Wortlaut nicht einschlägigen § 634a Abs. 2 BGB liefern. Eine analoge Anwendung scheidet an einer planwidrigen gesetzlichen Regelungslücke. Auch eine Bestimmung in den AGB des Softwareherstellers, derzufolge der Beginn der Verjährung mit Abnahme oder Ablieferung der Software eintritt, dürfte unwirksam sein.⁸²³

(2) Schwerpunkt des Vertrages

Schließt man sich dagegen der Ansicht des BGH an und sieht in Software eine Sache, kann man der Einordnung des Softwareentwicklungsvertrages als Kaufvertrag nicht allein durch Verweis auf den Wortlaut, sondern nur durch entsprechende Auslegung des § 651 BGB entgehen.⁸²⁴ Nach überwiegender Ansicht in der Literatur ist dabei auf den Schwerpunkt des Vertrages abzustellen: Die §§ 631 ff. BGB seien weiterhin dann anzuwenden, wenn der geschuldete Erfolg nicht oder nicht in erster Linie in der Herstellung einer beweglichen Sache und deren Übertragung zu Eigentum bestehe, sondern wesentlich in einem über diese Sache hinausgehenden Erfolg, der dem Vertrag sein Gepräge gebe, etwa einer geistigen Leistung. Werkvertragsrecht gelte dementsprechend für die Herstellung unkörperlicher sowie solcher Werke, die nicht selbst als Sache anzusehen seien, auch wenn das Werk zwar in einer beweglichen Sache verkörpert sei, sein Schwerpunkt aber in der dort wiedergegebenen geistigen Leistung liege.⁸²⁵ Dementsprechend sei die Herstellung eines den individuellen Bedürfnissen des Anwenders entsprechenden Programms mangels Sacheigenschaft der Leistung eine reine Werkleistung i.S.d. §§ 631 ff. BGB.⁸²⁶ Das Interesse beider Parteien richte sich

⁸²² Metzger, AcP Bd. 204 (2004), S. 231, 243; vgl. auch Bartsch, CR 2001, 649, 656: „nicht akzeptable Entscheidung des Gesetzgebers“.

⁸²³ Schneider in Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, Teil B, Rn. 51.

⁸²⁴ Bartsch, CR 2001, 649, 655.

⁸²⁵ Sprau in: Palandt, § 651 Rn. 4 f.

⁸²⁶ Sprau in: Palandt, Einf v § 631, Rn. 22.

darauf, eine auf die Bedürfnisse des Anwenders zugeschnittene Individuallösung in die Tat umzusetzen und ein lauffähiges System zu erhalten. Das Programm mit dem Datenträger mache insoweit nicht das Gepräge des Vertrages aus.⁸²⁷

Das Werkvertragsrecht sei generell für Verträge über die Herstellung nicht vertretbarer Sachen besser geeignet, da es im Gegensatz zum – auf einen punktuellen Warenaustausch fertiger Produkte gerichteten – Kaufvertragsrecht den Prozess der Erstellung des Werkes berücksichtige. Gerade die Schaffung und nicht die Übertragung des Werkes stehe aber bei der Individualsoftwareerstellung im Mittelpunkt des Parteiinteresses. Es sei daher vorzugswürdig, Softwareerstellungverträge als Werkverträge zu qualifizieren, wenn es dem Erwerber – was regelmäßig der Fall sein wird – in erster Linie auf die Schaffung der Software als geistige Leistung sowie die Nutzung ihrer Funktionen, weniger jedoch auf die Sachsubstanz des Datenträgers und seine Lieferung ankomme. Unter der Prämisse, dass die immaterielle Leistung getrennt von ihrer Verkörperung betrachtet werden könne und müsse, sei daher Werkvertragsrecht einschlägig, weil der Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses auf der Schaffung der geistigen Leistung liege, für deren Typenzuordnung die Verkörperung auf dem Datenträger irrelevant sei.⁸²⁸ Die mitunter lange Projektdauer, der hohe Voraufwand des Auftragnehmers, die Wichtigkeit der Integration der Software in die Kundenumgebung fänden zudem nur in den werkvertraglichen Regelungen eine sachgerechte Berücksichtigung.⁸²⁹ Der Gesetzgeber habe gerade immaterielle Werke, z.B. die Planungsleistungen eines Architekten, nach der Schuldrechtsreform weiter dem Werkvertragsrecht unterstellen wollen, auch wenn sie typischerweise irgendwo verkörpert seien.⁸³⁰

Nach einem ähnlichen Ansatz stellt der Softwareentwicklungsvertrag einen gemischt-typischen Vertrag dar, der sowohl auf die Verschaffung der unkörperlichen Information als auch auf die Herstellung und Überlassung des beschriebenen Datenträgers gerichtet sei, wobei letzteres so weit zurücktrete, dass nach der Absorptionstheorie allein

⁸²⁷ *Hoeren*, IT Vertragsrecht, Rn. 131 und 360.

⁸²⁸ *Thewalt*, CR 2002, 1, 7; *Diedrich*, CR 2002, 473, 477 f.; *Lejeune*, K&R 2002, 441, 447; *Müller-Hengstenberg*, CR 2004, 161, 165; wohl auch *Hilty*, MMR 2003, 3, 7 (Fn. 41); ähnlich *Lapp*, ITRB 2006, 166, 167; vgl. bereits *Bartsch*, CR 2001, 649, 655; kritisch dazu *Schweinoch/Roas*, CR 2004, 326, 328: Eine Verkörperung der Software sei zwingend erforderlich für eine funktionsfähige Umsetzung und habe damit nicht nur eine bloße Transportfunktion für eine zuvor geschaffene geistige Leistung.

⁸²⁹ *Müller-Hengstenberg*, CR 2004, 161, 165.

⁸³⁰ *Diedrich*, CR 2002, 473, 476; *Metzger*, AcP Bd. 204 (2004), S. 231, 252.

Werkvertragsrecht anzuwenden sei.⁸³¹ Wenn man insoweit differenziert auf den Schwerpunkt der geschuldeten Leistung abstelle, könne man auf den Leistungsteil Softwareerstellung ohne weiteres die werkvertraglichen Vorschriften anwenden, auch wenn man die Sacheigenschaft auf einem Datenträger verkörperter Software generell bejahe. Geschuldet werde letztlich eine softwarebasierte Problemlösung als typenprägende Leistung und damit eine im Wesentlichen unkörperliche Leistung.⁸³² Nichtsdestotrotz könne man die Verjährungsvorschrift des § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB anwenden, da der Computer als unvollständige Sache durch die Implementierung der Software verändert bzw. vervollständigt werde. Dies sei auch sach- und interessengerecht, da ab dem Zeitpunkt der Implementierung beim Besteller der Aspekt der Herstellung eines unkörperlichen Werkes wieder in den Hintergrund trete.⁸³³ Die künstliche Aufspaltung des Herstellungsprozesses in einen Entwicklungs- und einen Übergabeteil und die daraus folgende Annahme eines Typenkombinationsvertrages für einen einheitlichen Lebenssachverhalt kann jedoch ebenso wenig überzeugen wie die Erwägung einer sich nach der Herstellungsphase plötzlich verändernden Schwerpunktsetzung hin zur Veränderung der Hardware des Kunden. Solche Kunstgriffe entsprechen nicht der Realität in der Praxis.

Marly qualifiziert den auf die Überlassung von Individualsoftware gerichteten Vertrag dann nicht als kaufrechtlich zu behandelnden Werklieferungsvertrag i.S.d. § 651 BGB, wenn die Verpflichtung des Herstellers substanziell anders einzuordnen ist als bei einem typischen Warenumsatzgeschäft wie dem Kauf.⁸³⁴ In dem Fall einer über die Lieferung des Datenträgers hinausgehenden prägenden Leistungspflicht sei nach wie vor reines Werkvertragsrecht anzuwenden, d.h. der Vertrag müsse dafür überwiegend durch andere Pflichten als die reine Warenlieferung gekennzeichnet sein.⁸³⁵ Die rein werkvertragliche Behandlung der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware sei damit seit Inkrafttreten des neuen § 651 BGB zwar grundsätzlich zurückhaltender zu beurteilen als

⁸³¹ *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81, 83; ähnlicher Ansatz bei *Schmidl*, MMR 2004, 590, 591: Begreife man den Softwareerstellungsvertrag als einen Typenkombinationsvertrag aus den Einzelkomponenten Programmierung, Erstellung des Pflichtenhefts und Übertragung der Software auf einen Datenträger, werde deutlich, dass allenfalls die auf die Übergabe des Datenträgers abzielende Verpflichtung dem § 651 BGB und damit Kaufrecht unterstellt werden könne.

⁸³² *Schmidl*, MMR 2004, 590, 592.

⁸³³ *Schmidl*, MMR 2004, 590, 593; vgl. auch *Koch*, ITRB 2002, 297, 299 f., der vorschlägt, vertraglich an der Veränderung der Hardware als einer Sache anzuknüpfen und darüber § 634a Abs.1 Nr. 1 BGB anzuwenden.

⁸³⁴ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 62.

⁸³⁵ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 62.

früher. Werkvertragsrecht komme erst dann zur Anwendung, wenn Planung, Erstellung eines Anforderungsprofils oder detaillierten Pflichtenhefts, Ausarbeitung von Datenflussplänen, Anwendung besonderer Programmier Techniken oder sonstige nicht auf den Warenumsatz gerichtete Pflichten des Herstellers überwogen. Diese Voraussetzungen seien aber bei der vollständigen Neuentwicklung von Individualsoftware in der Regel erfüllt, so dass grundsätzlich in diesen Fällen nach wie vor Werkvertragsrecht anzuwenden sei.⁸³⁶

(3) Teleologische Reduktion

Nach einem weiteren in der Literatur vertretenen Ansatz bildet die teleologische Reduktion des § 651 BGB den dogmatisch einzig gangbaren Ausweg.⁸³⁷ Zweck der Neufassung des § 651 BGB war, das geltende Recht bei Verbraucherverträgen an die Vorgaben der EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie anzupassen. Die Erstellung von Individualsoftware erfolgt in der Praxis zwar nahezu ausschließlich im Bereich des Unternehmensverkehrs (B2B). Der nationale Gesetzgeber ist bei der Umsetzung der Richtlinie aber bewusst über deren zwingende Vorgaben hinausgegangen und hat zum Zwecke einer möglichst weitgehenden Rechtsvereinheitlichung in „überschießender Umsetzung“ der Richtlinienvorgaben nicht nur Verbraucherverträge, sondern auch alle anderen Verträge im Unternehmensverkehr in den neuen § 651 BGB aufgenommen.⁸³⁸ Hier setzt die Kritik von *Bräutigam/Rücker* an, diese Ausdehnung sei sachlich nicht geboten gewesen und wirke kontraproduktiv, weil sie den praktischen Bedürfnissen des Geschäftsverkehrs zuwiderlaufe, und den Vertragspartner als Käufer sogar eher schlechter stelle als er bei Anwendung von Werkvertragsrecht stünde.⁸³⁹ Da der Gesetzgeber die Konsequenzen einer Anwendung des § 651 BGB auf die Softwareerstellung nicht bedacht habe, liege eine verdeckte Gesetzeslücke vor, die eine teleologische Reduktion für diese Fälle rechtfertige, so dass es jedenfalls insoweit bei der Anwendung des Werkvertragsrechts bleibe.⁸⁴⁰

⁸³⁶ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 63.

⁸³⁷ *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361, 366 f.

⁸³⁸ *Sprau* in: Palandt, § 651 Rn. 1; vgl. hierzu ausführlich *Metzger*, AcP Bd. 204 (2004), S. 231, 250 ff.

⁸³⁹ *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361, 367; vgl. *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81, 82: Dem Zweck der Ausweitung verbraucher-schützender Vorschriften des Kaufrechts würde es gerade widersprechen, das Abnahmeerfordernis aufzugeben.

⁸⁴⁰ *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361, 367 f.

(4) Stellungnahme

Jedenfalls im Hinblick auf die Anpassung beim Besteller bereits vorhandener und von ihm zur Verfügung gestellter Software auf seine Bedürfnisse unter Eingriff in den Quellcode des Programms besteht im Wesentlichen Einigkeit, dass insoweit ein reiner Werkvertrag vorliegt, auf den § 651 BGB nicht anwendbar ist.⁸⁴¹ Gleiches muss für die Fälle gelten, in denen der Auftragnehmer die Software direkt beim Kunden erstellt und installiert, ohne dass überhaupt ein Datenträger übereignet wird, weil es insoweit an einer Lieferung i.S.d. § 651 BGB fehlt. Es kommt zwar für die Anwendung des § 651 BGB nicht mehr darauf an, ob die Herstellung aus vom Besteller zur Verfügung gestellten Stoffen erfolgt oder nicht. Für die Lieferung ist jedoch eine Eigentumsübertragung erforderlich.⁸⁴²

Da sich der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie aus Gründen der Vereinfachung und Übersichtlichkeit bewusst für einen einheitlichen Ansatz entschieden hat und § 651 BGB dementsprechend für alle Verträge und nicht nur für solche mit Verbrauchern gilt, verbietet sich im Rahmen der Auslegung der Vorschrift jedenfalls eine Aufspaltung dahingehend, dass § 651 BGB im Verhältnis zwischen Unternehmern keine Anwendung finde.⁸⁴³ Auch eine planwidrige Gesetzeslücke, die durch teleologische Reduktion geschlossen werden könnte, kann insoweit nicht angenommen werden. Nach der Entscheidung des BGH zum ASP-Vertrag kann die Anwendung des § 651 BGB auch nicht mehr mit der Begründung abgelehnt werden, es handele sich bei Software nicht um eine Sache. Allenfalls eine Argumentation über den – unkörperlichen – Schwerpunkt des Vertrages als über die Software hinausgehende individuelle Gesamtlösung oder Immaterialgut kommt in Betracht. Das Hauptproblem einer einschränkenden Auslegung des § 651 BGB besteht in praktischer Hinsicht darin, dass – systematisch konsequent – dann die Verjährungsregelung des § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB zur Anwendung kommen muss.⁸⁴⁴ In Anbetracht der Tatsache, dass die Anbieter von Software entgeltliche Pflegeleistungen auch innerhalb der Verjährungsfrist für über die eigentliche Fehlerbeseitigung hinausgehende Leistungen (z.B. die Einrichtung einer

⁸⁴¹ BGH CR 2002, 93, 94 f.; *Redeker* in Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, Teil D, Rn. 114; *Schneider*, CR 2003, 317, 322; *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361, 366.

⁸⁴² *Sprau* in: Palandt, § 651 Rn. 2 (m.w.N. auch auf die Gegenansicht).

⁸⁴³ so auch *Schneider* in Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, Teil B, Rn. 8.

⁸⁴⁴ *Schneider* in Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, Teil B, Rn. 156: Man handele sich mit einer eleganten Lösung auf der einen Ebene ein äußerst ungünstiges wirtschaftliches Ergebnis für den Anbieter ein.

Kundenhotline oder die besonders schnell erfolgende Beseitigung von Mängeln) anbieten können, scheint eine solche Lösung aber durchaus vertretbar.

Wegen der bestehenden Unsicherheiten im Hinblick auf die Anwendung des § 651 BGB in den Fällen der Neuerstellung individueller Software stellt sich in der Praxis die Frage, ob die allgemeinen Geschäftsbedingungen – insbesondere bezüglich des Abnahmeerfordernisses – vom Vertragsgestalter am Kauf- oder Werkvertragsrecht auszurichten sind. Eine mögliche Lösung kann in der Erstellung eines gemeinsamen Aktivitäten- und Fristenplans liegen, der Kriterien enthält, die für den Test der Software herangezogen werden können, gleich ob es sich dann tatsächlich um Abnahmekriterien oder schlicht nur um die Frage handelt, ob die Software die vorgesehenen Eigenschaften aufweist.⁸⁴⁵ Zu beachten ist dabei aber, dass auch über § 651 S. 3 BGB gerade die Vorschriften über die Abnahme keine Anwendung finden sollen, weshalb die einseitige Einführung eines Abnahmeerfordernisses durch AGB des Kunden von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 651 BGB (i.V.m. §§ 433 ff. BGB) abweichen könnte.⁸⁴⁶ Jedenfalls im Handelsverkehr wird man jedoch ein Abnahmeerfordernis in AGB wirksam vereinbaren können.⁸⁴⁷

Trennt man überdies im Rahmen der Vertragsgestaltung die Planungs- von der Realisierungsphase, lässt sich zumindest der Vertragsgegenstand „Planung“, z.B. die Erstellung eines Pflichtenhefts, vertragstypologisch als Werkvertrag einordnen. Dies kann so weit gehen, dass selbst die Erstellung des technischen Feinkonzepts durch den Auftragnehmer als der eigentlichen Herstellung vorgeschaltete Planungsleistung dem Werkvertragsrecht folgt.⁸⁴⁸ Wenn der Planungsteil gar den Hauptgegenstand eines einheitlichen Vertrages zur Planung und Realisierung von Software bildet, kann man insoweit den Schwerpunkt maßgeblich sein lassen und auch auf die Umsetzung der Planungsleistungen Werkvertragsrecht anwenden.⁸⁴⁹ Hier stellt sich jedoch die Frage, wo bei den heutigen Techniken der werkzeugunterstützten Softwareprogrammierung unmittelbar aus Modellen die Grenze zwischen der Planung und der Realisierung zu

⁸⁴⁵ *Schneider/Bischof*, ITRB 2002, 273, 276; ähnlich auch *Bauer/Witzel*, ITRB 2003, 62, 64, die als Kompromiss zwischen dem Abnahmebedürfnis und den Vorgaben des § 651 BGB die vertragliche Einführung eines speziellen Test- und Übergabeszenarios vorschlagen; ausführlich zur vertraglichen Gestaltung von Test- und Abnahmeverfahren *Bischof/Witzel*, ITRB 2006, 95 ff.

⁸⁴⁶ vgl. *Koch*, ITRB 2002, 297, 299.

⁸⁴⁷ so jedenfalls *Hassemer*, ZGS 2002, 95, 102; vgl. dazu auch *Mankowski*, MDR 2003, 854, 859.

⁸⁴⁸ *Schneider* in *Schneider/von Westphalen* (Hrsg.), *Software-Erstellungsverträge*, Teil B, Rn. 47 f. und 158 f.

⁸⁴⁹ *Schneider* in *Schneider/von Westphalen* (Hrsg.), *Software-Erstellungsverträge*, Teil B, Rn. 102.

ziehen sein soll. Einer einschränkenden Auslegung des § 651 BGB über den immateriellen Schwerpunkt des Vertrages ist daher im Ergebnis der Vorrang einzuräumen.

d. Projektverträge

Für den Fall der Entwicklung und Installation neuartiger Software oder der Anpassung hochkomplexer Standardprogramme an spezielle Branchen- oder Unternehmensbedürfnisse im Rahmen eines dauerhaften Projekts wird in der Literatur diskutiert, ob die alleinige Übernahme des Herstellungsrisikos durch den Softwareentwickler, wie es das Werkvertragsrecht vorsieht, unangemessen ist, weil häufig für beide Parteien nicht vorhersehbar ist, ob das Programm letztlich erfolgreich entwickelt bzw. angepasst werden kann.⁸⁵⁰ Wesensmerkmal eines komplexen IT-Projekts ist es, dass der Vertragsgegenstand sowie das erwartete Endergebnis bei Projektbeginn nur ungefähr feststehen und sich in einem ständigen schrittweisen Spezifizierungs- und Verfeinerungsprozess unter Beteiligung aller Parteien und unter Berücksichtigung des technologischen Fortschritts befinden.⁸⁵¹ In allen Projektphasen ist die Zusammenarbeit von Auftraggeber und Auftragnehmer unabdingbare Voraussetzung, weil die Kenntnis des Auftraggebers von seinen betriebswirtschaftlichen Daten und Prozessen sowie seiner internen Organisation mit Wissen des Auftragnehmers über technische Lösungsmöglichkeiten zu einem Lösungskonzept verbunden werden müssen.⁸⁵² Folgt aus dieser Erkenntnis die Einordnung des Projektvertrages als Dienstvertrag, trägt der Auftraggeber das volle Entwicklungsrisiko.⁸⁵³

Im Zusammenhang mit der Erbringung von Forschungs- und Entwicklungsleistungen hat der BGH entschieden, dass diese grundsätzlich Gegenstand eines Dienstvertrages wie auch eines Werkvertrages sein können. Für die Frage, ob der Auftragnehmer für den Eintritt eines konkreten Erfolgs werkvertraglich einstehen wolle, könne im Rahmen der erforderlichen Auslegung von Bedeutung sein, mit welcher Wahrscheinlichkeit nach der Vorstellung der Parteien mit dem Eintritt des Erfolgs gerechnet werden könne. Zwar sei es

⁸⁵⁰ vgl. vor allem *Brandi-Dohrn*, CR 1998, 645 ff.

⁸⁵¹ *Müller-Hengstenberg/Krcmar*, CR 2002, 549, 551 f.

⁸⁵² *Müller-Hengstenberg/Krcmar*, CR 2002, 549, 553.

⁸⁵³ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 484.

rechtlich nicht ausgeschlossen, dass der Werkunternehmer das Erfolgsrisiko auch dann übernehmen wolle, wenn der Eintritt des Erfolgs ungewiss sei. Je größer die mit der Tätigkeit erkennbar verbundenen Unwägbarkeiten seien, umso ferner könne es aber aus Sicht eines verständigen Bestellers liegen, dass der Unternehmer das Erfolgsrisiko dennoch übernehmen wolle.⁸⁵⁴ Für das Vorliegen eines Dienstvertrages können neben dem ungesicherten Entwicklungserfolg die Vereinbarung einer zeitaufwandsabhängigen Vergütung und die Steuerung des Projekts durch den Auftraggeber bzw. seine Mitarbeiter sprechen.⁸⁵⁵

Unter Anwendung dieser Grundsätze erscheint es auch vertretbar, in der gemeinsamen Softwareentwicklung durch die Vertragsparteien im Rahmen eines *Prototyping* unter fortlaufender Anpassung nicht nur der Software, sondern auch der Prozesse des Auftraggebers einen Dienstvertrag zu sehen, da in diesem Fall vom Auftragnehmer kein bestimmtes Risiko der Fertigstellung übernommen wird.⁸⁵⁶ Das Prototyping wird insbesondere bei noch nicht klar definierbaren Projektzielen, noch unbekanntem späteren Einsatzumgebungen der Software oder zur Abschätzung des technischen Aufwands angewendet und dient im Wesentlichen dazu, dass der Anwender bereits vor der eigentlichen Implementierung die wesentlichen Systemeigenschaften erproben kann.⁸⁵⁷ Im Übrigen liegen Dienstverträge vor allem dann vor, wenn Schwerpunkt des Vertrages die Beratung des Kunden oder die reine Projektplanung ist.⁸⁵⁸

Wird dagegen von vornherein ein klares Entwicklungsziel vorgegeben, obliegt dem Auftragnehmer die verantwortliche Projektleitung, entwickelt er Teile der Software in eigener Verantwortung oder werden gar AbnahmeprozEDUREN vertraglich geregelt, kommt man an der Annahme eines Werkvertrages (bzw. über § 651 BGB eines Kaufvertrages) nicht vorbei.⁸⁵⁹ Der Ersteller trägt dann als Werkunternehmer grundsätzlich das volle Entwicklungsrisiko, ist dafür aber in der Wahl seiner Erstellungsmittel frei.⁸⁶⁰ Durch ergänzende Vertragsauslegung lässt sich diese gesetzlich vorgesehene Risikoverteilung nicht abändern.⁸⁶¹ Dem Entwickler bleibt daher vor allem die Möglichkeit, durch

⁸⁵⁴ BGH NJW 2002, 3323, 3324.

⁸⁵⁵ Karger, ITRB 2004, 208, 210.

⁸⁵⁶ vgl. Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, Teil E, Rn. 36; Koch, Software- und Datenbank-Recht, § 3 Rn. 1.

⁸⁵⁷ Duden Informatik, Stichwort: Prototyp, S. 536; vgl. dazu auch Koch, Software- und Datenbank-Recht, § 3 Rn. 30 f.

⁸⁵⁸ vgl. Redeker, IT-Recht, Rn. 501.

⁸⁵⁹ so zutreffend Redeker, IT-Recht, Rn. 486 und 498.

⁸⁶⁰ Koch, Software- und Datenbank-Recht, § 3 Rn. 42.

⁸⁶¹ Redeker, IT-Recht, Rn. 485; von Westphalen, CR 2000, 73, 75.

vertragliche Ausgestaltung der gesetzlichen Mitwirkungsobliegenheiten des Bestellers (vgl. §§ 642, 643 BGB) als echte Schuldnerpflichten sein Risiko zu begrenzen.⁸⁶² Ausnahmsweise kommt auch ohne vertragliche Regelung ein Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung von Mitwirkungspflichten in Betracht, soweit der Besteller durch seine Weigerung den Vertragszweck gefährdet.⁸⁶³ Im Übrigen lassen sich aus der Annahme eines komplexen Langzeitvertrages zwar besondere Treuepflichten ableiten, aus denen z.B. konkrete Informationspflichten resultieren können;⁸⁶⁴ auch bei der Auslegung der Reichweite der Mitwirkungsobliegenheiten können die Grundsätze zum komplexen Langzeitvertrag zu berücksichtigen sein. Darüber hinausgehende Schadensersatzbegründende Mitwirkungspflichten des Bestellers bedürfen dagegen genauso wie das Verfahren bei Änderungsverlangen des Auftraggebers während der Projektlaufzeit grundsätzlich einer vertraglichen Regelung.

Sind an der Entwicklung komplexer Softwaresysteme unternehmensübergreifend verschiedene Personen z.B. in Entwicklerteams beteiligt und soll das Entwicklungsrisiko nicht allein beim Auftragnehmer liegen, sondern auf mehrere Schultern verteilt werden, und ist daneben auch eine gemeinsame Vermarktung des Programms geplant, kommt ausnahmsweise eine vertragliche Einordnung des Projekts als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gemäß §§ 705 ff. BGB in Betracht.⁸⁶⁵ Teilweise wird aufgrund der gesteigerten Bedeutung der Mitwirkung des Auftraggebers im Rahmen eines komplexen IT-Projekts von einer Art „Kooperationsmodell“ ausgegangen, dessen rechtliche Grundlage § 723 BGB bilde und nach dem beide Vertragspartner „sozusagen als Gesellschafter“ in besonderem Maße für die Realisierung des gemeinsamen Projekts verantwortlich seien. Eine schuldhaft Verletzung von Mitwirkungspflichten führe in diesem Rahmen unmittelbar zu vertraglichen Schadensersatzansprüchen.⁸⁶⁶ Das Vorliegen einer BGB-Gesellschaft wird man jedoch richtigerweise nur dann annehmen können, wenn die Parteien einen entsprechenden Vertrag schließen, aus dem sich für den Anwender deutlich ergibt, dass er – über eine bloße Mitwirkungspflicht hinausgehend – zusammen mit dem Softwarehaus das Entwicklungsrisiko trägt, und die Beteiligten einen

⁸⁶² vgl. *Roth*, ITRB 2001, 194, 197; *Müller-Hengstenberg/Krcmar*, CR 2002, 549, 554; *Müglic/Lapp*, CR 2004, 801, 802.

⁸⁶³ *Sprau* in: Palandt, § 642 Rn. 3; *Müller-Hengstenberg/Krcmar*, CR 2002, 549, 554.

⁸⁶⁴ vgl. *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil D, Rn. 63; *Zahrnt*, CR 1992, 84, 86.

⁸⁶⁵ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 485; vgl. auch *Karger*, ITRB 2004, 208, 209.

⁸⁶⁶ *Müller-Hengstenberg/Krcmar*, CR 2002, 549, 555.

gemeinsamen Zweck verfolgen, der insbesondere in dem gemeinschaftlichen Vertrieb des Programms liegen kann.

Oft ist im Rahmen von größeren Projekten nicht nur die Erstellung eines Individualprogramms geschuldet, sondern es werden daneben weitere Leistungen vereinbart, z.B. die Anpassung von Produktions- oder Geschäftsprozessen des Kunden, die Konvertierung von Altdatenbeständen oder die Migration bereits vorhandener („Legacy“-)Systeme auf neue Plattformen. Ein solches „Renovierungs-Projekt“ kann ein einheitliches Werk i.S.d. §§ 631 ff. BGB darstellen.⁸⁶⁷ Möglich ist aber auch die Einordnung als gemischter Vertrag bzw. Typenkombinationsvertrag, der Leistungsteile enthält, die verschiedenen Vertragstypen zuzuordnen sind.

6. Zwischenergebnis

Für die „isolierte“ Softwareüberlassung kann bis hierher zunächst festgehalten werden, dass – trotz des weiter bestehenden Streits um die Sachqualität von Software – über die Ergebnisse der vertragstypologischen Einordnung bzw. zumindest die letztlich (u.U. auch nur entsprechend) anwendbaren Vertragsvorschriften weitgehend Einigkeit besteht: Die dauerhafte Überlassung gegen Entgelt wird als Kaufvertrag behandelt, die zeitlich beschränkte entgeltliche Überlassung als Mietvertrag. In der Entwicklung individueller, auf einen einzelnen Auftraggeber zugeschnittener Software wird in der Literatur überwiegend, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen, weiterhin ein Werkvertrag gesehen.

Wie dargestellt ergeben sich die Herausforderungen an die vertragliche Einordnung in diesem Zusammenhang nicht so sehr aus neuen technologischen Entwicklungen und daraus resultierenden neuen Geschäftsmodellen, sondern in erster Linie aus gesetzgeberischem Tätigwerden: Die mit der Änderung des nunmehr umfassend auf das Kaufrecht verweisenden § 651 BGB verbundenen Folgewirkungen für die Verträge zur Erstellung von Computerprogrammen hat der Gesetzgeber offensichtlich nicht bedacht. Bei sachgerechter Auslegung der Vorschrift lassen sich solche Verträge aber weiter dem Werkvertragsrecht unterstellen, ohne dass es eines Zurückgreifens auf die speziell für Softwareverträge entwickelten dogmatischen Alternativmodelle bedürfte.

⁸⁶⁷ Koch, Software- und Datenbank-Recht, § 3 Rn. 3.

Bei den neueren Formen der Softwareüberlassung und -nutzung im Geschäftsverkehr handelt es sich allerdings häufig um komplexere Vertragsgegenstände. Typischerweise findet man eine Kumulation unterschiedlicher Leistungen insbesondere beim Outsourcing und beim Application Service Providing. Diese sollen im Folgenden näher beleuchtet werden.

IV. Praxis der Softwareverträge

Die Kategorisierung von Verträgen zur Softwareüberlassung bildet das Fundament für die rechtliche Erfassung komplexerer Softwareprojekte: Als solche werden im Folgenden der IT-Outsourcingvertrag bzw. Rechenzentrumsvertrag und der Application Service Providing (ASP)-Vertrag herausgegriffen und einer näheren Betrachtung unterzogen. Der Rechenzentrumsvertrag tritt zwar in der Praxis zunehmend in den Hintergrund und wird durch das ASP ersetzt.⁸⁶⁸ Viele der sich beim ASP stellenden Probleme treten aber in ähnlicher Form bereits beim klassischen Outsourcing von Rechenzentrumsleistungen auf.

Beiden Geschäftsmodellen und Vertragsarten ist – läßt man technische Details zunächst außer Acht – gemeinsam, dass die Software z.B. über das Internet vom Anwender ferngenutzt wird. Das Programm ist bei seinem Nutzer also nur noch virtuell vorhanden; ein das Programm verkörpernder Datenträger wird dem Nutzer nicht überlassen. Darüber hinaus werden vom Anbieter regelmäßig neben der Überlassung des Programms zur Nutzung weitere flankierende Leistungen erbracht, die von der Zurverfügungstellung von Speicherplatz, der Pflege und Anpassung der Software bis hin zur Anbindung des Kunden an das Internet reichen können. Bei der vertragstypologischen Einordnung stellt sich daher die Frage, ob man die üblicherweise in der Praxis angebotenen Leistungspakete vertragsrechtlich mit den zu gemischten bzw. atypischen Verträgen entwickelten Grundsätzen oder den darauf aufbauenden alternativen Vorschlägen für Softwareverträge sachgerecht erfassen kann.

Am Horizont zeichnen sich bereits neue virtuelle Nutzungsformen von Software ab, die zum einen den Einsatz von Programmen im Rahmen sog. Webservices, zum anderen innerhalb eines sog. Computer-Grid betreffen. Beide Phänomene werden eine wesentliche Steigerung der Nutzungsintensität der eingesetzten Software mit sich bringen. Die damit verbundenen urheber- und vertragsrechtlichen Fragestellungen sollen abschließend kurz erläutert werden; in der juristischen Literatur spielten sie bislang nur eine untergeordnete Rolle.

⁸⁶⁸ Redeker, IT-Recht, Rn. 801.

1. Outsourcing- und Rechenzentrumsverträge

Der Begriff des Outsourcing bezeichnet in wirtschaftlicher Hinsicht die Ausgliederung von ursprünglich intern erbrachten Unternehmensfunktionen und -prozessen, die nicht zu den Kernkompetenzen des outsourcenden Unternehmens gehören, sowie deren Übertragung auf einen externen Dienstleister mit dem Ziel, sie zu optimieren, insbesondere wirtschaftlicher zu gestalten.⁸⁶⁹ In der IT-Branche versteht man dementsprechend unter Outsourcing die Auslagerung bzw. Ausgliederung bisher unternehmensintern erbrachter EDV-Leistungen und deren dauerhafte Übernahme durch einen externen Dienstleister.⁸⁷⁰ Das Outsourcing ist dabei abzugrenzen von dem Fall, dass unternehmensfremde Leistungen temporär fremdvergeben werden. Beim Outsourcing werden regelmäßig Aufgaben ausgelagert, die zwar zum täglichen Regelbetrieb eines Unternehmens gehören, aber nicht das Kerngeschäft bilden. Den Hauptanwendungsfall bildet die Auslagerung des Rechenzentrums des Outsourcing-Kunden.⁸⁷¹

Outsourcing- und Rechenzentrumsverträge gewinnen zunehmend an Bedeutung, weil viele Unternehmen dazu übergehen, aus Kostengründen ihre EDV-Abteilung oder abgrenzbare Teile davon auszulagern. Die massive Zunahme der Komplexität der zu bewältigenden Aufgaben in Verbindung mit der gleichzeitigen Reduzierung der zur Verfügung stehenden IT-Budgets beschleunigt diese Entwicklung.⁸⁷² Daneben bietet das Auslagern von Geschäftsfeldern auf spezialisierte externe Dienstleister für die Kunden die Möglichkeit, sich auf ihre Kernkompetenzen zu konzentrieren und sich eines Teils ihrer Personalverantwortung zu entledigen.⁸⁷³ Häufig spielen auch strategische Gesichtspunkte, wie die Optimierung von Geschäftsprozessen, eine Rolle.⁸⁷⁴ Insbesondere um Lohnkosten einzusparen, gewinnt die Auslagerung von IT-Leistungen in Länder der Dritten Welt oder in sog. Schwellenländer (sog. Offshore-Outsourcing, Offshoring oder Farshoring) mehr und mehr an Bedeutung. Risiken beim IT-Outsourcing bergen vor allem die Abhängigkeit des Kunden vom Outsourcing-Anbieter durch den Verlust des bislang unternehmensintern

⁸⁶⁹ vgl. *Söbbing* in: *Söbbing*, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 3; *Dieckmann* in: Köhler-Frost (Hrsg.), *Allianzen und Partnerschaften im IT-Outsourcing*, S. 123.

⁸⁷⁰ *Lütcke/Bähr*, K&R 2001, 82.

⁸⁷¹ *Söbbing* in: *Söbbing*, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 3.

⁸⁷² *Blöse/Pechardscheck*, CR 2002, 785.

⁸⁷³ *Lütcke/Bähr*, K&R 2001, 82.

⁸⁷⁴ *Dieckmann* in: Köhler-Frost (Hrsg.), *Allianzen und Partnerschaften im IT-Outsourcing*, S. 128; vgl. ausführlich zu den Gründen für ein IT-Outsourcing *Söbbing* in: *Söbbing*, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 4 ff.

vorhandenen IT-Know-Hows.⁸⁷⁵ Darüber hinaus ist ein einmal durchgeführtes Outsourcing de facto mittelfristig irreversibel, so dass die Vertragsparteien eng miteinander verbunden sind.⁸⁷⁶ Dies betrifft sowohl eine eventuelle Reintegration der IT in das Unternehmen des Kunden als auch einen Wechsel des Outsourcing-Anbieters.

Im Rahmen eines IT-Outsourcing-Projekts lassen sich in einer ersten groben Einteilung zwei wesentliche Projektabschnitte unterscheiden: Zunächst erfolgt die punktuelle Übertragung eines unternehmerischen Teilbereichs auf einen externen Dienstleister. Daran anschließend wird die dauerhafte und langfristige Kooperation bei der laufenden Erbringung der EDV-Leistungen durch den eigentlichen Outsourcingvertrag ausgestaltet.⁸⁷⁷ Wegen der regelmäßig intensiven und langfristigen Zusammenarbeit der Vertragsparteien spricht man insoweit auch von Partnermanagement oder Kooperationsvereinbarung.⁸⁷⁸ Teilweise wird auch in drei Phasen bzw. Leistungsbereiche unterschieden: An die Übertragung auf den Anbieter und den dauerhaften Betrieb der ausgelagerten Funktionen schließt sich als dritte Phase die Rückverlagerung bei Beendigung des Vertrages an.⁸⁷⁹ Differenziert werden kann auch danach, ob der Outsourcing-Anbieter selbst über die benötigten Ressourcen (vor allem Personal, Hard- und Software) verfügt und sie dem Kunden zur Verfügung stellt, oder ob der Anbieter die bereits beim Kunden vorhandenen Ressourcen z.B. mietweise übernimmt und diese zur Erfüllung seiner Aufgaben einsetzt.⁸⁸⁰

Bereits an diesen Differenzierungen kann man erkennen, dass es „den“ Outsourcingvertrag aufgrund der Vielgestaltigkeit der zu regelnden Sachverhalte nicht gibt. Entsprechend der eingangs definierten Aufgabenstellung konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen auf die vertragsrechtliche Bewältigung der sich im Zusammenhang mit der dauerhaften Zurverfügungstellung und Nutzung der Software stellenden Probleme.

⁸⁷⁵ vgl. *Dieckmann* in: Köhler-Frost (Hrsg.), *Allianzen und Partnerschaften im IT-Outsourcing*, S. 131 ff.

⁸⁷⁶ *Söbbing* in: *Söbbing*, *Handbuch IT-Outsourcing*, Rn. 13.

⁸⁷⁷ *Lütcke/Bähr*, *K&R* 2001, 82, 83; teilweise werden sogar einzelne IT-Projekte, wie etwa die Softwareerstellung durch ein anderes Unternehmen, bereits als IT-Outsourcing-Maßnahmen bezeichnet, vgl. *Dieckmann* in: Köhler-Frost (Hrsg.), *Allianzen und Partnerschaften im IT-Outsourcing*, S. 128.

⁸⁷⁸ *Lütcke/Bähr*, *K&R* 2001, 82, 82 f.

⁸⁷⁹ *Schneider*, *Handbuch des EDV-Rechts*, Teil M, Rn. 2.

⁸⁸⁰ *Dieckmann* in: Köhler-Frost (Hrsg.), *Allianzen und Partnerschaften im IT-Outsourcing*, S. 123.

a. Das Outsourcing-Geschäftsmodell

aa. Begriffsbestimmungen

Beim IT-Outsourcing übernimmt ein externer Dienstleister die EDV des outsourcenden Unternehmens und führt in der Folgezeit die betreffenden IT-Leistungen eigenverantwortlich durch. Häufig erfolgt hierfür eine Übertragung der vorhandenen Infrastruktur, wie Hardware, Software, Mitarbeiter oder Räumlichkeiten auf den Dienstleister.⁸⁸¹ Das Erbringen von Rechenzentrumsleistungen bleibt zwar das typenprägende Kernstück eines klassischen Outsourcingvertrages. In der Regel werden aber verschiedenartige Leistungen miteinander verknüpft und dem Kunden als eine in sich stimmige und untrennbare Komplettlösung angeboten.⁸⁸² Wegen der Vielfalt möglicher Ausgestaltungen des IT-Outsourcings wird der Begriff des „IT-Outsourcingvertrages“ auch als Oberbegriff für eine Vielzahl vertraglicher Erscheinungsformen verstanden, die vom reinen Rechenzentrumsvertrag bis hin zu komplexen Vereinbarungen über die komplette Auslagerung von Prozessabläufen einschließlich Call-Center, Netzwerk- und Mitarbeiterbetreuung reichen können.⁸⁸³

Der häufigste Auslagerungsbereich ist aber der des Rechenzentrums (RZ-Outsourcing); daher wird der Begriff Outsourcing häufig gleichgesetzt mit RZ-Outsourcing bzw. RZ-Hosting.⁸⁸⁴ Der Rechenzentrumsbetreiber stellt Rechenzeit bzw. -kapazität auf einer bestimmten Anlage zur Verfügung, die entweder bei ihm bereits vorhanden ist, die er vom Kunden übernommen hat oder die von ihm neu angeschafft wurde, und lässt den Anwender diese nutzen.⁸⁸⁵ Die Hard- und Software befindet sich dabei räumlich im Bereich des Rechenzentrums. Mitunter stellt der Betreiber seine Rechenkapazitäten dabei nicht nur einem einzelnen, sondern einer Vielzahl von Anwendern gleichzeitig zur Verfügung.⁸⁸⁶ Auch erst speziell für den Kunden entwickelte Anwendungsprogramme verbleiben regelmäßig im Bereich des Anbieters, der auch diese Software – jedenfalls bei entsprechender Ausgestaltung der eingeräumten Nutzungsrechte – noch anderen Kunden

⁸⁸¹ *Fritzemeyer/Schoch*, CR 2003, 793.

⁸⁸² *Küchler* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 1, Rn. 1.

⁸⁸³ *Glossner* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 1.

⁸⁸⁴ *Söbbing* in: Söbbing, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 126.

⁸⁸⁵ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 1.

⁸⁸⁶ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 3.

anbieten kann.⁸⁸⁷ Zum Leistungsumfang des RZ-Outsourcing kann neben dem reinen Betrieb der Hard- und Software auch die Betreuung und Wartung von Applikationen und Datenbanken sowie der dazu benötigten Hardware zählen.⁸⁸⁸ Soweit der Anbieter Ersatz für die hauseigene Datenverarbeitung des Kunden liefert, spricht man auch von einem Service-Rechenzentrumsvertrag.⁸⁸⁹ Bei diesem verbleibt die Herrschaft über die zu verarbeitenden Daten beim Kunden, während die Herrschaft über den Betrieb von Soft- und Hardware beim RZ-Betreiber liegt.⁸⁹⁰

bb. Auslagerungsbereiche

Im Wesentlichen kann man hinsichtlich der Auslagerungsbereiche drei Grundtypen des Outsourcing unterscheiden:⁸⁹¹ Zum einen das klassische Outsourcing von Rechenzentrumsleistungen (RZ-Outsourcing); dieses besteht in der Übernahme eines Rechenzentrums durch einen Outsourcing-Anbieter und die Erbringung einfacher Anwendungen über eine einzige definierte Schnittstelle. Leistungsänderungen während der Laufzeit stellen hier eher die Ausnahme dar.⁸⁹² Darauf aufbauend kommt nach der flächendeckenden Einführung von PCs und Netzwerken vor allem der Auslagerung von Client-Server-Umgebungen größere Bedeutung zu, die durch ein ungleich breiteres Leistungsspektrum gekennzeichnet ist und in deren Rahmen regelmäßig neben der Überlassung von Hard- und Software auch deren Pflege und Aktualisierung, die Installation und der Betrieb von Client-Konfigurationen und diverser Server sowie Supportleistungen verschiedenster Art vereinbart werden.⁸⁹³ Typisch hierfür ist die Auslagerung von SAP R/3, einer weit verbreiteten, branchenneutralen Standardsoftware,

⁸⁸⁷ Redeker, IT-Recht, Rn. 782.

⁸⁸⁸ Söbbing in: Söbbing, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 130.

⁸⁸⁹ Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 4; zur Abgrenzung des Service-Rechenzentrumsvertrages vom ASP vgl. Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 5 und 27: Die Weiterentwicklung des ASP bestehe insbesondere in der wesentlich stärkeren Betonung der Services und vor allem in der Eigenart der Erbringung des Dienstes nur über Netze; vgl. zur Abgrenzung von Outsourcing und ASP ausführlich unten D. IV. 2. b. ee.

⁸⁹⁰ Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 12.

⁸⁹¹ begriffliche Einteilung nach Heymann, CR 2000, 23; vgl. auch Gennen, ITRB 2002, 291; Söbbing, ITRB 2004, 44 und ders. in: Söbbing, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 120 ff. teilt die Auslagerungsbereiche eines Outsourcing-Projekts begrifflich in drei Schichten (Layer) auf: Geschäftsprozesse, IT-Prozesse (Applikationen) und IT-Infrastruktur (insbesondere RZ-Outsourcing).

⁸⁹² Heymann, CR 2005, 706.

⁸⁹³ Heymann, CR 2000, 23; vgl. auch Heymann, CR 2005, 706, 706 f.

die alle betriebswirtschaftlichen Anwendungsbereiche abdeckt, integriert und miteinander verbindet.⁸⁹⁴

Als dritte und engste Kooperationsform⁸⁹⁵ ist das Business Process Outsourcing (BPO) anzusehen. Der Anbieter übernimmt hierbei einen kompletten Geschäftsprozess oder eine vollständige Unternehmensfunktion des Kunden einschließlich der gesamten Fertigungstiefe, wozu i.d.R. auch die IT-Infrastruktur zählt.⁸⁹⁶ Die betroffenen Geschäftsprozesse werden in der Art und Weise in die Sphäre des Anbieters verlagert, dass der Kunde bestimmte Prozesse aufgibt, z.B. die Abwicklung von Schadensfällen oder die Lohn- und Gehaltsabrechnung der Mitarbeiter, und die bisher intern erbrachten Leistungen extern vom Betreiber bezieht, wobei dieser regelmäßig frei entscheiden kann, welche Lösungsstrategien er zur Erzielung dieser Ergebnisse verfolgt, d.h. ob er die ihm übertragenen Geschäftsprozesse beibehält, nach seinen Vorstellungen umgestaltet oder sogar komplett durch neue ersetzt.⁸⁹⁷ Genau genommen wird also – auch wenn die Geschäftsprozesse des Kunden lediglich unverändert fortgeführt werden – nicht die Übernahme eines Geschäftsprozesses geschuldet, sondern die Verarbeitung der Kundendaten nach eigenem Ermessen und in eigener Verantwortung des RZ-Betreibers.⁸⁹⁸ Insoweit grenzt sich das BPO auch von anderen Formen des Outsourcing ab. Beim BPO ist der Anbieter im Zweifel insbesondere nicht daran gehindert, auch andere Software als die bislang vom Kunden verwendete zur Lösung der Aufgaben einzusetzen.⁸⁹⁹ Unterscheiden kann man im Rahmen des BPO noch zwischen der Auslagerung standardisierter und nicht standardisierter Geschäftsprozesse. Letztere erfordert auf Seiten des Anbieters den Aufbau einer neuen, individuell auf den Kunden und seine Geschäftsprozesse zugeschnittenen technologischen Plattform. In der Praxis entsteht bedingt durch die Komplexität eines solchen Projekts zwischen Anbieter und Kunden häufig eine Risikogemeinschaft, die stark gesellschaftsrechtliche Züge trägt.⁹⁰⁰

⁸⁹⁴ *Söbbing* in: *Söbbing*, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 138; die Weiterentwicklung von SAP R/3 läuft heute unter dem Namen mySAP.

⁸⁹⁵ *Söbbing* in: *Söbbing*, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 89: „Königsklasse des Outsourcing“.

⁸⁹⁶ *Hörl/Häuser*, CR 2003, 713, 716; *Söbbing*, ITRB 2004, 91, 93; nach der Einteilung der Auslagerungsbereiche in Schichten übernimmt der Anbieter eines BPO damit die Verantwortung für alle drei Layer: IT-Infrastruktur, IT-Prozesse und Geschäftsprozesse, vgl. *Söbbing* in: *Söbbing*, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 90.

⁸⁹⁷ *Heymann*, CR 2000, 23; *Hörl/Häuser*, CR 2003, 713, 716.

⁸⁹⁸ *Heymann*, CR 2000, 23, 24.

⁸⁹⁹ *Heymann*, CR 2000, 23, 24; *Hörl/Häuser*, CR 2003, 713, 716.

⁹⁰⁰ *Heymann*, CR 2005, 706, 708.

cc. Organisationsformen

Darüber hinaus kann man innerhalb des Outsourcing auch abhängig von der Organisationsform und der Intensität der Kooperation verschiedene Einteilungen vornehmen: Aufgaben verschiedener Konzernteile können in unternehmensinternen Kompetenzzentren bzw. Fachabteilungen zusammengefasst und optimiert werden.⁹⁰¹ Bei der sog. Austöchterung gliedern Unternehmen dagegen ihre IT-Bereiche als rechtlich eigenständige IT-Service-Gesellschaften aus.⁹⁰² Üblicherweise wird dabei die IT-Abteilung eines Unternehmens in einem ersten Schritt in eine eigene IT-Tochtergesellschaft ausgegliedert, um dann in einem zweiten Schritt die Anteile an dieser neuen Gesellschaft an einen Dritten zu veräußern.⁹⁰³ Beim sog. Outtasking wiederum werden zwar einzelne Aufgaben im Sinne einer „verlängerten Werkbank“ ausgelagert. Es kommt im Gegensatz zum klassischen Outsourcing aber zu einer reinen Betriebsunterstützung ohne Verantwortungstransfer.⁹⁰⁴ Der Anbieter wird lediglich als eine Art Erfüllungshilfe des Auftraggebers tätig, die Verantwortung bleibt also beim auslagernden Unternehmen.⁹⁰⁵ Teilweise wird der Begriff des Outtasking auch gleichbedeutend mit dem des Partiellen bzw. Selektiven Outsourcing verwendet, bei dem nur spezifische Teilbereiche oder Aufgaben (*Tasks*) aus der IT-Versorgung an Dritte vergeben werden, beispielsweise die sog. Desktop-Services.⁹⁰⁶ Im Gegensatz dazu steht dann wiederum das Strategische Outsourcing als Komplettauslagerung der IT.⁹⁰⁷

Die in organisatorischer Hinsicht intensivste Form der Kooperation wird in Joint Ventures bzw. Public Private Partnerships erreicht. Hier werden durch den Transfer von Aufgaben mehrerer Einheiten neue, von Kunden und Anbieter gemeinsam gehaltene Dienstleister geschaffen, wobei sich die Parteien Risiko und Profit teilen. Es entsteht eine formal eigenständige Einheit, die durch die gewählte Anteilsverteilung geprägt und gesteuert wird. Häufig bilden solche Formen der Zusammenarbeit Einstiegslösungen, bei denen sich die Eigentumsanteile im Laufe der Zeit in Richtung des Outsourcing-Anbieters

⁹⁰¹ *Blöse/Pechardscheck*, CR 2002, 785, 786; z.T. auch als unternehmens- bzw. konzerninternes Sourcing bezeichnet, vgl. *Fritzemeyer/Schoch*, CR 2003, 793, 794; vgl. dazu auch *Söbbing* in: *Söbbing*, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 19 ff.

⁹⁰² *Blöse/Pechardscheck*, CR 2002, 785, 786.

⁹⁰³ *Gennen*, ITRB 2002, 291.

⁹⁰⁴ *Blöse/Pechardscheck*, CR 2002, 785, 786.

⁹⁰⁵ *Fritzemeyer/Schoch*, CR 2003, 793, 794.

⁹⁰⁶ vgl. *Küchler* in: *Bräutigam* (Hrsg.), *IT-Outsourcing*, Teil 1, Rn. 36; *Söbbing*, ITRB 2004, 44.

⁹⁰⁷ vgl. dazu *Söbbing* in: *Söbbing*, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 30 ff.

verschieben bis hin zu einer vollständigen Integration des Joint Venture in die Organisationsstruktur des Outsourcing-Unternehmens.⁹⁰⁸

dd. Grid Computing

Begriffe wie „E-Business on demand“ und „Utility Computing“ bezeichnen eine neue Generation von Outsourcing-Leistungen, die auf dem Wechsel vom Architektur-Paradigma zum Utility-Paradigma beruhen. Ermöglicht wird dieser Paradigmenwechsel durch die Nutzung sog. Grid-Technologien.⁹⁰⁹ Unter *Utility Computing* versteht man – vereinfacht gesagt – den Bezug von IT-Leistungen wie Strom aus der Steckdose bei weitgehend verbrauchsabhängiger Bezahlung.⁹¹⁰ Die Idee des *Grid Computing* besteht darin, durch Verwendung spezieller Protokolle und unter Anwendung spezieller Architekturen bisher nicht genutzte Rechnerkapazitäten produktiv einzusetzen, entweder im eigenen Haus oder durch einen Provider über Unternehmensgrenzen hinweg, um so letztlich Kosten einzusparen. Es wird CPU-Leistung aus bereits vorhandenen Rechnern erzeugt, die sonst quasi „leer“ liefen.⁹¹¹ Grid Computing bezeichnet die Methode, die Rechenleistung vieler Computer innerhalb eines Netzwerks so zusammenzufassen, dass über den reinen Datenaustausch hinaus die parallele Lösung von extrem rechenintensiven Problemen ermöglicht wird (verteiltes Rechnen). Aus jedem eingebundenen Computer entsteht gewissermaßen eine den anderen Einheiten gleichgestellte CPU mitsamt Speicher. So kann prinzipiell sowohl die Kapazität als auch die Rechenleistung von heutigen Supercomputern zu deutlich geringeren Kosten übertroffen werden. Die typischen Probleme, zu deren Lösung sich Grid Computing als Strategie anbietet, sind solche die aufgrund ihrer Anforderungen die Leistungsfähigkeit einzelner PCs übersteigen, wie insbesondere die Integration, Auswertung und Darstellung von unbestimmten Datenmengen z.B. aus der medizinischen Forschung oder zur Klimamodellierung.⁹¹²

⁹⁰⁸ *Küchler* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 1, Rn. 28; vgl. auch ausführlich *Bräutigam/Grabbe* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 2, Rn. 29 ff.

⁹⁰⁹ *Küchler* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 1, Rn. 65.

⁹¹⁰ *Küchler* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 1, Rn. 66.

⁹¹¹ *Küchler* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 1, Rn. 66.

⁹¹² vgl. dazu noch ausführlich unten D. IV. 3. b.

b. Vertragsgegenstand und -typisierung

aa. Unterscheidung Übernahme- und Outsourcingvertrag

Outsourcingverträge können wegen der Vielgestaltigkeit und Komplexität ihres Leistungsgegenstandes nicht „von der Stange“ kommen. Zum Outsourcing gehören in rechtlicher Hinsicht üblicherweise die Übertragung beim Kunden bereits vorhandener Hard- und Software auf den Dienstleister, die Einräumung der zum Betrieb erforderlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte, arbeitsrechtliche Vereinbarungen im Hinblick auf evtl. übergehende Arbeitsverträge von Arbeitnehmern des Kunden⁹¹³ sowie vertragliche Abreden zum laufenden Betrieb des Rechenzentrums und damit verbundener Serviceleistungen des Anbieters. Diese Leistungsbereiche lassen sich im Wesentlichen in zwei Phasen systematisieren (sog. statusbezogene Betrachtungsweise⁹¹⁴), die auch in der Vertragsgestaltung ihren Niederschlag finden:⁹¹⁵ den Übernahmevertrag, der den punktuellen Vorgang der Auslagerung von Ressourcen und Leistungen eines gewissen Geschäftsbereichs auf einen externen Dienstleister regelt, sowie den eigentlichen Outsourcingvertrag, der das sich anschließende Dauerschuldverhältnis bezogen auf die tatsächliche Erbringung der übertragenen Aufgaben betrifft.⁹¹⁶

Die Übernahme der Ressourcen durch den Anbieter erfolgt üblicherweise mittels eines sog. Asset-Deal oder eines sog. Share-Deal. Im Rahmen eines Asset-Deal werden die einzelnen IT-Komponenten wie Hard- und Software sowie die entsprechenden Verträge mit Dritten jeweils mittels einzelner Vereinbarungen auf den Anbieter übertragen. Bei beweglichen Sachen (insbesondere Hardware) geschieht dies durch Übereignung gemäß § 929 BGB, bei Immaterialgüterrechten (z.B. dem Urheberrecht an Computerprogrammen) durch Abtretung gemäß § 398 BGB oder Lizenzierung,⁹¹⁷ und bei Verträgen durch Vertragsübernahmen.⁹¹⁸ Beim Share-Deal wird dagegen nicht jeder einzelne Gegenstand separat auf den Outsourcing-Anbieter übertragen, sondern die

⁹¹³ Fragen des mit dem Outsourcing häufig verbundenen Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB werden vorliegend nicht behandelt, vgl. dazu *Gennen*, ITRB 2002, 291 ff.

⁹¹⁴ vgl. *Bräutigam/Grabbe* in: *Bräutigam* (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 2, Rn. 4 ff.

⁹¹⁵ Möglich und gebräuchlich ist auch eine Kategorisierung in drei Phasen: *Plan*, *Build* und *Run*, vgl. z.B. *Söbbing/Wöhlermann*, HMD 245 (2005), S. 48 ff.

⁹¹⁶ *Heymann*, CI 1999, 173, 173 f.; *Lütcke/Bähr*, K&R 2001, 82, 83.

⁹¹⁷ Die urheberrechtlichen Implikationen der Übernahme der Software durch den Outsourcing-Anbieter werden im Folgenden kurz dargestellt, soweit sie Besonderheiten gegenüber den üblichen Formen der Softwareüberlassung aufweisen, vgl. D. IV. 1. d. aa.

⁹¹⁸ *Bräutigam/Grabbe* in: *Bräutigam* (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 2, Rn. 6.

Inhaberschaft der Gesellschaft wechselt durch Anteilsübertragung auf einen neuen Inhaber.⁹¹⁹ Regelmäßig liegt den Übertragungsakten dabei Kaufrecht zugrunde.⁹²⁰

Wegen der regelmäßig hohen Komplexität eines Outsourcingvertrages und den mitunter schwierigen technischen Sachverhalten wird heute in der Praxis bei der Inangriffnahme eines Outsourcing-Projekts üblicherweise zunächst ein allgemeiner Rahmenvertrag als Basis bzw. Rumpf des Outsourcingvertrages⁹²¹ geschlossen, der nur die grundlegenden Rechte und Pflichten der Parteien regelt. Dem Rahmenvertrag werden dann in einer Art Baukastenprinzip verschiedene sog. Leistungsscheine hinzugefügt, so dass das Vertragswerk insgesamt von einem modularen Aufbau geprägt ist, der es ermöglicht, dass der Abruf von neuen Leistungen oder der Austausch von Leistungen durch einfache Ergänzung oder Austausch des jeweiligen Leistungsscheins realisiert werden kann.⁹²² In den Leistungsscheinen werden die Einzelleistungen in genauem Umfang festgelegt. Innerhalb der Leistungsscheine wird schließlich mit Hilfe der Service Level Agreements (SLA) der quantitative und qualitative Standard der konkreten Leistungserbringung geregelt.⁹²³ Die SLA bilden das „Herzstück jedes Outsourcingvertrages“.⁹²⁴ Sie legen in technischer Hinsicht Mindestqualitätsstandards fest, bei deren Unterschreitung i.d.R. Vertragsstrafen fällig werden, und sie definieren den Leistungsumfang des Outsourcing-Projekts funktional. Klassische Service Level im RZ-Outsourcing sind die Reaktionszeiten, der Datendurchsatz sowie die Verfügbarkeit des Systems.⁹²⁵

bb. Leistungsgegenstand des Outsourcingvertrages

Auch wenn sich in der Praxis viele unterschiedliche Formen des Geschäftsmodells ausgeprägt haben, bildet die Erbringung von Rechenzentrumsleistungen das „typenprägende Kernstück eines klassischen Outsourcingvertrages“⁹²⁶. Der

⁹¹⁹ *Bräutigam/Grabbe* in: *Bräutigam* (Hrsg.), *IT-Outsourcing*, Teil 2, Rn. 7.

⁹²⁰ *Heymann/Lensdorf* in: *Redeker* (Hrsg.), *Handbuch der IT-Verträge*, Teil 5.4, Rn. 15.

⁹²¹ vgl. *Söbbing*, *ITRB* 2004, 44, 44 f.

⁹²² *Bräutigam/Grabbe* in: *Bräutigam* (Hrsg.), *IT-Outsourcing*, Teil 2, Rn. 2; *Heymann/Lensdorf* in: *Redeker* (Hrsg.), *Handbuch der IT-Verträge*, Teil 5.4, Rn. 42 ff.; *Bräutigam*, *CR* 2004, 248.

⁹²³ *Bräutigam*, *CR* 2004, 248.

⁹²⁴ *Heymann*, *CI* 1999, 173, 174.

⁹²⁵ *Heymann*, *CI* 1999, 173, 174; vgl. auch *Lütcke/Bähr*, *K&R* 2001, 82, 84 f.; zur Regelung der Verfügbarkeit von ASP-Leistungen vgl. ausführlich unten D. IV. 2. f.

⁹²⁶ *Heymann*, *CI* 1999, 173, 175; die beiden Begriffe Outsourcingvertrag und Rechenzentrumsvertrag werden daher im Folgenden synonym verwendet.

Rechenzentrumsvertrag enthält regelmäßig verschiedene selbständige Leistungsgegenstände, die in unterschiedlicher Kombination vorkommen können. Schwerpunkt und Kern des Vertrages ist die Bereitstellung und temporäre Nutzungsmöglichkeit von Hardwarekapazitäten mittels Datenfernübertragung auf einer genau bestimmten Anlage.⁹²⁷ Im Rechenzentrum des Betreibers werden im Wesentlichen Software und Datenbanken für den Kunden gehostet. Neben der Systemsoftware kann der Anbieter auch die Anwendungssoftware bereithalten und zur Nutzung durch den Kunden zur Verfügung stellen.⁹²⁸ Auch die Implementierung sowie die Anpassung der Software an die kundenspezifischen Anforderungen können Leistungsbestandteile des Outsourcing sein. Die Verbindung zwischen dem Rechenzentrum des Anbieters und dem Kunden erfolgt über entsprechende WAN- (Wide Area Network) oder LAN- (Local Area Network) Anbindungen.⁹²⁹ Häufig wird in den Leistungsbeschreibungen der Ausgang des letzten Routers im Netz des Anbieters als Leistungs- bzw. Gefahrübergabepunkt definiert.⁹³⁰

Daten können als individuelles Ergebnis einer bestimmten Leistung des Anbieters (z.B. Gehaltsabrechnungen der Mitarbeiter des Kunden) Gegenstand des Vertrages sein. Zum Auslagerungsbereich des RZ-Outsourcing kann insoweit auch das *Datawarehousing* gehören, d.h. die Strukturierung einer größeren Datensammlung, die unterschiedliche Datentypen und Verwaltungsprozesse enthält, mit dem Ziel, dem Anwender die Auswertung der Informationen nach vorgegebenen Kriterien zu ermöglichen. Über das reine *Datahosting* hinaus übernimmt der Anbieter dabei also auch das Ordnen und Verwalten der Kundendaten.⁹³¹ Zum Leistungsumfang des RZ-Outsourcing kann neben dem reinen Betrieb des Rechenzentrums auch die Betreuung und Wartung der Hardware, Software sowie der Datenbanken zählen.⁹³² Schließlich können auch persönliche Dienstleistungen von den Mitarbeitern des Anbieters, z.B. die Beratung des Kunden im Rahmen eines Hotline-Services, erbracht werden.⁹³³

⁹²⁷ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 24 und 32.

⁹²⁸ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 32.

⁹²⁹ *Söbbing* in: *Söbbing*, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 130.

⁹³⁰ *Söbbing* in: *Söbbing*, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 131.

⁹³¹ *Söbbing* in: *Söbbing*, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 132.

⁹³² *Söbbing* in: *Söbbing*, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 130.

⁹³³ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 32.

Regelmäßig zahlt der Kunde als Gegenleistung eine monatliche Pauschal- bzw. Festvergütung sowie zusätzlich spezielle Sonderentgelte für besondere Leistungen, z.B. für die Entwicklung eigens auf seine Bedürfnisse zugeschnittener Anwendungssoftware.⁹³⁴ Daneben oder ergänzend kommt auch eine Abrechnung auf der Basis der vom Kunden beanspruchten Rechenzeit (z.B. anhand der CPU-Belegung oder der Inanspruchnahme von Speicherkapazität) in Betracht.⁹³⁵ Flexible *On-Demand*-Lösungen, bei denen der Kunde nur die Leistungen bezahlt, die er tatsächlich benötigt, z.B. beim Business Process Outsourcing gemessen an der Anzahl der vorgenommenen Transaktionen oder beim RZ-Outsourcing anhand des in Anspruch genommenen Speicherplatzes, stellen durch die hierdurch gewonnene Flexibilität einen wesentlichen Vorteil des Outsourcing-Geschäftsmodells dar.

cc. Vertragstypologische Einordnung

Die gesetzlichen Regelungen bilden auch beim Outsourcing das Fundament, auf dem die Parteien ihre individuelle Vertragskonstruktion errichten.⁹³⁶ Aus diesem Grund und vor allem im Hinblick auf die anwendbaren Kündigungs- und Gewährleistungsvorschriften bleibt – trotz der beim Outsourcing regelmäßig umfangreichen Vertragswerke – die Frage nach der vertragstypologischen Einordnung von Rechenzentrums- bzw. Outsourcingvereinbarungen von Bedeutung.

(1) Ansätze im juristischen Schrifttum

Outsourcingverträge entsprechen keinem der im BGB-Schuldrecht kodifizierten einzelnen Vertragstypen direkt. Unter dem Dach eines Outsourcingvertrages werden regelmäßig Dienste geleistet, Werkleistungen erbracht, Sachen gekauft oder gemietet und Aufträge erfüllt. Diese heterogene Struktur von Outsourcingverträgen führt dazu, dass eine pauschale rechtliche Einordnung des Vertrages nur selten zu befriedigenden Ergebnissen führen wird.⁹³⁷ Vielmehr handelt es sich beim IT-Outsourcingvertrag – wie bei anderen

⁹³⁴ Redeker, IT-Recht, Rn. 783.

⁹³⁵ Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 1.

⁹³⁶ Glossner in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 17.

⁹³⁷ Küchler in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 1, Rn. 3; Glossner in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 1 postuliert, dass "der" Outsourcingvertrag aufgrund der Vielfalt der am Markt anzutreffenden Angebote gar

neuartigen Vertragstypen auch – um einen typengemischten Vertrag bzw. Typenkombinationsvertrag, für den sich die Lösungen bei auftretenden Konflikten nicht einfach aus dem Gesetz ablesen lassen.⁹³⁸ Der Outsourcing-Anbieter verpflichtet sich regelmäßig unter dem Dach des Outsourcingvertrages als Rahmenvertrag zur Erbringung einer Vielzahl unterschiedlicher Leistungen gegenüber seinem Kunden. Erfolgsbezogene und tätigkeitsbezogene wechselseitige Pflichten vermischen sich dabei nicht selten in einem „kaum auflösbaren Amalgam“⁹³⁹. Im Folgenden sollen die einzelnen Leistungsbereiche nicht jeder für sich einer erschöpfenden vertragstypologischen Untersuchung unterzogen, sondern in erster Linie in ihren Auswirkungen auf die Typologisierung des Outsourcingvertrages als Ganzem betrachtet werden.⁹⁴⁰

Bräutigam vergleicht den IT-Outsourcingvertrag mit einem Chamäleon, denn wie dieses die Farbe seiner Umgebung annehme, so übernehme der Outsourcingvertrag die vertragstypologische Einordnung des jeweiligen in den Leistungsscheinen vorgesehenen Pflichtenprogramms. Einzelne Leistungen könnten dabei den Bereichen des Kauf-, Werk-, Dienst- oder Mietvertrags zugeordnet werden.⁹⁴¹ Das Besondere des Outsourcingvertrages bestehe darin, dass mehrere Hauptleistungspflichten aus verschiedenen Bereichen gleichberechtigt nebeneinander statuiert würden, ohne dass diese schwerpunktmäßig ausgerichtet seien. Bei der rechtlichen Einordnung einer Leistungsstörung sei deshalb auf den gesetzlichen Vertragstyp abzustellen, dem die im Einzelfall verletzte Leistungspflicht zuzuordnen sei.⁹⁴² Die einzelnen Leistungsscheine seien demnach grundsätzlich isoliert voneinander zu betrachten: Der Hosting-Leistungsschein habe dabei wegen der primären Verpflichtung, Speicherkapazität zur Verfügung zu stellen, mietvertraglichen Charakter, der Netzwerk-Leistungsschein folge Dienst- oder Werkvertragsrecht. Werkvertragsrecht finde auf ihn dann Anwendung, wenn die Parteien eine 100%-Verfügbarkeit des Netzes vereinbaren, weil nur dann dem betreffenden

nicht existieren könne.

⁹³⁸ *Glossner* in: *Bräutigam* (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 23; *Dieckmann* in: *Köhler-Frost* (Hrsg.), Allianzen und Partnerschaften im IT-Outsourcing, S. 139; *Niebling*, Outsourcing, S. 27; *Bräutigam*, CR 2004, 248, 249; zur rechtlichen Behandlung von Typenkombinationsverträgen vgl. allgemein schon oben D. II. 2. b. und speziell zum ASP unten D. IV. 2. d. dd.

⁹³⁹ *Heymann*, CR 2005, 706, 710.

⁹⁴⁰ z.B. überlässt der Outsourcing-Anbieter nicht selten dem Kunden kaufweise bestimmte Hardwarekomponenten oder Standardsoftware bzw. übernimmt diese umgekehrt vom Kunden oder passt sie für ihn an (vgl. zur kaufweisen Softwareüberlassung bereits oben D. III. 4. b.), oder schult dessen Mitarbeiter, was unproblematisch als Dienstleistung eingeordnet werden kann.

⁹⁴¹ *Bräutigam*, CR 2004, 248, 249.

⁹⁴² *Bräutigam*, CR 2004, 248, 249.

Leistungsschein das nötige Erfolgsmoment innewohne; bei geringerer Verfügbarkeit sei dieser Leistungsteil als qualifizierte Dienstleistung einzuordnen.⁹⁴³ Es kann jedoch richtigerweise für die Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag nicht darauf ankommen, ob die Parteien eine Verfügbarkeit von 100% oder 99% vereinbart haben. Auch bei einer vereinbarten Verfügbarkeit von unter 100% wohnt dem Vertrag eine gewisse Erfolgsbezogenheit inne. Es stellt sich aber die Frage, ob man überhaupt in der Vereinbarung bestimmter Verfügbarkeitsquoten bereits das notwendige Erfolgsmoment sehen kann, das den gesamten Vertrag als Werkvertrag erscheinen lässt.⁹⁴⁴

Schneider macht die vertragstypologische Einordnung von der jeweiligen Betonung der Leistungsbereiche im Einzelfall abhängig, die Kategorisierung folgt danach individuell dem Schwerpunkt des jeweiligen Vertrages. Stelle der Anbieter vor allem Rechenkapazität zur Verfügung, so liege darin eine Überlassung, und dementsprechend handele es sich im Hinblick auf die Langzeitbindung um einen Mietvertrag.⁹⁴⁵ Auch nach Ansicht *Heymanns* handelt es sich beim klassischen Rechenzentrumsvertrag am ehesten um einen Mietvertrag, soweit die Bereitstellung und Nutzung von Hardwarekapazitäten im Vordergrund stehe.⁹⁴⁶ Der RZ-Vertrag, bei dem der Anbieter nicht auch die Erfüllung einer betrieblichen Aufgabe schulde, entspreche insbesondere im Hinblick auf die Langzeitbindung am ehesten dem Mietvertrag.⁹⁴⁷ Mietvertragsrecht biete sich insbesondere für alle Leistungen an, bei denen die Nutzung vom Anbieter bereit gestellter Ressourcen im Vordergrund stehe.⁹⁴⁸

Vereinzelt wird gegen die Annahme eines Mietvertrages eingewandt, dass die Hardware in aller Regel dem Kunden schließlich nicht als einzigem Nutzer zur Verfügung gestellt, sondern gleichzeitig von verschiedenen Kunden in Anspruch genommen werde. Des Weiteren verfüge der Kunde auch nicht selbst über die Hardware; verfügungsberechtigt bleibe vielmehr der RZ-Betreiber. Werde das Rechenzentrum einzelnen Nutzern dagegen stundenweise oder ganz zur alleinigen Verfügung gestellt, liege ein Mietvertrag vor.⁹⁴⁹ Für

⁹⁴³ *Bräutigam*, CR 2004, 248, 249 f.

⁹⁴⁴ vgl. dazu beim ASP unter D. IV. 2. d. aa. (5) (a).

⁹⁴⁵ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 7.

⁹⁴⁶ *Heymann*, CI 1999, 173, 175; *Heymann*, CR 2000, 23, 24; *Heymann/Lensdorf* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 5.4, Rn. 15; so auch *Glossner* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 51; *Söbbing* in: Söbbing, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 135; *Lütcke/Bähr*, K&R 2001, 82, 84.

⁹⁴⁷ *Söbbing* in: Söbbing, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 135.

⁹⁴⁸ *Heymann/Lensdorf* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 5.4, Rn. 15.

⁹⁴⁹ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 785.

die Annahme eines Mietvertrages ist es indes weder erforderlich, dass der Kunde als Einziger auf die Hardware zugreift, noch dass der Besitz an der Mietsache auf den Kunden übertragen wird. Das Verschaffen von Alleinbesitz am Mietobjekt ist nicht konstitutives Merkmal eines Mietvertrages. Vielmehr ist entscheidend, dass dem Mieter der vertraglich geschuldete Gebrauch der Mietsache uneingeschränkt möglich ist.⁹⁵⁰ *Glossner* weist außerdem zu Recht darauf hin, dass es problematisch sei, wenn die rechtliche Qualität der Bereitstellung von Speicherkapazität einzig davon abhängt, wie viele Personen zeitgleich auf den Speicher zugreifen.⁹⁵¹ Darüber hinaus lässt sich jeder Speicher zumindest gedanklich in beliebig viele Speichereinheiten aufteilen, so dass man argumentieren kann, dass der Nutzer jedenfalls allein auf seine Speichereinheiten zugreift.⁹⁵²

Teilweise wird der Rechenzentrumsvertrag in der Literatur auch – zumindest für den Regelfall – als Werkvertrag eingeordnet, wobei wegen des Dauerschuldcharakters der Vereinbarung für die Kündigungsrechte statt § 649 BGB Dienstvertragsrecht Anwendung finden soll.⁹⁵³ Der für den Werkvertrag charakteristische geschuldete Erfolg sei in der Verpflichtung des Rechenzentrums zu sehen, die vom Kunden übertragenen Daten gemäß den vertraglichen Vereinbarungen ordnungsgemäß zu verarbeiten und die entsprechenden Ergebnisse an den Kunden zurückzuliefern.⁹⁵⁴ Dem RZ-Vertrag wohne also zumindest insofern ein Erfolgsmoment inne, als der Anbieter bisweilen nicht nur Rechnerkapazitäten und Programme zur Verfügung stelle, sondern betriebliche Aufgaben – z.B. die Lohn- und Gehaltsabrechnung – vom Kunden übernehme und selbständig für diesen löse.⁹⁵⁵ Der Rechenzentrumsvertrag könne zudem die Komponenten Auftrag und Geschäftsbesorgung beinhalten, was besondere Bedeutung für die Pflicht zur Datenherausgabe bei Beendigung des Vertrages erlange.⁹⁵⁶

⁹⁵⁰ *Glossner* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 51; dazu noch ausführlich unten D. IV. 2. d. aa. (1).

⁹⁵¹ *Glossner* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 51 (Fn. 96).

⁹⁵² vgl. *Glossner* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 51 (Fn. 96).

⁹⁵³ vgl. *Redeker*, IT-Recht, Rn. 788.

⁹⁵⁴ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 787.

⁹⁵⁵ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 8; *Lütcke/Bähr*, K&R 2001, 82, 84; in anderem Zusammenhang stellt *Schneider* dagegen fest, dass die Daten nicht zum eigentlichen Leistungsumfang des Auftragnehmers gehörten, sondern vom Auftraggeber durch die Nutzung von Hard- und Software des Rechenzentrums selbst erstellt bzw. be- und verarbeitet würden (*Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 39).

⁹⁵⁶ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 9.

An dieser Stelle setzt sich die fehlende begriffliche Klarheit und ungenaue Abgrenzung des Outsourcing-Geschäftsmodells auf der Ebene der vertraglichen Einordnung nahtlos fort. Denn das beschriebene Leistungsbild der Verarbeitung von Kundendaten oder Übernahme einer betrieblichen Aufgabe entspricht nach der hier vorgenommenen Systematisierung dem Business Process Outsourcing, welches zwar als Werkvertrag eingestuft werden kann, aber vom Outsourcing von reinen Rechenzentrumsleistungen sauber abgegrenzt werden muss. Entscheidend ist dabei, wer nach dem Willen der Parteien die Verantwortung für die mit der Software erarbeiteten Ergebnisse tragen soll.⁹⁵⁷

(2) Ansätze in der Rechtsprechung

Ein werkvertraglich relevantes Erfolgsmoment wird, wie bereits angesprochen, teilweise in den Regelungen zur Verfügbarkeit der Leistung – typischerweise in den Service Level Agreements enthalten – gesehen.⁹⁵⁸ Werde die Verfügbarkeit zu einem gewissen Prozentsatz zugesagt, bedeute dies als Verfügbarkeitspflicht einen Erfolg und führe damit zur werkvertraglichen Einordnung des Vertrages.⁹⁵⁹ Ob allein die Vereinbarung von Verfügbarkeitsquoten eine insgesamt werkvertragliche Einordnung des Outsourcingvertrages zur Folge haben kann, ist jedoch zweifelhaft. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass prinzipiell jeder Online-Dienst durch den erforderlichen Zugang zum Netz eine gewisse Erfolgsorientierung in sich trage. Der Zugang bilde dabei jedoch nur ein Teilelement des gesamten Nutzungsservice.⁹⁶⁰ Auch für den Access Provider-Vertrag nimmt der BGH keine werkvertragliche Typisierung vor: Aufgrund der technischen Unwägbarkeiten könne der Anbieter keinen bestimmten Erfolg des jederzeitigen Zustandekommens einer Internetverbindung mit einer bestimmten Übertragungsgeschwindigkeit versprechen. Der Kunde könne einen solchen Erfolg auch nicht erwarten.⁹⁶¹

Die vertragstypologische Einordnung richtet sich im Ergebnis zunächst danach, ob als geschuldete Hauptleistung im Einzelfall die Bereitstellung von Rechnerkapazität oder die

⁹⁵⁷ so auch *Glossner* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 52; zur vertraglichen Einordnung des BPO vgl. noch unten D. IV. 1. b. cc. (4).

⁹⁵⁸ vgl. *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 33.

⁹⁵⁹ *Bischof/Schneider*, ITRB 2005, 214, 216.

⁹⁶⁰ *Müller-Hengstenberg*, NJW 2000, 3545, 3546 (Fn. 14).

⁹⁶¹ BGH NJW 2005, 2076.

Erledigung einer betrieblichen Aufgabe im Vordergrund steht. Die Rechtsprechung liefert dementsprechend zwar kein einheitliches Bild ab. Zumindest bei den Instanzgerichten zeichnet sich jedoch eine Tendenz zur Einordnung des RZ-Vertrages als Werkvertrag ab, soweit nicht nur die bloße Überlassung von Hardwarekapazitäten geschuldet wird.⁹⁶² Das OLG Hamm⁹⁶³ hat dagegen auf einen Vertrag, mit dem sich der Eigentümer einer EDV-Anlage auch zur persönlichen Erbringung von Dienstleistungen auf dem Gebiet der Datenverarbeitung für die Laborpraxis (Verarbeitung, Speicherung und Druck von Laborbefunden), ferner zur Speicherung der Patientenkartei auf der Festplatte sowie zum Anlegen eines dreijährigen Archivs verpflichtet hat, Mietvertragsrecht angewendet, und dies damit begründet, dass die Nutzungsmöglichkeit des Computers nach der Vertragsgestaltung im Vordergrund gestanden habe. Die Verpflichtung des Anbieters, Leistungen persönlich für die Laborpraxis zu erbringen, hänge insgesamt vom Einsatz und Funktionieren des Computers selbst ab, und sei daher eine „untergeordnete, wenn auch wichtige Zugabe zum Mietvertrage“. Die dienstvertraglich einzuordnenden Elemente des Vertrages seien überdies im konkreten Fall für die Kündigung nicht ausschlaggebend gewesen, da sich diese vornehmlich auf Mängel der Hardware bezog.⁹⁶⁴

Nach einer Entscheidung des BGH⁹⁶⁵ ist das Nutzungsverhältnis über einen Großrechner, aufgrund dessen dem Kunden die Rechenkapazität zu bestimmten Tageszeiten stundenweise für seinen Gebrauch zur Verfügung gestellt wird, „als Mietvertrag (allenfalls mit gewissen Werkvertragsselementen), aber nicht als Pachtvertrag zu qualifizieren“. Auch auf die Zurverfügungstellung von Speicherkapazitäten im Rahmen des Webhosting wird in der Rechtsprechung Mietvertragsrecht angewendet.⁹⁶⁶

(3) Stellungnahme

Soweit nicht die Erfüllung konkreter betrieblicher Aufgaben des Kunden in eigener Verantwortung des Anbieters – wie z.B. die Lohn- und Gehaltsabrechnung der Mitarbeiter – im Vordergrund der vertraglichen Leistungen steht, ist der Outsourcingvertrag

⁹⁶² vgl. die Nachweise bei *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 13 ff.

⁹⁶³ OLG Hamm NJW 1989, 2629; so auch *Emmerich* in: Staudinger, Vorbem zu § 535, Rn. 38.

⁹⁶⁴ Die Vorinstanz hatte noch Dienstvertragsrecht angewendet, vgl. Hinweis des OLG Hamm NJW 1989, 2629.

⁹⁶⁵ BGH NJW-RR 1993, 178.

⁹⁶⁶ AG Charlottenburg CR 2002, 297, 298 m. Anm. *Runte*; offen gelassen von LG Karlsruhe CR 2007, 396.

regelmäßig als Mietvertrag einzuordnen, da die Überlassung von Speicherplatz das zentrale Element und den Leistungsschwerpunkt des Vertrages bildet. Eine Besitzübertragung ist dabei genauso wenig erforderlich wie eine exklusive Nutzung des Mietgegenstandes nur durch einen einzelnen Kunden.⁹⁶⁷ Soweit daneben auch anderen Leistungsbestandteilen nach den Interessen und Erwartungen des Kunden eine zentrale Rolle zukommen soll, z.B. der Erstellung einer speziell für ihn konzipierten Anwendungssoftware oder der Anbindung an das Internet beim Outsourcing eines Online-Shops, können diese zu eigenständigen Hauptleistungspflichten erstarken, die im Rahmen eines dann anzunehmenden Typenkombinationsvertrages eine eigenständige rechtliche Einordnung erfahren. Im Übrigen handelt es sich bei diesen Leistungen regelmäßig um reine Nebenpflichten zum Mietvertrag. Wird neben der mietvertraglichen Überlassung der Hardware eine als selbständig zu beurteilende Einzelleistung nicht, verspätet oder schlecht erbracht, sind dem Trennungsprinzip folgend die Haftungs- und Gewährleistungsregeln des Vertragstyps heranzuziehen, dem die gestörte Einzelleistung zuzuordnen ist.⁹⁶⁸ Im Hinblick auf das anwendbare Leistungsstörungenrecht kann es daher erforderlich sein, den Ursprung und die Auswirkungen der einzelnen Störung im Hinblick auf die verschiedenen Leistungsbereiche genau zu lokalisieren.⁹⁶⁹

Bei der grundsätzlichen Einordnung als Mietvertrag bleibt es auch dann, wenn das Operating – also der Betrieb und die Wartung – des Rechenzentrums durch den Anbieter erfolgt, sofern dies faktische Voraussetzung für die Zurverfügungstellung des Rechenzentrums ist. Das Operating ist insoweit als typische Nebentätigkeit einzuordnen, weil es Voraussetzung für die Erfüllung der Hauptschuld zur Überlassung der Hardwarekapazitäten ist.⁹⁷⁰ Die Anbindung des Servers an das Netz ist im Regelfall ebenfalls nur Teil der mietvertraglichen Pflicht zur Gewährleistung des ordnungsgemäßen Gebrauchs und bildet keinen eigenständigen Vertragsgegenstand.⁹⁷¹ Die Grenze zum Werkvertrag wird erst dann erreicht, wenn der Anbieter (z.B. bei der Auslagerung des Betriebs einer Unternehmenssoftware) nicht lediglich Kapazitäten zur Verfügung stellt, sondern den Erfolg des reibungslosen Funktionierens der Anwendungen, Datenbanken etc. innerhalb eines definierten Service Level Agreements schuldet.⁹⁷² Allein die Regelung

⁹⁶⁷ vgl. dazu noch ausführlich unten im Rahmen des ASP D. IV. 2. d. aa. (1).

⁹⁶⁸ so auch *Glossner* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 12.

⁹⁶⁹ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 33.

⁹⁷⁰ *Glossner* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 51; *Heymann*, CR 2000, 23, 24.

⁹⁷¹ *Glossner* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 53.

⁹⁷² vgl. *Söbbing*, ITRB 2004, 91, 93.

von bestimmten Verfügbarkeitsquoten reicht hierfür jedoch nicht aus; damit wird lediglich die mietrechtliche Überlassungspflicht konkretisiert.

(4) Business Process Outsourcing (BPO)

Beim BPO überträgt der Kunde einen bestimmten Geschäftsprozess bzw. eine betriebliche Aufgabe vollständig in den Verantwortungsbereich des Anbieters durch Aufgabe des Geschäftsprozesses im eigenen Betrieb kombiniert mit dem Fremdbezug der bislang hausintern erarbeiteten Leistungen.⁹⁷³ Technologisch ähneln sich das BPO und RZ-Outsourcing: In beiden Fällen sendet der Kunde Daten an einen externen Server und erhält sie später in bearbeiteter Form zurück. Beim BPO kommt eine Einordnung als Mietvertrag jedoch nicht in Betracht, da es schon an einer dafür erforderlichen Überlassung fehlt. Denn die vom Business Process Outsourcing-Anbieter für die Aufgaben des Kunden einzusetzende Hard- und Software wird gerade nicht vertraglich spezifiziert. Während im Rahmen des RZ-Outsourcing regelmäßig die bereitzustellende Hard- und Software rechtsverbindlich festgehalten wird, ist der Anbieter beim BPO in der Wahl der Betriebsmittel zumindest rechtlich ungebunden, wenngleich Bindungen im Einzelfall aus technischen Gegebenheiten oder Standards folgen können.⁹⁷⁴

Eine Einordnung des BPO als Dienstvertrag scheidet zum einen wegen der Erfolgsorientiertheit der Tätigkeit und zum anderen auch deshalb aus, weil der Anbieter bei der Erbringung der Leistungen regelmäßig nicht den Weisungen des Kunden unterliegt.⁹⁷⁵ Bei der Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag ist grundsätzlich der Vertrag in seiner Gesamtheit nach der vom Auftraggeber gewählten Zielrichtung zu beurteilen.⁹⁷⁶ Das entscheidende Abgrenzungskriterium liegt darin, dass beim Dienstvertrag die Arbeitsleistung als solche, beim Werkvertrag demgegenüber die Herbeiführung eines vereinbarten, gegenständlich fassbaren Arbeitsergebnisses geschuldet wird.⁹⁷⁷ Da dem Outsourcing-Kunden die Art und Weise, wie der Anbieter

⁹⁷³ Heymann, CR 2000, 23.

⁹⁷⁴ Heymann, CR 2000, 23, 25.

⁹⁷⁵ Heymann, CR 2000, 23, 25.

⁹⁷⁶ BGH NJW 1970, 1596, 1597.

⁹⁷⁷ Sprau in: Palandt, Einf v § 631, Rn. 8.

seine Aufgabe erfüllt, regelmäßig gleichgültig ist und ihn allein das Arbeitsergebnis als Erfolg interessiert, liegt damit beim BPO typischerweise ein Werkvertrag vor.⁹⁷⁸

Der BGH hat dementsprechend auch einen Vertrag über die Ausführung von Buchhaltungsarbeiten sowie die Erstellung von Jahresabschlüssen als einheitlichen Werkvertrag oder zumindest als typengemischten Vertrag qualifiziert, bei dem die erfolgsbezogenen Leistungspflichten deutlich im Vordergrund stünden und auf den deswegen das werkvertragliche Gewährleistungsrecht Anwendung finde.⁹⁷⁹ Anders als beim Steuerberatervertrag, bei dem grundsätzlich die Wahrnehmung aller steuerlichen Belange des Auftraggebers geschuldet werde, und der deshalb einheitlich als Dienstvertrag – gerichtet auf eine Geschäftsbesorgung – einzuordnen sei,⁹⁸⁰ seien die Leistungspflichten insoweit auf bestimmte konkrete Arbeitsergebnisse und damit auf einen Erfolg i.S.d. Werkvertragsrechts gerichtet.⁹⁸¹ Soweit der einzige Unterschied darin besteht, dass beim BPO die Ergebnisse der (Buchhaltungs-)Arbeiten dem Kunden online übermittelt werden, kann für das zugrunde liegende Vertragsverhältnis in typologischer Hinsicht nichts anderes gelten; die Online-Übermittlung stellt dann lediglich eine nicht-typenprägende Modalität der Leistungserbringung dar. Man kann sich also bei der typologischen Einordnung des BPO im Einzelfall insbesondere daran orientieren, wie die Leistungserbringung offline, also in der realen Welt, einzuordnen wäre.⁹⁸²

Eine Werkleistung verliert ihren erfolgsbezogenen Charakter auch nicht schon dadurch, dass sie wiederholt zu erbringen ist, es sich also um dauernde Leistungen handelt, die im Wesentlichen nach Zeitabschnitten vergütet werden.⁹⁸³ Das Versprechen eines werkvertraglichen Dauererfolgs ist vielmehr genauso denkbar wie umgekehrt das dienstvertragliche Versprechen, sich um einen punktuellen Erfolg nur zu bemühen.⁹⁸⁴ Da beim BPO als Summe einzelner erfolgreich durchgeführter Transaktionen ein laufender Erfolg geschuldet wird, liegt die Einordnung als Werkvertrag in Form eines Dauerwerkvertrages nahe. § 631 Abs. 2 BGB stellt ausdrücklich klar, dass der

⁹⁷⁸ *Glossner* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 75; *Söbbing*, ITRB 2004, 91, 93; vgl. auch *Söbbing* in: *Söbbing*, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 135.

⁹⁷⁹ BGH NJW 2002, 1571, 1572.

⁹⁸⁰ BGH WM 2006, 1411.

⁹⁸¹ BGH NJW 2002, 1571, 1573; vgl. auch BGH WM 2006, 1411.

⁹⁸² vgl. *Redeker*, IT-Recht, Rn. 801g: BPO-Verträge seien keine eigentlichen IT-Verträge; die IT sei nur Hilfsmittel bei der Leistungserbringung.

⁹⁸³ BGH NJW 2002, 1571, 1573.

⁹⁸⁴ *Wendehorst*, AcP Bd. 206 (2006), S. 205, 248 f.

werkvertragliche Erfolg keineswegs punktueller Natur sein muss.⁹⁸⁵ Auch die Erfolgsbezogenheit eines Vertrages zur Auslagerung des Transaktionsverkehrs eines Bankinstituts führt beispielsweise grundsätzlich zur Annahme eines Werkvertrages.⁹⁸⁶ Wegen des Charakters als Dauerschuldverhältnis können dabei jedoch einzelne Vorschriften des Werkvertragsrechts – insbesondere diejenigen, die das Erfordernis einer Abnahme regeln – unanwendbar sein.⁹⁸⁷ Das Kündigungsrecht des § 314 BGB kann zudem an die Stelle des werkvertraglichen Rücktrittsrechts treten.⁹⁸⁸

(5) Der Outsourcingvertrag als komplexer Langzeitvertrag

Wegen des aus der langfristigen Bindung der Parteien resultierenden Charakters als Dauerschuldverhältnis besteht zwischen Anbieter und Nutzer ein gesteigertes Vertrauensverhältnis mit besonderen Kooperations-, Hinweis- und Informationspflichten.⁹⁸⁹ Es kommt zu einer engen Verzahnung der Leistungen des Anbieters mit den Mitwirkungshandlungen des Kunden.⁹⁹⁰ Wegen der Bündelung und Vermischung verschiedener Vertragsgegenstände zu einem komplexen Regelungsgefüge verbunden mit dem langfristigen Charakter der Geschäftsverbindung, ergibt sich hier das Bild eines komplexen Langzeitvertrages, der durch die regelmäßig anzunehmende Schwerpunktsetzung auf die Bereithaltung von Hardware-Kapazitäten einen erheblichen mietvertraglichen Anteil in sich trägt.⁹⁹¹ Da die neben den mietrechtlichen Vorschriften im Einzelfall einschlägigen werkvertraglichen Mitwirkungsobliegenheiten des Kunden gemäß §§ 642, 643 BGB für sich genommen kein ausreichendes Fundament für die enge Zusammenarbeit der Vertragsparteien bieten und zudem allein aus der Annahme eines komplexen Langzeitvertrages noch keine speziellen Mitwirkungspflichten des Kunden resultieren, kommt der konkreten Vertragsgestaltung auch hier eine immense Bedeutung zu.

⁹⁸⁵ Heymann, CR 2000, 23, 26.

⁹⁸⁶ Söbbing in: Söbbing, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 247.

⁹⁸⁷ Heymann, CR 2000, 23, 26.

⁹⁸⁸ überzeugend Wendehorst, AcP Bd. 206 (2006), S. 205, 273.

⁹⁸⁹ Glossner in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 8.

⁹⁹⁰ Glossner in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 9.

⁹⁹¹ Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 33; vgl. auch Heymann/Lensdorf in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 5.4, Rn. 69.

Dementsprechend versucht man in der Praxis den Unsicherheiten der vertragstypologischen Einordnung und den fehlenden oder nicht ausreichenden gesetzlichen Vorschriften zur Mitwirkung des Kunden vor allem dadurch zu begegnen, dass man umfangreiche Vertragswerke aufsetzt, in denen möglichst alle potentiellen Problemfelder vorab geregelt werden. Die Vorschriften zur Inhaltskontrolle von AGB setzen den Parteien insoweit kaum Grenzen, da es sich – zumindest bei dem Outsourcing-Rahmenvertrag – im Regelfall um einen zwischen den Beteiligten individuell ausgehandelten Vertrag handelt.

dd. Begriff und Inhalt der Service Level Agreements (SLA)

Da sich der Kunde beim IT-Outsourcing in ein starkes Abhängigkeitsverhältnis zu einem externen Dienstleister begibt und die beiderseitigen vertraglichen Bindungen regelmäßig dauerhaft und vielschichtig sind, ist aus der Sicht beider Parteien große Aufmerksamkeit auf die genaue Ausgestaltung des Vertragswerks zu legen. Für den Kunden ist dabei besonders wichtig, dass die geforderte Qualität und Zuverlässigkeit der bezogenen IT-Leistungen in den *Service Level Agreements (SLA)* exakt festgehalten wird, um so die Einhaltung der Leistungsversprechen objektiv überprüfen und die Nichteinhaltung angemessen sanktionieren zu können. Begrifflich versteht man unter SLA Vereinbarungen, die die exakte Qualität standardisierter und messbarer Leistungen des Anbieters festlegen, daneben Regelungen zur Kontrolle der vereinbarten Qualität enthalten und regelmäßig Sanktionsregelungen für den Fall des Unterschreitens der geschuldeten Service Level vorsehen.⁹⁹² Mit Hilfe der SLA sollen also Qualität, Zuverlässigkeit und Verfügbarkeit der Leistungen dauerhaft überwacht und vertraglich abgesichert werden.⁹⁹³

Erforderlich werden diese SLA in der IT-Branche insbesondere dadurch, dass gerade für den IT-Langzeitvertrag, der mitunter Elemente von Kauf-, Werk-, Dienst- und Mietvertrag in sich vereinigt, keiner der im BGB geregelten Standardverträge ausreichende Regelungen zur genauen Bestimmung der geschuldeten Leistung und ihrer Qualität bereithält. Der für die Beurteilung des Vorliegens eines Sachmangels erforderliche

⁹⁹² Hörl/Häuser, CR 2003, 713.

⁹⁹³ Hörl/Häuser, CR 2003, 713.

Vergleich des IST-Zustandes einer Leistung mit der vertraglich vereinbarten SOLL-Beschaffenheit (vgl. § 434 Abs. 1 S. 1 bzw. § 633 Abs. 2 S. 1 BGB) setzt bei komplexen technischen Gegenständen eine exakte Beschreibung der Leistung voraus. Darüber hinaus soll durch die SLA die Anwendung der regelmäßig als nicht sachgerecht empfundenen gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften soweit wie möglich vermieden und die entsprechenden Vorschriften durch ein eigenes Sanktionsregime ersetzt werden, das insbesondere an Vertragsstrafen und pauschalierte Schadensersatzansprüche anknüpft. So können die mit der unsicheren vertragstypologischen Einordnung von Outsourcingverträgen verbundenen Unwägbarkeiten zumindest reduziert werden.⁹⁹⁴

Als vertragliche Sanktionen bei einer Verletzung der SLA werden regelmäßig Vertragsstrafen, der Beweiserleichterung dienender pauschalierter Schadensersatz bzw. eine pauschalierte Minderung sowie Bonus-/Malus-Regelungen vereinbart. Daneben empfiehlt sich, angepasste Eskalationsstufen der einzelnen Sanktionen vorzusehen, d.h. die Verletzung für den Kunden wichtiger SLA (sog. Key Service Level) empfindlicher zu sanktionieren als die Verletzung unkritischer Qualitätsvereinbarungen. Als *ultima ratio* ist schließlich die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung des Kunden in das gestaffelte Sanktionssystem aufzunehmen.⁹⁹⁵ Aus Sicht des Anbieters ist vor allem die Festlegung von echten Mitwirkungspflichten des Kunden von Bedeutung, die im Falle ihrer Verletzung zu Schadensersatzansprüchen führen.

Im Mittelpunkt der meisten SLA stehen objektiv messbare zeitbezogene Qualitätsvereinbarungen wie die Systemverfügbarkeit, das Antwortzeitverhalten und die Reaktionszeiten auf Fehlermeldungen.⁹⁹⁶ Da vom Anbieter vorformulierte SLA regelmäßig „gewöhnliche“ AGB darstellen,⁹⁹⁷ sind Vereinbarungen über den zeitlichen Umfang der Verfügbarkeit des Rechenzentrums, die als reine Leistungsbeschreibungen gemäß § 307 Abs. 3 BGB einer Inhaltskontrolle entzogen sind, abzugrenzen von Abreden, durch die die Gewährleistung für die grundsätzlich ständige Bereitschaft des Anbieters eingeschränkt oder ausgeschlossen wird.⁹⁹⁸ Im Rahmen des IT-Outsourcing dürfte es sich bei Abreden

⁹⁹⁴ Heymann/Lensdorf in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 5.4, Rn. 137.

⁹⁹⁵ zum Ganzen Bräutigam, CR 2004, 248, 251 f.

⁹⁹⁶ Hörl/Häuser, CR 2003, 713, 715.

⁹⁹⁷ Rath, K&R 2007, 362, 363.

⁹⁹⁸ zur Abgrenzung der Leistungsbeschreibung von der Haftungsbegrenzung bei der Regelung von Verfügbarkeitszeiten vgl. ausführlich unten D. IV. 2. f. bb.

zur Verfügbarkeit allerdings ohnehin oftmals um Individualvereinbarungen handeln.⁹⁹⁹ Bei der individuellen Vereinbarung von Service Levels mit zeitlicher Komponente – seien es Verfügbarkeitszeiträume, Antwort- oder Reaktionszeiten – sollten insbesondere die Bezugszeiträume genau angegeben sowie die Anfangs- und Endereignisse exakt definiert werden, um spätere Streitigkeiten zu vermeiden.¹⁰⁰⁰ Darüber hinaus müssen bei der Festlegung und Überprüfung der Systemverfügbarkeit geplante und ungeplante Wartungszeiten berücksichtigt werden.¹⁰⁰¹ Wird i.R.d. Business Process Outsourcing die Verantwortung für ganze Geschäftsprozesse übertragen, kommt es dem Kunden in der Regel nicht mehr auf bestimmte Verfügbarkeits- oder Reaktionszeiten des Systems, sondern in erster Linie auf termingerecht und inhaltlich korrekt verarbeitete Daten an. Dieser Verschiebung der Prioritäten des Kunden ist bei der Formulierung der SLA Rechnung zu tragen, indem an die Stelle von funktionsbezogenen Vereinbarungen wie Verfügbarkeit und Reaktionszeit prozess- bzw. ergebnisbezogene Service Levels treten.¹⁰⁰²

In großvolumigen und dauerhaften IT-Outsourcing-Verträgen finden sich inzwischen häufig über eine reine Preisanpassung hinausgehende *Benchmarking*-Klauseln. Mit Benchmarking wird allgemein der organisationsübergreifende Vergleich von Produkten oder Dienstleistungen zur Aufdeckung von Leistungsdefiziten bezeichnet. Beim IT-Outsourcing bezieht sich dies auf den einmaligen oder regelmäßigen Vergleich der zwischen dem Outsourcing-Anbieter und seinem Kunden vertraglich vereinbarten Leistungen und/oder Entgelte mit den Leistungen und/oder Entgelten, die in vergleichbaren Projekten vereinbart worden sind. Ziel ist es, während der Vertragslaufzeit eine Wettbewerbssituation zu simulieren, die derjenigen bei einer Neuausschreibung des Auftrags entspricht. Zugunsten des Kunden soll sichergestellt werden, dass er während der gesamten Vertragslaufzeit marktkonforme Leistungen zu marktkonformen Preisen erhält.¹⁰⁰³ Da das Gesetz eine Anpassung vertraglicher Leistungen an veränderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen nur in den engen Grenzen des Wegfalls oder der Störung der Geschäftsgrundlage kennt (vgl. § 313 BGB), bedarf das Benchmarking einer individuellen vertraglichen Regelung. Es kann je nach Vertragsgestaltung zu einer

⁹⁹⁹ Bräutigam, CR 2004, 248, 250.

¹⁰⁰⁰ ausführlich Hörl/Häuser, CR 2003, 713, 715.

¹⁰⁰¹ Rath, K&R 2007, 362, 364.

¹⁰⁰² Hörl/Häuser, CR 2003, 713, 716.

¹⁰⁰³ Nolte, CR 2004, 81, 81 f.

automatischen Neubestimmung von Preisen und Leistungen bzw. zu einer entsprechenden Neubestimmung durch das Benchmarking-Unternehmen führen oder die Vertragspartner auf der Grundlage des Benchmarking-Ergebnisses lediglich zur Aufnahme neuer Verhandlungen verpflichten.¹⁰⁰⁴

c. Haftung des Outsourcing-Anbieters

aa. Folgen mangelhafter Leistungserbringung

Folgt man der Ansicht, der Outsourcingvertrag habe im Regelfall zumindest auch mietvertraglichen Charakter, ist der Anbieter insoweit gemäß § 535 BGB verpflichtet, dem Kunden die Hard- und Software zur Benutzung zur Verfügung zu stellen und ihre Gebrauchstauglichkeit während der gesamten Vertragslaufzeit aufrechtzuerhalten. Ein Anspruch des Anwenders auf Minderung der pauschalen monatlichen Vergütung bei Verletzung dieser Pflicht ergibt sich dabei aus § 536 BGB. Daneben kommen Schadensersatzansprüche aus § 536a BGB in Betracht.¹⁰⁰⁵ Für bereits bei Vertragsschluss vorhandene Mängel haftet der Vermieter nach § 536a Abs. 1, 1. Alt. BGB dabei verschuldensunabhängig. Ein Recht zur fristlosen Kündigung besteht für beide Vertragsparteien bei Vorliegen eines wichtigen Grundes unter den Voraussetzungen des § 543 BGB, d.h. grundsätzlich nach erfolgloser Nachfristsetzung oder Abmahnung.

Sieht man den konkreten Outsourcingvertrag dagegen wegen seiner Erfolgsorientiertheit aus der Verpflichtung zur Erledigung bestimmter betrieblicher Aufgaben im Rahmen des Business Process Outsourcing als Werkvertrag mit Elementen eines Dauerschuldverhältnisses, ergeben sich die Mängelrechte des Kunden im Wesentlichen aus dem Werkvertragsrecht (vgl. § 634 BGB).¹⁰⁰⁶ Steht das Rechenzentrum zeitweise nicht oder nur eingeschränkt zur Verfügung, kann der Kunde das Entgelt mindern oder vom Vertrag zurücktreten. Eine Nacherfüllung scheidet wegen Zeitablaufs regelmäßig aus.¹⁰⁰⁷ Der werkvertragliche Schadensersatzanspruch setzt immer ein Verschulden des RZ-Betreibers voraus (vgl. § 280 Abs. 1 BGB).

¹⁰⁰⁴ ausführlich zur Gestaltung von Benchmarking-Vertragsklauseln *Nolte*, CR 2004, 81, 82 ff.

¹⁰⁰⁵ vgl. *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 52.

¹⁰⁰⁶ vgl. *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 52.

¹⁰⁰⁷ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 795.

Im Hinblick auf die Leistungsstörungen und das auf sie anwendbare Recht ist es im Falle der Annahme eines Typenkombinationsvertrages erforderlich, jeweils genau zu analysieren, welcher der einzelnen Leistungsbereiche des Rechenzentrumsvertrages von der Störung befallen ist. Steht beispielsweise die Rechenkapazität überhaupt nicht zur Verfügung, ist Mietrecht anwendbar. Weisen dagegen die vom Anbieter für den Kunden erstellten Gehaltsabrechnungen Fehler auf, soll Werkvertragsrecht zur Anwendung kommen.¹⁰⁰⁸ Dem Kunden steht bei werkvertraglicher Einordnung des Gesamtvertrages bzw. Störung des werkvertraglich zu beurteilenden Leistungsteils des Kombinationsvertrages daneben ein außerordentliches Kündigungsrecht nach § 314 BGB zu.¹⁰⁰⁹ Bei einem Typenkombinationsvertrag, bei dem die unterschiedlichen Einzelleistungen mehr oder weniger gleichberechtigte Bausteine des Gesamtprojekts sind, muss dabei für jeden einzelnen Fall geklärt werden, ob der Gesamtvertrag durch Kündigung beendet werden kann, wenn eine der Teilleistungen nicht oder nicht richtig erbracht wurde.¹⁰¹⁰ Da die Parteien eines Outsourcingvertrages in gesteigertem Maße aufeinander angewiesen sind und einer gesteigerten Vertragstreue unterliegen, kann eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB jedenfalls immer nur *ultima ratio* sein.¹⁰¹¹ Bei der Frage, inwieweit die Störung einer Teilleistung – bei fehlerfreier Erbringung der sonstigen Leistungen – ein Recht zur Kündigung des Gesamtvertrages geben kann, ist im Einzelfall entscheidend, welche konkrete Leistung gestört ist und inwieweit diese die Balance des Gesamtvertrages beeinträchtigt.¹⁰¹² Bei längeren Offline-Zeiten geschäftskritischer Anwendungen wird man ein Recht zur Kündigung des Gesamtvertrages jedenfalls bejahen müssen.

bb. Sonstige Pflichtverletzungen

Die Nutzung der Ressourcen des Anbieters bezieht sich regelmäßig auf vertraglich genau spezifizierte Hard- und ggf. Software; bei der Software erfolgt die Spezifizierung dabei regelmäßig anhand einer bestimmten Version des Programms. Ohne konkrete

¹⁰⁰⁸ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 33; zu dieser Differenzierung vgl. auch noch beim ASP D. IV. 2. d. bb.

¹⁰⁰⁹ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 795.

¹⁰¹⁰ *Glossner* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 96.

¹⁰¹¹ *Glossner* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 99.

¹⁰¹² *Glossner* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 100.

Vereinbarung wird man eine Pflicht des Anbieters zur Verfügungstellung auf dem Markt erhältlicher neuer *Releases* der Software nicht ohne weiteres annehmen können.¹⁰¹³ Ohne entsprechende vertragliche Regelung trifft den Betreiber auch keine Pflicht, seine Hardware zu modernisieren. Kommt es aber infolge Veraltung oder Überlastung des Systems zu Ausfällen der Anlage, die eine Schlecht- oder Nichtleistung des Betreibers begründen, z.B. wenn der Betreiber zu viele andere Kunden zeitgleich mit dem Rechner arbeiten lässt, stehen dem Kunden die entsprechenden Mängelrechte zu.¹⁰¹⁴ In derartigen Fällen wird also regelmäßig auf die Leistung selbst, nicht jedoch auf die Modernität der EDV-Anlage abzustellen sein.¹⁰¹⁵

Die Aufklärungs- und Beratungspflichten des Betreibers unterscheiden sich zwar im Grundsatz nicht von denen anderer Anbieter von EDV-Leistungen, z.B. des Herstellers von Software.¹⁰¹⁶ Tendenziell dürften die Beratungspflichten wegen der engen Verzahnung der Leistungen des Anbieters mit der Tätigkeit des Kunden aber eher noch weitergehend sein als bei der Softwareherstellung.¹⁰¹⁷ Dasselbe gilt für die Mitwirkungspflichten des Kunden. Bei werkvertraglicher Einordnung einzelner Leistungsteile oder Vertragsgestaltungen kommen neben den regelmäßig vertraglich vereinbarten auch gesetzliche Mitwirkungspflichten des Kunden aus § 642 BGB in Betracht.¹⁰¹⁸ Im Rahmen von *Client-Server-Outsourcingverträgen* werden häufig Pflichten zur Bereitstellung eines *Helpdesk* oder anderer Support-Leistungen vereinbart. Soweit es sich um reine Fehlerbeseitigungsmaßnahmen handelt, folgt die Pflicht des Anbieters – jedenfalls bei mietvertraglicher Einordnung des Outsourcingvertrages – schon aus der Verpflichtung zur Erhaltung der Mietsache in vertragsgemäßen Zustand. Darüber hinausgehende Support-Leistungen, z.B. die Einrichtung einer Hotline oder eines Helpdesk, stellen dagegen regelmäßig selbständige Nebenleistungen des Outsourcingvertrages dar, die dienstvertraglichen Regeln folgen.¹⁰¹⁹

¹⁰¹³ Redeker, IT-Recht, Rn. 793.

¹⁰¹⁴ Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 48.

¹⁰¹⁵ Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 83.

¹⁰¹⁶ Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 19.

¹⁰¹⁷ Redeker, IT-Recht, Rn. 797.

¹⁰¹⁸ vgl. dazu Heymann, CR 2000, 23, 26.

¹⁰¹⁹ vgl. Heymann, CR 2000, 23, 25.

cc. Exkurs: Datenschutzrechtliche Aspekte

Von besonderem Interesse und praktischer Relevanz ist die Frage, wie der Anbieter mit den überlassenen personenbezogenen Daten seines Kunden umzugehen hat. Die datenschutzrechtliche Beurteilung des Outsourcing richtet sich insbesondere danach, wer als für die Datenverarbeitung verantwortliche Stelle anzusehen ist. Da es sich bei der Auslagerung des IT-Betriebs regelmäßig um eine Auftragsdatenverarbeitung i.S.d. § 11 BDSG handeln wird, bei der der Auftragnehmer im Rahmen der Datenverarbeitung ausschließlich den Weisungen des Auftraggebers untersteht, muss der Outsourcing-Anbieter dem Outsourcing-Kunden ermöglichen, die ihn treffenden Verpflichtungen gegenüber seinen Kunden zu erfüllen. Darüber hinaus muss es für den Outsourcing-Kunden als „Herrn der Daten“ zu Kontrollzwecken jederzeit möglich sein, diese einzusehen und dem Betreiber ggf. zu entziehen.¹⁰²⁰ Der Outsourcing-Anbieter fungiert als verlängerter Arm oder als ausgelagerte Abteilung seines Kunden, der die alleinige Verfügungsbefugnis über seine Daten behält.¹⁰²¹ Der Kunde hat dementsprechend jederzeit zu Kontrollzwecken einen Anspruch auf Einsicht in die Daten und auf Herausgabe des Datenmaterials.¹⁰²² Handelt es sich dagegen um ein Business Process Outsourcing, kommt auch eine sog. Funktionsübertragung in Betracht: Diese Form der Datenverarbeitung liegt vor, wenn der Anbieter eigene Ermessensspielräume besitzt, also über den Umgang mit den Daten eigenverantwortlich entscheidet bzw. betriebliche Prozesse übernimmt, zu deren Erfüllung die Datenverarbeitung nur ergänzend notwendig ist.¹⁰²³ In diesem Fall müssen die Zugriffs- und Kontrollmöglichkeiten des Kunden mangels entsprechender gesetzlicher Verpflichtung des Anbieters vertraglich statuiert werden.¹⁰²⁴

Am Ende der Vertragsbeziehung müssen die Daten in einer geeigneten, elektronisch lesbaren Art und Weise zurückgegeben werden.¹⁰²⁵ Eine entsprechende vertragliche Herausgabepflicht des Anbieters ergibt sich nach Vertragsende aus dem Auftragsrecht (vgl. § 667 i.V.m. § 675 BGB), wenn man den typengemischten Rechenzentrumsvertrag

¹⁰²⁰ Redeker, IT-Recht, Rn. 798.

¹⁰²¹ Grützmaker, ITRB 2004, 260, 261.

¹⁰²² Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 74; zustimmend Grützmaker, ITRB 2004, 260, 261.

¹⁰²³ Grützmaker, ITRB 2007, 183, 185.

¹⁰²⁴ vgl. Söbbing/Wöhlermann, HMD 245 (2005), S. 48, 50.

¹⁰²⁵ Redeker, IT-Recht, Rn. 799.

insoweit als Geschäftsbesorgungsvertrag qualifiziert.¹⁰²⁶ Hiernach könnte ein Herausgabeanspruch jedoch nur für solche nach Auftragsrecht „erlangten“ Daten geltend gemacht werden, die dem Anbieter vom Kunden überlassen und nicht durch ihn selbst erst generiert wurden.¹⁰²⁷ Auch ohne gesonderte vertragliche Regelung trifft den Outsourcing-Anbieter darüber hinaus schon aus datenschutzrechtlichen Gründen die Pflicht, die überlassenen personenbezogenen Daten bei Vertragsende nach Herausgabe an den Kunden auf der eigenen Hardware zu löschen.¹⁰²⁸ Ob die Herausgabe und Löschung der Daten durch den Betreiber vom Anwender gesondert vergütet werden muss, ist – soweit keine vertragliche Abrede dazu getroffen wurde – nach den Umständen des Einzelfalles durch Auslegung zu entscheiden.¹⁰²⁹

d. Rechtseinräumung an der eingesetzten Software

Auch urheberrechtliche Aspekte sind im Rahmen von Outsourcing-Projekten von Bedeutung, soweit – je nach Leistungsschwerpunkt – von Software unterstützte Geschäftsprozesse des Kunden mitsamt der Software ausgelagert werden und/oder dem Kunden Standard- oder Individualsoftware vom Anbieter zur Verfügung gestellt wird.¹⁰³⁰ Da die mit der Übertragung der bereits beim Kunden vorhandenen Software auf den Anbieter einhergehenden urheberrechtlichen Fragen keine unmittelbaren Auswirkungen auf den Outsourcingvertrag an sich haben, werden sie hier nur kurz angesprochen. Soweit sich die urheberrechtlichen Fragestellungen beim Outsourcing mit denen beim Application Service Providing decken, werden diese im Wesentlichen im Rahmen des ASP näher betrachtet.

aa. Übertragung vorhandener Software auf den Outsourcing-Anbieter

Im Rahmen der Bereitstellung der Software durch den Kunden ist bei der Auslagerung im Rahmen des Outsourcing darauf zu achten, dass die dem auslagernden Unternehmen

¹⁰²⁶ *Grützmacher*, ITRB 2004, 260, 261; zu außervertraglichen Ansprüchen auf Herausgabe von Daten gegenüber dem Outsourcing-Anbieter vgl. *Grützmacher*, ITRB 2004, 282 ff.

¹⁰²⁷ *Grützmacher*, ITRB 2004, 260, 262.

¹⁰²⁸ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 72.

¹⁰²⁹ vgl. *Redeker*, IT-Recht, Rn. 799.

¹⁰³⁰ *Bräutigam/Grabbe* in: *Bräutigam* (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 2, Rn. 10.

zustehenden Rechte an seiner Software spätestens zu Beginn der Vertragslaufzeit so auf den Outsourcing-Anbieter übertragen werden, dass dieser seine vertraglich geschuldeten Aufgaben erfüllen kann. Die insoweit erforderliche Übernahme der Software bzw. Softwareverträge durch den Anbieter gestaltet sich mitunter rechtlich komplex. Im Ergebnis müssen derjenigen Vertragspartei die Nutzungsrechte an der Software zustehen, auf deren Hardware die jeweilige Software ablaufen soll, der also die entsprechenden Vervielfältigungshandlungen zuzurechnen sind. Darauf, wer letztlich den wirtschaftlichen Nutzen aus dem Betrieb der Programme zieht, kommt es dabei nicht an.¹⁰³¹ Soweit es sich bei der dem Outsourcing-Anbieter zu überlassenden Software um Programme handelt, die der Kunde in seinem Unternehmen durch seine eigenen Arbeitnehmer geschaffen hat oder an denen er die uneingeschränkten und exklusiven Nutzungsrechte besitzt, ergeben sich üblicherweise keine Probleme bei der Nutzungsrechtseinräumung an den Anbieter. Regelmäßig ist insoweit die Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts vollkommen ausreichend.¹⁰³² Bei der Übertragung der vom Kunden bisher genutzten, von Dritten lizenzierten Fremdsoftware auf den Outsourcing-Anbieter ist dagegen darauf zu achten, dass keine Rechte des Urhebers bzw. Rechteinhabers der Software verletzt werden. Dieser wird seinerseits daran interessiert sein, an einer durch das Outsourcing gesteigerten Nutzung seiner Software finanziell zu partizipieren.¹⁰³³

Je nach Ausgestaltung des Softwareüberlassungsvertrages zwischen dem Urheber bzw. Lizenzgeber und dem outsourcenden Lizenznehmer als Kauf- oder Mietvertrag können im Einzelfall Zustimmungserfordernisse und Weitergabebeschränkungen bestehen, deren Verletzung durch Abschluss des Outsourcingvertrages mittels einer entsprechenden Vertragsgestaltung vorgebeugt werden sollte.¹⁰³⁴ Zur Übertragung eines einfachen Nutzungsrechts oder zur Unterlizenzierung eines ausschließlichen Nutzungsrechts bedarf es auch ohne vertraglicher Regelung grundsätzlich¹⁰³⁵ der Zustimmung des Rechteinhabers (vgl. §§ 34 Abs.1 S. 1 und § 35 Abs. 1 S. 1 UrhG). Bei ursprünglich kaufweiser Überlassung der Software an den Kunden kann die Übertragung auf den Outsourcing-Anbieter aber als Verbreitung aus dem Erschöpfungsgrundsatz des § 69c Nr.

¹⁰³¹ Huppertz in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 4, Rn. 85; Fritzemeyer/Schoch, CR 2003, 793.

¹⁰³² Huppertz in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 4, Rn. 90.

¹⁰³³ Fritzemeyer/Schoch, CR 2003, 793.

¹⁰³⁴ ausführlich zum Ganzen Fritzemeyer/Schoch, CR 2003, 793, 794 ff.

¹⁰³⁵ zur Ausnahme des § 34 Abs. 3 UrhG vgl. Wimmers in Büchner/Dreier (Hrsg.), Von der Lochkarte zum globalen Netzwerk, S. 169, 178 f.

3 S. 2 UrhG heraus auch ohne Zustimmung des Rechteinhabers zulässig,¹⁰³⁶ und können pauschale Weitergabeverbote oder Zustimmungsvorbehalte in den AGB des Lizenzgebers als mit dem Erschöpfungsgrundsatz unvereinbar gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sein.¹⁰³⁷ Der Ablauf der Software im Rechenzentrum und die damit verbundene Vervielfältigung durch den Anbieter wird aber selbst dann keinen bestimmungsgemäßen Gebrauch mehr darstellen, wenn die Software ausschließlich dem Kunden zur Verfügung gestellt wird, der die Software ursprünglich erworben hatte.¹⁰³⁸

bb. Nutzung der Software durch den Outsourcing-Kunden

Wird im Zuge des Outsourcing-Projekts die Softwarelandschaft des Kunden neu gestaltet und zeichnet für den Erwerb oder die Erstellung der erforderlichen Betriebs- und Anwendungsprogramme der Outsourcing-Anbieter verantwortlich, muss er zum einen darauf achten, dass ihm selbst die erforderlichen Nutzungsrechte zustehen, damit er zum anderen dem Kunden die erforderlichen Rechte zur Nutzung der Software, z.B. in Form von Zugriffsrechten oder Arbeitsplatzlizenzen, einräumen kann. Dabei kann der Umfang der Rechtseinräumung an der vom Kunden genutzten Software variieren: Häufig übernimmt es der RZ-Betreiber gegen zusätzliche Vergütung, Software für den Anwender anzupassen oder sogar neu zu erstellen. Diese Software wird dann oft auch von anderen Kunden des Betreibers genutzt. Da der Anwender die Entwicklung der Software veranlasst und letztendlich auch vergütet hat, hat er ein berechtigtes Interesse an der Einräumung eines zeitlich, inhaltlich und örtlich unbeschränkten Nutzungsrechts an der eigens für ihn entwickelten Individualsoftware. Im Ergebnis geht es daher vor allem um die Frage, ob der Betreiber die neue Software auch für seine anderen Kunden verwenden darf, d.h. ob dem Auftraggeber nur ein einfaches oder ein ausschließliches Nutzungsrecht

¹⁰³⁶ *Fritzemeyer/Schoch*, CR 2003, 793, 797; bei einer online erfolgenden Überlassung der Software an den Outsourcing-Kunden gelten zur Frage der Erschöpfung in analoger Anwendung des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG die obigen Ausführungen entsprechend; vgl. dazu auch *Wimmers* in *Büchner/Dreier* (Hrsg.), *Von der Lochkarte zum globalen Netzwerk*, S. 169, 181 ff.

¹⁰³⁷ *Huppertz* in: *Bräutigam* (Hrsg.), *IT-Outsourcing*, Teil 4, Rn. 99; bei mietvertraglicher Überlassung der Software an den Kunden sind vertragliche Weitergabeverbote und sonstige Nutzungsbeschränkungen, wie z.B. CPU-Klauseln, zugunsten des Rechteinhabers in größerem Umfang zulässig, da der Erschöpfungsgrundsatz bei nur zeitweise überlassener Software nicht einschlägig ist, vgl. *Huppertz* in: *Bräutigam* (Hrsg.), *IT-Outsourcing*, Teil 4, Rn. 103; vgl. allgemein zur Zulässigkeit der Vereinbarung von Weitergabeverboten und Zustimmungsvorbehalten in Vereinbarungen zur miet- oder kaufweisen Überlassung von Software *Fritzemeyer/Schoch*, CR 2003, 793, 795 ff.

¹⁰³⁸ offen gelassen von *Fritzemeyer/Schoch*, CR 2003, 793, 795; so wie hier wohl auch *Wimmers* in *Büchner/Dreier* (Hrsg.), *Von der Lochkarte zum globalen Netzwerk*, S. 169, 195 f.

eingerräumt wird.¹⁰³⁹ Urheberrechtliche Besonderheiten ergeben sich vor allem dann, wenn der Anbieter seine Software dem Kunden im Wege des ASP überlssst.¹⁰⁴⁰

Bei speziell fr den Kunden auf dessen Kosten hergestellter Individualsoftware fragt sich weiter, ob nicht neben der reinen Nutzungsmglichkeit auf der Anlage des Betreibers dem Kunden weitere Rechte eingeräumt werden müssen, z.B. ein Anspruch auf Herausgabe der Software im Object- oder sogar Quellcode bei Vertragsbeendigung.¹⁰⁴¹ Um insofern schwierige Auslegungsfragen zu vermeiden, empfiehlt sich eine explizite vertragliche Abrede, ob, in welcher Form und wann eine solche Pflicht zur Herausgabe der Software bestehen soll. Fehlt eine entsprechende Vereinbarung, muss im Rahmen der dann erforderlichen Auslegung, die sich grundsätzlich nach den gleichen Kriterien wie beim Softwareüberlassungsvertrag richtet, berücksichtigt werden, dass die Software körperlich-physikalisch im Rahmen eines Rechenzentrumsvertrags ausschließlich auf einem Rechner des Betreibers abläuft, der Kunde also nicht einmal den Objectcode zur eigenen Verfügung erhält.¹⁰⁴² Unter Umständen macht aus Sicht des Kunden deshalb der Abschluss einer Hinterlegungsvereinbarung Sinn. Beim Erwerb der Software speziell für die Nutzung durch einen Kunden kann für den Fall der Beendigung des Outsourcingvertrages diesem Kunden auch ein Vorkaufsrecht bzw. ein Eintrittsrecht bezüglich der ausschließlich für ihn abgeschlossenen Softwareüberlassungsverträge eingeräumt werden.¹⁰⁴³

Im Falle der Zurverfügungstellung zuvor von Dritten erworbener Standardsoftware durch das Outsourcing-Unternehmen stellt sich das Problem, dass durch die Vervielfältigungen auf den Rechnern des Anbieters und des Kunden die Rechte des Herstellers der Software betroffen sein können: Setzt der Outsourcing-Anbieter die Software für mehrere seiner Kunden zeitgleich ein, handelt es sich aufgrund der technischen Besonderheiten des Outsourcing und der wirtschaftlich unterschiedlichen Nutzung der Lizenz bei dem Betrieb der Software zum Zwecke des Outsourcing um eine eigene Nutzungsart, so dass ggf. die Zustimmung des Urhebers bzw. Rechteinhabers erforderlich ist.¹⁰⁴⁴

¹⁰³⁹ näher dazu *Fritzemeyer/Schoch*, CR 2003, 793, 799.

¹⁰⁴⁰ vgl. dazu unten D. IV. 2. g.

¹⁰⁴¹ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 792; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 75.

¹⁰⁴² zum Ganzen *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 77.

¹⁰⁴³ *Fritzemeyer/Schoch*, CR 2003, 793, 799.

¹⁰⁴⁴ *Fritzemeyer/Schoch*, CR 2003, 793, 798; so auch *Söbbing* in: *Söbbing*, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 532 (Fn. 693).

2. Application Service Providing (ASP)

Charakteristisch für die Entwicklung der IT-Landschaft und damit auch des IT-Vertragsrechts in den letzten Jahren war die Verschiebung des Interesses beim Vertragsgegenstand von der Hardware über die Software hin zur Online-Verfügbarkeit.¹⁰⁴⁵ Durch das Internet wurde das zuvor bloß einen einzelnen Rechner steuernde Computerprogramm aus seiner bisherigen Isolation herausgeführt und zum „integralen Bestandteil eines quasi ubiquitären technischen Großsystems“¹⁰⁴⁶. Wieder einmal ist von einer „Software-Revolution“ die Rede.¹⁰⁴⁷

Application Service Providing (ASP) bezeichnet ein neues Softwarenutzungs- und -vertriebsmodell, dessen Kern die Fernnutzung von Anwendungen über Telekommunikationsnetze, insbesondere das Internet, bildet. ASP stellt sich als vorläufiger Höhepunkt in der oben beschriebenen Entwicklungskette dar. Anders als bei der zeitweisen Softwareüberlassung im Wege der Softwaremiete erfolgt hier weder die Übergabe eines Datenträgers, noch der Download des Programmcodes. Das Programm wird beim ASP weder auf der Festplatte des Kundenrechners installiert, noch in den dortigen Arbeitsspeicher geladen, sondern läuft allein auf dem zentralen Server des ASP-Anbieters und wird vom Kunden bedarfsabhängig aufgerufen, genutzt und bezahlt.

Nachdem dem ASP zu Beginn der 90er Jahre von einigen Marktforschungsinstituten enorme Wachstumsraten prognostiziert wurden, stellte sich Ende der 90er Jahre heraus, dass die anfängliche Euphorie verfrüht und die bestehenden Angebote noch nicht marktreif und zu unflexibel waren. Nach einer Konsolidierung des Marktes zu Anfang des neuen Jahrtausends werden die Aussichten für ASP oder *Software as a Service (SaaS)* inzwischen wieder überwiegend positiv beurteilt, was nicht zuletzt mit der inzwischen flächendeckenden Verbreitung von breitbandigen Internetanschlüssen zu tun hat.¹⁰⁴⁸ Die Begriffe ASP und SaaS bilden dabei lediglich Synonyme für dasselbe Geschäftsmodell;

¹⁰⁴⁵ *Schneider*, CR 2005, 695; ausführlich *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865 ff.

¹⁰⁴⁶ *Horns*, GRUR 2001, 1.

¹⁰⁴⁷ so lautete der Titel des Computerfachmagazins *c't*, Heft 16 vom 23.07.2007: „Das Web als PC – Die Software-Revolution hat begonnen“.

¹⁰⁴⁸ vgl. zur Entwicklung des ASP-Marktes *Grohmann*, Von der Software zum Service, S. 7 ff.; *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 22 f.

der Wechsel in der Begrifflichkeit beruht im Wesentlichen auf marketingbezogenen Überlegungen.¹⁰⁴⁹

a. Wirtschaftliche Bedeutung und Interessenlage der Beteiligten

Das ASP folgt wie das Outsourcing einem allgemeinen Trend der Wirtschaft hin zu schlanken Unternehmen, die sich durch Auslagerung auf ihre Kernkompetenzen konzentrieren. Arbeits- und kostenintensive Geschäftsbereiche wie der Betrieb der immer komplexer werdenden Softwareanwendungen werden dabei auf spezialisierte externe Dienstleister übertragen.¹⁰⁵⁰ Zwischen dem Dienstleister und seinem Kunden wiederum werden immer weniger materielle und immaterielle Waren ausgetauscht; stattdessen wird dem Kunden ein zeitlich begrenzter Zugriff auf die wirtschaftlichen Güter ermöglicht. Statt dauerhafter Zuordnungsverschiebung – wie beim Kauf mit anschließender Eigentumsübertragung – setzt die Wirtschaft zunehmend auf Instrumente der temporären Zugänglichmachung wirtschaftlicher Werte: „Bewusst wird dem nur flüchtigen Besitz Vorrang gegenüber dem Beständigen – und damit Unflexiblen – eingeräumt.“¹⁰⁵¹ An die Stelle des Eigentumserwerbs treten zeitlich begrenzte Nutzungsrechte im Rahmen von Miet-, Pacht-, Leasing- oder Lizenzverträgen.¹⁰⁵² Die schnelle Verfügbarkeit von Ideen, Wissen, Gütern und Dienstleistungen besitzt für viele Unternehmen heute bereits eine größere Bedeutung als das Eigentum an materiellen Produktionsmitteln.¹⁰⁵³ Teilweise wird insoweit schon das „Verschwinden des Eigentums“ überhaupt postuliert.¹⁰⁵⁴

Es gibt neben dem ASP wohl kaum ein anderes Geschäftsmodell, bei dem sich diese Tendenz zur Virtualisierung deutlicher ausdrückt.¹⁰⁵⁵ An die Stelle der kaufweisen Übertragung eines die Software verkörpernden Datenträgers tritt die jederzeitige Verfügbarkeit der Anwendung und ihrer Funktionalitäten über das Netz. Die Software wird beim ASP auf einem zentralen Server zum Abruf bereitgehalten. Dem Kunden wird die Möglichkeit eröffnet, das Programm über das Internet, ein spezielles geschlossenes Netz

¹⁰⁴⁹ „ASP ist tot, es lebe SaaS!“ (Grohmann, Von der Software zum Service, S. 15); die Begriffe werden auch hier im Folgenden synonym verwendet.

¹⁰⁵⁰ Braun, Zulässigkeit von SLA, S. 21.

¹⁰⁵¹ Czychowski/Bröcker, MMR 2002, 81.

¹⁰⁵² Braun, Zulässigkeit von SLA, S. 21.

¹⁰⁵³ Braun, Zulässigkeit von SLA, S. 22.

¹⁰⁵⁴ Rifkin, Access – Das Verschwinden des Eigentums, S. 9 ff.

¹⁰⁵⁵ vgl. Kloos/Wagner, CR 2002, 865, 866 f.

(Virtual Private Network) oder eine Standleitung bedarfsabhängig zu nutzen. ASP versetzt den Anwender damit prinzipiell in die Lage, 24 Stunden am Tag und sieben Tage die Woche von jedem Ort der Welt über einen Browser auf das Programm zuzugreifen bzw. die Anwendung Mitarbeitern an verschiedenen Standorten zeit- und inhaltsgleich zur Verfügung zu stellen.¹⁰⁵⁶ Dies erleichtert für Unternehmen die Ausweitung flexibler Mitarbeitermodelle z.B. durch das Einrichten von Home-Offices.¹⁰⁵⁷ Am Ende der Entwicklung steht die Vision, dass Arbeitsplätze in Zukunft nur noch aus Tastatur, Bildschirm und Netzwerkkarte und Netzwerke nur noch aus Switches und Routern ohne lokalen Server bestehen.¹⁰⁵⁸

Das ASP als neuartiges Vertriebs- und Nutzungsmodell für Software mischt einige bekannte mit wenigen neuen Elementen.¹⁰⁵⁹ Als Spezialform oder Weiterentwicklung des Rechenzentrums- bzw. Outsourcingvertrages,¹⁰⁶⁰ als neues IT-Outsourcing-Modell¹⁰⁶¹ oder als Outsourcing von Softwarenutzungen¹⁰⁶² bzw. Software-Outsourcing¹⁰⁶³ wurde ASP bereits bezeichnet. Neuerdings liest und spricht man vermehrt von „Software als einem Service“ („Software as a Service“ oder „SaaS“¹⁰⁶⁴ bzw. „Software on demand“¹⁰⁶⁵) oder von „Software aus der Steckdose“¹⁰⁶⁶ bzw. „IT aus der Steckdose“¹⁰⁶⁷. Alle verwendeten Begrifflichkeiten bezeichnen letztlich dasselbe Geschäftsmodell: die entgeltliche, datenträgerlose Online-Nutzung von Software über Telekommunikationsnetze, vor allem das Internet. Die Weiterentwicklung gegenüber dem Outsourcing besteht insbesondere in der Besonderheit der Erbringung des Dienstes – d.h. Zurverfügungstellung der Anwendungssoftware – für eine Vielzahl von Kunden ausschließlich über das Netz und in der wesentlich stärkeren Betonung der flankierenden Service-Leistungen.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁵⁶ *Niedermeier/Damm*, RDV 2001, 213; *Klimek*, K&R 2002, 634; vgl. ausführlich zu den Vorteilen von ASP *Köhler-Frost* in: Köhler-Frost (Hrsg.), Grundlagen des ASP, S. 26 ff.

¹⁰⁵⁷ *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 28; *Riechert* in: Kath/Riechert, Internet-Vertragsrecht, Rn. 748.

¹⁰⁵⁸ vgl. *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69.

¹⁰⁵⁹ *Lapp* in: Gounalakis (Hrsg.), Rechtshandbuch Electronic Business, § 43 Rn. 67.

¹⁰⁶⁰ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 25; *Klimek*, K&R 2002, 633.

¹⁰⁶¹ *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729.

¹⁰⁶² *Alpert*, CR 2000, 345.

¹⁰⁶³ vgl. *Söbbing* in: Söbbing, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 111.

¹⁰⁶⁴ vgl. <http://www.saas-forum.net>.

¹⁰⁶⁵ vgl. *Peter*, CR 2005, 404.

¹⁰⁶⁶ vgl. *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 1.

¹⁰⁶⁷ vgl. *Dieckmann* in: Köhler-Frost (Hrsg.), Allianzen und Partnerschaften im IT-Outsourcing, S. 129.

¹⁰⁶⁸ vgl. *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 27.

Für den Anbieter liegt der wirtschaftliche Vorteil vor allem darin, dass durch die Vielzahl von Kunden, die das gleiche Programm nutzen, die Kosten verteilt werden können und ein neuer Absatzmarkt für Software, z.B. durch Kombination verschiedener Programme zu einem neuen Gesamtpaket, eröffnet wird.¹⁰⁶⁹ Nutzt der Anbieter keine von ihm selbst hergestellte, sondern ausschließlich von Dritten lizenzierte Software, steht er auf der Handelsstufe zwischen dem Hersteller und dem Kunden und wird damit Teil der Vertriebsstruktur des Softwareherstellers.¹⁰⁷⁰ Den Softwareherstellern bietet sich die Möglichkeit, ihre eigenen Produkte über den neuen Vertriebskanal ASP ohne nennenswerten Vertriebsaufwand und ohne Einschaltung von Zwischenhändlern selbst zu vermarkten.¹⁰⁷¹

Verfügbar sind dabei Applikationen, die von Standard-Büropaketen aus dem Office-Bereich bis zu umfangreichen betriebswirtschaftlichen Programmen reichen. Das größte wirtschaftliche Potential liegt aber wohl im Bereich standardisierter Anwendungssoftware, die an eine Vielzahl von Kunden unterschiedlicher Branchen weitergegeben wird. Wegen der aus der Standardisierung resultierenden eingeschränkten Möglichkeit der Anpassung der Programme an bestehende Geschäftsabläufe der Anwender dürfte ASP vor allem für kleine und mittelständische Unternehmen interessant sein. Für diese bietet sich durch ASP die Chance, modernste Technologie und aktuelle Software zu einem günstigen Preis zu beziehen.¹⁰⁷² Die Software wird vom Kunden bedarfsabhängig genutzt; ihre Bezahlung richtet sich nach dem tatsächlichen Nutzungsumfang. Vereinfacht gesprochen: Miete statt Kauf soll Kosten sparen oder *pay as you go*.¹⁰⁷³ Mit der Leistungsbereitstellung *on demand* werden Abrechnungsmodelle möglich, die das Nutzungsentgelt von der Häufigkeit, Dauer oder Intensität der Nutzung abhängig und damit für den Kunden vorhersagbar und transparent machen.¹⁰⁷⁴ Die Abrechnung kann dabei z.B. – ggf. neben einer monatlichen Grundpauschale – nutzer(anzahl-)orientiert, zeitabhängig, ressourcenabhängig, volumenabhängig, per Flatrate oder über miteinander kombinierte Preisbestandteile erfolgen.¹⁰⁷⁵

¹⁰⁶⁹ Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69, 70; Czychowski/Bröcker, MMR 2002, 81.

¹⁰⁷⁰ Grützmacher, ITRB 2001, 59.

¹⁰⁷¹ Gennen in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 18.

¹⁰⁷² Köhler-Frost in: Köhler-Frost (Hrsg.), Grundlagen des ASP, S. 22.

¹⁰⁷³ Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 25.

¹⁰⁷⁴ Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729; Fallenböck/Trappitsch, M&R 2002, 3.

¹⁰⁷⁵ Klimek, K&R 2002, 633.

Für den Kunden bietet ASP die Möglichkeit, die durch Kaufpreise und Lizenzgebühren üblicherweise anfallenden hohen Anfangsinvestitionen für Hard- und Software zu reduzieren, die Tätigkeiten der Installation und Implementierung, der Pflege und Aktualisierung der Programme auszulagern sowie Zeitverzögerungen bei einer ggf. erforderlichen Umstellung der eigenen EDV zu vermeiden.¹⁰⁷⁶ Komplexe und hochpreisige Softwarelösungen wie z.B. CRM- (Customer Relationship Management) oder ERP-Programme (Enterprise Resource Planning) werden durch ASP auch für kleine und mittelständische Unternehmen erschwinglich, so dass sich für die Anbieter wiederum neue Märkte bzw. Kundenschichten eröffnen können.¹⁰⁷⁷ Daneben kann wirksam die Gefahr, auf veraltete Software zurückgreifen zu müssen, vermieden werden, da der Anbieter im Regelfall die Technik laufend auf dem neuesten Stand hält.¹⁰⁷⁸ Aus der zentralen Daten- und Applikationsverwaltung ergeben sich zudem kurzfristige und flexible Erweiterungsmöglichkeiten z.B. was die Anzahl der Arbeitsplätze beim Kunden betrifft, auf denen die Software laufen soll.¹⁰⁷⁹

Nachteilig kann sich für den Anwender vor allem die Abhängigkeit von einem externen Dienstleister in strategisch wichtigen Unternehmensbereichen bei gleichzeitigem Know-how-Verlust im eigenen Betrieb auswirken. Darüber hinaus lagern u.U. sensible Kundendaten auf den Servern des Anbieters und sind damit dem Herrschaftsbereich des Nutzers entzogen.¹⁰⁸⁰ Die Themen Datenmissbrauch, Datenverlust und Datensicherung spielen daher beim ASP – insbesondere wegen der Gefahr hoher Vermögensschäden z.B. durch die aufwändige Wiederherstellung von Datenbeständen – eine große Rolle.¹⁰⁸¹ Schließlich stellt die Störanfälligkeit der Netzwerkverbindungen über das Internet einen weiteren Unsicherheitsfaktor für den Kunden dar.

¹⁰⁷⁶ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 557; *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 736; vgl. auch *Riechert* in: Kath/Riechert, Internet-Vertragsrecht, Rn. 746 f. und *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 13 f.

¹⁰⁷⁷ *Köhler-Frost* in: Köhler-Frost (Hrsg.), Grundlagen des ASP, S. 39.

¹⁰⁷⁸ *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69, 70.

¹⁰⁷⁹ *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 28.

¹⁰⁸⁰ *Grohmann*, Von der Software zum Service, S. 32 ff.

¹⁰⁸¹ *Riechert* in: Kath/Riechert, Internet-Vertragsrecht, Rn. 750 ff.; zur Versicherbarkeit der ASP-Risiken vgl. ausführlich *Schoengarth*, ASP, S. 307 ff.

b. Geschäftsmodell und technische Realisierung des ASP

aa. Definition des ASP

Nach einem eher technisch geprägten Definitionsansatz bezeichnet der Begriff ASP eine vertraglich festgelegte Dienstleistung, die über die reine Lieferung von Software hinausgeht und die

- verteilten Zugang für mehrere Anwender im *One-to-many-Modell*,
- verwalteten Zugang, d.h. ergänzt durch flankierende Dienstleistungen, und
- vermieteten Zugang

zu einer in einem Rechenzentrum zentral verwalteten Softwareanwendung bietet.¹⁰⁸²

*Röhrborn/Sinhardt*¹⁰⁸³ haben sich – soweit ersichtlich – als erste an einer zusammenfassenden Definition des ASP als Grundlage für eine juristische Auseinandersetzung versucht und schlagen als Fundament einer rechtlichen Typisierung folgende Formulierung vor:

„Die Zurverfügungstellung von Anwendungen und deren Funktionen sowie damit verbundenen Dienstleistungen über ein Netzwerk mit der Abrechnung der Software-Lizenz per effektiver Softwarenutzung (pay as you go)“.

Prägend ist danach die entgeltliche Bereitstellung von Software-Applikationen über offene (Internet) oder geschlossene Datennetze (Intranet), ohne dass es einer Installation der Software auf dem System des Nutzers bedürfte.¹⁰⁸⁴ Der Kunde erhält die Berechtigung, auf die auf dem Server des Anbieters gespeicherte Software bedarfsabhängig zuzugreifen und diese temporär zu nutzen. Im Gegenzug entrichtet er ein Entgelt, das sich regelmäßig nach der effektiven Dauer der Softwarenutzung richtet.¹⁰⁸⁵ Der Programmcode läuft beim ASP ausschließlich auf dem Server des Anbieters. Wird der Code dagegen – wenn auch nur temporär – auf den Rechner des Kunden übertragen, handelt es sich lediglich um eine

¹⁰⁸² *Grohmann* in: *Grohmann* (Hrsg.), ASP, S. 44 f.; *Grohmann*, Von der Software zum Service, S. 17 f.

¹⁰⁸³ *Röhrborn/Sinhardt*, CR 2001, 69; kritisch dazu („zu eng“) *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 29 und *Koch*, Software- und Datenbank-Recht, § 2 Rn. 11; Letzterer unter Hinweis darauf, dass es in der Praxis angeblich ASP-Geschäftsmodelle gebe, bei denen die Programme temporär auf dem System des Kunden gespeichert würden.

¹⁰⁸⁴ *Röhrborn/Sinhardt*, CR 2001, 69; so auch *Gottschalk* in: *Kaminski u.a.* (Hrsg.), Rechtshandbuch E-Business, 3. Kapitel, Rn. 62; *Czychowski* in: *Bröcker u.a.* (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, § 13 Rn. 153.

¹⁰⁸⁵ *Röhrborn/Sinhardt*, CR 2001, 69.

technische Variante der üblichen Softwaremiete, mit der einzigen Besonderheit, dass die Überlassung nicht auf einem Datenträger, sondern online erfolgt.¹⁰⁸⁶

Die wichtigsten Merkmale zusammenfassend stellt sich das Geschäftsmodell des ASP im Einzelnen wie folgt dar:¹⁰⁸⁷

- Der Anbieter stellt die eigene oder fremde (Standard-)Software mit den entsprechenden Funktionalitäten zur Verfügung und ist Inhaber der für den ASP-Betrieb erforderlichen Lizenz, also insbesondere der urheberrechtlichen Nutzungsrechte, die er auch verwaltet.¹⁰⁸⁸
- Der Anbieter ist regelmäßig, aber nicht zwingend Eigentümer der sich zumeist in seinem Datenzentrum befindlichen Hardware.¹⁰⁸⁹
- Der Anbieter ist für den Betrieb der Anlage und der Software verantwortlich, erbringt regelmäßig Support, z.B. über die Einrichtung einer Kundenhotline, und sorgt für die Zurverfügungstellung der notwendigen Aktualisierungen der Software über Updates und/oder Upgrades.
- Die Zurverfügungstellung der Software erfolgt auf Basis eines Abonnements, d.h. die Abrechnung erfolgt über Pauschalen und/oder nutzer- bzw. nutzenabhängig, wobei über Standardimplementierungen hinausgehende Leistungen separat abgerechnet werden.
- Der Zugriff auf die Anwendungen bzw. deren Funktionen erfolgt über das Internet, über sog. *Virtual Private Networks (VPN)* – d.h. verschlüsselte private Verbindungen innerhalb öffentlicher Netze – oder innerhalb geschlossener Unternehmensnetzwerke (Intranet).
- Die Anwendungen werden regelmäßig einer Vielzahl von Nutzern gleichzeitig zur Verfügung gestellt und müssen deshalb mandantenfähig sein. Das bedeutet, dass

¹⁰⁸⁶ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 4.

¹⁰⁸⁷ vgl. *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 559; *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 5; ähnlich auch *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 28; *Schoengarth*, ASP, S. 10; *Grützmaier*, ITRB 2001, 59; *Witzel*, ITRB 2002, 183, 183 f.; *Klimek*, K&R 2002, 633; *Peter*, CR 2005, 404, 405.

¹⁰⁸⁸ Nach einer insoweit abweichenden Sichtweise ist der Kunde häufig – vor allem bei der Bereitstellung individualisierter Anwendungen – selbst bereits Lizenznehmer des Softwareherstellers; man spreche in diesen Fällen von Application Hosting, vgl. *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 14 und 35. In dem Fall, dass sich der Kunde die Software vom Hersteller selbst besorgt und dem Provider anschließend Nutzungsrechte daran einräumt, liegt aber die Annahme eines Outsourcingvertrages nah, der insoweit vom ASP-Geschäftsmodell begrifflich abgegrenzt werden sollte; *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 35 gehen insoweit wohl davon aus, dass ein solches Outsourcing-Projekt nur eine Ausgestaltung des ASP-Geschäftsmodells bzw. eine spezielle Variante des ASP darstellt; vgl. zur Abgrenzung von ASP und Outsourcing unten D. IV. 2. b. ee.

¹⁰⁸⁹ Möglich ist auch, dass der Anbieter seinerseits die Hardware bei einem Dritten anmietet; die Hardware kann dann sowohl in den Räumen des Dritten als auch beim Anbieter selbst untergebracht sein.

Anwender aus unterschiedlichen Unternehmen zeitgleich auf die Software zugreifen und sie nutzen können müssen, ohne dass sie damit gleichzeitig Zugriff auf die Daten eines anderen Unternehmens erhalten.¹⁰⁹⁰ Daneben muss die Anwendung bei steigenden Nutzerzahlen ausreichend skalierbar sein.

- Die Nutzung erfolgt mittels eines *Clients* oder eines *Browsers* vom Endgerät des Anwenders aus – das kann ein PC, ein Laptop oder ein mobiles Endgerät sein –, ohne dass die Software dort installiert wird.¹⁰⁹¹

bb. Abgrenzung zu sonstigen Providerarten

Das ASP-Geschäftsmodell ist letztlich eine Kombination aus Access-, Host-Providing und kommerziellem Software-Handel.¹⁰⁹² Die üblicherweise im Rahmen des ASP erbrachten Leistungen gehen über die Pflichten eines reinen *Access Providers* hinaus, dessen Hauptleistung in der Verschaffung des Zugangs zum Internet besteht. Der Access Provider verpflichtet sich, dem Kunden während der Vertragslaufzeit auf dessen Abruf die Möglichkeit der Einwahl in das Netz des Providers sowie des Versendens und Empfangens von Daten zu verschaffen.¹⁰⁹³ Die ASP-Leistungen beinhalten zwar auch technische Dienstleistungen, wie die Bereitstellung eines Servers mit Anbindung an ein Datennetz sowie das Bereithalten von Speicherkapazität. Aus Sicht der Anwender ist jedoch die Zugriffsmöglichkeit auf die Software und ihre Funktionalität die wesentliche Leistung; der Provider ist beim ASP also schwerpunktmäßig als eine spezielle Art von *Content Provider* tätig.¹⁰⁹⁴ Als zusätzliche Leistungen können im Rahmen eines ASP-Vertrages zwar neben der Bereithaltung von Serverkapazitäten, der Pflege der Software, der Lieferung von Updates und Upgrades sowie sonstigem Kundensupport auch die Herstellung der zur Fernnutzung notwendigen Netzwerkverbindung zwischen Client- und Host-Rechner vereinbart werden; fehlt eine entsprechende Vereinbarung, obliegt es jedoch regelmäßig dem Kunden selbst, die Internetverbindung zum ASP-Anbieter sicherzustellen.

¹⁰⁹⁰ Grohmann in: Grohmann (Hrsg.), ASP, S. 47.

¹⁰⁹¹ Peter, CR 2005, 404, 405; zur technischen Realisierung im Einzelnen vgl. unten D. IV. 2. b. cc.

¹⁰⁹² Müller/Bohne, Providerverträge, S. 127.

¹⁰⁹³ Schuppert in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil II, Rn. 15.

¹⁰⁹⁴ Müller/Bohne, Providerverträge, S. 128.

Läuft die Anwendung zwar auf dem Server des Providers, hat der Kunde sie aber zuvor selbst erworben und ist auch für deren Pflege verantwortlich, während der Provider nur die Hardware zur Verfügung stellt und wartet, spricht man von *Application Hosting*.¹⁰⁹⁵ Erwirbt der Kunde zwar selbst die Software, übernimmt aber der Provider die Überwachung, Wartung und Pflege von Hard- und Software sowie sonstige Support-Leistungen gegenüber seinem Kunden, spricht man auch von *Application Management*.¹⁰⁹⁶ Die Grenzen zum IT-Outsourcing sind hierbei fließend. Nur sofern der Provider alle Leistungen selbst anbietet – sei es auch unter Einschaltung entsprechender Subunternehmer –, insbesondere die Hard- und Software selbst beschafft und bereitstellt, handelt es sich um Application Service Providing.

cc. Technische Merkmale

In technischer Hinsicht wird die Software dem Nutzer beim ASP häufig auf der Basis einer *Client-Server-Lösung* zur Verfügung gestellt, wobei die Software physisch auf dem Server des Providers verbleibt und lediglich die vom Programm erzeugte Benutzeroberfläche bzw. Bildschirmmaske in den Speicher des jeweiligen Clients geladen wird.¹⁰⁹⁷ Der Zugriff erfolgt regelmäßig passwortgeschützt über das Internet. Der Kunde bewegt sich mit der Anwendung innerhalb seiner vertrauten Betriebssystem-Umgebung und interagiert mit dem Programm über eine spezielle Client-Software.¹⁰⁹⁸ Der Programmcode der Anwendung selbst wird nicht auf den Kundenrechner kopiert; er liegt und läuft ausschließlich auf dem zentralen Anwendungsserver des Anbieters.¹⁰⁹⁹ Auf die Kundenrechner übertragen werden nur die Bildschirminformationen. Der Nutzer gibt die entsprechenden Anwendungsbefehle in die Benutzeroberfläche der Software ein. Nachdem das Programm den Rechengang auf der Hardware des Anbieters ausgeführt hat, kann der Nutzer das Ergebnis auf seinem Client-Rechner abrufen.¹¹⁰⁰ Das vom Anwender als Client genutzte Endgerät übernimmt also die Rolle eines reinen Ein- und Ausgabegeräts. Der Client initiiert dabei den Dialog, die Server warten auf entsprechende

¹⁰⁹⁵ Braun, Zulässigkeit von SLA, S. 25.

¹⁰⁹⁶ Braun, Zulässigkeit von SLA, S. 25.

¹⁰⁹⁷ Bettinger/Scheffelt in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 12; Alpert, CR 2000, 345; Grützmacher, ITRB 2001, 59; Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729; von Westerholt/Berger, CR 2002, 81, 82; Klimek, K&R 2002, 633; vgl. auch Sedlmeier/Kolk, MMR 2002, 75, 76.

¹⁰⁹⁸ Bettinger/Scheffelt in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 12.

¹⁰⁹⁹ Czychowski in: Bröcker u.a. (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, § 13 Rn. 156.

¹¹⁰⁰ Alpert, CR 2000, 345.

Anfragen. Sie bedienen die jeweiligen Clients und verwalten den Zugriff auf die gemeinsam genutzten Anwendungen.¹¹⁰¹ Eine schlanke Technik, mit der Anwender Software mittels ASP nutzen können, stellen sog. *Thin-Clients* dar. Dabei handelt es sich um Endgeräte, die zwar zur Anzeige der grafischen Benutzeroberfläche und zur Kommunikation in Netzen fähig sind, aber keine bzw. keine für den Anwender zugängliche Datenspeicherung unterstützen.¹¹⁰²

Insbesondere komplexere Anwendungen verwenden regelmäßig Client-Server-Technologien und lassen sich nur über ihre eigenen Benutzeroberflächen steuern. Der Fernzugriff auf die Programme erfolgt häufig über sog. *Terminal-Emulationen*, die auf dem Client-Rechner eine eigene, dort nicht vorhandene Softwareumgebung simulieren können. Die komplette Bildschirmausgabe des auf dem Server laufenden Programms wird hierbei an den Client geschickt. Auch gewöhnliche, d.h. nicht eigens für das ASP programmierte, Anwendungen können so über das Internet von einer Vielzahl von Clients genutzt werden. Der Anwender sieht die Benutzeroberfläche des Programms, als würde dieses auf seinem eigenen Rechner ablaufen.¹¹⁰³ Die dabei eingesetzte Client-Software übernimmt die Emulation und stellt die Kommunikation mit dem Server her.¹¹⁰⁴ Die Client-Software wird zu diesem Zweck auf die Rechner der Kunden überspielt und dort installiert. Sie ist in ihrer Ablauffähigkeit von der den eigentlichen Vertragsgegenstand bildenden Anwendungssoftware unabhängig.¹¹⁰⁵ Der Zugriff auf die Anwendung auf dem Server des Anbieters kann aber auch mittels eines beim Kunden regelmäßig bereits vorhandenen *Web-Clients* bzw. *Web-Browsers* erfolgen, wenn es sich bei der Software um eine von vornherein webbasiert entwickelte Anwendung (sog. *Web-Applikation*) handelt, die sich spezieller Internettechnologien, wie z.B. HTML, JAVA oder JAVA-Script, bedient.¹¹⁰⁶ Diese Variante kann mitunter für den Kunden zwar weniger komfortabel sein, weil er nicht in seiner gewohnten Softwareumgebung arbeitet, führt aber zur Einsparung von Implementierungs- und Lizenzkosten für die sonst erforderliche Client-Software.

¹¹⁰¹ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 8.

¹¹⁰² *Küchler* in: Köhler-Frost (Hrsg.), Outsourcing, S. 151.

¹¹⁰³ *Sodtalbers*, Softwarehaftung im Internet, Rn. 78.

¹¹⁰⁴ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 12; *Czychowski/Bröcker*, MMR 2002, 81, 82 sprechen in diesem Zusammenhang von Emulations-ASP als der reinsten Form des ASP; ihnen begrifflich folgend *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 734, *Schoengarth*, ASP, S. 23, *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 25, *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 3 und 194; vgl. zum Ganzen auch *Imhof* in: Weitnauer (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch E-Commerce, Teil A.5, S. 55 f.

¹¹⁰⁵ *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 76.

¹¹⁰⁶ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 24; *Grützmacher*, ITRB 2001, 59.

*Czychowski/Bröcker*¹¹⁰⁷ haben daneben den Begriff des sog. *Applets-ASP* geprägt, bei dem sog. Applets, also in JAVA geschriebene kleine Programme, die mittels eines Browsers gelesen und unmittelbar aus einer HTML-Seite heraus aufgerufen werden können, zum Nutzer übertragen und dort installiert werden. Mit Aufruf der Website durch den Anwender wird üblicherweise zugleich das Applet gestartet. Es bewirkt dann die Anzeige eines Fensters, in dem das entsprechende Programm abläuft. Der Code der Applets liegt in einer eigenen Datei unabhängig von der der Website zugrunde liegenden HTML-Datei vor.¹¹⁰⁸ Die den Vertragsgegenstand bildende Anwendung verbleibt – wie beim Emulations-ASP – auf dem System des Providers; dem Nutzer werden lediglich die JAVA-Applets übermittelt, die zur Ausführung der Anwendung auf dem Server erforderlich sind.¹¹⁰⁹

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Anzeige des Programms am Bildschirm des Kunden entweder über eine spezielle Client-Software oder mit Hilfe von HTML oder JAVA im Browser erfolgt. In beiden Varianten läuft die Anwendung aber allein auf der Hardware des Providers ab.¹¹¹⁰ Auf Seiten des Anbieters wird ein leistungsfähiges Rechenzentrum benötigt, das er entweder selbst betreiben oder mit dessen Betrieb er einen Dritten beauftragen kann. Üblicherweise kommen eine Reihe von Servern mit unterschiedlichen Funktionen zum Einsatz; der Applikationsserver dient dabei der Speicherung der vertragsgegenständlichen Anwendung und der Ermöglichung des zentralen Zugriffs durch die Nutzer.

dd. Art der bereitgestellten Anwendungen

*Bettinger/Scheffelt*¹¹¹¹ unterscheiden im Hinblick auf das ASP-Leistungsspektrum, d.h. insbesondere bezüglich der bereitgestellten Computerprogramme und deren

¹¹⁰⁷ *Czychowski/Bröcker*, MMR 2002, 81, 82; vgl. auch *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 734; *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 3.

¹¹⁰⁸ *Herold/Lurz/Wohlrab*, Grundlagen der Informatik, S. 433.

¹¹⁰⁹ vgl. auch *Czychowski* in: Bröcker u.a. (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, § 13 Rn. 158; daneben identifizieren die Autoren noch das Modell des Wartungs-ASP, bei dem lediglich die Pflege und Aktualisierung der Software per Fernzugriff erfolgt, das Programm selbst zum Ablauf jedoch auf dem Rechner des Nutzers installiert wird (vgl. z.B. *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 734). Da es sich insoweit allerdings nach der obigen Definition schon nicht mehr um ASP handelt (vgl. auch *Schoengarth*, ASP, S. 24 und *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 3 (Fn. 1)), bleibt das sog. Wartungs-ASP im Folgenden außer Betracht.

¹¹¹⁰ *Fallenböck/Trappitsch*, M&R 2002, 3.

Einsatzbereiche, in Anlehnung an eine Studie eines Marktforschungsinstituts drei Kategorien: Sog. "lightweight applications" sind Standardprogramme, die i.d.R. aufgrund einheitlicher Bedürfnisse auf Anwenderseite weder Systemintegration noch Customizing erfordern und daher im One-to-many-Modell problemlos über das Internet einer Vielzahl von Kunden angeboten werden können, z.B. Standard Office Programme für die Textverarbeitung oder Tabellenkalkulation sowie Content-Management-Systeme zur Gestaltung, Pflege und Verwaltung von Webseiten. Die Leistungen des Anbieters beschränken sich hierbei üblicherweise auf die Bereithaltung und Pflege der Software, ohne dass vom Kunden nennenswerte flankierende Dienstleistungen in Anspruch genommen würden.

An Bedeutung gewinnt inzwischen das Modell, Standard-Büroprogramme zur Textverarbeitung oder Tabellenkalkulation als Web-Anwendung zur Online-Nutzung zur Verfügung zu stellen. Die neuartige Programmieretechnik Ajax¹¹¹² ermöglicht es, nur noch bestimmte Teile einer Website zum Browser zu übertragen. Auf diese Weise können in Sekundenbruchteilen Änderungen auf der Website bewirkt werden, ohne dass diese stets komplett neu geladen werden müsste. Das eigentliche Novum besteht also darin, dass nur noch gewisse Teile einer HTML-Seite bei Bedarf sukzessiv nachgeladen werden. Jeder Aufruf erfolgt asynchron, d.h. auch während die Daten vom Server geladen werden, kann der Nutzer weiter mit der Oberfläche des Programms interagieren. Auf diese Weise ist es möglich, Texte und Tabellen wie mit der auf dem eigenen Rechner fest installierten Software internetbasiert – auch in Zusammenarbeit mit anderen Nutzern – zu erstellen und anschließend online zu speichern. Die Bedienung erfolgt nahezu genauso schnell und komfortabel wie bei lokal installierten Programmen. Prominentestes Beispiel dieses neuen Softwarenutzungsmodells ist die „Google Text & Tabellen“-Initiative, die eine (bislang) kostenfreie Nutzung der Programm-Funktionalitäten zur Erstellung von Textdokumenten und Tabellen ermöglicht.¹¹¹³ Ein weiteres Beispiel bildet Microsofts „Office Live“-Strategie: Kleinen Unternehmen wird mit diesem Angebot eine Internetdomain, der dafür erforderliche Speicherplatz, E-Mails sowie einige kleinere Standardprogramme, z.B. zur Projektverwaltung, zur Verfügung gestellt.¹¹¹⁴

¹¹¹¹ *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 729 f.; vgl. auch *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 3 ff. und *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 25 ff.

¹¹¹² Ajax = Asynchronous JavaScript and XML.

¹¹¹³ vgl. <http://www.google.com/google-d-s/intl/de/tour1.html>.

¹¹¹⁴ vgl. <http://office.microsoft.com/de-de/officelive/default.aspx>.

Bei "middleweight applications" handelt es sich um speziellere Programme, die zwar in gewissem Umfang Systemintegration und Customizing erfordern, aber für ein One-to-many-Modell grundsätzlich noch geeignet sind, wobei die Kundenbasis gegenüber den "lightweight applications" regelmäßig geringer ist. Der Provider bietet hierbei häufig neben der Nutzungsmöglichkeit der Software zusätzliche Leistungen an, wie z.B. die Schulung von Mitarbeitern des Kunden oder die Pflege von Kundendaten. Der Zugriff erfolgt regelmäßig über eine verschlüsselte Internetverbindung oder ein privates Netzwerk. Beispiele für geeignete Programme sind hier Personal- und Finanzbuchhaltungssysteme sowie Dokumentenmanagement-Systeme. Nahezu alle großen Softwarehersteller wie Oracle, Microsoft oder SAP bieten inzwischen auch ihre der Kundenverwaltung dienenden CRM-Systeme zur Nutzung über das Internet an.

Bedenken hinsichtlich ihrer Tauglichkeit für einen Vertrieb im ASP-Geschäftsmodell werden gegen "heavyweight applications" vorgebracht. Hierbei handelt es sich um Applikationen, die an die individuellen Wünsche und Bedürfnisse einzelner Unternehmen mit großem Integrations- und Customizing-Aufwand angepasst werden müssen und daher für ein One-to-many-Modell nur bedingt geeignet sind, wie z.B. komplexe ERP-Programme zur Unterstützung der Ressourcenplanung eines Unternehmens. Diese Art von Anwendungen wird zwar regelmäßig zunächst im One-to-one-Modell angeboten. Denkbar ist aber, dass eine individuell für einen Kunden erstellte Software sukzessive auch von anderen Unternehmen der gleichen Branche genutzt wird, soweit dies nicht daran scheitert, dass sich der ursprüngliche Auftraggeber die ausschließlichen Nutzungsrechte an dem Programm hat einräumen lassen.¹¹¹⁵ Dementsprechend werden die zunehmende branchenbezogene Standardisierung von Anwendungen und die daraus resultierenden Kostenvorteile für die Kunden als wesentliche Erfolgsfaktoren des ASP-Geschäftsmodells angesehen.¹¹¹⁶ Branchenlösungen bieten – bei entsprechender Standardisierung und damit einhergehender Eignung für das One-to-many-Geschäftsmodell – ein großes Potential für ASP vor allem dann, wenn es sich bei den benötigten Spezialprogrammen um komplexe Lösungen handelt, die für die kleinen und

¹¹¹⁵ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 27; *Küchler* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 1, Rn. 60 f. unterscheidet nach horizontalen Angeboten, das sind branchenübergreifend einsetzbare Funktionalitäten, z.B. Standard-Office-Produkte und ERP-Systeme, auf der einen und vertikalen Angeboten, das sind branchenspezifische Funktionalitäten z.B. für Finanzdienstleister, auf der anderen Seite.

¹¹¹⁶ *Dieckmann* in: Köhler-Frost (Hrsg.), Allianzen und Partnerschaften im IT-Outsourcing, S. 129.

mittelständischen Unternehmen in der kaufweisen Anschaffung zu kostspielig und im laufenden Betrieb zu komplex sind.¹¹¹⁷ So hat beispielsweise Microsoft angekündigt, seine ERP-Software zukünftig unter der Bezeichnung "Dynamics Live" vor allem für kleine und mittelständische Unternehmen als On-demand-Lösung anzubieten.

ee. Abgrenzung zum Outsourcing

Unterschiedlich beurteilt wird die Frage, ob es sich beim ASP um ein spezielles Outsourcing-Geschäftsmodell bzw. eine Unterform des Outsourcing handelt oder ob ASP und Outsourcing zwei selbständige Geschäftsmodelle darstellen, die getrennt voneinander zu betrachten sind. Definitorische Ungenauigkeiten gestalten die Abgrenzung – neben der technischen Komplexität und der Vielfalt möglicher Lösungen und Zusatzleistungen – schwierig. Gemeinsam ist Outsourcing und ASP, dass Software, die sich körperlich auf den Servern eines externen Rechenzentrums befindet, vom Kunden per Fernzugriff genutzt wird. Einige Autoren sehen daran anknüpfend im ASP der Sache nach nichts anderes als das Outsourcing von Rechenzentrumsleistungen;¹¹¹⁸ andere halten das Geschäftsmodell des ASP für eine „evolutionäre Weiterentwicklung des Outsourcing-Modells“¹¹¹⁹. Unter den ASP-Anbietern finden sich jedenfalls „nicht wenige, die ihren Häusern lediglich einen neuen Anstrich verpassen und versuchen, ihr bis dahin gemeinhin als Outsourcing bezeichnetes Geschäft nunmehr im hellen Schein des ASP neu erstrahlen zu lassen“¹¹²⁰.

Von den klassischen Outsourcing-Projekten unterscheidet sich das Geschäftsmodell des ASP in erster Linie dadurch, dass der Provider i.d.R. eine für eine Vielzahl von Anwendern verwertbare standardisierte Lösung erarbeitet oder von Dritten erwirbt und diese dann – ggf. mit bestimmten individuellen Anpassungen – verschiedenen potentiellen Kunden im One-to-many-Modell anbietet, während beim typischen Outsourcing auf individuellen Wunsch des Kunden und gemeinsam mit ihm ein spezielles Konzept und Leistungsportfolio entwickelt wird.¹¹²¹ Während der klassische Outsourcing-Anbieter also

¹¹¹⁷ *Grohmann* in: *Grohmann* (Hrsg.), ASP, S. 108.

¹¹¹⁸ *Büchner* in: *Lehmann* (Hrsg.), *Electronic Business in Europa*, L. Rn. 104.

¹¹¹⁹ *Stamm* in: *Köhler-Frost* (Hrsg.), ASP, S. 55.

¹¹²⁰ *Dieckmann* in: *Köhler-Frost* (Hrsg.), *Allianzen und Partnerschaften im IT-Outsourcing*, S. 134.

¹¹²¹ *Küchler* in: *Bräutigam* (Hrsg.), *IT-Outsourcing*, Teil 1, Rn. 63; *Jörg* in: *Jörg/Arter* (Hrsg.), *Internet-Recht und IT-Verträge*, S. 288; *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 82; *Intveen/Lohmann*, ITRB 2002, 210.

kundenindividuelle Dienstleistungen anbietet, vermarktet der ASP-Anbieter ein standardisiertes Lösungs- und Service-Portfolio an möglichst viele, voneinander unabhängige Kunden gleichzeitig.¹¹²² ASP kann damit als Spezialfall des Outsourcing in einer 1:n-Beziehung gesehen werden; d.h. mit dem gleichen IT-System werden möglichst viele Kunden bedient.¹¹²³ Überdies beschafft sich beim Outsourcing der Anwender häufig selbst die benötigte Software vom Hersteller oder Lieferanten und räumt dann dem Outsourcing-Anbieter die erforderlichen Nutzungsrechte ein. Im Hinblick auf Gewährleistung und Haftung bleibt der Lieferant als Verkäufer dem Anwender gegenüber für Fehler des Programms verantwortlich. Beim ASP dagegen erhält von vornherein nur der ASP-Anbieter vom Hersteller Nutzungsrechte an der Software eingeräumt; er ermöglicht seinen Kunden die Nutzung mittels Unterlizenzierung. Der Anbieter ist damit als sog. Full Service Provider Lizenzgeber und Rechenzentrum in einer Person und haftet in dieser Eigenschaft dem Anwender gegenüber für Fehler sowohl der Hard- als auch der Software.¹¹²⁴

Beim ASP sowie beim traditionellen IT-Outsourcing nutzt der Anwender die auf den Servern des Providers gehostete Software, als ob diese auf seinem eigenen Rechner installiert wäre, wohingegen beim Business Process Outsourcing gerade der Diensteanbieter die Software nutzt, um in eigener Verantwortung Daten des Kunden für diesen zu verarbeiten. Beim ASP fungiert die Infrastruktur des Anbieters lediglich als ausgelagerte EDV-Anlage, auf die der Anwender wie auf seine eigene zugreift.¹¹²⁵ Der Anbieter von ASP-Leistungen bietet dementsprechend nicht die Bearbeitung der mit der Anwendung zu lösenden Geschäftsvorgänge an; diese werden vielmehr weiterhin vom Kunden – zwar mit Hilfe der bereitgestellten Software, aber in eigener Verantwortung – abgewickelt.¹¹²⁶

¹¹²² *Stamm* in: Köhler-Frost (Hrsg.), ASP, S. 56; *Küchler* in: Köhler-Frost (Hrsg.), Outsourcing, S. 148.

¹¹²³ *Küchler* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 1, Rn. 59.

¹¹²⁴ *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 82; *Intveen/Lohmann*, ITRB 2002, 210; *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 35 und 38 gehen dagegen wohl davon aus, dass auch in dem Fall, dass die Beschaffung der Software dem Kunden selbst obliegt, ein ASP-Modell – und zwar gerade in Gestalt eines Outsourcing-Projekts – vorliege.

¹¹²⁵ *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 76.

¹¹²⁶ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 5.

c. Einbeziehung Dritter in den ASP-Vertrag

aa. Einschaltung von Subunternehmern

Dass ein einzelner Anbieter alle Leistungen selbst erbringt, ist wegen des breiten Leistungsspektrums beim ASP eher die Ausnahme. Mit der Bündelung verschiedenartiger Leistungen zu einem homogenen Gesamtpaket korrespondiert regelmäßig die Einschaltung von Subunternehmern, deren Dienste der Anbieter bezieht und koordiniert. Der Provider als Generalunternehmer erfüllt seine Leistungspflichten also häufig arbeitsteilig zusammen mit spezialisierten Kooperationspartnern, die er als Subunternehmer einschaltet; dieses Modell wird gelegentlich als *ASP-Supply-Chain*¹¹²⁷ oder *ASP-Value-Chain*¹¹²⁸ bezeichnet.

Grundsätzlich entstehen dabei im Falle von Leistungsstörungen vertragliche Haftungsansprüche nur innerhalb der vertraglichen Beziehungen (*inter partes*), also zwischen dem Anbieter und seinen Kunden sowie zwischen dem Anbieter und den von ihm eingeschalteten Subunternehmern. Der Provider steht dabei als Generalunternehmer gegenüber seinen Endkunden für die Erbringung der Gesamtleistung ein. Die von ihm eingeschalteten Subunternehmer sind insoweit als seine Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB zu qualifizieren, wenn sie nach den tatsächlichen Gegebenheiten mit dem Willen des Anbieters bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeiten als seine Hilfspersonen tätig werden.¹¹²⁹ Er muss sich in diesem Fall das Verschulden seiner Subunternehmer im Verhältnis zum Kunden zurechnen lassen und kann sie gegebenenfalls in Regress nehmen und ihnen in einem Prozess mit dem Kunden den Streit verkünden.¹¹³⁰

Als ein solcher Subunternehmer ist insbesondere der Softwarehersteller¹¹³¹ anzusehen, der dem Provider die erforderlichen Nutzungsrechte an dem vertragsgegenständlichen

¹¹²⁷ vgl. *Schoengarth*, ASP, S. 19; *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 30; *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 8.

¹¹²⁸ *Klimek*, K&R 2002, 633, 636.

¹¹²⁹ vgl. *Heinrichs* in: Palandt, § 278 Rn. 7 zum Begriff des Erfüllungsgehilfen.

¹¹³⁰ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 570; *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 737; vgl. ausführlich zu den möglichen Beteiligten der ASP-Supply-Chain *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 8 ff.

¹¹³¹ In diesem Zusammenhang auch als „Independent Software Vendor (ISV)“ bezeichnet, vgl. *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 9.

Programm einräumt. Der Softwarehersteller wird im Regelfall aber nur dann i.S.d. § 278 BGB im Pflichtenkreis des Providers tätig, wenn dieser die Anwendung vom Hersteller im Wege der mietrechtlichen Überlassung bezieht oder sich der Hersteller zu zusätzlichen Pflege- oder Customizingleistungen verpflichtet.¹¹³² Als reiner Software-Zulieferer ist der Hersteller jedenfalls dann nicht als Erfüllungsgehilfe des Anbieters anzusehen, wenn sich die Pflichten des ASP-Anbieters gegenüber seinen Kunden nicht auf die Herstellung des Programms erstrecken.¹¹³³ Es kommt insoweit auf die Umstände des Einzelfalles an. Verfügt der Anbieter außerdem nicht selbst über die benötigten Serverkapazitäten, kann er sich diese von einem Host Provider mieten oder sich im Wege des Leasings das Recht zum Gebrauch einräumen lassen.¹¹³⁴ Das Verschulden des Host Providers wird sich der Anbieter im Verhältnis zu seinen Kunden zurechnen lassen müssen, weil dieser insoweit im Pflichtenkreis des Anbieters tätig wird.

Die zur Softwarenutzung und zur Übermittlung der Daten erforderlichen Telekommunikationsnetze und der Zugang zu diesen werden im Regelfall ebenfalls nicht vom ASP-Provider selbst, sondern von Telefongesellschaften oder *Internet Service Providern* betrieben.¹¹³⁵ Inwieweit der ASP-Provider als Generalunternehmer im Einzelfall auch für den Ausfall der Telekommunikationsnetze einstehen, d.h. sich das Verschulden der Telefongesellschaften als Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen muss, richtet sich in erster Linie nach der vertraglichen Ausgestaltung der Verantwortungsbereiche im ASP-Vertrag. In der Regel wird vertraglich ein Übergabepunkt im Haus des Providers definiert, bis zu dem er die Funktionstüchtigkeit der Anlage gewährleistet.¹¹³⁶ Für die Übertragungswege selbst übernimmt der Anbieter damit üblicherweise keine Verantwortung, so dass man im Regelfall davon ausgehen kann, dass der Endkunde das Risiko des Ausfalls seiner Internetverbindung selbst tragen muss.¹¹³⁷ Nur wenn der

¹¹³² *Schoengarth*, ASP, S. 228 (Fn. 21).

¹¹³³ vgl. *Heinrichs* in: Palandt, § 278 Rn. 13.

¹¹³⁴ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 33; vgl. auch *Küchler* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 1, Rn. 64.

¹¹³⁵ *Schoengarth*, ASP, S. 21; *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 9 sprechen von sog. Network Service Providern.

¹¹³⁶ vgl. z.B. den ASP-Mustervertrag von *Imhof* in: Weitnauer (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch E-Commerce, Teil A.5, der insoweit folgende Regelung enthält: „Die Anwendungssoftware wird von dem Provider an dem in der Anlage [...] vereinbarten Übergabepunkt (Schnittstelle des vom Provider betriebenen Datennetzes zu anderen Netzen) zur Nutzung bereitgestellt. [...] Vom Provider nicht geschuldet ist die Herstellung und Aufrechterhaltung der Datenverbindung zwischen dem IT-System des Kunden und dem vom Provider betriebenen Übergabepunkt.“

¹¹³⁷ *Lapp* in: Gounalakis (Hrsg.), Rechtshandbuch Electronic Business, § 43 Rn. 72.

Internetzugang ausnahmsweise Teil des vereinbarten ASP-Leistungspakets ist, kann der Netzbetreiber als Erfüllungsgehilfe in die ASP-Wertschöpfungskette einbezogen sein.

Neben der Abstimmung in technischer Hinsicht bedarf es für den Fall der Einschaltung von Subunternehmern einer rechtlichen Koordination und Harmonisierung der einzelnen Vertragsbeziehungen der *ASP-Supply-Chain* insbesondere im Hinblick auf den vertraglich geschuldeten Leistungsgegenstand und die Haftungsregelungen.¹¹³⁸ Die durch die Haftungsbündelung für den Anbieter entstehende Risikoakkumulation kann in gewissem Umfang dadurch eingegrenzt werden, dass die Haftungsregeln des Haupt- und der einzelnen Subunternehmerverträge – soweit insbesondere nach AGB-Recht zulässig – angeglichen werden und sichergestellt wird, dass die Haftung des Providers nicht weiter reicht als die Rückgriffsmöglichkeiten gegenüber seinen Subunternehmern.¹¹³⁹ Dabei reicht es jedoch nicht aus, im Subunternehmervertrag nur pauschal auf die Regelungen des ASP-Vertrages zu verweisen. Vielmehr müssen Leistungsbeschreibung sowie Gewährleistungs- und Haftungsregelungen sorgfältig synchronisiert werden.¹¹⁴⁰

bb. Rückgriff auf den Softwarelieferanten

Bietet der Provider die Nutzung fremder Programme im eigenen Namen und auf eigene Rechnung an, entsteht ein Drei-Personen-Verhältnis, in dem der Anbieter als mittleres Glied innerhalb der Vertriebskette Ansprüchen seiner Kunden ausgesetzt sein kann und sich deshalb den Rückgriff auf seine Softwarelieferanten vertraglich sichern sollte. Bei der Gestaltung der Vertragsbeziehungen ist aus Sicht des Providers insbesondere darauf zu achten, dass ein Gleichlauf zwischen seinen Pflichten gegenüber den Endkunden im Hinblick auf Gewährleistung und Haftung sowie bezüglich der Lieferung von Updates und der Erbringung von Pflegeleistungen einerseits und den diesbezüglichen eigenen

¹¹³⁸ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil XI, Rn. 8 und 167 f. sowie *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 736 f.; wegen der regelmäßig langfristigen Kooperation zwischen den Vertragspartnern sowie des engen Funktionszusammenhangs innerhalb der ASP-Supply-Chain wird ein besonderes Bedürfnis für die vertragliche Vereinbarung spezieller Konfliktlösungsmechanismen beim ASP angenommen (*Marly*, *Softwareüberlassungsverträge*, Rn. 574). Vorschläge zu einer vertraglichen Vereinbarung eines speziell abgestuften ASP-Konfliktlösungsmodells enthält die sog. „Dispute Avoidance Best Practices and Resolution Guidelines for the Application Service Provider Industry“ der WIPO aus dem Jahr 2001. Auch bei Einschaltung von Subunternehmern durch den Anbieter sollen alle Streitigkeiten möglichst in einem einzigen Verfahren und für alle Parteien verbindlich gelöst werden, ohne dass die Geschäftsbeziehungen derart gestört werden, dass eine Fortsetzung unmöglich erscheint (näher zum Ganzen *Marly*, *Softwareüberlassungsverträge*, Rn. 574 ff. und *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 738 ff.).

¹¹³⁹ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil XI, Rn. 170.

¹¹⁴⁰ *Schoengarth*, *ASP*, S. 328.

Ansprüchen des Providers gegenüber seinem Lieferanten andererseits hergestellt wird.¹¹⁴¹ Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund von Bedeutung, dass der Provider häufig weder über das für die Mängelbeseitigung und Pflege der Software erforderliche Know-how noch über den dafür erforderlichen Quellcode des Programms verfügen wird.¹¹⁴² Wegen der ihn gegenüber seinen Kunden treffenden mietrechtlichen Erhaltungspflicht aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB¹¹⁴³ ist der Provider insoweit während der gesamten Laufzeit des ASP-Vertrages auf den Softwarehersteller angewiesen.¹¹⁴⁴

Problematisch kann die Herstellung eines Haftungsgleichlaufs für den Anbieter vor allem dann werden, wenn auf seinen Vertrag mit dem Softwarelieferanten Kaufrecht anzuwenden ist. In diesem Fall wird er sich schwer tun, eine Verlängerung der kaufrechtlichen Gewährleistungsfrist auf die gesamte Dauer der Vermietung der Software an seine Endkunden durchzusetzen. Im Gegenteil finden sich in den Kaufverträgen häufig Verkürzungen der Gewährleistungszeit auf ein Jahr (in AGB) oder auf 6 Monate (in Individualverträgen). Der Provider sollte mit dem Lieferanten oder einem Dritten daher ergänzend einen entgeltlichen Pflegevertrag abschließen, um das Entstehen von Haftungslücken zu vermeiden. Dies empfiehlt sich u.U. auch schon innerhalb der kaufrechtlichen Gewährleistungsfristen, damit sichergestellt ist, dass der Anbieter die vereinbarten Service Level Agreements, z.B. bestimmte Reaktionszeiten, gegenüber seinen Kunden einhalten kann.¹¹⁴⁵

d. Vertragstypologie

Für die Frage, welches gesetzliche Gewährleistungsregime auf die ASP-Leistungen Anwendung findet und an welchen gesetzlichen Bestimmungen formularvertragliche Gewährleistungsklauseln im Hinblick auf ihre Wirksamkeit zu messen sind, bedarf es

¹¹⁴¹ von *Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 83.

¹¹⁴² von *Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 83.

¹¹⁴³ dazu unten D. IV. 2. d. cc. (1).

¹¹⁴⁴ *Schoengarth*, ASP, S. 328.

¹¹⁴⁵ von *Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 86; *Intveen/Lohmann*, ITRB 2002, 210, 212 f.; problematisch wird die Situation für den Provider im Hinblick auf die Herstellung eines Haftungsgleichlaufs, wenn er die Software unter Geltung von U.S.-Recht von einem U.S.-amerikanischen Anbieter mit nur 90 Tagen Gewährleistungspflicht bezogen hat. Die Herstellung des Gleichlaufs zur eigenen Mängelhaftung gegenüber seinen Kunden nach deutschem Recht wird in solchen Fällen kaum realisierbar sein mit der Folge, dass an dieser Stelle zwangsläufig Haftungslücken auftreten, die nur durch Abschluss gesonderter Pflegeverträge mit dem Lieferanten selbst oder externen Dienstleistern geschlossen werden können, vgl. von *Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 86; *Intveen/Lohmann*, ITRB 2002, 210, 213.

einer vertragstypologischen Qualifikation des ASP-Vertrages.¹¹⁴⁶ Daneben spielt die vertragliche Einordnung auch schon für die Frage eine Rolle, ob Klauseln zur eingeschränkten Verfügbarkeit der überlassenen Anwendung als reine Leistungsbeschreibungen von vornherein einer AGB-rechtlichen Kontrolle gemäß § 307 Abs. 3 BGB entzogen sind oder eine gewährleistungsbeschränkende Abrede darstellen, die der AGB-Kontrolle unterliegt.¹¹⁴⁷

Wird die Software für die Dauer ihrer Nutzung auf dem System des Kunden gespeichert, handelt es sich – in Abgrenzung zum ASP – um eine mietvertragliche Softwareüberlassung im klassischen Sinne,¹¹⁴⁸ lediglich mit der Besonderheit, dass die Software nicht mittels Datenträger, sondern online überlassen wird. Die beim ASP auftretenden Fragen zur Vertragstypologie hängen vor allem damit zusammen, dass die Software gerade zu keinem Zeitpunkt auf der Festplatte oder im Arbeitsspeicher des Anwenders gespeichert und insoweit verkörpert wird. Des Weiteren werden beim ASP vom Anbieter neben der Softwarebereitstellung üblicherweise weitere flankierende Leistungen erbracht, die teils eng, teils weniger eng mit der Hauptleistung zusammenhängen.

Typischerweise enthalten Verträge mit Bezug zum Internet eine Vielzahl unterschiedlicher Leistungen. Diese Leistungsvielfalt findet man auch beim ASP-Vertrag, in dessen Rahmen bereits definitorisch neben der Bereithaltung von Software unterschiedliche ergänzende Leistungspflichten des Anbieters vereinbart werden.¹¹⁴⁹ Eine pauschale Einordnung des Leistungsbündels ASP zu einem einzigen Vertragstyp des BGB scheidet damit von vornherein aus.¹¹⁵⁰ Um eine Zuordnung der verschiedenen Nutzungshandlungen des Anwenders zu den einzelnen gesetzlichen Vertragstypen zu ermöglichen, müssen zunächst – wie bei allen stark technisch geprägten Leistungen – die verschiedenen selbständigen Leistungselemente anhand der vertraglichen Leistungsbeschreibung identifiziert und unterschieden werden. In einem zweiten Schritt werden diese dann den Vertragstypen zugeordnet und gewichtet, wobei im Ergebnis

¹¹⁴⁶ vgl. *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 76; *Pohle/Schmeding*, Anm. zum Urteil des BGH vom 15.11.2006, XII ZR 120/04, K&R 2007, 385, 386.

¹¹⁴⁷ vgl. *Klimek*, K&R 2002, 633, 636.

¹¹⁴⁸ vgl. oben D. III. 4. a.

¹¹⁴⁹ Leistungsinhalt des der Entscheidung des BGH CR 2007, 75 m. Anm. *Lejeune* zugrunde liegenden Vertrages war z.B. die „Miete der Software inkl. Programmpflege, kostenlose Programmupdates, Nutzung bis zu 500 MB Datenvolumen/User, tägliche Datensicherung, Hotlineservice“ sowie eine Einweisung durch die Anbieterin.

¹¹⁵⁰ *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 731; *Klimek*, K&R 2002, 633, 636.

häufig typenkombinierte Verträge anzunehmen sein werden.¹¹⁵¹ Für diese muss in einem letzten Schritt ausgehend von den dogmatischen Grundsätzen zur Behandlung gemischter und atypischer Verträge¹¹⁵² im Einzelfall entschieden werden, ob jede Leistungspflicht nach ihrem jeweiligen Vertragstyp behandelt werden soll oder ob die Zuordnung des dominierenden Vertragsteils zugunsten einer einheitlichen Regelung die anderen Leistungsteile einschließt bzw. verdrängt.¹¹⁵³ Das Hauptproblem der vertragstypologischen Einordnung eines ASP-Vertrages liegt gerade in der sachgerechten Erfassung dieses Leistungsgeflechts, das sich aus eng miteinander verbundenen und insgesamt ein homogenes Ganzes bildenden Elementen zusammensetzt.¹¹⁵⁴

aa. Typologie der ASP-Kernleistung

Da die Gewährung der Online-Nutzung von entfernten Softwarefunktionalitäten auf Zeit die vertragliche Hauptleistung und das zentrale Element aller ASP-Verträge ist,¹¹⁵⁵ stellt sich vorrangig die Frage, welche Vorschriften speziell auf diese Kernleistung anzuwenden sind. Die temporäre Einräumung und Erhaltung der Nutzungsmöglichkeit kann abhängig von der konkreten Ausgestaltung des Vertrages im einzelnen Fall vor allem als Miete, Pacht oder Leihe angesehen werden.¹¹⁵⁶ Der wesentliche Unterschied zur klassischen Softwaremiete besteht darin, dass die Software weder auf Datenträgern verkörpert zur Verfügung gestellt, noch nach Online-Übermittlung auf der Festplatte oder im Arbeitsspeicher des Kunden gespeichert wird.

Auch eine Einordnung der ASP-Hauptleistung als Werkvertrag kommt in Betracht, wenn man die permanente Verfügbarkeit der Anwendung als werkvertraglichen Erfolg wertet. Stellt man die reine Funktionalität der Software als Dienst bzw. *Service* in den Mittelpunkt, scheidet auch eine Typisierung als Dienstvertrag nicht von vornherein aus. Ausgeschlossen werden kann lediglich die Einordnung als Kaufvertrag, da es beim ASP

¹¹⁵¹ *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 5; *Koch*, Internet-Recht, S. 42.

¹¹⁵² vgl. oben D. II. 2.

¹¹⁵³ *Steins* in *Bettinger/Leistner* (Hrsg.), Werbung und Vertrieb im Internet, Teil 3 E, Rn. 18.

¹¹⁵⁴ so auch *Pohle/Schmeding*, Anm. zum Urteil des BGH vom 15.11.2006, XII ZR 120/04, K&R 2007, 385, 386.

¹¹⁵⁵ vgl. BGH CR 2007, 75 m. Anm. *Lejeune; Bettinger/Scheffelt* in: *Spindler* (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 7.

¹¹⁵⁶ Man spricht insoweit auch von den Grundformen der sog. Gestattungsverträge, vgl. *Emmerich* in: *Staudinger*, Vorbem zu § 535, Rn. 30.

an der hierfür erforderlichen Eigentums- und Besitzübertragung fehlt.¹¹⁵⁷ Darüber hinaus beabsichtigen die Parteien des ASP-Vertrages auch keine endgültige, zeitlich unbegrenzte Überlassung einer konkreten Programmkopie, sondern vereinbaren eine zeitlich befristete Nutzungsmöglichkeit.¹¹⁵⁸

(1) Mietvertrag

Der ASP-Vertrag bzw. die seinen Leistungsschwerpunkt bildende Bereitstellung der Software zur Online-Nutzung wird sowohl vom BGH¹¹⁵⁹ als auch von der weit überwiegenden Ansicht in der Literatur¹¹⁶⁰ typologisch als Mietverhältnis eingestuft. Es handele sich um die zeitlich begrenzte, entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer Sache, und damit sei das Vorliegen eines Mietvertrages gemäß § 535 BGB anzunehmen.¹¹⁶¹ Auch wenn der Anwender einen bestimmten Erfolg des Zugangs und der vertragsgemäßen Nutzungsmöglichkeit erwarte und der Provider mitunter die Software an Kundenwünsche individuell anzupassen habe, überwiege trotz der Erfolgsbezogenheit dieser einzelnen Leistungselemente insgesamt der Dauerschuldcharakter, so dass die Annahme eines Mietvertrages sachgerecht sei.¹¹⁶² Ob das vom Kunden zu zahlende

¹¹⁵⁷ *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 742; *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 36.

¹¹⁵⁸ *Schoengarth*, ASP, S. 57; zur Einordnung der dauerhaften Überlassung einer Standardsoftware an einen einzelnen Kunden gegen ein einmaliges Entgelt durch Zurverfügungstellung auf einem Server des Lieferanten vgl. *Redeker*, ITRB 2008, 65, 65 f.

¹¹⁵⁹ BGH CR 2007, 75 m. Anm. *Lejeune*.

¹¹⁶⁰ vgl. *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 567; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 27; *Büchner* in: *Lehmann* (Hrsg.), Electronic Business in Europa, L. Rn. 105: Mietvertrag, „überlagert durch die lizenzrechtliche Gestattung hinsichtlich der zu benutzenden Software“; *Gottschalk* in: *Kaminski u.a.* (Hrsg.), Rechtshandbuch E-Business, 3. Kapitel, Rn. 65; *Winteler* in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), Rechts-Handbuch zum E-Commerce, B. Rn. 332; *Bettinger/Scheffelt* in: *Spindler* (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 17; *Steins* in *Bettinger/Leistner* (Hrsg.), Werbung und Vertrieb im Internet, Teil 3 E, Rn. 24; *Gennen* in: *Redeker* (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 55; *Lapp* in: *Gounalakis* (Hrsg.), Rechtshandbuch Electronic Business, § 43 Rn. 70; *Söbbing* in: *Söbbing*, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 116; *Glossner* in: *Bräutigam* (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 57; *Huppertz* in: *Bräutigam* (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 11, Rn. 522; *Imhof* in: *Weitnauer* (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch E-Commerce, Teil A.5, S. 63; *Haug*, Internetrecht, Rn. 229; *Koch*, IT-Projektrecht, Rn. 590 ff.; *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 744; *Sodtalters*, Softwarehaftung im Internet, Rn. 79; *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 37; *Müller/Bohne*, Providerverträge, S. 128; *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 731; *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 84; *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 78 f.; *Witzel*, ITRB 2002, 183, 184; *Intveen/Lohmann*, ITRB 2002, 210, 211; *Klimek*, K&R 2002, 633, 636; *Spindler*, K&R 2007, 345, 349; *Pohle/Schmeding*, Anm. zum Urteil des BGH vom 15.11.2006, XII ZR 120/04, K&R 2007, 385, 386; zum österreichischen Recht vgl. *Fallenböck/Trappitsch*, M&R 2002, 3, 4 f.; zum schweizerischen Recht vgl. *Jörg* in: *Jörg/Arter* (Hrsg.), Internet-Recht und IT-Verträge, S. 306 ff.: Innominatvertrag mit Elementen der Miete, des Lizenzrechts und des Werkvertragsrechts; vgl. zur mietrechtlichen Einordnung des Bereithaltens einer Datenbank zur Online-Recherche *Roth* in: *Loewenheim/Koch*, Praxis des Online-Rechts, S. 90 f.

¹¹⁶¹ BGH CR 2007, 75 m. Anm. *Lejeune*; *Gennen* in: *Redeker* (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 55.

¹¹⁶² *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 84; *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 79; *Intveen/Lohmann*, ITRB 2002, 210, 211.

Nutzungsentgelt dabei zeitintervallbezogen oder prozessorientiert erhoben werde, sei für die Natur des Vertragsverhältnisses unbeachtlich.¹¹⁶³ Nach einer differenzierenden Ansicht kommt Mietrecht jedenfalls dann zur Anwendung, wenn die Software zur eigenen Nutzung des Kunden bereitgestellt wird.¹¹⁶⁴ Auch nach der Entscheidung des BGH zum ASP-Vertrag ist angesichts der vielfältigen technischen Lösungsmöglichkeiten die Diskussion über die Typisierung des ASP-Vertrages nicht abgeschlossen.¹¹⁶⁵

(a) Software als tauglicher Vertragsgegenstand einer Miete

Gegenstand des Mietvertrages können nur Sachen i.S.d. § 90 BGB sein, d.h. nur hinreichend bestimmte körperliche Gegenstände und deren Teile.¹¹⁶⁶ Der BGH nimmt an, dass trotz Fehlens der Körperlichkeit bei der Online-Übermittlung mittels ASP Software eine Sache darstelle.¹¹⁶⁷ Er stellt insoweit entscheidend darauf ab, dass auch beim ASP-Geschäftsmodell die geschuldete Software auf einem Datenträger, nämlich auf dem Applikationsserver des Anbieters, verkörpert sei. Da die der Steuerung des Computers dienenden Programme, um ihre Funktion erfüllen zu können, also um überhaupt nutzbar zu sein, in verkörperter Form vorhanden sein müssten, sei Gegenstand des ASP-Vertrages stets eine verkörperte geistige Leistung.¹¹⁶⁸ Die Gegenansicht, für die Software ihrer Natur nach schon keine Sache i.S.d. § 90 BGB darstellt, geht für ASP jedenfalls von einer entsprechenden Anwendbarkeit der mietvertraglichen Vorschriften aus.¹¹⁶⁹

Eine andere in der Literatur vertretene Meinung stellt entscheidend auf die Sacheigenschaft des Servers und des Datennetzes ab und umgeht damit den Streit um die Sacheigenschaft von Software bzw. kann Software insoweit folgenlos weiter als immaterielles Gut betrachten: Da der Anbieter regelmäßig die Nutzung einer Sache, nämlich des Servers und des Datennetzes, sowie eines Immaterialgutes, nämlich der Software, bzw. die funktionale Nutzbarkeit der Software schulde, liege eine Klassifizierung

¹¹⁶³ *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 79.

¹¹⁶⁴ *Müller-Hengstenberg/Kirn*, NJW 2007, 2370.

¹¹⁶⁵ *Müller-Hengstenberg/Kirn*, NJW 2007, 2370.

¹¹⁶⁶ *Emmerich* in: *Staudinger*, § 535 Rn. 2.

¹¹⁶⁷ BGH CR 2007, 75, 75 f. m. Anm. *Lejeune*.

¹¹⁶⁸ BGH CR 2007, 75, 76 m. Anm. *Lejeune*; vgl. zur Sacheigenschaft von Software allgemein schon oben D. III. 3.

¹¹⁶⁹ *Schoengarth*, ASP, S. 55; *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 744.

des ASP als Mietvertrag nahe.¹¹⁷⁰ Noch deutlicher wird *Braun*: Das vom Kunden genutzte Programm sei auf dem Server des Providers verkörpert. Der Kunde nutze beim ASP nicht nur das Computerprogramm, sondern auch die Rechenkapazität des Servers, auf dem es gespeichert sei. Diese funktionierende Einheit aus Hard- und Software stelle jedenfalls eine Sache dar.¹¹⁷¹ Nach allen Ansichten scheitert die Anwendbarkeit des Mietrechts damit jedenfalls nicht am tauglichen Vertragsgegenstand.

(b) Überlassung und Gebrauchsgewährung

Der Vermieter ist verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. Dazu hat er dem Mieter das Mietobjekt zunächst in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen (vgl. § 535 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB). Überlassung in diesem Sinne bedeutet üblicherweise die Übertragung des unmittelbaren Besitzes vom Vermieter auf den Mieter.¹¹⁷² Problematisch könnte die Einordnung des ASP als Mietvertrag insoweit sein, als es im Rahmen des ASP – anders als bei der zeitweisen Überlassung von Computerprogrammen auf einem Datenträger – niemals zu einer Besitzverschaffung kommt. Die Programme werden ausschließlich auf der Hardware des Providers gespeichert und installiert und laufen auch nur dort ab, so dass sie während der gesamten Vertragsdurchführung im unmittelbaren Besitz des Anbieters verbleiben und auch während des konkreten Abrufs nicht in den Arbeitsspeicher des Kunden geladen werden. Eine Sachherrschaft über die Anwendung in dem Sinne, dass der Kunde andere von ihrer Nutzung ausschließen könnte, ist mit dem ASP damit gerade nicht verbunden.¹¹⁷³

Was der Vermieter im Einzelfall tun muss, um seiner Überlassungspflicht aus § 535 Abs. 1 BGB zu genügen, richtet sich nach Art und Umfang des Gebrauchs, der dem Mieter nach dem Vertrag gestattet sein soll. Setzt der Gebrauch der Mietsache hiernach zwingend deren Besitz voraus, gehört zum mietrechtlichen Überlassen notwendig die

¹¹⁷⁰ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil XI, Rn. 17; *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 731.

¹¹⁷¹ *Braun*, *Zulässigkeit von SLA*, S. 37 f.; vgl. zum Verhältnis der beiden Leistungsgegenstände Hardware und Software noch unten D. IV. 2. d. aa. (1) (e).

¹¹⁷² *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, § 535 Rn. 193; *Eisenschmid* in: *Schmidt-Futterer*, *Mietrecht*, § 535 Rn. 15.

¹¹⁷³ *Schoengarth*, *ASP*, S. 46.

Besitzverschaffung.¹¹⁷⁴ Richtet sich jedoch die Gebrauchsgewährung nur auf die gelegentliche Nutzung einer im Besitz des Vermieters verbleibenden Sache (z.B. die stundenweise Benutzung eines Klaviers, das in den Räumen des Vermieters steht), so ist eine Besitzeinräumung an den Mieter ausnahmsweise nicht erforderlich und unter Überlassen der Mietsache kann insoweit nicht verstanden werden, der Vermieter habe dem Mieter unmittelbaren Besitz an der Mietsache zu verschaffen.¹¹⁷⁵ Der Vermieter erfüllt in diesen Fällen seine Überlassungspflicht vielmehr bereits dadurch, dass er dem Mieter die vertraglich vorgesehene Benutzung der Sache durch einmalige oder wiederholte Gewährung des ungestörten Zutritts bzw. Zugriffs ermöglicht.¹¹⁷⁶ Entscheidend ist letztlich immer nur, dass dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch des Mietobjekts ermöglicht wird.¹¹⁷⁷

Die mietrechtlichen Vorschriften verlangen also nicht zwingend die Übergabe eines verkörperten Exemplars des Programms, sondern nur die Nutzungsüberlassung, d.h. der Anwender muss in die Lage versetzt werden, die Software vertragsgemäß zu benutzen. Die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes ist insoweit nicht erforderlich; es genügt vielmehr, wenn dem Kunden Zugang zur Anwendung und den vertraglich geschuldeten Funktionalitäten verschafft wird, was auch online erfolgen kann.¹¹⁷⁸ Demnach scheidet die Einordnung als Mietvertrag beim ASP nicht an der fehlenden Besitzverschaffung an der Software. Dem Interesse des Anwenders, auf die Software und ihre Funktionalitäten zu den gewünschten Zeiten zuzugreifen, genügt der Provider vielmehr schon durch die Bereitstellung jener auf seinem Server und der Einräumung der Nutzungsmöglichkeit an ihr via DFÜ.¹¹⁷⁹

Bedenken gegen die Qualifizierung als Mietvertrag ergeben sich auch nicht daraus, dass der Zugang zur vertragsgegenständlichen Software regelmäßig von der Leistung Dritter –

¹¹⁷⁴ BGHZ 65, 137, 139 f.; BGH NJW-RR 1989, 589.

¹¹⁷⁵ BGHZ 65, 137, 140.

¹¹⁷⁶ BGH NJW-RR 1989, 589, 590; *Eisenschmid* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 535 Rn. 17.

¹¹⁷⁷ *Emmerich* in: Staudinger, § 535 Rn. 15.

¹¹⁷⁸ BGH CR 2007, 75, 76 m. Anm. *Lejeune*; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 567; *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 744; *Schoengarth*, ASP, S. 46; *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 38; *Gottschalk* in: Kaminski u.a. (Hrsg.), Rechtshandbuch E-Business, 3. Kapitel, Rn. 65; *Czychowski* in: Bröcker u.a. (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, § 13 Rn. 159; *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 53; *Koch*, ITRB 2001, 39, 40; *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69, 71; *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 84; *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 78; *Witzel*, ITRB 2002, 183, 184; *Klimek*, K&R 2002, 633, 636; dies verkennt *Alpert*, CR 2000, 345, 349.

¹¹⁷⁹ *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 78.

nämlich der Aufrechterhaltung der Netzwerkverbindung durch den Telekommunikationsdienstleister – abhängig ist.¹¹⁸⁰ Die Hauptpflicht des Anbieters, dem Anwender die Nutzung der Mietsache durch Gewährung des ungestörten Zugangs zu ermöglichen, dürfte mangels anderweitiger vertraglicher Abreden mit der Bereitstellung der Software auf dem Server und der Unterhaltung einer funktionstüchtigen Schnittstelle zum Internet, über die der Kunde Zugang zur Software erhält, erfüllt sein. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung des Anbieters über die Grenzen des eigenen kontrollierbaren Systembereichs hinaus, namentlich das Access Providing und die Datenübertragung zwischen Anbieter und Anwender, ist damit jedenfalls üblicherweise nicht mehr Teil der mietvertraglichen Überlassungspflicht. Andernfalls würde man dem Provider die Verantwortung für die Leitungsnetze der Telekommunikationsanbieter, auf deren Leistungen er keinerlei Einfluss hat, mit der Folge einer z.T. verschuldensunabhängigen Haftung nach den mietrechtlichen Vorschriften auferlegen.¹¹⁸¹

(c) Punktuelle Nutzung auf Abruf des Kunden

Der Kunde kann die Software im Regelfall erst dann nutzen, wenn er sie von seinem Rechner aus aktiviert, d.h. sich eingewählt und beim Anbieter registriert hat. Teilweise wird deshalb angenommen, dass die für das Mietrecht charakteristische dauerhafte Nutzung der Mietsache nur für die Zeitspanne der konkreten Online-Sitzung, nicht aber für die gesamte Vertragsdauer gewährleistet sei.¹¹⁸² Die mietvertragliche Pflicht zur Gebrauchsgewährung bezieht sich beim ASP jedoch gerade auf die permanente Bereitstellung des Zugangs zur Software mit der jederzeitigen Möglichkeit für den Kunden, diese bei Bedarf aufzurufen und zu nutzen. Der mietvertraglichen Einordnung steht deshalb nicht entgegen, dass die konkrete Nutzung nur punktuell auf Abruf des Kunden für die Dauer der einzelnen Sitzung erfolgt. Die dauerhafte Bereitstellung des Zugangs zum Server und der dort installierten Software wird gerade vom Leitbild des Mietvertrages erfasst. Zu einer konkreten Nutzung der Mietsache durch den Mieter muss es insoweit nicht kommen. Auch einen Rechenzentrumsvertrag über die stundenweise Nutzung von Rechnerkapazitäten eines Großrechners über eine DFÜ-Verbindung hat der BGH

¹¹⁸⁰ Klimek, K&R 2002, 633, 637.

¹¹⁸¹ Klimek, K&R 2002, 633, 637.

¹¹⁸² vgl. Hoeren, IT Vertragsrecht, Rn. 511; Bettinger/Scheffelt in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 17; Klimek, K&R 2002, 633, 636.

dementsprechend als Mietvertrag qualifiziert.¹¹⁸³ Im übrigen würde sich an der mietvertraglichen Einordnung auch dann nichts ändern, wenn ausnahmsweise bei jeder neuen Sitzung ein neuer Vertrag zwischen Anbieter und Kunde zustande käme. Denn dem Mietrecht können auch solche Verträge unterfallen, die nur auf die vorübergehende, sporadische oder stundenweise Nutzung einer Sache gerichtet sind.¹¹⁸⁴

(d) Keine ausschließliche Nutzung durch den einzelnen Kunden

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob ein Überlassen i.S.d. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB dadurch ausgeschlossen sein kann, dass im üblichen One-to-many-Geschäftsmodell regelmäßig eine Vielzahl von Kunden des Anbieters zeitgleich auf die vertragsgegenständliche Anwendung zugreifen. Nach *Koch*¹¹⁸⁵ könne eine Überlassung dann nicht angenommen werden, wenn gleichzeitig mehrere Kunden Zugriff auf das auf dem Anbietersystem gespeicherte Programm erhalten, so dass Mietrecht grundsätzlich nicht anwendbar sei.¹¹⁸⁶ Eine Überlassung scheidet aus, wenn und soweit die Nutzung auf dem Anbieterrechner erfolge und der Kunde dabei keine Sachherrschaft über diesen eingeräumt erhalte. Übertrage der Kunde z.B. nur Daten an den zentralen Server und lasse sie auf diesem bearbeiten, um sie anschließend wieder abzurufen, bediene er sich nur – neben anderen Kunden – der Funktionalität der Software, führe aber die Verarbeitung nicht selbst durch und nutze dementsprechend auch nicht selbst die Software.¹¹⁸⁷ Erhalte der Kunde dagegen ein Programmexemplar auf einer Partition des Speichers des Anbieterrechners für die Vertragslaufzeit individuell zur freien Nutzung zugewiesen, liege die Anwendung von Mietvertragsrecht bezüglich dieses Programmexemplars nahe.¹¹⁸⁸

Ob dem Mieter der ausschließliche Gebrauch am Mietobjekt einzuräumen ist, richtet sich in erster Linie nach dem Inhalt der konkreten von den Parteien getroffenen

¹¹⁸³ BGH NJW-RR 1993, 178.

¹¹⁸⁴ vgl. BGHZ 65, 137, 140; *Emmerich* in: Staudinger, § 535 Rn. 2; *Hoeren*, IT Vertragsrecht, Rn. 511; *Spindler* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 91 für den Access Provider-Vertrag.

¹¹⁸⁵ *Koch*, Software- und Datenbank-Recht, § 2 Rn. 11.

¹¹⁸⁶ Anderes könne jedoch nach *Koch* a.a.O. für die ergänzende Überlassung von Speicherkapazität gelten; ähnlich *Köhler-Frost* in: Köhler-Frost (Hrsg.), Grundlagen des ASP, S. 83: Der Kunde müsse das Programm für die Vertragsdauer allein nutzen können, da es sonst an einer definierten Mietsache fehle.

¹¹⁸⁷ *Koch*, Internet-Recht, S. 60.

¹¹⁸⁸ *Koch*, Software- und Datenbank-Recht, § 2 Rn. 11; *ders.*, Internet-Recht, S. 60.

Vereinbarung.¹¹⁸⁹ Regelmäßig muss der Mietgegenstand dem Mieter nicht zum Alleingebrauch überlassen werden, die Einräumung eines Mitbenutzungsrechts genügt insoweit.¹¹⁹⁰ Bereits das RG¹¹⁹¹ hat im Zusammenhang mit der Überlassung öffentlicher Straßen zum Eisenbahnbetrieb festgestellt, dass es nicht zum Wesen des Mietvertrags gehöre, dass die Sache dem Mieter zum ausschließlichen Gebrauch überlassen werde. Der vom Vermieter nach §§ 535 f. BGB zu gewährleistende vertragsmäßige Gebrauch könne auch ein eingeschränkter sein. Es sei grundsätzlich nicht einmal erforderlich, dass dem Mieter der überwiegende Gebrauch am Mietobjekt zustehe.

Beim ASP kommt es dem Kunden in erster Linie darauf an, dass er bei Bedarf Zugang zum Programm hat und dessen Funktionalitäten nutzen kann. Ein alleiniger Zugriff auf die Software ist für ihn insoweit weder erforderlich noch von besonderem Interesse, soweit technisch sichergestellt ist, dass seine mit der Software verarbeiteten Daten für andere zeitgleich zugreifende Kunden nicht sichtbar sind. Der Gebrauch der Mietsache muss daher beim ASP kein ausschließlicher sein. Soweit die Berechtigungen der verschiedenen Anwender miteinander vereinbar sind, steht eine gemeinsame, zeitgleich erfolgende Nutzung der Software durch mehrere Kunden einer Einordnung als Mietvertrag somit nicht entgegen.¹¹⁹² In diesem Sinne äußert sich auch *Koch* an anderer Stelle: Es werde nicht vorausgesetzt, dass dem Mieter ein ausschließlicher Gebrauch des Programms und ein alleiniger Zugriff auf dieses eingeräumt werde; das Programm auf dem Anbieterrechner könne also auch mit anderen Anwendern gemeinsam genutzt werden, wenn hierdurch nur die vertraglich vereinbarte Nutzung eines jeden Anwenders nicht beeinträchtigt werde.¹¹⁹³ Es handelt sich beim ASP letztlich um die Miete einer Sachgesamtheit zur Mitbenutzung. Der Kunde mietet die gesamte Anlage zur Mitbenutzung und nicht nur bestimmte Teile zur alleinigen Nutzung. Daher ist es auch unschädlich, dass der Kunde nicht bei jedem Zugriff immer die identische Mietsache, z.B. Servereinheit oder Programmkopie im Arbeitsspeicher, nutzt.¹¹⁹⁴

¹¹⁸⁹ *Weidenkaff* in: Palandt, § 535 Rn. 35.

¹¹⁹⁰ *Blank* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Vor § 535, Rn. 5.

¹¹⁹¹ RGZ 108, 204, 205.

¹¹⁹² *Haug*, Internetrecht, Rn. 229; *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 744; *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 38; *Schoengarth*, ASP, S. 48; *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 18; *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 54; *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 78; *Klimek*, K&R 2002, 633, 637.

¹¹⁹³ *Koch*, IT-Projektrecht, Rn. 593; *ders.*, ITRB 2001, 39, 40.

¹¹⁹⁴ *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 38.

(e) Überlassung von Hardware-Kapazitäten

Auf der Hardware des Anbieters ist zum einen die vertragsgegenständliche Software gehostet; zum anderen speichert der Kunde dort regelmäßig seine mit der Software zu verarbeitenden bzw. verarbeiteten Daten. Am engsten mit der Softwareüberlassung hängt die Bereitstellung der Hardware zusammen, auf der die Software selbst gespeichert ist. Wegen der Typik der zeitlich begrenzten Gebrauchsüberlassung einer Sache gegen Entgelt kommt auch insoweit – entsprechend dem Outsourcing- bzw. Rechenzentrumsvertrag und z.B. auch dem Webhosting¹¹⁹⁵ – Mietrecht zur Anwendung.¹¹⁹⁶ Dies scheidet nicht daran, dass nur ein physisch nicht näher bestimmbarer Teil einer Festplatte vermietet wird, da zum einen auch Teile einer Sache Gegenstand eines Mietvertrages sein können,¹¹⁹⁷ und zum anderen insoweit nicht vorausgesetzt wird, dass die vermietete Sache genau bestimmbar ist.¹¹⁹⁸ Wie bei der vertragsgegenständlichen Anwendung selbst ist auch insofern die mietrechtliche Gebrauchsgewährung ohne Besitzübertragung möglich; die Überlassung i.S.d. § 535 Abs. 1 BGB erfolgt auch hier durch die Ermöglichung des Online-Zugriffs.

Bezogen auf das Verhältnis der Gebrauchseinräumung an der auf dem Server gespeicherten Software zu derjenigen an der Festplatte, auf der die Software konkret gespeichert ist, werden z.T. zwei selbständige Gebrauchsüberlassungen angenommen, die beide Mietrecht folgen sollen. Der Kunde benötige die Hardware des Providers nicht nur für die Speicherung seiner Daten, sondern auch für das Hosting der Anwendung selbst. Die Bereitstellung der entsprechenden Hardware bilde insoweit einen eigenen Leistungsgegenstand.¹¹⁹⁹ Teilweise wird aber auch von einer einheitlichen Gebrauchsüberlassung ausgegangen: Verbleibe das Programm auf dem Server, bestehe das Vermieten in der Gebrauchseinräumung an dem Hauptspeichersegment, auf dem das

¹¹⁹⁵ vgl. dazu AG Charlottenburg CR 2002, 297, 298 m. Anm. *Runte*; *Härting*, CR 2001, 37, 39; offen gelassen von LG Karlsruhe CR 2007, 396.

¹¹⁹⁶ BGH NJW-RR 1993, 178; BGH CR 2007, 75, 76 m. Anm. *Lejeune*; *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 112; *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 67; *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69, 73; *Fallenböck/Trappitsch*, M&R 2002, 3, 7; das Abspeichern der Daten und deren Sicherung auf dem Server könnten nach a.A. auch eine Verwahrung i.S.v. § 688 BGB darstellen (so *Koch*, ITRB 2001, 39, 42).

¹¹⁹⁷ *Weidenkaff* in: Palandt, § 535 Rn. 2.

¹¹⁹⁸ *Schuppert* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 4 f.; *Härting*, CR 2001, 37, 39; *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69, 73 (Fn. 47).

¹¹⁹⁹ *Riechert* in: Kath/Riechert, Internet-Vertragsrecht, Rn. 760; die jeweiligen Leistungen der Bereitstellung der Software einerseits und der Bereitstellung der Hardware für diese Software andererseits könnten dabei aber grundsätzlich in einem Vertrag zusammengefasst geregelt werden, vgl. *Riechert* a.a.O., Rn. 761.

Programm gespeichert sei. Software und Server stellen danach zusammen eine einheitliche Mietsache dar.¹²⁰⁰ Die Bereithaltungspflicht des Anbieters lasse sich zumeist nicht hinsichtlich eines Software- und eines Hardwareteils aufspalten. Dem Kunden komme es regelmäßig nur darauf an, dass er auf die Anwendung mit einer bestimmten Verfügbarkeit zugreifen könne; auf welcher Hardware dies realisiert werde, sei für ihn nicht wichtig.¹²⁰¹ Nach dieser Ansicht kommt es auf den Streit um die Sachqualität von Software als tauglicher Gegenstand eines Mietvertrages von vornherein nicht an, da sie jedenfalls verkörpert auf der Festplatte unstreitig Sachqualität besitzt. Da allerdings die Speicherung der Software auch auf den Servern von Drittanbietern erfolgen kann, die der ASP-Anbieter als Subunternehmer einschaltet, spricht einiges dafür, in der Hardware und der auf ihr gespeicherten Software zwei verschiedene Leistungsgegenstände eines einheitlichen Mietvertrages zu sehen, der insgesamt mietrechtlichen Regeln folgt.

Neben der Bereithaltung von Hardwarekapazitäten zur Speicherung der Anwendung selbst wird häufig auch Speicherplatz für die Datenbestände des Kunden überlassen, die im Zuge der Nutzung der Software anfallen (sog. *Data Hosting*). Oft ist eine sinnvolle Nutzung der Anwendung für die Geschäftsprozesse des Kunden überhaupt nur bei gleichzeitiger Überlassung von Speicherplatz für seine Daten möglich. Unter Data Hosting versteht man allgemein die Überlassung von Speicherplatz, den der Kunde zur Speicherung seiner Daten nutzen kann.¹²⁰² Auch insoweit liegt typologisch ein Mietvertrag vor; es bestehen keine Unterschiede zur Überlassung der Hardware, auf der die Software gespeichert ist. Die Bereithaltung von Speicherplatz für die mit den Anwendungen erzeugten Kundendaten ist zwar eine für sich genommen abtrennbare vertragliche Verpflichtung, weil der Kunde seine Daten auch auf eigenen Rechnern speichern könnte, doch ist sie in aller Regel integraler Bestandteil des ASP-Leistungsangebotes.¹²⁰³ Im Ergebnis liegen also regelmäßig drei selbständige Mietobjekte eines einheitlichen Mietvertrages vor: die Anwendungssoftware, der Speicherplatz auf dem die Software gespeichert ist, sowie der Speicherplatz, auf dem die Daten des Kunden gespeichert sind.

¹²⁰⁰ Koch, ITRB 2001, 39, 41; so wohl auch *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 17 und *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 37 f.

¹²⁰¹ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 37.

¹²⁰² *Fallenböck/Trappitsch*, M&R 2002, 3, 7.

¹²⁰³ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 111.

Als mietvertragliche Nebenpflicht schuldet der Anbieter ergänzend die Möglichkeit des Zugriffs auf den Server sowie die dort gespeicherte Software über eine funktionsfähige Schnittstelle zum Internet.¹²⁰⁴ Die Anbindung an das Internet ist hier letztlich eine Frage der Gebrauchstauglichkeit der Software und des Speicherplatzes und stellt – mangels anderweitiger vertraglicher Regelung – keine eigenständige Hauptleistungspflicht dar, sondern eine Nebenpflicht zum Mietvertrag. Die Anwendung mietrechtlicher Gewährleistungsvorschriften ist insoweit auch sachgerecht, weil der Anbieter beim ASP lediglich die Zugriffsmöglichkeit an seiner Schnittstelle zum Internet schuldet und damit seinen Kunden nicht für technische Unwägbarkeiten im Netz selbst haftet. Die Überlegungen, die beim Access Providing zu einer dienstvertraglichen Einordnung führen, kommen insoweit also nicht zum Tragen.¹²⁰⁵

(f) Ausgestaltung des Vertrages als Operatingleasing

Das Vorliegen eines Leasingvertrages ist beim ASP nach einer Ansicht immer dann anzunehmen, wenn die Software zum Gebrauch gegen ein in Raten zu zahlendes Entgelt überlassen wird und die Gefahr des Untergangs oder der Beschädigung des Leasinggutes sowie die Kosten der Instandhaltung auf den Leasingnehmer übertragen werden. Zu unterscheiden sind dabei grundsätzlich das Finanzierungs- und das Operatingleasing. Ziel des Finanzierungsleasings ist die Vollamortisation der Anschaffungskosten des Leasinggebers durch einen Leasingnehmer. Das Operatingleasing dient im Gegensatz dazu nicht der Finanzierung und zeichnet sich vor allem durch eine kürzere Vertragsdauer aus.¹²⁰⁶ Mangels Finanzierungsfunktion kommt eine Typisierung des ASP-Vertrages als Finanzierungsleasing zwar nicht in Frage.¹²⁰⁷ Es komme aber regelmäßig eine Einordnung als Operatingleasing in Betracht, da gerade die bedarfsorientierte, kurzfristige Gebrauchsüberlassung wesentypisch für das Geschäftsmodell des ASP sei.¹²⁰⁸

¹²⁰⁴ *Schoengarth*, ASP, S. 121.

¹²⁰⁵ vgl. dazu noch unten D. IV. 2. d. cc. (2) (a).

¹²⁰⁶ vgl. zum Ganzen *Weidenkaff* in: Palandt, Einf v § 535, Rn. 39 f.

¹²⁰⁷ *Röhrborn/Sinhardt*, CR 2001, 69, 71.

¹²⁰⁸ *Röhrborn/Sinhardt*, CR 2001, 69, 71; zweifelhaft, da i.d.R. von den Parteien wohl eher langfristige Bindungen gewollt sein werden. Gegen Leasing im Allgemeinen spricht zudem, dass beim ASP regelmäßig nach effektiver Nutzung bezahlt wird, beim Leasing dagegen fixe Raten vereinbart werden (*Jörg* in: *Jörg/Arter* (Hrsg.), *Internet-Recht und IT-Verträge*, S. 309).

Die Vertragsparteien können jedenfalls durch entsprechende Vereinbarung das ASP im Einzelfall auch als Leasingvertrag ausgestalten, um mehr steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten zu schaffen. Da die Software in der Regel an eine Vielzahl von Kunden überlassen werden soll und nicht eine Vollamortisation durch die Leasingraten nur eines Kunden das Vertragsziel sein wird, kommt als möglicher Vertragstyp auch insoweit nur das Operatingleasing in Betracht. Dieses wird jedoch aufgrund der ähnlichen Interessenlage der Parteien rechtlich wie ein normaler Mietvertrag behandelt, so dass im Ergebnis die gleichen Vorschriften Anwendung finden.¹²⁰⁹

(2) Leihe

Die Leihe unterscheidet sich von der Miete allein durch ihre Unentgeltlichkeit. Jede unentgeltliche Überlassung von Sachen zum temporären Gebrauch ist deshalb Leihe und nicht etwa Schenkung.¹²¹⁰ Wird dem Kunden *Open Source Software* zum Gebrauch auf Zeit unentgeltlich überlassen oder ein Entgelt nur für sonstige flankierende Dienstleistungen erhoben, liegt eine Einordnung als Leihe gemäß § 598 BGB nahe, ohne dass die Programmüberlassung in einem solchen Fall vertragstypenprägend sein muss.¹²¹¹ Auch bei unentgeltlicher Softwareüberlassung während einer Anlauf- oder Testphase kann Leihe anzunehmen sein.¹²¹² Als Beispiele leihweiser Überlassung von Software werden mitunter auch die kostenfreien webbasierten E-Mail-Programme wie z.B. von GMX oder WEB.DE angeführt.¹²¹³ Gleiches muss dann auch für die (bislang) kostenfrei nutzbaren internetbasierten Office-Anwendungen z.B. im Rahmen der „Google Text & Tabellen“-Initiative gelten.

¹²⁰⁹ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 56; *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 80; *Fallenböck/Trappitsch*, M&R 2002, 3, 5.

¹²¹⁰ *Emmerich* in: Staudinger, Vorbem zu § 535, Rn. 33.

¹²¹¹ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 567; *Röhrborn/Sinhardt*, CR 2001, 69, 71; vgl. auch *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 84.

¹²¹² *Röhrborn/Sinhardt*, CR 2001, 69, 71.

¹²¹³ *Schoengarth*, ASP, S. 65.

(3) Pachtvertrag

Gegenstand eines Pachtvertrages können im Gegensatz zum Mietvertrag neben Sachen auch Rechte sein.¹²¹⁴ Vereinzelt Stimmen in der Literatur vertreten eine Typisierung des ASP-Vertrages als Pachtvertrag gemäß § 581 BGB. Da es sich bei der Fernnutzung von Software um die entgeltliche Nutzung eines immateriellen Rechts auf Zeit handele, ohne dass eine für das Mietverhältnis erforderliche Sachüberlassung erfolge, kommen etwa nach *Alpert* die Vorschriften des Pachtrechts gemäß §§ 581 ff. BGB zur Anwendung.¹²¹⁵ Mangels Übergabe eines das Programm enthaltenden Datenträgers könne Anknüpfungspunkt für eine Sachüberlassung i.S.d. Mietrechts nur das teilweise Laden des Programms in den Arbeitsspeicher des Anwenders sein. Da aber nur Teile des Programms – insbesondere die Benutzeroberfläche – in den Arbeitsspeicher des Anwenders geladen würden und die Software insgesamt auf dem Server des Anbieters verbleibe, könne auch insoweit keine mietrechtliche Überlassung angenommen werden.¹²¹⁶ Wie bereits gezeigt, setzt die Überlassung gemäß § 535 Abs. 1 BGB jedoch richtigerweise gerade keine Besitzübertragung sondern nur die Ermöglichung des Online-Zugriffs voraus. Im Übrigen könnten die Vorschriften der §§ 535 ff. BGB nach *Alpert* aber auch deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil es in urheberrechtlicher Hinsicht unstreitig an einer Vermietung i.S.d. § 69c Nr. 3 UrhG fehle.¹²¹⁷

(a) Sachpacht

Der Verpächter verpflichtet sich, dem Pächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstands und den Genuss der Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind, während der Pachtzeit zu gewähren (§ 581 Abs. 1 S. 1 BGB). In dieser Fruchtziehung liegt der zweite wesentliche Unterschied zum Mietvertrag: Mietvertrag und Sachpacht grenzen sich also danach ab, ob nur das Gebrauchsrecht oder darüber hinaus auch das Recht zur Fruchtziehung übertragen werden soll.¹²¹⁸ Nach überwiegender Ansicht kommt eine Anwendung von

¹²¹⁴ *Emmerich* in: Staudinger, Vorbem zu § 535, Rn. 30.

¹²¹⁵ *Alpert*, CR 2000, 345, 349.

¹²¹⁶ *Alpert*, CR 2000, 345, 348 f.

¹²¹⁷ *Alpert*, CR 2000, 345, 349.

¹²¹⁸ *Blank* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Vor § 535, Rn. 156.

(Sach-)Pachtrecht auf die Softwareüberlassung mittels ASP schon deshalb nicht in Betracht, weil aus dem überlassenen Programm weder Sacherzeugnisse noch Erträge (vgl. § 99 Abs. 1 und 3 BGB) gewonnen werden, sondern durch den Kunden eine schlichte, zeitlich begrenzte Sachnutzung erfolgt und dieser reine Gebrauch gerade keine Fruchtziehung darstellt.¹²¹⁹

Die unmittelbaren Früchte einer Sache sind gemäß § 99 Abs. 1 BGB deren Erzeugnisse sowie sonstige Ausbeute, die aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird. Da Erzeugnisse in diesem Sinne nur organische Tier- und Bodenprodukte sein können,¹²²⁰ kommt im Rahmen der Sachpacht eines Computerprogramms die Fruchtziehung nur durch Gewinnung einer sonstigen Ausbeute i.S.d. § 99 Abs. 1 BGB in Betracht, die grundsätzlich in materiellen und immateriellen Ergebnissen der Nutzung des Pachtgegenstandes bestehen kann. Bei der Softwarenutzung im Rahmen des ASP steht jedoch nicht die Gewinnung neuer, von der Hauptsache abtrennbarer und selbständig verwertbarer Gegenstände im Vordergrund, sondern allein die zeitweise Nutzungsmöglichkeit der Funktionen des Programms.¹²²¹ Die durch das Programm bzw. mit seiner Hilfe gewonnenen Daten und Rechenergebnisse stammen nicht aus der Substanz der Software und kommen somit als sonstige Ausbeute nicht in Betracht.¹²²² Die Nutzung der Software selbst stellt aber gerade keine Fruchtziehung dar. Das Gesetz unterscheidet insoweit in § 100 BGB zwischen Früchten und Gebrauchsvorteilen. Die Gewährung der Gebrauchsvorteile wird bereits mietvertraglich geschuldet und kann damit nicht zugleich eine Frucht i.S.d. Pachtrechts darstellen.¹²²³ Bei der Sachpacht stellt die Möglichkeit der Fruchtziehung neben der Nutzungsüberlassung einen selbständigen Vertragsbestandteil und nicht nur eine Nebenfolge dar. Tritt die Fruchtziehung hinter die Nutzungsüberlassung zurück, ist ein Mietvertrag anzunehmen.¹²²⁴

Auch eine mittelbare Fruchtziehung nach § 99 Abs. 3 BGB durch Weitergabe der Software an Dritte scheidet beim ASP regelmäßig aus, da der Nutzer hierzu mangels Überlassung des Programmcodes zum einen technisch nicht in der Lage ist und ihm

¹²¹⁹ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 59; *Glossner* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 59; *Koch*, ITRB 2001, 39, 41; offenlassend *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 732.

¹²²⁰ *Heinrichs/Ellenberger* in: Palandt, § 99 Rn. 2.

¹²²¹ *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 79.

¹²²² *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 745; *Schoengarth*, ASP, S. 63; so aber *Köhler-Frost* in: Köhler-Frost (Hrsg.), Grundlagen des ASP, S. 85.

¹²²³ *Schoengarth*, ASP, S. 63; *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 36; *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 79.

¹²²⁴ *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 79.

darüber hinaus auch in aller Regel die rechtliche Befugnis fehlt, die Software im Rahmen eines Rechtsverhältnisses einem Dritten zu überlassen.¹²²⁵ Zur Sicherung der wirtschaftlichen Interessen des Anbieters wird das Recht zur Weiter- bzw. Untervermietung der Software dem Anwender regelmäßig nicht eingeräumt oder sogar im Vertrag explizit ausgeschlossen.¹²²⁶ Wird dem Kunden nur ein einfaches Nutzungsrecht an der Software des Providers eingeräumt, ist daher typischerweise von einer Einordnung als Mietvertrag auszugehen.¹²²⁷ Ist dem Anwender ausnahmsweise doch einmal vertraglich die Weiter- oder Untervermietung gestattet, kann dagegen Pachtrecht zur Anwendung kommen.¹²²⁸

(b) Rechtspacht

Verneint man die Sachqualität von Software,¹²²⁹ kommt eine Einordnung als Rechtspacht dergestalt in Betracht, dass der Anwender vom Rechteinhaber ein urheberrechtliches Ausschließlichkeitsrecht an der Software pachtet. Der Einordnung als Pachtverhältnis könnte jedoch bereits entgegenstehen, dass der Anwender beim ASP keine urheberrechtliche Vervielfältigung der Software vornimmt, sondern vielmehr „urheberrechtlich neutral“ handelt, d.h. dem Kunden auch keine urheberrechtlichen Nutzungsrechte eingeräumt werden müssen und damit das „Immaterialgut im eigentlichen Sinne nicht angetastet“¹²³⁰ wird. Im Übrigen könnte ein Pachtvertrag auch deshalb ausscheiden, weil eine Pacht nur an bestehenden Rechten eingeräumt werden kann, das Nutzungsrecht an der Software aber ggf. erst mit dem jeweiligen Vertragsschluss zwischen Anbieter und Kunde entstände.¹²³¹

¹²²⁵ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 61; *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 79.

¹²²⁶ *Gottschalk* in: Kaminski u.a. (Hrsg.), Rechtshandbuch E-Business, 3. Kapitel, Rn. 64; *Glossner* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 59.

¹²²⁷ *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69, 71, an anderer Stelle allerdings von einem Operatingleasing ausgehend; ähnlich *Czychowski* in: Bröcker u.a. (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, § 13 Rn. 159: Mietrecht könne immer dann auf den ASP-Vertrag angewendet werden, wenn dem Kunden ein einfaches „Nutzungsrecht“ – allerdings nicht unbedingt im urheberrechtlichen Sinne – an der Software eingeräumt werde; wie ein solches „Nutzungsrecht“ konkret aussehen soll und was es von einem Nutzungsrecht im urheberrechtlichen Sinne unterscheidet, bleibt allerdings offen.

¹²²⁸ *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69, 71.

¹²²⁹ vgl. z.B. *Schoengarth*, ASP, S. 62 und *Riechert* in: Kath/Riechert, Internet-Vertragsrecht, Rn. 765.

¹²³⁰ *Riechert* in: Kath/Riechert, Internet-Vertragsrecht, Rn. 765.

¹²³¹ *Riechert* in: Kath/Riechert, Internet-Vertragsrecht, Rn. 769.

Darüber hinaus stellt sich aber auch hier die Frage, worin die erforderliche Fruchtziehung bestehen soll. Die unmittelbaren Früchte eines Rechts sind gemäß § 99 Abs. 2 BGB die Erträge, welche das Recht bestimmungsgemäß gewährt. Auch hier könnte insoweit zunächst an die Ergebnisse der Softwarenutzung in Form der verarbeiteten Daten gedacht werden.¹²³² Diese werden jedoch nicht aus dem Nutzungsrecht an der Software gewonnen. Zu den mittelbaren Rechtsfrüchten i.S.d. § 99 Abs. 3 BGB gehören bei Immaterialgüterrechten insbesondere die Lizenzgebühren für die Überlassung des Rechts.¹²³³ Der Kunde soll aber im Regelfall auch nicht aus der Verwertung von urheberrechtlichen Nutzungsrechten seinen vertraglichen Nutzen ziehen, z.B. durch entgeltliche Unterlizenzierung, sondern allein durch die Gebrauchsmöglichkeit an der Software. Eine Fruchtziehung aus den Nutzungsrechten wird damit genausowenig beabsichtigt wie aus der Software als Sache.¹²³⁴

Wegen der Bedenken gegen die Annahme einer Rechtspacht wird im Hinblick auf die Bereitstellung der Software im Rahmen des ASP vereinzelt auch ein Vertrag *sui generis* angenommen, der eine „gewisse Nähe zur Rechtspacht“ aufweisen soll und auf den die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften über die Verweisung des § 581 Abs. 2 BGB entsprechende Anwendung finden, da diese den Interessen der Nutzer bei Mängeln der Software am besten gerecht würden.¹²³⁵ Gegenstand einer Rechtspacht und damit auch einer etwaigen Gewährleistungshaftung ist jedoch dann nicht der Programmcode selbst, sondern lediglich das Nutzungsrecht an der Software. Fehler in der Programmstruktur könnte der Kunde somit nicht als Mangel über die entsprechende Anwendung der §§ 536 ff. BGB geltend machen, da sein vertragsgegenständliches Nutzungsrecht als solches bei Vorliegen derartiger Fehler grundsätzlich nicht mangelhaft wäre.¹²³⁶ Nur dann, wenn die eingeräumten Nutzungsrechte selbst mangelbehaftet wären, könnte der Anwender (Rechts-)Mängelhaftungsansprüche gegen den Anbieter erheben.¹²³⁷ Im Ergebnis entzöge die Annahme einer Rechtspacht dem Nutzer damit jegliche (Sachmängel-) Gewährleistungsrechte. Nach richtiger Ansicht scheidet die Rechtspacht damit – sowohl in

¹²³² Sedlmeier/Kolk, MMR 2002, 75, 79.

¹²³³ Heinrichs/Ellenberger in: Palandt, § 99 Rn. 4.

¹²³⁴ Gennen in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 62; eine Differenzierung danach, ob die Erträge aus einer etwaigen Unterlizenzierung als Früchte der Sache Software oder des Nutzungsrechts an dieser anzusehen wären, kann damit unterbleiben.

¹²³⁵ Riechert in: Kath/Riechert, Internet-Vertragsrecht, Rn. 770.

¹²³⁶ Gennen in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 63; Sedlmeier/Kolk, MMR 2002, 75, 79.

¹²³⁷ Gennen in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 63.

direkter, als auch entsprechender Anwendung ihrer Vorschriften – als Vertragsgrundlage des ASP aus.¹²³⁸ Insgesamt ist die Diskussion um die Einordnung des ASP-Vertrages als (Sach-)Pacht- oder Mietvertrag nur von untergeordneter Bedeutung, da die pachtrechtlichen Vorschriften im Wesentlichen auf das Mietrecht verweisen (vgl. § 581 Abs. 2 BGB).¹²³⁹

(4) Dienstvertrag

Lehnt man die Anwendbarkeit des Mietvertragsrechts ab, können Dienst- oder Werkvertragsrecht – auch in der Form eines Geschäftsbesorgungsvertrages (§ 675 BGB) – anwendbar sein.¹²⁴⁰ Beim Dienstvertrag wird in Abgrenzung zum Werkvertrag kein Erfolg, sondern nur eine Arbeitsleistung als solche geschuldet. Gegenstand können dabei Dienste jeder Art sein (§ 611 Abs. 2 BGB). Der Anbieter schuldet nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht beim ASP praktisch die Dienste eines bestimmten Programms und zwar innerhalb eines Telekommunikationssystems. Schon wegen der intensiven Steuerung der gesamten Datenverarbeitung durch den Anbieter bzw. die von ihm eingesetzte Betriebssoftware liege es nahe, von einem Dienstvertrag auszugehen, zumal es dem Kunden gleichgültig sein dürfte, welches konkrete Programm auf welchem Rechner seines Anbieters er benutze, solange er nur ein seinen Vorgaben entsprechendes und korrekt arbeitendes Programm nutzen könne.¹²⁴¹

Gegen die Anwendung von Mietrecht spreche nach dieser Ansicht überdies die vom BGH angenommene Beweislastverteilung: Nach Überlassung der Mietsache obliegt dem Mieter die Beweislast dafür, dass das Mietobjekt zum Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft war, wenn er die ihm überlassene Sache, z.B. durch Aufnahme ihrer Nutzung, als Erfüllung angenommen hat.¹²⁴² Eine solche Beweislastverteilung sei allenfalls in den Fällen gerechtfertigt, in denen der Besitz an der Mietsache auf den Mieter übergehe. Durch die

¹²³⁸ so auch *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 79.

¹²³⁹ vgl. *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 18.

¹²⁴⁰ so *Koch*, Software- und Datenbank-Recht, § 2 Rn. 11 für den Fall, dass vom Nutzer nur die Funktionalität der auf dem Betreiberrechner gespeicherten Software genutzt werde; ergänzend könne Mietrecht anzuwenden sein, wenn abgegrenzter Speicherplatz auf dem Betreiberrechner überlassen werde, vorausgesetzt, dass die Nutzung der Kapazitäten ausschließlich durch den Kunden erfolge; vgl. auch *Koch*, Internet-Recht, S. 60; keine Ausschließlichkeit voraussetzend aber *Koch*, ITRB 2001, 39, 40; vgl. zum Ganzen schon oben D. IV. 2. d. aa. (1) (d).

¹²⁴¹ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 989; vgl. auch *Hoeren*, IT Vertragsrecht, Rn. 511: Am ehesten sei an eine Anwendung der Vorschriften über den Dienstvertrag zu denken.

¹²⁴² BGH CR 2007, 75, 76 m. Anm. *Lejeune*.

einmalige Benutzung der Software im Rahmen des ASP könne dagegen die Beweislast nicht auf den Kunden übergehen, weil der Anbieter im Laufe der Vertragszeit üblicherweise durch Fehlerbehebungsmaßnahmen und Updates Änderungen am Programm vornehme, ohne dass dies für den Kunden überhaupt erkennbar sei.¹²⁴³ Eine Differenzierung danach, ob dem Kunden der Besitz an dem Programm überlassen wird oder ihm nur die Möglichkeit eingeräumt wird, auf das Programm online zuzugreifen, kann jedoch nicht überzeugen. Auch bei einer Besitzüberlassung auf einem Datenträger hat der Kunde regelmäßig keinen Einblick in den Quellcode des Programms. Nachträgliche Änderungen am Programm über das Einspielen von aus dem Internet heruntergeladenen Updates oder Patches sind unabhängig von der Art der ursprünglichen Überlassung marktüblich. Die daraus resultierenden Beweisschwierigkeiten für den Kunden beim Nachweis von Mängeln der Software im Zeitpunkt des Gefahrübergangs können nur unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze zur Beweislastverteilung gelöst werden und sprechen daher nicht gegen die Annahme eines Mietvertrages.

Dem Kunden kommt es überdies nicht nur auf das Bemühen des Providers i.S.d. Dienstvertragsrechts an. Er hat stattdessen ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse gerade am Ergebnis dieses Tätigwerdens, nämlich an der Verfügbarkeit der funktionsfähigen Software zu den vereinbarten Zeiten, was in der praktischen Vertragsgestaltung vor allem zur Vereinbarung von Verfügbarkeitsquoten mit entsprechenden Vertragsstraferegelungen für den Fall des Unterschreitens derselben führt. Eine Einordnung der Softwarebereitstellung im Rahmen des ASP als Dienstvertrag wird den wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen des Anwenders und der Erfolgsbezogenheit der Tätigkeit des Anbieters daher nicht gerecht.¹²⁴⁴ Der Kunde wäre im Falle von Leistungsstörungen durch die ein Verschulden voraussetzenden allgemeinen Vorschriften der §§ 280 ff. BGB zudem nur unzureichend geschützt: Eine verschuldensunabhängige Mängelgewährleistung, wie etwa im Miet-, Kauf- oder Werkvertragsrecht, kennt das Dienstvertragsrecht nicht. Der Anbieter würde seinen vertraglichen Pflichten schon dadurch genügen, dass er mit durchschnittlichen und marktüblichen Bemühungen versucht, die vertragsgegenständlichen Anwendungen für

¹²⁴³ Redeker, IT-Recht, Rn. 988.

¹²⁴⁴ Ernst, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 743; Gennen in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 45; Riechert in: Kath/Riechert, Internet-Vertragsrecht, Rn. 762; Sedlmeier/Kolk, MMR 2002, 75, 78.

den Kunden bereitzuhalten.¹²⁴⁵ Zur Erfassung des Dauerschuldcharakters der Vereinbarung ist darüber hinaus das Mietrecht besser geeignet als das Dienstvertragsrecht. Die ständige Aufrechterhaltung des betriebsbereiten Zustands der Infrastruktur weist eine größere Nähe zur Instandhaltungspflicht des Vermieters auf und trägt nicht so sehr die Züge einer Dienstleistung.¹²⁴⁶

Auch aus den Erwägungen des BGH zur Einordnung des Access Provider-Vertrages als Dienstvertrag folgt keine andere Beurteilung des ASP-Vertrages.¹²⁴⁷ Maßgebliche Überlegung des BGH in seiner Entscheidung zum Access Provider-Vertrag war, dass es zum einen dem Kunden bei der Zugangsverschaffung zum Internet nicht um die dafür erforderliche Nutzung der Hardware des Providers, sondern allein um den Transport seiner Daten gehe, so dass eine mietvertragliche Einordnung ausscheide, und dass zum anderen der Anbieter aufgrund der technischen Unwägbarkeiten keinen bestimmten Erfolg des jederzeitigen Zustandekommens einer Internet-Verbindung mit einer bestimmten Übertragungsgeschwindigkeit versprechen könne, so dass auch ein Werkvertrag nicht in Betracht komme.¹²⁴⁸

Die Sach- und Interessenlage beim ASP ist dagegen eine andere: Dem Kunden geht es in erster Linie um die Nutzung der zur Verfügung gestellten Software – die, um ablauffähig zu sein, irgendwo gespeichert sein muss – und damit mittelbar auch um die Nutzung der entsprechenden Hardware des Anbieters. Dem Kunden des Access Providers geht es dagegen um ein „Mehr“ gegenüber der reinen Benutzung der Infrastruktur des Anbieters; ohne den Zugang und den Transport von Inhalten wäre für ihn der reine Gebrauch des Rechners uninteressant.¹²⁴⁹ Überdies schuldet der ASP-Anbieter im Gegensatz zum Access Provider regelmäßig die Bereitstellung der Software lediglich am Knotenpunkt zum Internet und kann seinen Leistungspflichten daher unabhängig von den technischen Unwägbarkeiten des World Wide Web nachkommen; hierfür kann er dementsprechend eine bestimmte Verfügbarkeit versprechen und insoweit für einen Erfolg einstehen. Ob diese Erfolgsbezogenheit allerdings typenprägend sein und zur Einordnung als Werkvertrag führen muss, ist damit noch nicht entschieden.

¹²⁴⁵ *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 36 f.; *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 45; a.A. *Redeker*, IT-Recht, Rn. 990.

¹²⁴⁶ *Schoengarth*, ASP, S. 61.

¹²⁴⁷ vgl. *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 47.

¹²⁴⁸ BGH NJW 2005, 2076.

¹²⁴⁹ *Spindler* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 92.

(5) Werkvertrag

Die Abgrenzung von Miet- und Werkvertrag spielte in der Rechtsprechung bislang vor allem bei der Überlassung von Maschinen mit Bedienungspersonal eine Rolle: Ein Werkvertrag wird insoweit dann angenommen, wenn ausnahmsweise neben der Überlassung von Maschine und Personal auch die Betriebstätigkeit der überlassenen Geräte als Erfolg Vertragsinhalt geworden ist.¹²⁵⁰ Ein Erfolg i.S.d. § 631 BGB kann allgemein nur in einem Ereignis bestehen, dessen Bewirken der Leistende tatsächlich versprochen hat und das sich nicht in sorgfältigem menschlichem Handeln erschöpft.¹²⁵¹ Aufgrund der Erfolgsbezogenheit der geschuldeten Leistung wird teilweise die Einordnung des ASP-Vertrages als Werkvertrag erwogen: Man könne von dem unscharfen Begriff ASP nicht für jeden Fall automatisch auf eine mietvertragliche Zuordnung schließen. Bei der nur aktuellen Nutzung von Software, die punktuell bestimmte Ergebnisse bringen soll, stehe möglicherweise der Erfolg im Vordergrund, was ausnahmsweise die Annahme eines Werkvertrages nahe legen könne.¹²⁵²

Grundsätzlich kann das beim ASP geschuldete Werk – wie beim IT-Outsourcing – entweder in der permanenten oder durch eine Verfügbarkeitsquote vertraglich genau bestimmten Erreichbarkeit der Anwendung für den Kunden oder erst in den Verarbeitungsergebnissen liegen, z.B. den Dokumenten oder sonstigen Arbeitsergebnissen, die der Kunde unter Einsatz der Software herstellt bzw. herstellen lässt.¹²⁵³ Werden vom Anbieter in eigener Verantwortung konkrete Arbeitsergebnisse geschuldet, stellen sich ähnliche Probleme wie bei der Abgrenzung des reinen IT-Outsourcing vom Business Process Outsourcing.¹²⁵⁴

(a) Bestimmte Verfügbarkeit

Als werkvertraglich geschuldeter Erfolg kommt also zum einen die ununterbrochene bzw. zeitlich genau spezifizierte Verfügbarkeit der Anwendung in Betracht.¹²⁵⁵ Die

¹²⁵⁰ vgl. BGH NJW-RR 1996, 1203, 1204; *Emmerich* in: Staudinger, Vorbem zu § 535, Rn. 37.

¹²⁵¹ *Wendehorst*, AcP Bd. 206 (2006), S. 205, 241.

¹²⁵² *Steins* in Bettinger/Leistner (Hrsg.), Werbung und Vertrieb im Internet, Teil 3 E, Rn. 24 (Fn. 18).

¹²⁵³ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 48.

¹²⁵⁴ vgl. oben D. IV. 1. b. cc. (4).

¹²⁵⁵ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 48.

Erfolgsbezogenheit dieser dauerhaften Verfügbarkeit ändert nach überwiegender Ansicht jedoch nichts an der Einordnung des ASP als Mietvertrag, da die Überlassung von Standardsoftware auf Zeit gerade den Kernpunkt des Vertrages bildet und damit der Dauerschuldcharakter überwiegt.¹²⁵⁶ Auf die dauerhafte Bereithaltung von Funktionalitäten ist das Modell des Werkvertrags aber nicht angelegt.¹²⁵⁷ Auch wenn die Vertragsparteien Verfügbarkeitsquoten vereinbaren und so eine gewisse Erfolgsbezogenheit herbeiführen, ändert dies nichts daran, dass der Anbieter kein Werk für den Kunden herstellt, sondern ihm lediglich die Nutzung der Software ermöglicht.¹²⁵⁸ Es handelt sich beim ASP um eine äußerlich einheitliche Leistung „Verschaffung des Zugangs zur Software“, die eine einheitliche Vertragstypisierung erfordert.

Sieht man in Software darüber hinaus eine bewegliche Sache, wäre bei Annahme eines Werkvertrages über § 651 BGB regelmäßig Kaufrecht auf den ASP-Vertrag anwendbar. Eine endgültige Besitzüberlassung wie beim Kauf ist beim ASP-Modell aber gerade nicht beabsichtigt.¹²⁵⁹ Hält man dagegen trotz § 651 BGB weiterhin Werkvertragsrechts für anwendbar, ist beim ASP keine Abnahme der Software denkbar, da gerade kein Besitz – nicht einmal mittelbarer – an ihr übertragen wird.¹²⁶⁰ Darüber hinaus führen die Gewährleistungsansprüche des Kauf- und Werkvertragsrechts nicht immer zu sachgerechten Ergebnissen; eine Nachbesserung nach einer Unterbrechung der Verfügbarkeit aufgrund technischer Probleme ist beispielsweise nicht möglich.¹²⁶¹ Die bloße Einräumung der Nutzungsmöglichkeit an der Software kann demnach nicht nach Werkvertragsrecht beurteilt werden.

(b) Übernahme von Geschäftsprozessen

An die Einordnung als Werkvertrag kann man aber insoweit denken, als die zur Verfügung gestellte Software bestimmte Geschäftsprozesse des Kunden be- oder verarbeitet, das Geschäftsmodell also in erster Linie in der Erbringung IT-gestützter Dienstleistungen besteht, für die die zeitlich befristete Gebrauchsüberlassung der Software nur eine

¹²⁵⁶ Riechert in: Kath/Riechert, Internet-Vertragsrecht, Rn. 764; Intveen/Lohmann, ITRB 2002, 210, 211.

¹²⁵⁷ Schoengarth, ASP, S. 59.

¹²⁵⁸ Ernst, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 742.

¹²⁵⁹ von Westerholt/Berger, CR 2002, 81, 84 (Fn. 15).

¹²⁶⁰ von Westerholt/Berger, CR 2002, 81, 84 (Fn. 15); vgl. dazu auch Sedlmeier/Kolk, MMR 2002, 75, 77.

¹²⁶¹ Ernst, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 742.

Voraussetzung darstellt.¹²⁶² So verstanden kann Gegenstand eines ASP-Vertrages jede einfache oder auch sehr komplexe Dienstleistung sein, die vollständig IT-gestützt erbracht werden kann.¹²⁶³ *Koch*¹²⁶⁴ nimmt insoweit die Anwendbarkeit von Dienstvertragsrecht an, wenn der Anbieter selbst einzelne Nutzungen mit Hilfe der Software für den Kunden ausführt und diesem dann die entsprechenden Ergebnisse übermittelt. Der Kunde nutzt in diesem Fall nicht selbst die Software, sondern beauftragt den Anbieter, mit der Software für ihn bestimmte Funktionen oder Berechnungen als eigene Leistung auszuführen, z.B. die Personalbuchhaltung. Auf solche Leistungen sei grundsätzlich Dienstvertragsrecht anwendbar, da der Anbieter hier nicht die Überlassung eines Programms verspreche, sondern selbst nach Übermittlung der Kundendaten die vereinbarten Aufgaben mit Hilfe der Programmfunktionalitäten durchführe und die Ergebnisse der Verarbeitung an den Kunden zurückübermittle.

In einem solchen Fall der Nutzung der Software durch den Anbieter für Prozesse des Anwenders liegt aber regelmäßig aufgrund der Erfolgsbezogenheit der Tätigkeit die Annahme eines Werkvertrages näher. Wird die Erfüllung bestimmter betrieblicher Aufgaben übernommen und durch die Vereinbarung von SLA abgesichert, liegt eine werkvertragliche Einordnung sogar besonders nahe.¹²⁶⁵ Fraglich ist aber bereits, ob es sich in einer solchen Konstellation überhaupt noch um ein ASP-Geschäftsmodell handelt. Beim ASP benutzt der Kunde die Software derart, als wäre sie auf seinem eigenen System gespeichert. Der Anbieter hat auf die Herbeiführung des Erfolgs der Datenverarbeitung keinen direkten Einfluss. Er stellt zwar die Software mit dem benötigten Speicherplatz zur Verfügung, möchte aber grundsätzlich nicht die für den Werkvertrag konstitutive Wertschöpfung aus der Software für den Kunden ziehen und für die Prozessergebnisse als werkvertraglichen Erfolg eintreten. Die Verantwortlichkeit liegt vielmehr allein im Bereich des Kunden.¹²⁶⁶ An dieser Verteilung der Verantwortlichkeiten ändert sich auch dann nichts, wenn die Softwarebereitstellung nicht wie gewöhnlich nach Zeitintervallen, sondern prozessorientiert abgerechnet wird.¹²⁶⁷

¹²⁶² vgl. *Müller-Hengstenberg/Kirn*, NJW 2007, 2370, 2371 bilden das Beispiel eines Krankenhauses, das die computergestützte Analyse von Bildern aus der Radiologie dauerhaft an einen IT-Dienstleister auslagert, der diese Aufgabe in eigener Verantwortung ausführt.

¹²⁶³ *Müller-Hengstenberg/Kirn*, NJW 2007, 2370, 2371.

¹²⁶⁴ *Koch*, IT-Projekt recht, Rn. 601; *ders.*, ITRB 2001, 39, 41.

¹²⁶⁵ vgl. *Müller-Hengstenberg/Kirn*, NJW 2007, 2370, 2372.

¹²⁶⁶ *Gennen* in: *Redeker* (Hrsg.), *Handbuch der IT-Verträge*, Teil 1.17, Rn. 48; *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 77.

¹²⁶⁷ *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 77; vgl. auch OLG Koblenz NJW-RR 1999, 706.

Es ist damit von Fall zu Fall abzuwägen, ob die Gebrauchsüberlassung der Software oder die mit ihr erbrachten *Services* im Vordergrund des Interesses und der Schutzerwartungen des Anwenders stehen.¹²⁶⁸ Zeichnet allein der Anbieter für die Ergebnisse der Softwarenutzung verantwortlich, und besitzt er zugleich die alleinige Verfügungsmacht über die Datenverarbeitungsprozesse, handelt es sich schon nicht mehr um ein ASP-Geschäftsmodell im hier verstandenen Sinne, sondern um die dauerhafte Auslagerung einer betrieblichen Aufgabe und deren externer Beschaffung und damit um einen Fall des Business Process Outsourcing im oben beschriebenen Sinne.¹²⁶⁹ Hierbei richtet sich die vertragliche Typisierung in erster Linie nach der Einordnung der zu erbringenden Aufgabe als Dienst- oder Werkleistung, wobei man sich vor allem an der „Offline-Leistungserbringung“, also an dem Pendant des Geschäftsprozesses in der realen Welt orientieren kann. Für die im Rahmen des ASP erfolgende Softwarebereitstellung an sich scheidet eine werkvertragliche Einordnung dagegen regelmäßig aus; insoweit findet das Recht des Mietvertrages Anwendung.

(6) Verfügbarkeitsvertrag als Vertrag sui generis?

Nach Ansicht *Schoengarths*¹²⁷⁰ handelt es sich beim ASP-Vertrag um einen Vertrag *sui generis*, der je nach vertraglicher Ausprägung der Elemente Dauerschuldcharakter, Verfügbarkeit und Erfolgsabhängigkeit im Rahmen des konkret vereinbarten Leistungspakets unterschiedlich einzuordnen sein kann. Eine pauschale vertragstypologische Zuordnung scheitert schon an der Komplexität des Geschäftsmodells. Die Frage des auf den konkreten Fall anwendbaren Rechts richtet sich danach, wer die eigentliche Leistungshandlung vornehme und für den Erfolg einstehe, und welche Rolle die Bereithaltung der Infrastruktur dabei spiele. Von einem Werkvertrag sei demnach auszugehen, wenn der Provider selbst für das Erfolgsrisiko eintreten wolle, was zum einen der Fall sei, wenn die Parteien dies ausdrücklich vereinbarten, aber auch dann, wenn der Anbieter wegen seiner überlegenen Sachkunde oder tatsächlichen

¹²⁶⁸ *Müller-Hengstenberg/Kirn*, NJW 2007, 2370, 2372.

¹²⁶⁹ *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 77; so auch *Glossner* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 3, Rn. 76; teilweise wird in diesem Zusammenhang auch der Begriff des *Full Service Providers* verwendet, der nicht nur die IT-Infrastruktur des Kunden betreut, sondern auch Prozesse aus dessen Geschäftstätigkeit ganz oder teilweise übernimmt; hierunter seien z.B. E-Business-Lösungen einzuordnen, bei welchen der Anbieter den Webshop seines Kunden erstellt und betreibt (*Schoengarth*, ASP, S. 25 f.). Der Sache nach handelt es sich dabei allerdings um nichts anderes als Business Process Outsourcing im hier verstandenen Sinne.

¹²⁷⁰ *Schoengarth*, ASP, S. 65 f.

Herrschaft „Herr des Geschehens“ sei, z.B. wenn der Kunde nicht selbst die Ergebnisse der Datenverarbeitung hervorbringe. Beim Mietvertrag nehme der Kunde dagegen die Leistung selbst vor, der Anbieter stelle hierfür lediglich die Infrastruktur als Werkzeug zur Verfügung und stehe für deren Verfügbarkeit und Funktionstüchtigkeit ein.¹²⁷¹

Bei der konkreten vertraglichen Einordnung müsse darüber hinaus der Tatsache Rechnung getragen werden, dass neben der korrekten Erbringung der durch die Anwendung zu erzielenden Arbeitsergebnisse die permanente Verfügbarkeit des Programms für den Kunden eine wichtige Rolle spiele, die einer eigenen vertraglichen Würdigung bedürfe.¹²⁷² *Kloos/Wagner* haben hierfür den Begriff des „Verfügbarkeitsvertrages“ als eigenen Vertragstypus geprägt und verstehen darunter allgemein alle dauerhaften Vertragsbeziehungen, bei denen der Anbieter ständig, immer wieder oder gelegentlich seinem Kunden Inhalte oder Dienste zur Verfügung stellt. Typische Erscheinungsform sei auch das ASP.¹²⁷³ Unterschieden wird insoweit zwischen leistungsorientierten, bei denen die einzelnen Leistungsabrufe tatsächlich und rechtlich voneinander und von der bloßen Bereithaltung unterscheidbar sind, und bereitchaftsorientierten Verfügbarkeitsverträgen, bei denen die eigentliche Leistung in der Bereitschaft selbst besteht. Auf die dauerhafte Bereithaltung soll im Wesentlichen Mietrecht, auf die einzelnen Leistungsabrufe das jeweils einschlägige Vertragsrecht Anwendung finden.¹²⁷⁴

Nach Ansicht *Schoengarths* wird dieses Konstrukt des Verfügbarkeitsvertrags der Doppelnatur des ASP-Geschäftsmodells als Kombination aus Dauerschuldverhältnis und Einzelleistungen durch deren isolierte Betrachtung eher gerecht als die pauschale Anwendung des BGB-Mietrechts oder sonstiger BGB-Vertragstypen auf das gesamte Vertragsverhältnis. Beim ASP-Vertrag müssten der Rahmen der Leistungsbereitschaft und die einzelnen Abrufe konsequent auseinander gehalten werden.¹²⁷⁵ Die Bereithaltung der Anwendung sei dabei ein dem Bezugsvertrag verwandtes Dauerschuldverhältnis, das weder durch das Dienst- noch durch das Werkvertragsrecht vollständig erfasst werden könne. Vielmehr finde auf die Leistungsbereitschaft das Mietrecht entsprechende

¹²⁷¹ *Schoengarth*, ASP, S. 72.

¹²⁷² *Schoengarth*, ASP, S. 75.

¹²⁷³ *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865; vgl. dazu allgemein bereits oben D. II. 3. f.

¹²⁷⁴ vgl. *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 869 ff.

¹²⁷⁵ *Schoengarth*, ASP, S. 77.

Anwendung.¹²⁷⁶ Die Software selbst sei zwar nicht als Sache i.S.d. § 90 BGB anzusehen; da der Kunde jedoch in erster Linie an der Funktionsfähigkeit des Gesamtpakets interessiert sei, bilde die Anwendung zusammen mit der für den Betrieb erforderlichen Infrastruktur den Gegenstand eines einheitlichen, mietähnlichen Vertrages, auf den die §§ 535 ff. BGB prinzipiell Anwendung fänden.¹²⁷⁷ Die Zeiträume der tatsächlichen Nutzung der Anwendung durch den Kunden zur Erzielung eines bestimmten Ergebnisses erforderten dagegen eine gesonderte vertragstypologische Betrachtung. Beim ASP als leistungsorientiertem Verfügbarkeitsvertrag hebe sich – anders z.B. als beim Access Providing – die Einzelnutzung der Anwendung qualitativ von der generellen Bereitstellung des Zugangs ab.¹²⁷⁸ Für die jeweilige Leistungserbringung sei zumeist der Vertragstyp einschlägig, der für das „reale Pendant“ zur Anwendung komme, das durch den Einsatz der Software ersetzt werde.¹²⁷⁹

In Anwendung dieser Grundsätze sei beispielsweise bei der Nutzung einer elektronischen Fahrplanauskunft – u.U. sogar insgesamt und nicht nur bzgl. des einzelnen Leistungsabrufs – von einem Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter auszugehen, da die Erteilung der Auskunft im Vordergrund stehe und nicht die Nutzung der dazu eingesetzten Software.¹²⁸⁰ Die Einzelnutzung einer Standard-Office-Anwendung habe demgegenüber mietvertraglichen Charakter, der Kunde bleibe Herr des Geschehens und nutze die Software wie ein technisches Hilfsmittel. Leistungsbereitschaft und Leistungserbringung seien dabei Teil eines einheitlichen, mietähnlichen Vertrages.¹²⁸¹ Bei dem Betrieb einer E-Business-Komplettlösung bestehe ein komplexes Gefüge unterschiedlicher Vertragstypen: Bei der Nutzung einer Anwendung zur automatischen Erstellung eines elektronischen Katalogs nach vorheriger Eingabe von Rohdaten durch den Kunden komme z.B. Werkvertragsrecht zur Anwendung. Auf die Erstellung von Bestellbestätigungen oder Rechnungen durch die Anwendung könne Dienst- oder Werkvertragsrecht angewendet werden.¹²⁸²

¹²⁷⁶ *Schoengarth*, ASP, S. 77; vgl. auch *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 869 f.

¹²⁷⁷ *Schoengarth*, ASP, S. 78.

¹²⁷⁸ *Schoengarth*, ASP, S. 79.

¹²⁷⁹ vgl. *Schoengarth*, ASP, S. 72 f.; vgl. dazu auch *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 870 f.

¹²⁸⁰ *Schoengarth*, ASP, S. 80; da die Nutzung der Anwendung selbst – insbesondere aus Kundensicht – in den Hintergrund tritt, ist auch hier bereits zweifelhaft, ob es sich überhaupt noch um ein ASP-Geschäftsmodell handelt; näher liegt die Einordnung als Content Provider-Vertrag oder als Vertrag über die Nutzung einer Datenbank.

¹²⁸¹ *Schoengarth*, ASP, S. 80 f.

¹²⁸² *Schoengarth*, ASP, S. 81 f.

(7) Zwischenergebnis

Um zu einer sachgerechten Einordnung der Hauptleistungspflichten des ASP-Vertrages zu kommen, ist es unumgänglich, anhand der technischen Realisierung im Einzelfall und der wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten eine genaue Einstufung des jeweiligen Geschäftsmodells vorzunehmen. Ungenauigkeiten an dieser Stelle setzen sich nahtlos bei der vertragstypologischen Einordnung fort. So kann der Fall, dass mit Hilfe der Software bestimmte in der Verantwortung des Anbieters liegende Arbeitsergebnisse im Auftrag des Kunden erstellt werden (z.B. die Lohnbuchhaltung oder auch die Fahrplanauskunft), bereits aus dem ASP-Modell ausgeklammert werden. Es handelt sich nach hier vertretenem Verständnis um einen Fall des Business Process Outsourcing, das je nach Erfolgs- oder Tätigkeitsorientiertheit der geschuldeten Leistung als Werk- oder Dienstvertrag eingeordnet werden kann. Die Software ist hierbei nur Mittel zum Zwecke der Erreichung eines vom Anbieter zu verantwortenden Ergebnisses oder Dienstes. In der Auswahl der von ihm zu diesem Zweck eingesetzten Software ist der Provider regelmäßig frei. Geht es dem Kunden dagegen in erster Linie um die Nutzung der Funktionalitäten eines speziellen Programms (z.B. eines Online-Präsentationsprogrammes oder einer Kundenverwaltungssoftware), um damit eigenverantwortlich bestimmte Ergebnisse zu erzielen, handelt es sich um ein ASP-Geschäftsmodell im hier verstandenen Sinne.

Die Hauptleistungspflicht der dauerhaften Bereithaltung von Softwarefunktionalitäten unterliegt dabei nach fast einhelliger und richtiger Ansicht den mietrechtlichen Vorschriften. Die Software existiert bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, der ASP-Anbieter als Vermieter hatte (und hat auch weiterhin) selbst die Möglichkeit, ihre Funktionalitäten zu nutzen. Der Gegenstand der vertraglich geschuldeten Leistung wird also nicht erst zur Erfüllung einer *obligation de faire* im Zuge der Leistungserbringung neu geschaffen, sondern besteht bereits bei Vertragsschluss und wird aus der Sphäre des Leistenden in die des Leistungsempfänger transferiert.¹²⁸³ Dies grenzt den Mietvertrag vom Dienstvertrag ab. Unabhängig davon, ob man mit dem BGH in der Software eine Sache i.S.d. § 90 BGB oder ein Immaterialgut sieht und ob man in der Software und dem sie speichernden Server zwei verschiedene Vertragsgegenstände eines einheitlichen Mietvertrages oder ein einheitliches Mietobjekt sieht, werden die mietvertraglichen Regeln

¹²⁸³ vgl. *Wendehorst*, AcP Bd. 206 (2006), S. 205, 227 ff.

als sachgerechte Lösung eingestuft und daher zumindest entsprechend angewendet. Ob daneben für andere Leistungselemente des ASP auch Vorschriften eines anderen Vertragstyps zur Anwendung kommen, ist damit noch nicht entschieden und eine Frage der konkreten vertraglichen Ausgestaltung.

bb. Einheitliches Dauerschuldverhältnis

Zur Bestimmung des anwendbaren Mängelhaftungsrechts stellt sich darüber hinaus die Frage, ob der gesamte ASP-Vertrag als einheitliches Dauerschuldverhältnis oder lediglich als Rahmenvertrag zu qualifizieren ist, innerhalb dessen eine Vielzahl von Einzelverträgen über den jeweils konkreten zeitlichen Nutzungsabschnitt (Einzelmietverträge) oder das jeweilige Nutzungsergebnis (Einzeldienst- bzw. Einzelwerkverträge) geschlossen werden. In den Einzelleistungsabrufen des Nutzers liegen nach einer Ansicht Erfolgsmomente, die über das mietrechtliche Erfordernis der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch hinausgehen, so dass das Werkvertragsrecht insoweit nicht vollständig ausgeklammert werden könne.¹²⁸⁴ Die von *Schoengarth* insoweit gebildeten Beispiele zur Veranschaulichung der Doppelnatur des ASP¹²⁸⁵ zeigen aber bereits, dass eine schematische Auf- bzw. Zerteilung des ASP-Vertrages in einen Bereitschafts- und einen Leistungsteil den tatsächlichen Verhältnissen und Interessen der Parteien zumeist nicht gerecht wird. Diesen entspricht viel eher, einen einheitlichen Vertrag anzunehmen, der beide Aspekte – Bereitschaft und Einzelabrufe – abdeckt. Gerade bei zeit- bzw. nutzungsabhängiger Entgeltregelung ergibt die Vertragsauslegung unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien regelmäßig, dass es sich beim ASP-Vertrag um ein einheitliches Dauerschuldverhältnis handelt.¹²⁸⁶

Die Annahme von Einzelverträgen, die bei jedem neuen Abruf zustande kommen sollen, bewirkt eine künstliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebenssachverhalts. Die Parteien wollen gerade nicht für jede einzelne Nutzung einen neuen Vertrag abschließen, sondern die Nutzung der Software einheitlich und abschließend regeln.¹²⁸⁷ Eine vor der jeweiligen

¹²⁸⁴ *Schoengarth*, ASP, S. 59.

¹²⁸⁵ vgl. oben D. IV. 2. d. aa. (6).

¹²⁸⁶ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 567; *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 64; *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69, 71.

¹²⁸⁷ *Czychowski* in: Bröcker u.a. (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, § 13 Rn. 173; *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69, 71.

Einwahl erfolgende Anmeldung stellt keine rechtsverbindliche Willenserklärung des Kunden dar, sondern erfüllt lediglich eine Identifikationsfunktion und kann deshalb nicht als Argument für die Annahme von Einzelverträgen herangezogen werden.¹²⁸⁸ Die Einordnung als einheitliches Dauerschuldverhältnis liegt auch deshalb nahe, weil dem Nutzer jederzeit während der Vertragslaufzeit der Zugang zur Software zu gewähren ist, er also ein dauerhaftes Nutzungsrecht nach seiner beliebigen Verfügbarkeit besitzt.¹²⁸⁹ Wie bei den Bezugsverträgen über die Lieferung von Strom oder Gas trifft den Anbieter dementsprechend eine Pflicht zur permanenten Leistungsbereitschaft; der Anbieter leistet in diesem Sinne also auch dann, wenn die Software gerade nicht genutzt wird.¹²⁹⁰ Die Annahme eines Rahmenvertrages hätte für den Anwender den Nachteil, dass der Anbieter grundsätzlich nach seinem Belieben einen Vertragsschluss für die jeweilige Nutzung verweigern könnte, dem Anwender somit die Software im Ergebnis gerade nicht ständig zur Verfügung stünde.¹²⁹¹

Die Herstellung bzw. konkrete Nutzung der Einzelverbindungen über den funktionierenden Zugang liegt zudem bereits ganz im Bereich der eigenverantwortlichen Verwendung der Software durch den Kunden und kann daher keinen eigenständigen Erfolg i.S.d. Werkvertragsrechts darstellen.¹²⁹² Der Anwender nutzt die Software, als sei sie auf seinem eigenen System gespeichert. Eine werkvertragliche Qualifizierung des einzelnen Leistungsabrufs scheidet daher regelmäßig aus. Eine Differenzierung in zwei verschiedene Ebenen – der generellen Verfügbarkeit zum einen und des Einzelabrufs zum anderen – erscheint nicht sachgerecht und wird von der Rechtsprechung auch in anderen Fällen der Zugangsverschaffung nicht angenommen: Der BGH hat den Access Provider-Vertrag in Parallele zu den Telefonfestnetz- und Mobilfunkverträgen beispielsweise als einheitlichen Dienstvertrag angesehen.¹²⁹³ Diese Sichtweise ist auch für den ASP-Vertrag zu befürworten und wird dem Interesse und Willen der Vertragspartner regelmäßig gerecht. Im Ergebnis ist daher von einem einheitlichen Mietverhältnis auszugehen.¹²⁹⁴

¹²⁸⁸ Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69, 71 f.

¹²⁸⁹ Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69, 72.

¹²⁹⁰ vgl. Grüneberg in: Palandt, Überbl v § 311, Rn. 28.

¹²⁹¹ Gennen in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 64.

¹²⁹² vgl. Wendehorst, AcP Bd. 206 (2006), S. 205, 249 (Fn. 187) zum Telefonanschlussvertrag.

¹²⁹³ BGH NJW 2005, 2076.

¹²⁹⁴ Ein solches nimmt wohl auch der BGH in seiner Entscheidung zum ASP-Vertrag an, vgl. BGH CR 2007, 75 m. Anm. Lejeune.

cc. Leistungspflichten der Vertragsparteien

Neben der mietvertraglich einzuordnenden Hauptleistungspflicht zur Einräumung der Nutzungsmöglichkeit an der Software vereinbaren die Vertragsparteien regelmäßig noch eine Reihe weiterer Zusatzleistungen, deren rechtliche Typisierung zu klären ist, bevor auf das Verhältnis der einzelnen Leistungen zueinander eingegangen werden kann.

(1) Mietvertragliche Hauptleistungspflichten

Den Vermieter trifft gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB die Hauptleistungspflicht, dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Vertragsdauer in diesem Zustand zu erhalten. Der ASP-Provider ist dementsprechend verpflichtet, dem Kunden den Online-Zugang zu den Softwarefunktionalitäten während der Vertragslaufzeit zu ermöglichen und zu erhalten; der Anwender muss jederzeit auf die Software zugreifen und diese für seine Zwecke nutzen können.¹²⁹⁵ Eine Besitzeinräumung ist hierfür nicht erforderlich. Zur Überlassungs- und Erhaltungspflicht des Anbieters gehört, dass er das Computerprogramm ggf. zunächst beschafft, es anschließend auf seinem Server installiert und die Anlagen betriebsbereit hält, so dass der Nutzer auf die Anwendung ungestört zugreifen kann.¹²⁹⁶ Von dieser Hauptleistungspflicht umfasst sind auch die Bereitstellung der zum Ablaufenlassen der Software erforderlichen Serverkapazitäten und Betriebssysteme.¹²⁹⁷ Zur Verschaffung des Zugangs gehört im Rahmen der Überlassungspflicht auch die Einrichtung und permanente Unterhaltung einer funktionsbereiten Schnittstelle des Anbieters zum Internet oder zum VPN. Für eine erfolgreiche Datenübermittlung bis zur Schnittstelle des Nutzers ist der Provider vorbehaltlich einer anderweitigen Vereinbarung dagegen nicht verantwortlich.¹²⁹⁸

Treten Mängel an der Hard- und/oder Software des Providers auf, so hat dieser im Rahmen seiner gesetzlichen Erhaltungspflicht für die Mängel während der gesamten Vertragslaufzeit einzustehen. Die Gebrauchserhaltungspflicht umfasst generell die Pflicht

¹²⁹⁵ Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69, 72; Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 730.

¹²⁹⁶ Gennen in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 37.

¹²⁹⁷ Bettinger/Scheffelt in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 13.

¹²⁹⁸ Schoengarth, ASP, S. 86.

zur Instandhaltung und zur Instandsetzung der Mietsache. Zur Instandhaltung gehören dabei alle Maßnahmen zur Sicherung des vertragsgemäßen Zustands der Mietsache. Unter die Instandsetzung wiederum fällt die Wiederherstellung des vertragsgemäßen Zustands durch die Beseitigung von aufgetretenen Mängeln.¹²⁹⁹ Ist die Software dazu bestimmt, dass der Kunde mit ihr bestimmte Dokumente erstellt, die er gegenüber Dritten, z.B. Behörden oder zentralen Abrechnungsstellen, verwenden will, kann zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache auch gehören, dass der Dritte diese mit der Software erstellten Unterlagen akzeptiert. So hat der BGH ausgeführt, dass ein Fehler der vermieteten Datenverarbeitungsanlage vorliege, ohne dass ein Fehler in der Funktion der Anlage selbst feststellbar sei, wenn es zum vertragsgemäßen Gebrauch gehöre, dass mit ihr Unterlagen für die Abrechnung gegenüber einem Dritten (im entschiedenen Fall Krankenscheinaufkleber) erstellt werden und der Dritte (Krankenkassen-Vereinigung) die Verwendung der Unterlagen aus formalen Gründen ablehnt. Der Fehlerbegriff sei insoweit nicht auf Eigenschaften beschränkt, die der Mietsache selbst anhafteten, sondern es komme auf die Tauglichkeit der Mietsache zu dem vertragsgemäßen Gebrauch an, zu dem auch die Abrechnungsfähigkeit der Aufkleber gehöre.¹³⁰⁰ Folgt man dieser Argumentation, verschwimmen jedoch die Grenzen zum Werkvertragsrecht: Der Vermieter übernimmt gegenüber dem Mieter gerade keine Verpflichtung, für einen bestimmten – über die Gebrauchsgewährung hinausgehenden Erfolg – einzustehen; der Mieter ist vielmehr selbst für die Ergebnisse der Nutzung des Mietgegenstandes verantwortlich. Sachgerechter erscheint es daher, im vorliegenden Fall die Grundsätze zur Störung bzw. zum Wegfall der Geschäftsgrundlage anzuwenden.

Der ASP-Anbieter kann seiner mietvertraglichen Erhaltungspflicht im Wesentlichen durch Nachbesserung der Software oder Lieferung von Updates nachkommen. Die Erhaltungspflicht beinhaltet dabei – auch ohne ausdrückliche Abrede der Vertragsparteien – neben der Pflicht zur Sicherung der Gebrauchstauglichkeit der Software auch die Pflicht zur Instandsetzung und Instandhaltung der mitvermieteten Hardware.¹³⁰¹ Im Übrigen fragt sich, ob den Anbieter nur die Verpflichtung trifft, die Software auf dem im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden technischen Stand zu erhalten, oder ob ihn eine allgemeine Aktualisierungspflicht trifft, wenn diese von den Parteien im Vertrag nicht ausdrücklich

¹²⁹⁹ *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, § 535 Rn. 220; *Weidenkaff* in: *Palandt*, § 535 Rn. 38.

¹³⁰⁰ BGH NJW 1982, 696.

¹³⁰¹ *Bettinger/Scheffelt* in: *Spindler* (Hrsg.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil XI, Rn. 89.

vereinbart wurde.¹³⁰² Nach überwiegender Ansicht schuldet der Provider die Zurverfügungstellung der aktuellsten Programme einschließlich aller Updates und Upgrades nur dann, wenn dies ausdrücklich zwischen den Parteien vereinbart wurde. Es trifft ihn also grundsätzlich keine allgemeine Modernisierungspflicht.¹³⁰³ Mangels anderweitiger vertraglicher Regelung ist der Anbieter lediglich dazu verpflichtet, die Software auf dem technischen Stand zu halten, der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses galt. Programme, die zwar veraltet und technisch überholt sind, aber noch fehlerfrei arbeiten, sind daher nicht mangelhaft.¹³⁰⁴ Im Fall einer entsprechenden Vereinbarung gehört die Aktualisierung der Software zur Hauptleistungspflicht des ASP-Vertrages.¹³⁰⁵

Auch ohne vertragliche Regelung ist die Überlassung einer Benutzerdokumentation Teil der Hauptleistungspflicht des Anbieters von Software.¹³⁰⁶ Die diesbezüglichen Grundsätze der Rechtsprechung zum Kauf und zur Erstellung von Software lassen sich im Wesentlichen auf das ASP-Geschäftsmodell übertragen.¹³⁰⁷ Der ASP-Provider muss dementsprechend dem Anwender als Teil seiner Hauptleistungspflicht – zumindest online, z.B. als gesonderte Datei – ein ausreichendes Handbuch zur Verfügung stellen und ihm die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit des Ausdrucks der Dokumentation verschaffen.¹³⁰⁸ Da der ASP-Vertrag zum einen online erfüllt wird und der Kunde zum anderen das Programm nur zeitweise gemietet hat, ist ein Online-Handbuch mit der Möglichkeit des Ausdrucks ausreichend und es muss dem Kunden nicht zusätzlich auch noch ein gedrucktes Exemplar zur Verfügung gestellt werden.¹³⁰⁹ Mangels Installation des Programms auf dem Rechner des Nutzers können auch bei Art und Umfang der Dokumentation Abstriche gemacht werden. Erforderlich ist nur die Dokumentation, die es den Anwendern ermöglicht, das Programm zu bedienen. Nicht erforderlich sind dementsprechend Installationshinweise oder gar die Überlassung des Quellcodes.¹³¹⁰

¹³⁰² vgl. *Witzel*, ITRB 2002, 183, 185.

¹³⁰³ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 991; *Schoengarth*, ASP, S. 108; vgl. auch *Weidenkaff* in: Palandt, § 535 Rn. 39.

¹³⁰⁴ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 91.

¹³⁰⁵ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 38; vgl. zur Verpflichtung des Kunden zur Abnahme vergütungspflichtiger neuer Versionen der Anwendung *Schoengarth*, ASP, S. 176 ff.

¹³⁰⁶ BGH CR 1993, 203, 204; BGH CR 1993, 681, 683; *Söbbing* in: Söbbing, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 117.

¹³⁰⁷ *Schoengarth*, ASP, S. 97.

¹³⁰⁸ *Müller/Bohne*, Providerverträge, S. 135; *Czychowski* in: Bröcker u.a. (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, § 13 Rn. 161; *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 184; *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69, 72.

¹³⁰⁹ *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 765; *Schoengarth*, ASP, S. 97; *Fallenböck/Trappitsch*, M&R 2002, 3, 6.

¹³¹⁰ *Alpert*, CR 2000, 345, 350; zur Frage, in welcher Sprache die Benutzerdokumentation vorliegen muss, vgl. *Schoengarth*, ASP, S. 99.

Die Vergütung als Hauptleistung des Anwenders (§ 535 Abs. 2 BGB) wird regelmäßig als monatliche Pauschale entrichtet. Das Entgelt kann daneben oder stattdessen auch von der Häufigkeit oder Intensität der Programmnutzung oder auch von bestimmten Erfolgskriterien abhängen.¹³¹¹ In der Vertragspraxis üblich sind Abrechnungen nach dem übertragenen Datenvolumen, der in Anspruch genommenen Rechnerzeit oder nach der Anzahl der Zugriffe oder Transaktionen.¹³¹²

(2) Ergänzende Leistungspflichten des Anbieters und ihre Typologisierung

Das Einräumen der Nutzungsmöglichkeit an der Software ist häufig nur eine von mehreren, wenn auch die zentrale Leistungspflicht des Anbieters. Neben dieser mietvertraglichen Kernleistung und den weiteren damit zusammenhängenden Hauptleistungspflichten erbringt der Anbieter häufig weitere mit der Programmnutzung im Zusammenhang stehende Dienstleistungen als Nebenpflichten. Mitunter übernimmt der Anbieter auch die Erstellung oder den Kauf der mittels ASP zu überlassenden Software; für die Vertragstypologie gelten insoweit die oben dargestellten Grundsätze. Aufgrund der Bandbreite möglicher Leistungspflichten des Anbieters empfiehlt sich eine systematische Einteilung in drei typische Leistungskomplexe: zum einen die Online-Bereitstellung der Anwendungssoftware auf dem Server des Anbieters als zentrales Element des ASP; daneben die Netzanbindung und die Zurverfügungstellung von Speicherplatz, auf dem der Kunde seine Daten speichern kann; sowie die Bereitstellung sonstiger flankierender *Services*, deren Erbringung keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Softwarenutzung an sich hat.¹³¹³

(a) Anbindung an das Internet

Die Bereitstellung einer Internet-Verbindung als Access Provider schuldet der ASP-Anbieter nur dann, wenn die Parteien es vertraglich ausdrücklich vereinbaren. Ist dies ausnahmsweise der Fall, kann man in der Bereitstellung des Netzzugangs eine Hauptleistungspflicht des Anbieters sehen, da der Kunde ohne Internetanbindung die

¹³¹¹ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 557.

¹³¹² *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 82.

¹³¹³ ähnlich *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 27 und *Witzel*, ITRB 2002, 183.

vertragsgegenständliche Software regelmäßig nicht nutzen kann. Für die Leistungen des Access Providers werden sowohl die vertragstypologische Einordnung als Dienst- und Werkvertrag, als auch eine Kategorisierung als Mietvertrag vertreten. Nach dem Modell von *Kloos/Wagner* handelt es sich beim Access Providing um einen bereichsorientierten Verfügbarkeitsvertrag, bei dem sowohl Leistungsbereitschaft als auch konkrete Leistungserbringung einheitlich nach Mietrecht zu beurteilen sind. Die Infrastruktur des Providers stehe stärker im Vordergrund als bei typischen Dienstleistungen und könne deshalb nicht als bloßes Werkzeug qualifiziert werden, so dass eine Annäherung an die Sachmiete stattfindet.¹³¹⁴

Dagegen wird zu Recht eingewandt, dass auch etwa beim Spediteurvertrag der Schwerpunkt der vertragstypischen Leistungen nicht in der Nutzung des Transportmittels (z.B. des LKW als Mietsache) liegt, sondern in der Transportleistung selbst. Allein die faktische Inanspruchnahme einer Sache (hier der Hardware des Providers) zur Erfüllung der vertraglichen Hauptleistungspflicht (hier der Transport von Daten) führt nicht zur Annahme eines Mietvertrages. Die gegenteilige Auffassung ignoriert die zugrunde liegende Technik und berücksichtigt nicht ausreichend, dass es dem Kunden allein auf den Transport seiner Daten – egal mit welchen Mitteln – ankommt.¹³¹⁵ Da der Telekommunikationsvertrag insgesamt eine „gewisse Abgehobenheit von den Gesetzestypen des BGB“ aufweise, weder das reine Bemühen des Dienstvertragsrechts noch die Erfolgshaftung des Werkvertrags den Parteiwillen auch nur einigermaßen adäquat erfassen könnten, handelt es sich nach Auffassung *Schusters* um einen Vertrag *sui generis*, der sich aus Modulen der BGB-Vertragstypen zusammensetzt.¹³¹⁶

Nach der Entscheidung des BGH zum Access Providing ist die Vereinbarung über die Verschaffung des Zugangs zum Internet – also das reine Access Providing ohne zusätzliche flankierende Leistungen – dagegen als Dienstvertrag einzuordnen.¹³¹⁷ Es geht in erster Linie nicht um die zeitweise Nutzbarmachung von Rechenkapazitäten des Anbieters, sondern um die Durchleitung von Daten. Der Provider schulde dabei

¹³¹⁴ vgl. *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 871 f.

¹³¹⁵ vgl. *Schuster*, CR 2006, 444, 450.

¹³¹⁶ *Schuster*, CR 2006, 444, 450 in Anlehnung an *Bartsch*, CR 2000, 3 ff.; vgl. zum modularen Ansatz allgemein bereits oben D. II. 3. d.

¹³¹⁷ BGH NJW 2005, 2076; so auch schon *Spindler* in: *Spindler* (Hrsg.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil IV, Rn. 93 für den Fall eines zeitabhängigen Vergütungsmodells: Dienstvertrag, aber „dem Werkvertrag angenähert“; *Härtling*, CR 2001, 37, 38.

angesichts der technischen Unwägbarkeiten im Internet nur die Bereithaltung des Anschlusses und das sachgerechte Bemühen um die Herstellung einer Verbindung, so dass kein Werkvertrag angenommen werden könne. In Parallele zu den Telefonfestnetz- und Mobilfunkverträgen¹³¹⁸ sei der Access Provider Vertrag vielmehr als Dienstvertrag einzustufen.¹³¹⁹

(b) Data Hosting und Data Warehousing

Das ASP-Leistungsspektrum kann auch den vollständigen Betrieb eines Rechenzentrums, d.h. die Bereithaltung von Speicherplatz, inklusive der entsprechenden Support-Leistungen sowie der Sicherung und Pflege der Daten des Anwenders (*Data Hosting*) umfassen, u.U. auch die Erstellung und Pflege entsprechender Datenbanken (*Data Warehousing*).¹³²⁰ Das Data Hosting ist im Ergebnis identisch mit der Kernleistung des oben beschriebenen IT-Outsourcing und folgt vertragsrechtlich denselben mietrechtlichen Regeln. Data Warehouses ermöglichen den Abruf und die Aufbereitung der Daten nach bestimmten Kriterien. Im Rahmen des Datawarehousing übernimmt der Provider über das reine Speichern der Daten hinaus regelmäßig die Einführung und Pflege der Datenbankstruktur, die Untersuchung der Informationskriterien sowie die Datenbankarchitektur und die Zugriffssteuerung, d.h. alle Bereiche des Wissensmanagements.¹³²¹ Abhängig davon, ob die Parteien das Erreichen eines konkreten Erfolges vertraglich vereinbart haben oder nicht, kommt insoweit entweder Werk- oder Dienstvertragsrecht zur Anwendung. Wissen die Parteien bei Vertragsschluss noch nicht, welche konkrete Struktur die zu erstellende Datenbank haben wird, kann auf die Leistung des Anbieters allenfalls Dienstvertragsrecht Anwendung finden, da ein konkreter Erfolg vertraglich nicht definiert ist.¹³²² Je nach vertraglicher Ausgestaltung kann es sich bei diesen Leistungen im Rahmen des ASP-Vertrages auch um vertragliche Hauptleistungspflichten handeln.

¹³¹⁸ vgl. zu den Gemeinsamkeiten *Schuster*, CR 2006, 444, 447.

¹³¹⁹ BGH NJW 2005, 2076; kritisch *Schuster*, CR 2006, 444, 448: Die Einstufung als Dienstvertrag sei ungeeignet, weil sie – überspitzt formuliert – jegliche Haftung und Gewährleistung des TK-Anbieters vermeide.

¹³²⁰ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 558; *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69, 70.

¹³²¹ *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69, 73 f.

¹³²² *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69, 74.

Den Anbieter trifft die zentrale Pflicht, die Daten des Anwenders vor dem unberechtigten Zugriff Dritter – insbesondere auch der anderen Kunden des Anbieters – durch geeignete Maßnahmen zu schützen. Er hat im Falle des Zugriffs über das Internet nach dem jeweiligen Stand der Technik einen wirksamen Schutz gegen Hacker und vor Datenverlust durch das Eindringen von Computerviren zu gewährleisten (z.B. durch Verwendung stets aktuell gehaltener Firewalls), wenn er sich nicht schadensersatzpflichtig machen will.¹³²³ Dies gilt auch bei der Vereinbarung reiner Datahosting-Leistungen des Anbieters.¹³²⁴ Für den Kunden empfiehlt es sich zudem, in den ASP-Vertrag Regelungen aufzunehmen, die ihm nach Vertragsende einen Anspruch auf Herausgabe aller Daten und Datenbanken in verwertbarer Form bzw. entsprechende Lösungsansprüche gegen den Provider einräumen.¹³²⁵

Verwaltet und verarbeitet der ASP-Anbieter personenbezogene Daten für den Nutzer, liegt hierin eine Auftragsdatenverarbeitung i.S.d. § 11 BDSG, wenn der Anbieter die Daten nur im Rahmen der Weisungen seines Kunden verarbeiten und nutzen darf, die eigentliche Datennutzung also beim Kunden verbleibt und der Anbieter lediglich die technische Ausführung des Auftrags verrichtet. In diesem Fall ist der Kunde selbst für die Einhaltung der Bestimmungen des Datenschutzes verantwortlich.¹³²⁶ Keine Auftragsdatenverarbeitung liegt dagegen vor, wenn eine sog. Funktionsübertragung stattfindet, d.h. der Anbieter Aufgaben oder Geschäftsprozesse des Kunden übertragen erhält und dann insoweit für eigene Zwecke und in eigener Verantwortung tätig wird.¹³²⁷ Beim ASP wird aber im Regelfall eine Datenverarbeitung im Auftrag anzunehmen sein, da der Anbieter keinerlei Entscheidungsbefugnis über das „Wie“ der Verwendung der Daten hat, sondern lediglich die IT-technische Durchführung der Kundenaufgaben ermöglicht und unterstützt.¹³²⁸

¹³²³ *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 770.

¹³²⁴ vgl. *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 771 f.

¹³²⁵ zu beachten ist dabei, dass dem Anbieter als Datenbankhersteller Rechte aus § 87b UrhG zustehen können; vgl. dazu *Schoengarth*, ASP, S. 196 f.

¹³²⁶ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 573.

¹³²⁷ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 144; im Einzelnen vgl. *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 774 ff. und *Röhrborn/Sinhardt*, CR 2001, 69, 74 f.; für weitergehende Details sei auf das Spezialschrifttum zum Datenschutzrecht verwiesen, z.B. *Gola/Schomerus*, BDSG, 9. Auflage 2007.

¹³²⁸ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 144; *Niedermeier/Damm*, RDV 2001, 213, 214; zu den datenschutzrechtlichen Pflichten des Anbieters im Hinblick auf die personenbezogenen Daten des Kunden, die im Rahmen der Inanspruchnahme der ASP-Dienste anfallen, wie z.B. Nutzungs- und Abrechnungsdaten, vgl. ausführlich *Niedermeier/Damm*, RDV 2001, 213, 214 ff.

(c) Flankierende Dienstleistungen

Zu den flankierenden Dienstleistungen, die bei entsprechender Vereinbarung zwar Bestandteil des Leistungsumfangs des ASP sein können, jedoch regelmäßig nicht typenprägend sein werden, gehören z.B. – in engem Zusammenhang mit der Softwarenutzung – die Aktualisierung und Pflege der Software mittels Lieferung von Updates oder Upgrades sowie die Systemintegration, das Customizing bzw. die Parametrisierung der Anwendung, Hotline-/Helpdesk-Services oder sonstige Beratungs- und Schulungsleistungen.¹³²⁹ Daneben kommt insbesondere noch das Bereitstellen und Einrichten der Client-Software auf dem Kundensystem in Betracht.¹³³⁰

Da im Rahmen des ASP üblicherweise Standardprogramme zur Verfügung gestellt werden, beschränkt sich das anbieterseitige Anpassen der Software an die Kundenbedürfnisse in der Regel auf die Einstellung der Programmparameter. Solche Anpassungen erfordern keinen Eingriff in den Programmcode, sondern erfolgen durch das Einstellen von vorhandenen, im Programm also bereits angelegten Parametern, z.B. bei der individuellen Gestaltung der Benutzeroberfläche. Aufgrund des geringen Anteils am Wert der Gesamtleistung kann es sich bei diesem Customizing um eine mietvertragliche Nebenpflicht aus § 535 Abs. 1 BGB handeln.¹³³¹ Daneben kommt aber auch die Einordnung als selbständiger Dienst- oder Werkvertrag in Betracht. Die Einrichtung von Hotline-Services und die Schulung von Mitarbeitern des Kunden sind regelmäßig dienstvertraglich zu beurteilen, da insofern kein konkreter Erfolg, sondern nur unterstützende Tätigkeiten zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden.

dd. Der ASP-Vertrag als Typenkombinationsvertrag

Nach der Identifizierung und vertragstypologischen Einordnung der unterschiedlichen üblicherweise „unter dem gemeinsamen Dach des ASP“ erbrachten Leistungen bleibt damit noch zu klären, in welchem Verhältnis die einzelnen vertraglichen Pflichten zueinander stehen, insbesondere ob die ergänzenden Leistungen der mietvertraglichen

¹³²⁹ vgl. *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 731; *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 84; *Klimek*, K&R 2002, 633, 636.

¹³³⁰ vgl. *Koch*, ITRB 2001, 39.

¹³³¹ vgl. *Schoengarth*, ASP, S. 114.

Typisierung der Primärpflicht folgen. Bedeutung erlangt diese Frage vor allem dann, wenn Störungen aus flankierenden Leistungsbereichen dazu führen, dass der Kunde die Software nicht oder nicht wie vereinbart nutzen kann. Sähe man in dem ASP-Vertrag einen Typenverschmelzungsvertrag, würde dieser grundsätzlich einheitlich nach Mietrecht behandelt, da die wesentliche Leistung in der entgeltlichen Gebrauchsüberlassung der Software besteht. Einzelne Vorschriften der anderen Vertragstypen kämen – direkt oder analog – nur insoweit zur Anwendung, als sie dem Mietrecht nicht widersprechen.¹³³² In dem vom BGH entschiedenen Fall lag die Leistungsstörung in der Überlassung einer angeblich mangelhaften Software, so dass der BGH keinen Anlass hatte, zum Verhältnis der einzelnen Leistungselemente im Detail Stellung zu nehmen. Er hat insoweit nur kurz festgestellt, dass es sich beim ASP-Vertrag um einen „zusammengesetzten Vertrag“ handele.¹³³³

(1) Anwendung der Kombinationstheorie

Als Leistungsbestandteile des ASP-Vertrages werden – wie bereits ausgeführt – neben der Überlassung der auf dem Server des Anbieters gespeicherten Software regelmäßig die Datenübertragung, -speicherung, -sicherung und -verarbeitung, die Hardwarewartung und Softwarepflege, die Beratung, Schulung und Einweisung des Personals des Anwenders sowie Hotline- oder Helpdesk-Leistungen vereinbart. Diese flankierenden Dienste können zwischen den Parteien grundsätzlich als Haupt- oder als Nebenleistung vereinbart werden. Da die einzelnen Teilleistungen für die Parteien nur in ihrer Gesamtheit ein sinnvolles Ganzes ergeben, bilden alle gebündelten Leistungen nach überwiegender Ansicht in der Literatur einen typenkumulierten Vertrag¹³³⁴, bei dem – da sich die einzelnen Leistungsbestandteile meist unproblematisch bestimmen und trennen ließen und dementsprechend jede Leistung auch ohne die andere erbracht werden könne –

¹³³² vgl. *Weidenkaff* in: Palandt, Einf v § 535, Rn. 36.

¹³³³ BGH CR 2007, 75, 76 m. Anm. *Lejeune*.

¹³³⁴ Die Begrifflichkeiten sind z.T. unterschiedlich, meinen aber im Wesentlichen das Gleiche: *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69, 70 sprechen von einem gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten und deshalb atypischen Vertrag in Form eines Kombinationsvertrages; *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn 15, *Müller/Bohne*, Providerverträge, S. 129; *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 731, *Klimek*, K&R 2002, 633, 636 und *Witzel*, ITRB 2002, 183, 184 von einem Typenkombinationsvertrag; *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 84 von einem Mischvertrag in der Unterform des Kombinationsvertrages; im letzteren Sinne auch *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 80 und *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 31; *Söbbing* in: Söbbing, Handbuch IT-Outsourcing, Rn. 116 von einem zusammengesetzten oder auch typenkumulierten Vertrag; *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 41 und *Jörg* in: Jörg/Arter (Hrsg.), Internet-Recht und IT-Verträge, S. 294 sprechen allgemein von einem gemischten Vertrag.

zunächst jede Vertragspflicht getrennt nach den für sie jeweils zutreffenden Vorschriften zu beurteilen sei (sog. Kombinationstheorie).¹³³⁵

Der BGH geht dagegen von einem zusammengesetzten Vertrag aus, bei dem ebenfalls jeder Vertragsteil nach dem Recht des auf ihn einschlägigen Vertragstypus zu beurteilen ist, soweit dies nicht im Widerspruch zum Gesamtvertrag steht.¹³³⁶ Während beim zusammengesetzten Vertrag mehrere durch den Parteiwillen verbundene, aber gedanklich voneinander trennbare Vereinbarungen vorliegen, verbindet der gemischte Vertrag Bestandteile verschiedener Typen derart, dass sie nur in ihrer Gesamtheit ein sinnvolles Ganzes ergeben. Die Grenze zwischen zusammengesetztem und typengemischtem Vertrag ist jedoch fließend.¹³³⁷ Falls man in Anwendung der Kombinationstheorie im Ergebnis davon ausgehen kann, dass auch bei Annahme eines typengemischten Vertrages jede Leistung jeweils nach dem Recht des für sie einschlägigen Vertragstyps zu behandeln ist, kann letztlich dahinstehen, ob es sich beim ASP um einen typenkombinierten oder zusammengesetzten Vertrag handelt.¹³³⁸

Die Anwendung der Kombinationstheorie auf den typengemischten Vertrag führt bei der Beurteilung von Leistungsstörungen dazu, dass nicht zwingend auf das Recht der Hauptleistung – also beim ASP nach überwiegender Ansicht auf die mietrechtlichen Vorschriften – abgestellt, sondern je nach vertragstypologischer Einordnung der konkret verletzten Leistungspflicht das Recht sämtlicher einschlägiger Vertragstypen berücksichtigt wird.¹³³⁹ Jede selbständige Leistungskomponente muss also dem jeweils passenden Vertragstyp zugeordnet und grundsätzlich dessen besonderen Regelungen unterworfen werden.¹³⁴⁰ Den Schwerpunkt des ASP-Vertrages bildet insoweit die mietvertragliche Komponente der Nutzungseinräumung an der Hard- und Software, zu welcher je nach individueller vertraglicher Regelung der zusätzlichen

¹³³⁵ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 568; *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 42; *Röhrborn/Sinhardt*, CR 2001, 69, 70; *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 731; *Witzel*, ITRB 2002, 183, 184; a.A. *Jörg* in: *Jörg/Arter* (Hrsg.), Internet-Recht und IT-Verträge, S. 294 f. (zum schweizerischen Recht): Die Anwendung der Kombinationstheorie führe zu einer Zerstückelung des Sachverhaltes, wodurch die innere Einheit des Vertragsgefüges aufgelöst werde; dies könne zu unbilligen Lösungen führen. Letztlich habe der Richter nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragsergänzung die Lücke zu füllen.

¹³³⁶ BGH CR 2007, 75, 76 m. Anm. *Lejeune*.

¹³³⁷ *Grüneberg* in: Palandt, Überbl v § 311, Rn. 19; vgl. dazu allgemein bereits oben D. II. 2. a.

¹³³⁸ vgl. *Pohle/Schmeding*, Anm. zum Urteil des BGH vom 15.11.2006, XII ZR 120/04, K&R 2007, 385, 386.

¹³³⁹ *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 731; *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 84; *Klimek*, K&R 2002, 633, 636 (Fn. 35).

¹³⁴⁰ *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 84; *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 80; *Witzel*, ITRB 2002, 183, 184; *Klimek*, K&R 2002, 633, 636.

Leistungskomponenten überwiegend dienst- und werkvertraglich ausgestaltete Pflichten hinzukommen.¹³⁴¹ Der ASP-Vertrag steht damit bei Anwendung der Kombinationstheorie insgesamt unter unterschiedlichen vertragsrechtlichen Regimen.¹³⁴² Kollidieren die unterschiedlichen gesetzlichen Vorschriften der jeweils anzuwendenden Vertragstypen, kommt nach der Dogmatik der gemischten Verträge im Zweifel das beim ASP den rechtlichen und wirtschaftlichen Schwerpunkt der Softwarebereitstellung und -haltung abbildende Mietvertragsrecht zur Anwendung.¹³⁴³

(2) Differenzierung nach Leistungsschwerpunkten

Von einer tendenziell engeren Bindung der einzelnen Leistungsteile scheinen dagegen *von Westerholt/Berger*¹³⁴⁴ auszugehen: ASP-Verträge seien regelmäßig dahingehend auszulegen, dass die verschiedenen Leistungskomponenten miteinander stehen und fallen sollen und somit eine rechtliche Einheit bildeten. Die einzelnen Leistungsbestandteile seien so eng miteinander verknüpft, dass sie nur zusammen ein sinnvolles Ganzes ergäben.¹³⁴⁵ Aus der Auslegung des Vertrages im Einzelfall kann zudem folgen, dass ausnahmsweise die Softwarebereithaltung das allein dominierende Element darstellt und deshalb ein typischer Vertrag mit andersartiger Nebenleistung vorliegt, bei dem das Recht der Hauptleistung auch für die Nebenleistungen maßgeblich ist.¹³⁴⁶ Zum anderen kommt auch eine Verschmelzung der Softwareüberlassung mit den ergänzenden Leistungspflichten zu einem einheitlichen Vertrag in Betracht; auch diese Auslegung hätte die grundsätzliche Anwendbarkeit des Mietvertragsrechts auf die flankierenden Leistungsbestandteile zur Folge.

Nach Ansicht *Schoengarths*¹³⁴⁷ werde jedenfalls eine pauschale Qualifikation aller Leistungsbestandteile als Typenkombinationsvertrag der Vielschichtigkeit des ASP-Modells nicht gerecht und führe für den Kunden zu Rechtsunsicherheiten bei der Beurteilung einzelner Leistungsstörungen und deren Ursachen und Folgen. Der Kunde

¹³⁴¹ *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69, 76; *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 84 f.

¹³⁴² *Gennen* in: *Redeker* (Hrsg.), *Handbuch der IT-Verträge*, Teil 1.17, Rn. 42.

¹³⁴³ *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 80.

¹³⁴⁴ *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 84.

¹³⁴⁵ so auch *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 31; *Koch*, IT-Projektrecht, Rn. 590; *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 80.

¹³⁴⁶ *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 32; *Glossner* in: *Bräutigam* (Hrsg.), *IT-Outsourcing*, Teil 3, Rn. 23.

¹³⁴⁷ *Schoengarth*, ASP, S. 39.

habe keinen Einblick in die „Welt hinter der Steckdose“. Das Verhältnis der einzelnen Leistungen zueinander bedürfe vielmehr einer differenzierten Betrachtung im Einzelfall: Bei Leistungen, die eng mit der Verfügbarkeit der Anwendung zusammenhängen, komme eine Typenverschmelzung mit der Softwarenutzung in Betracht. Je verschiedener und unabhängiger eine Zusatzleistung jedoch von der Softwarenutzung sei, desto eher liege eine Typenkombination statt einer Verschmelzung vor.

Tatsächlich sind die verschiedenen Leistungen im Rahmen des ASP so eng miteinander verknüpft, dass es sich im Regelfall jedenfalls nicht um die schlichte Verbindung rechtlich selbständiger Verträge handelt, die technisch unterschiedliche Gegenstände regeln.¹³⁴⁸ Nach Meinung *Schoengarths* sind die Pflicht zur Bereithaltung der Anwendung und der hierzu erforderlichen Hardware sowie etwaige Fehlerbeseitigungsmaßnahmen im Rahmen der Softwarepflege beim ASP nicht nur funktional, sondern auch rechtlich zu einem Verfügbarkeitsvertrag verbunden. Da die Leistungsbereiche der Verfügbarkeit der Anwendung und ihrer Pflege wegen der Pflicht des Vermieters zur Fehlerbeseitigung aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB „ineinander verschwimmen“, sei von einem einheitlichen mietrechtlichen Rahmen für die Leistungsbereitschaft auszugehen. Softwarenutzung und Pflegeleistungen bildeten, soweit allein die Verfügbarkeitsebene betroffen sei, also einen Typenverschmelzungsvertrag mit der Folge einer einheitlichen mietrechtlichen Behandlung beider Bereiche nach dem Absorptionsprinzip. Sei die Verfügbarkeit der Anwendung im Ganzen beeinträchtigt, komme damit auch für die entsprechende Fehlerbeseitigung Mietrecht zur Anwendung. Stehe die Anwendung dagegen dem Kunden zwar zur Verfügung, könne aber nicht ordnungsgemäß genutzt werden, sei also die Ebene der konkreten Leistungserbringung betroffen, könne je nach Art der Anwendung und der mit ihr zu bearbeitenden Aufgabe Miet-, Werk- oder Dienstvertragsrecht für die Fehlerbeseitigung einschlägig sein.¹³⁴⁹

Die weiteren flankierenden Leistungen seien – so *Schoengarth* – dagegen aufgrund der technischen Gegebenheiten und unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung selbständig zu behandeln und stünden folglich zur Bereitstellung der Software im Verhältnis eines Typenkombinationsvertrages. Dies gelte vor allem für das Access Providing, das Data Hosting und Warehousing, das Customizing, Hotline-Services und

¹³⁴⁸ vgl. auch *Schoengarth*, ASP, S. 130 f.

¹³⁴⁹ *Schoengarth*, ASP, S. 135 f..

Schulungen.¹³⁵⁰ Insbesondere zwischen der Softwarebereithaltung und dem Access Providing sei trotz der strukturellen Parallelen, was den Vertragsgegenstand der Verfügbarkeit einer Infrastruktur betreffe, keine „funktionelle Verschmelzung“ anzunehmen. Der Inhalt der beiden Leistungen sei begrifflich trennbar und könne mit „Bereitstellung einer Anwendung“ einerseits sowie „Schaffung und Aufrechterhaltung des Zugangs zum Internet“ andererseits umschrieben werden. Auch mit dem Hosting der Kundendaten finde trotz des engen Zusammenhangs und der mietrechtlichen Einordnung beider Leistungspflichten keine Verschmelzung statt.¹³⁵¹

Ausgangspunkt der rechtlichen Behandlung des typengemischten Vertrages ist nach überwiegender Ansicht das Kombinationsprinzip, wonach auf jede Leistung das Recht anzuwenden ist, das für den jeweiligen Vertragsteil gilt.¹³⁵² Die Störung eines Leistungsteils kann sich dabei allerdings auch als Störung eines anderen auswirken, z.B. kann ein Fehler bei der Speicherung der Kundendaten dazu führen, dass der Kunde mit der Software nicht mehr arbeiten kann. Bei einer Kollision zwischen den Vorschriften der verschiedenen Leistungsteile entscheidet der wirtschaftliche oder rechtliche Schwerpunkt des Gesamtvertrages.¹³⁵³ Nach *Schoengarth* ist für jede nicht unmittelbar zuzuordnende Störung gesondert zu ermitteln, mit welcher Regelung die Interessen beider Vertragspartner am besten verwirklicht werden könnten. Die passende Rechtsfolge könne zum einen dem Schwerpunkt des Vertrags zu entnehmen sein, der nicht zwingend auf der Softwarenutzung liegen müsse, sich aber auch aus allgemeinen Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung ergeben.¹³⁵⁴

(3) Stellungnahme

Zuzustimmen ist der vorgenannten Ansicht insoweit, als eine differenzierte Betrachtung der einzelnen Leistungselemente des ASP, insbesondere unter Berücksichtigung ihrer (vor allem technischen) Bedeutung für die Softwarebereitstellung, zu erfolgen hat. Die pauschale Feststellung, es handele sich beim ASP um einen typenkombinierten Vertrag,

¹³⁵⁰ *Schoengarth*, ASP, S. 139.

¹³⁵¹ *Schoengarth*, ASP, S. 137 f.

¹³⁵² vgl. dazu bereits oben D. II. 2. b.

¹³⁵³ *Grüneberg* in: Palandt, Überbl v § 311, Rn. 26.

¹³⁵⁴ *Schoengarth*, ASP, S. 142; zu den Lösungsmöglichkeiten des Kunden vom ASP-Vertrag, wenn nur eine Teilleistung gestört ist, vgl. *Schoengarth*, ASP, S. 143 ff.

wird der Vielschichtigkeit des Geschäftsmodells und der inneren Struktur des Vertragsgefüges nicht gerecht. Zuzustimmen ist ihr auch darin, dass die Nutzung der Anwendung und die damit einhergehende Zurverfügungstellung der Hardware, auf dem die Software beim Anbieter gespeichert ist, einheitlich nach Mietrecht zu beurteilen sind. Es bedarf jedoch insoweit nicht einer Verschmelzung verschiedener Verträge; es handelt sich vielmehr schlicht um zwei Vertragsgegenstände eines einheitlichen Mietvertrages. Ohne den Speicherplatz wäre die Software für den Kunden nicht nutzbar.¹³⁵⁵ Auch auf die Zurverfügungstellung von Festplattenkapazität zur Speicherung der verarbeiteten Kundendaten ist als eine typische Hosting-Leistung für sich bereits das Mietrecht anwendbar. Sie ist mit der Softwarebereitstellung regelmäßig so eng verbunden, dass eine Verschmelzung dieser beiden Vertragspflichten durchaus angenommen werden kann. Ist es dem Kunden dagegen ohne Probleme möglich, die Daten auf der eigenen Hardware zu speichern oder einen Dritten damit zu beauftragen, kommt wegen der technischen Trennbarkeit der Leistungen auch die Verknüpfung in Form eines bloßen Kombinationsvertrages in Betracht. Letztlich ist diese Frage aber wegen der mietrechtlichen Einordnung beider Leistungsteile nur von untergeordneter Bedeutung.

Die Annahme eines Typenkombinationsvertrages für die Softwarebereitstellung im Zusammenspiel mit der teilweise vom Anbieter übernommenen individuellen Erstellung oder Anpassung der Software für den Kunden, mit dem Data Warehousing sowie dem Access Providing, dem Customizing, der Einrichtung einer Hotline und der Durchführung von Schulungen ist sachgerecht, da die entsprechenden Leistungsgegenstände nicht nur tatsächlich bzw. technisch voneinander trennbar, sondern auch jeweils für sich rechtlich selbständig sind. Der Kunde kann regelmäßig ohne Probleme (auch wenn ihm das technische Know-how fehlt) selbst feststellen, aus welcher Sphäre ein Fehler stammt. Bei einem Ausfall der Anwendung weiß er dagegen regelmäßig nicht, ob ein Mangel der Hard- oder der Software für die Unterbrechung verantwortlich ist. Entscheidend ist jedoch letztlich immer, wie die Parteien die einzelnen Leistungen im Vertrag ausgestalten; insoweit kann eine Leistungspflicht, z.B. die Anbindung des Kunden an das Internet im Falle der Überlassung einer geschäftskritischen Anwendung, von den Parteien auch so eng mit der Softwarebereitstellung verknüpft werden, dass zwischen beiden Vertragsteilen eine „Verschmelzung“ stattfindet und einheitlich Mietrecht zur Anwendung kommt.

¹³⁵⁵ vgl. oben D. IV. 2. d. aa. (1) (e).

Da sich die Verpflichtung zur Behebung von Fehlern des Programms bereits aus der mietrechtlichen Erhaltungspflicht des Anbieters gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt, bedarf es insoweit nicht der Konstruktion eines Typenschmelzungsvertrages. Die Instandsetzungspflicht folgt kraft Gesetzes aus der mietweisen Zurverfügungstellung der Anwendung. Für über die Instandsetzung hinausgehende Pflegeleistungen kann wegen der engen Verknüpfung mit der Softwareüberlassung ein Verschmelzungsvertrag zwar grundsätzlich anzunehmen sein; dabei stellt sich jedoch – wie immer bei der vertraglichen Kombination von Überlassung und Pflege von Software – auch hier das Problem der Abgrenzbarkeit von gesetzlich begründeten unentgeltlichen Fehlerbeseitigungsmaßnahmen und darüber hinausgehenden Pflegeleistungen, die vom Anbieter je nach Vertragsgestaltung mitunter nur gegen zusätzliches Entgelt erbracht werden.

Darüber hinaus fragt sich, ob zwischen Fehlerbeseitigungsmaßnahmen auf der Verfügbarkeitsebene einerseits und auf der Leistungsebene andererseits, je nachdem ob die Verfügbarkeit des Programms betroffen ist oder nur einzelne Funktionen fehlerhaft arbeiten, differenziert werden kann und auf die einen Miet- und die anderen Dienst- bzw. Werkvertragsrecht angewendet werden sollte. Aus Sicht des Kunden wird es in den meisten Fällen im Ergebnis keinen Unterschied machen, ob die Anwendung nicht verfügbar ist oder fehlerhaft arbeitet und daher unverwertbare Ergebnisse liefert. Auch die Vertragsauslegung unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien und der Verkehrsanschauung spricht regelmäßig dafür, dass es sich beim ASP-Vertrag um ein alle einzelnen Aufrufe und von der Software gelieferten Ergebnisse einschließendes einheitliches Dauerschuldverhältnis handelt.

Eine Differenzierung in Verfügbarkeit und Einzelabruf ergibt auch aus technischer Sicht wenig Sinn: Die gleiche Fehlerquelle kann sowohl den Ausfall der Software als auch ein fehlerhaftes Arbeitsergebnis nach sich ziehen; oft wird es lediglich von technischen Nuancen abhängen, welche Folge im Einzelfall eintritt. Auf den einheitlichen Mietvertrag sollten damit für alle auftretenden Ausfälle und Fehler die mietrechtlichen Erfüllungs- und Mängelhaftungsvorschriften Anwendung finden. Der Annahme einer Vertragsverschmelzung bedarf es insoweit nicht.

ee. ASP als „komplexer Langzeitvertrag“ und hybride Vertragsform

Die Situation beim ASP-Vertrag weist – vergleichbar der Entwicklung umfangreicher Individualsoftware durch ein unternehmensübergreifendes Entwicklerteam im Rahmen eines Softwareprojekts – im Hinblick auf dessen technischen Gegenstand, dessen Langzeitcharakter sowie die zur Vertragserfüllung erforderliche Kooperation der Vertragspartner typische Strukturmerkmale eines sog. komplexen Langzeitvertrages auf.¹³⁵⁶ Aus der langfristigen vertraglichen Bindung zwischen ASP-Anbieter und Kunde – i.d.R. mindestens sechs bis zwölf Monate, soweit es nicht gerade um die unentgeltliche Online-Nutzung einer Office-Anwendung geht – sowie der Natur des Vertragsgegenstandes folgt eine gesteigerte Abhängigkeit des Kunden vom Provider. Im Gegensatz zu den Prototypen komplexer Langzeitverträge aus dem industriellen Anlagenbau oder der Softwareentwicklung betrifft der ASP-Vertrag zwar nicht die Herstellungsphase eines Werkes, sondern erst dessen laufenden Betrieb. Dies muss einer Kategorisierung als komplexer Langzeitvertrag jedoch wegen der aus der wechselseitigen Abhängigkeit der Parteien resultierenden vergleichbaren Interessenlage nicht entgegenstehen und sollte nicht davon abhalten, zu prüfen, inwieweit die in diesem Zusammenhang entwickelten Vertragskonzepte und Konfliktlösungsregeln auf ASP-Verträge angewendet werden können.¹³⁵⁷

Der den komplexen Langzeitvertrag kennzeichnende Kooperationscharakter resultiert beim ASP vor allem aus der Einschaltung von Subunternehmern durch den Anbieter; bei der Überlassung fremder Software kann der Provider z.B. zur Fehlerbeseitigung auf den Softwarehersteller angewiesen sein, weil er selbst nicht im Besitz des dafür erforderlichen Quellcodes ist. Der ASP-Vertrag, der lediglich die Bereitstellung einer selbst entwickelten, standardisierten Anwendung des Anbieters im One-to-many-Modell zum Gegenstand hat, weist dagegen weder Kooperationscharakter noch Rahmencharakter auf. Rahmencharakter hat ein Vertrag dann, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht alle Einzelheiten der Vertragsdurchführung oder des Vertragsgegenstandes festgehalten sind bzw. festgehalten werden können; Änderungswünsche des Kunden finden also auch noch nach Vertragsschluss Berücksichtigung. Gegenstand und

¹³⁵⁶ vgl. allgemein zu diesem von *Nicklisch* geprägten Vertragstyp und seinen Merkmalen bereits oben D. II. 3. a.

¹³⁵⁷ so *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 731; vgl. auch *Müller/Bohne*, Providerverträge, S. 129 und *Schoengarth*, ASP, S. 151 ff.

wechselseitige Pflichten stehen beim ASP jedoch regelmäßig von vornherein fest.¹³⁵⁸ Der Rahmencharakter des ASP-Vertrages soll sich daher aus seinem Charakter als Verfügbarkeitsvertrag ergeben: Die permanente Bereithaltung der Funktionalitäten bilde einen Rahmen, der durch die einzelnen Leistungsabrufe des Kunden ausgefüllt werde.¹³⁵⁹ Wie bereits dargestellt¹³⁶⁰ ist der ASP-Vertrag jedoch regelmäßig als einheitliches Dauerschuldverhältnis auszulegen, bei dem Verfügbarkeit und Einzelabrufe zusammen den Vertragsgegenstand bilden.

Insbesondere die Abhängigkeit des Kunden vom Anbieter aufgrund der Auslagerung geschäftskritischer Anwendungen und des damit verbundenen Know-how-Verlusts im Unternehmen des Kunden sowie aufgrund der Speicherung wichtiger Datenbestände auf externen Servern des Providers kann aber dazu führen, dass die Interessenlage trotz Fehlens des Rahmencharakters derjenigen beim komplexen Langzeitvertrag entspricht. Aus dieser Sachlage ergeben sich dann in erster Linie Anforderungen an die Vertragsgestaltung und -auslegung. Dem Langzeitcharakter des ASP-Vertrages wird im Wesentlichen bereits durch die Subsumtion unter das Mietrecht Rechnung getragen. Die langfristige Bindung und die gegenseitige Abhängigkeit der Parteien können sich darüber hinaus bei der Auslegung der vertraglichen Regelungen, insbesondere bei der Frage des Bestehens von einseitigen Änderungsrechten des Providers und der Reichweite der Mitwirkungspflichten des Kunden, auswirken. Mit der Subsumtion unter das Mietrecht unter Anwendung der anerkannten Auslegungsmethoden dürfte man den Besonderheiten des ASP-Vertrages in vielen Fällen bereits gerecht werden. In vertragsgestalterischer Hinsicht erfordern ASP-Verträge darüber hinaus eine rechtliche Koordination der einzelnen Vertragsbeziehungen zu den ggf. eingeschalteten Subunternehmern auf der einen und zum Kunden auf der anderen Seite, sowie ein differenziertes System der Risikoverteilung und Konfliktlösung.¹³⁶¹

Auf das ASP könnten daneben auch die zu den hybriden bzw. evolutionären Verträgen an der Schnittstelle zwischen Austauschvertrag und Gesellschaftsverhältnis entwickelten Grundsätze angewandt werden. Zwar wurden diese Ansätze im Softwarebereich im Wesentlichen für komplexe Softwareerstellungsjekte entwickelt. Das ASP hat mit

¹³⁵⁸ *Schoengarth*, ASP, S. 153.

¹³⁵⁹ so jedenfalls *Schoengarth*, ASP, S. 154.

¹³⁶⁰ vgl. oben D. IV. 2. d. bb.

¹³⁶¹ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 16.

diesen Projektverträgen jedoch die aus der langfristigen Bindung folgende Abhängigkeit der Parteien gemeinsam, auch wenn die Vertragsgegenstände verschieden sind und der Kooperationscharakter bei ASP-Verträgen im allgemeinen nicht so ausgeprägt ist wie bei der Entwicklung komplexer Individualsoftware.¹³⁶² Parallelen können sich insbesondere im Bereich der spezifischen Treuepflichten der Parteien, z.B. bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Leistungsänderung für den Kunden, und bei Mitwirkungs- und Schutzpflichten ergeben.¹³⁶³ Der – aus gesellschaftsrechtlichen Prinzipien hergeleitete – Grundsatz, dass Störungen in der Planungsphase des Projekts nicht zu einer Vertragsbeendigung führen sollen, damit sich die hohen Anfangsinvestitionen des Auftragnehmers amortisieren können, findet dagegen beim ASP keine Anwendung. Insoweit treten die Unterschiede zwischen den genannten Geschäftsmodellen und der Interessenlage der Parteien zu Tage und spielt insbesondere die Annäherung des ASP an ein „normales“ Austauschverhältnis eine Rolle.¹³⁶⁴

Auch aus der Feststellung, dass beim ASP Parallelen zum hybriden bzw. evolutionären Vertrag bestehen, folgt in erster Linie das Erfordernis einer entsprechenden Vertragsgestaltung¹³⁶⁵ sowie einer sachgerechten Auslegung der anwendbaren Vorschriften und Vertragsbestimmungen. Insbesondere zur Feststellung etwaiger Mitwirkungspflichten des Kunden und der Konsequenzen ihrer Verletzung ist eine genaue Umschreibung der Verantwortungsbereiche beider Parteien im ASP-Vertrag anzuraten.¹³⁶⁶ Unmittelbare Schlussfolgerungen für die Vertragstypologie oder für das Bestehen oder Nichtbestehen bestimmter Rechte oder Pflichten der Vertragsparteien ergeben sich allein aus der Einordnung eines ASP-Vertrages als komplexer Langzeitvertrag oder hybride Vertragsform dagegen nur selten bzw. lassen sich nicht abstrakt feststellen, sondern nur von Fall zu Fall aus der konkreten Interessenlage ableiten. Eine solche aus dem ASP-Vertrag ableitbare Mitwirkungspflicht des Kunden kann z.B. dahingehend bestehen, dass er im One-to-many-Modell verpflichtet ist, kostenpflichtige Updates des Anbieters zu übernehmen, auch wenn diese für ihn keine direkten Vorteile mit sich bringen.¹³⁶⁷

¹³⁶² *Schoengarth*, ASP, S. 160 ff.

¹³⁶³ *Schoengarth*, ASP, S. 165.

¹³⁶⁴ so überzeugend *Schoengarth*, ASP, S. 165.

¹³⁶⁵ z.B. durch die Vereinbarung der Pflicht des Anbieters, den Kunden bei Vertragsende zu unterstützen, und bei der Datenübertragung auf einen anderen Provider mitzuwirken.

¹³⁶⁶ *Schoengarth*, ASP, S. 168.

¹³⁶⁷ so auch *Schoengarth*, ASP, S. 178.

e. Haftung des ASP-Providers

aa. Mängelhaftung des Providers und ihre Begrenzung

Aus der vertragstypologischen Einordnung des ASP folgt, dass der Kunde ab dem Zeitpunkt der Bereitstellung der Anwendung und damit der mietvertraglichen Überlassung gegen den Anbieter einen Anspruch auf Instandhaltung und Instandsetzung der Software aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB hat. Der Anbieter hat die Software also während der gesamten Vertragslaufzeit in dem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten und Fehler des Programms zu beseitigen. Zur mietrechtlichen Erhaltungspflicht gehören neben der Aufrechterhaltung des ASP-Betriebs durch Bereitstellung einer funktionierenden Infrastruktur auch die Gewährleistung einer hinreichenden Bandbreite für alle gleichzeitig zugreifenden Kunden.¹³⁶⁸ Auch ohne gesonderte Vereinbarung umfasst die Erhaltungspflicht daher die Instandhaltung und -setzung der Hardware, die dem Kunden zusammen mit der Software im Rahmen eines einheitlichen Mietvertrages überlassen wird. Für den Kunden macht es regelmäßig keinen Unterschied, aus welcher „Spähre“ eine Störung des Zugangs resultiert. Mangelnde Kapazitäten der Server und daraus resultierende verlangsamte Reaktionszeiten oder sogar Ausfälle der Verfügbarkeit der Software können damit ebenfalls einen Mangel der Mietsache darstellen.¹³⁶⁹ Bei der Erhaltungspflicht handelt es sich um eine wesentliche sog. Kardinalpflicht des Mietvertrags.¹³⁷⁰ Sie kann zwar in gewissen Grenzen auch in AGB wirksam auf den Mieter übertragen werden;¹³⁷¹ da der ASP-Kunde aber keinen Besitz am Server und keinen Zugriff auf den Quellcode des Programms hat, kommt eine Übernahme von Instandhaltungs- und Instandsetzungspflichten schon technisch nicht in Betracht.

Sofern ein Sach- oder Rechtsmangel die Tauglichkeit der Software zu dem vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert, ist der Anwender gemäß § 536 Abs. 1 bzw. Abs. 3 BGB für die Zeit, während der die Störung andauert, ganz oder teilweise von seiner Pflicht zur Mietzinszahlung befreit. Der Mietzins mindert sich dabei automatisch

¹³⁶⁸ *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 768; wenn zwischen den Parteien nichts anderes vereinbart ist, endet der Verantwortungsbereich des Anbieters jedoch an der Schnittstelle zwischen seinem Rechenzentrum und dem Internet, so dass er auch nur die Bereitstellung einer Schnittstelle mit ausreichender Bandbreite schuldet.

¹³⁶⁹ vgl. dazu *Schoengarth*, ASP, S. 213 f.

¹³⁷⁰ BGH NJW 2002, 673, 675.

¹³⁷¹ vgl. *Weidenkaff* in: Palandt, § 535 Rn. 42 ff. insb. zur Übernahme von Schönheitsreparaturen durch den Mieter von Wohnraum.

kraft Gesetzes entsprechend dem Grad der Nutzungsbeschränkung, ohne dass sich der Anwender ausdrücklich darauf berufen muss.¹³⁷² Das Minderungsrecht ist zwar individualvertraglich in den Grenzen des § 536d BGB, nicht aber in den AGB des Vermieters abdingbar.¹³⁷³ Ein Verstoß gegen § 307 BGB ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn durch den Ausschluss der Minderung im Ergebnis die Erhaltungspflicht des Vermieters ausgehöhlt wird, indem ihre Verletzung sanktionslos bleibt.¹³⁷⁴

Ein Gewährleistungsansprüche auslösender Mangel liegt vor, wenn die Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand negativ abweicht und diese Abweichung ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch ganz aufhebt oder erheblich mindert.¹³⁷⁵ Darüber hinaus darf dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache nicht durch das Recht eines Dritten, z.B. des Softwareherstellers, ganz oder teilweise entzogen werden (§ 536 Abs. 3 BGB); die Anwendung darf also nicht mit Rechtsmängeln behaftet sein. Dem Anbieter müssen insbesondere die erforderlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte zur Bereitstellung der Anwendung im ASP-Modell vom Rechteinhaber eingeräumt worden sein, wenn er nicht Gefahr laufen will, von seinen Kunden in Regress genommen zu werden.¹³⁷⁶ Zur Bestimmung von Mängeln im Bereich vertraglicher Nebenleistungen – wie z.B. beim Data Hosting oder Data Warehousing – gilt nach dem Kombinationsprinzip das auf die jeweilige Leistung anwendbare Vertrags- bzw. Gewährleistungsrecht.

Bei mietrechtlicher Einordnung des ASP-Vertrages ergibt sich weiter eine verschuldensunabhängige Garantiehaftung des Anbieters auf Schadensersatz aus § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB, soweit der Fehler der Software bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestand.¹³⁷⁷ Das führt dazu, dass der Provider grundsätzlich auch bei einem versteckten, nicht erkennbaren Fehler der Software haftet, soweit dieser bei Vertragsschluss vorhanden war. Diese verschuldensunabhängige Haftung für anfängliche Mängel ist für den ASP-Anbieter vor allem deshalb kritisch, weil Fehler der Anwendung typischerweise bereits zu Beginn der Vertragslaufzeit vorliegen, sich aber erst später im

¹³⁷² Weidenkaff in: Palandt, § 536 Rn. 1.

¹³⁷³ Huppertz in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 11, Rn. 527; Ernst, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 766; vgl. ausführlich Bettinger/Scheffelt in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 107 und 110.

¹³⁷⁴ vgl. BGH NJW 2002, 673, 675.

¹³⁷⁵ Weidenkaff in: Palandt, § 536 Rn. 16.

¹³⁷⁶ zur vertraglichen Ausgestaltung der Rechtsmängelhaftung im ASP-Vertrag vgl. Schoengarth, ASP, S. 287 ff.

¹³⁷⁷ Dies könnte bei Annahme eines ASP-Rahmenvertrages mit einer Vielzahl von einzelnen Abrufverträgen zu einer verschuldensunabhängigen Haftung des Providers während der Gesamtlauzeit des Rahmenvertrages führen.

laufenden Betrieb des Programms zeigen.¹³⁷⁸ Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum für den Vermieter von Software andere Regeln gelten sollten als für den Vermieter komplexer technischer Maschinen, bei denen das Auffinden von Fehlern ähnliche Schwierigkeiten mit sich bringen kann.¹³⁷⁹ Der ASP-Anbieter kann zudem die verschuldensunabhängige Haftung auf Schadensersatz in seinen AGB wirksam abbedingen, da dieser Anspruch nach allgemeiner Ansicht nicht zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zählt.¹³⁸⁰

Für erst nach Vertragsschluss auftretende Mängel und in dem Fall, dass er mit der Mängelbeseitigung in Verzug ist, haftet der Anbieter nur dann, wenn ihn ein Verschulden trifft. Diese verschuldensabhängige Schadensersatzhaftung kann – entsprechend der allgemeinen Rechtsprechung zu Haftungsklauseln – in AGB grundsätzlich nur bzgl. leicht fahrlässiger Verletzungen nicht wesentlicher Vertragspflichten wirksam ausgeschlossen werden.¹³⁸¹ Eine formularvertragliche Haftungsfreizeichnung für Fälle des Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit des Vermieters kommt – auch innerhalb gewerblicher Mietverhältnisse – damit nicht in Betracht.¹³⁸² Inhaltlich umfasst die Haftung aus § 536a BGB sowohl Mangel- als auch Mangelfolgeschäden.¹³⁸³ Kommt es infolge eines Mangels der Software zu einem längerfristigen Systemausfall, so ist der Anwender daneben berechtigt, den ASP-Vertrag gemäß § 543 BGB außerordentlich aus wichtigem Grund zu kündigen.¹³⁸⁴

Noch nicht abschließend geklärt ist bislang, inwieweit nach der Schuldrechtsreform neben den besonderen Regelungen des Mietrechts noch das allgemeine Schadensersatzrecht der §§ 280 ff. BGB anwendbar ist. Der Mieter könnte neben den besonderen mietvertraglichen Ansprüchen aus §§ 536 und 536a BGB bei Vorliegen einer vom Vermieter zu vertretenden Pflichtverletzung auch einen Schadensersatzanspruch aus der

¹³⁷⁸ *Schoengarth*, ASP, S. 208.

¹³⁷⁹ so auch *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 587.

¹³⁸⁰ *Eisenschmid* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 536a Rn. 34; *Weidenkaff* in: Palandt, § 536a Rn. 7; *Schmidt* in: Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. § 310 BGB, Rn. 782; *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 767; *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69, 72 f.; *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 732; *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 86; *Witzel*, ITRB 2002, 183, 187; *Intveen/Lohmann*, ITRB 2002, 210, 212.

¹³⁸¹ *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 86 f.; *Witzel*, ITRB 2002, 183, 187; vgl. auch *Intveen/Lohmann*, ITRB 2002, 210, 212.

¹³⁸² *Eisenschmid* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 536a Rn. 175; *Weidenkaff* in: Palandt, § 536a Rn. 7.

¹³⁸³ *Eisenschmid* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 536a Rn. 80; *Weidenkaff* in: Palandt, § 536a Rn. 14.

¹³⁸⁴ *Intveen/Lohmann*, ITRB 2002, 210, 212.

zentralen Haftungsnorm des § 280 Abs. 1 BGB haben.¹³⁸⁵ Grundsätzlich greifen die mietrechtlichen Spezialregelungen ab dem Zeitpunkt der Überlassung der Mietsache an den Mieter; vor diesem Zeitpunkt gilt das Recht der allgemeinen Leistungsstörungen.¹³⁸⁶ Bereits aus den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsanwendung folgt nämlich, dass die mietrechtlichen Regelungen vor denen des allgemeinen Schuldrechts Vorrang genießen. Die Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB kommt daher nur dann in Betracht, wenn die §§ 536 ff. BGB nicht eingreifen, insbesondere wenn die Störung nicht auf einem Mangel der Mietsache beruht, z.B. bei der Verletzung von Nebenpflichten oder beim Verzug mit der Überlassung der Mietsache.¹³⁸⁷ Für Schadensersatzansprüche des Mieters wegen eines Mangels der Mietsache ist § 536a BGB dagegen eine Spezialvorschrift, die die Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts ab Überlassung der Mietsache ausschließt.¹³⁸⁸ Hinsichtlich einer Kündigung aus wichtigem Grund wird die allgemeine Vorschrift des § 314 BGB durch die mietrechtliche Spezialvorschrift des § 543 BGB verdrängt.¹³⁸⁹

Fraglich ist, ob sich Störungen des ASP-Betriebs, die nicht die Verfügbarkeit der Anwendung als solche, sondern die Ergebnisse der mit der Anwendung bearbeiteten Aufgaben betreffen (z.B. fehlerhaft erstellte Gehaltsabrechnungen), nach anderen als den mietrechtlichen Vorschriften richten. Die Beurteilung von Fehlern, die die „Korrektheit der Funktionalität der Software“ und damit i.S.d. Lehre vom Verfügbarkeitsvertrag die Ebene der konkreten Leistungserbringung betreffen, richtet sich nach Ansicht *Schoengarths* nach den für die gestörte Einzelleistung jeweils einschlägigen Gewährleistungsregeln (i.d.R. des Miet-, Werk- oder Dienstvertragsrechts).¹³⁹⁰ Im Ergebnis habe der Anbieter je nach vertragstypologischer Zuordnung des Leistungsabrufs nach § 536a BGB oder §§ 280 ff. BGB (ggf. i.V.m. § 634 Nr. 4 BGB) Schadensersatz zu leisten.¹³⁹¹ Nimmt man allerdings mit der hier vertretenen Ansicht an, dass Verfügbarkeit und Einzelabrufe einen einheitlichen Mietvertrag bilden, ist auch für Fehler der Funktionalität der Software allein das mietrechtliche Mängelhaftungsrecht einschlägig. Etwas anderes kann nur dann

¹³⁸⁵ vgl. *Witzel*, ITRB 2002, 183, 186.

¹³⁸⁶ *Weidenkaff* in: Palandt, § 536 Rn. 7.

¹³⁸⁷ vgl. *Heinrichs* in: Palandt, § 280 Rn. 21; *Emmerich*, NZM 2002, 362, 365.

¹³⁸⁸ *Weidenkaff* in: Palandt, § 536a Rn. 3.

¹³⁸⁹ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 105.

¹³⁹⁰ *Schoengarth*, ASP, S. 208.

¹³⁹¹ *Schoengarth*, ASP, S. 209 f.; zum Ersatz von Vermögensschäden, insbesondere von Betriebsausfall- oder Betriebsunterbrechungsschäden und deren Einordnung in das Haftungssystem der §§ 280 ff. BGB vgl. ausführlich *Schoengarth*, ASP, S. 231 ff.

gelten, wenn der Anbieter im Rahmen des Business Process Outsourcing die Verantwortung für die mit der Software bearbeiteten geschäftlichen Prozesse übernimmt; insoweit liegt aber kein ASP-Vertrag mehr vor.

bb. Abgrenzung der mietrechtlichen Erhaltungspflicht von entgeltlichen Pflegeleistungen

Soweit sich der Anbieter vertraglich auch zu Pflege- und Supportleistungen, wie z.B. der Einrichtung einer Hotline, der Fehlerbeseitigung oder der Lieferung regelmäßiger Updates, verpflichtet, sind die einzelnen Leistungselemente im Vertrag präzise von der mietrechtlichen Erhaltungspflicht und Gewährleistungshaftung abzugrenzen, um einen Konflikt zwischen unentgeltlicher mietvertraglicher Pflicht auf der einen und gebührenpflichtigen Pflegeleistungen auf der anderen Seite zu vermeiden.¹³⁹² Soweit Fehler der Hard- oder Software dazu führen, dass die Funktionen der Anwendung dem Kunden nicht mehr zur Verfügung stehen oder fehlerhaft arbeiten, und die Gebrauchstauglichkeit der Software dadurch erheblich gemindert ist, ergibt sich die unentgeltliche Beseitigungspflicht bereits aus dem Erfüllungsanspruch des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB. Im Rahmen der vertraglich vereinbarten Softwarepflege kann der Anbieter damit grundsätzlich nur eine Vergütung für über die Fehlerbeseitigung hinausgehende Leistungen verlangen, z.B. für die Einrichtung einer Hotline, die Lieferung von nicht nur der Fehlerbeseitigung dienenden Updates oder für neue Versionen des Programms, die z.B. neue Funktionen bieten.¹³⁹³

Die Erhaltungspflicht ist als wesentlicher Grundgedanke des Mietrechts und im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Hauptpflicht des Mietvertrages¹³⁹⁴ jedenfalls in AGB grundsätzlich auch nicht vollständig abdingbar, weshalb auch die Kosten hierfür den Vermieter treffen. Hinzu kommt, dass die Instandsetzung dem ASP-Kunden bereits technisch nicht möglich ist. Auch Verfügbarkeitsklauseln im Rahmen der Softwarepflege, z.B. die Vereinbarung bestimmter Reaktionszeiten, können insoweit als haftungsbeschränkende Klauseln unwirksam sein.¹³⁹⁵ Lassen sich dagegen die

¹³⁹² von *Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 85.

¹³⁹³ *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 756 f.; von *Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 85.

¹³⁹⁴ vgl. *Weidenkaff* in: Palandt, § 535 Rn. 30.

¹³⁹⁵ *Pohle/Schmeding*, Anm. zum Urteil des BGH vom 15.11.2006, XII ZR 120/04, K&R 2007, 385, 386.

zusätzlichen Pflegeleistungen von der mietrechtlichen Erhaltungspflicht abgrenzen, ist der Anbieter nicht daran gehindert, für diese über seine Pflichten aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB hinausgehenden Leistungen (z.B. die Einrichtung einer Hotline) ein zusätzliches (Pflege-) Entgelt zu verlangen. In Individualvereinbarungen ist die Pflicht zur Fehlerbeseitigung dagegen in den Grenzen des § 536d BGB abdingbar und kann infolgedessen insoweit auch vergütungspflichtig ausgestaltet werden.¹³⁹⁶

cc. Zusammenfassung

Eine Begrenzung der vertraglichen und außervertraglichen Haftungsansprüche ist aufgrund des Vorherrschens Allgemeiner Geschäftsbedingungen im ASP-Bereich nur in engen Grenzen möglich. Die nicht ausschließbare Haftung für grobes Verschulden und für die Kardinalpflichten, zu denen auch die mietrechtliche Erhaltungspflicht gehört, stellt ein erhebliches Haftungsrisiko für den Provider dar. Auch dort, wo es nicht um Kardinalpflichten geht, kommt eine formularmäßige Haftungsbegrenzung lediglich für leichtes Verschulden in Betracht. Dies ist vor allem vor dem Hintergrund problematisch, dass der Anbieter einem hohen Risiko zur Verursachung von Vermögensschäden, z.B. durch einen Betriebsausfall beim Anwender, ausgesetzt ist.¹³⁹⁷ Darüber hinaus ist der Spielraum für die Vereinbarung entgeltlicher Pflegeleistungen bei der Verwendung von AGB stark eingeschränkt. Der Provider hat dies bereits bei der Bemessung des monatlichen Entgelts für die Bereitstellung der Anwendung zu berücksichtigen.

Haftungsbeschränkungen für Mängel der Verfügbarkeit in Form der Vereinbarung von Verfügbarkeitsquoten, die insbesondere die Erhaltungspflicht des Vermieters aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB betreffen, stellen ein im Folgenden zu untersuchendes, höchst praxisrelevantes Sonderproblem dar, da insoweit schon die Frage besteht, ob es sich überhaupt um Haftungsbeschränkungen oder nicht vielmehr um reine – der Inhaltskontrolle entzogene – Leistungsbeschreibungen gemäß § 307 Abs. 3 S. 2 BGB handelt.

¹³⁹⁶ *Schoengarth*, ASP, S. 106 und S. 252; vgl. *Weidenkaff* in: Palandt, § 535 Rn. 37.

¹³⁹⁷ zur Möglichkeit der Risikominimierung für den ASP-Anbieter durch Abschluss entsprechender Versicherungen vgl. *Schoengarth*, ASP, S. 307 ff.

f. Vertragliche Verfügbarkeitsbeschränkungen

Die Vereinbarung zur Verfügbarkeit der Anwendung gehört beim ASP-Vertrag – ähnlich wie beim Access Provider-Vertrag – zu den zentralen Regelungspunkten. Im One-to-many-Geschäftsmodell werden ASP-Verträge regelmäßig unter Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen geschlossen. Bei der Vertragsgestaltung sind daher die Vorschriften zur Inhaltskontrolle von AGB (§§ 307 ff. BGB) zu beachten. Zwar sind dabei gemäß § 310 Abs. 1 S. 1 BGB die Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB im Unternehmensverkehr nicht unmittelbar anwendbar; gemäß § 310 Abs. 1 S. 2 BGB können sie jedoch auch in diesen Konstellationen nicht ganz außer Acht gelassen werden. Ihnen kommt insoweit Indizwirkung für eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners gemäß § 307 BGB zu. §§ 308 und 309 BGB sind damit auch im Unternehmensverkehr mittelbar bei der Inhaltskontrolle zu berücksichtigen.¹³⁹⁸

aa. Typische Regelungen in Service Level Agreements (SLA)

Die Aufrechterhaltung der permanenten Verfügbarkeit der Software gehört zu den mietvertraglichen Hauptleistungspflichten des Anbieters aus § 535 Abs. 1 BGB. Daher ist der formularmäßige Haftungsausschluss für die Nichterfüllung dieser Pflicht auch für Fälle leichter Fahrlässigkeit nicht möglich.¹³⁹⁹ Server und Anwendungen können jedoch infolge technischer Probleme ausfallen und müssen darüber hinaus regelmäßig gewartet werden. Anbieter nehmen in ihre Leistungsbeschreibungen daher regelmäßig leistungs- bzw. zugangsbeschränkende Klauseln auf.¹⁴⁰⁰ Detaillierte Regelungen zur Verfügbarkeit der Software und den beim Anbieter gespeicherten Daten sowie zu etwaigen Sanktionsmechanismen finden sich häufig in den *Service Level Agreements (SLA)*. Allgemein wird ein SLA als eine Vereinbarung verstanden, die eine genau definierte Qualität oder einen Qualitätsstandard festschreibt, sich dabei auf messbare Leistungen des Anbieters bezieht, und die Regelungen bezüglich der Kontrolle der geforderten Qualität enthält sowie Sanktionsregelungen für den Fall ihres Nichterreichens.¹⁴⁰¹ Gegenstand von SLA in ASP-Verträgen sind regelmäßig die Festlegung des

¹³⁹⁸ Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 310 BGB, Rn. 27.

¹³⁹⁹ vgl. Ernst, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 763.

¹⁴⁰⁰ Klimek, K&R 2002, 633, 634.

¹⁴⁰¹ Beyer, ITRB 2005, 287; vgl. bereits oben beim Outsourcing D. IV. 1. b. dd.

Leistungsniveaus und der darauf bezogenen Pflichten des Anbieters – neben der Verfügbarkeit insbesondere Speicher- und Übertragungskapazitäten, Reaktionszeiten, Service-Zeiten, Datensicherheit und Systemstabilität, Hardwareumgebung etc.¹⁴⁰²

Die SLA folgen der Rechtsnatur des Hauptvertrages, soweit sie lediglich Konkretisierungen der vertraglich geschuldeten Leistungen enthalten. Sie sind im Rahmen des ASP-Vertrags demnach mietrechtlich zu beurteilen, soweit sie die Softwarenutzung und ihre Modalitäten betreffen. Handelt es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen des Anbieters, gelten für sie die Regelungen der §§ 305 ff. BGB.¹⁴⁰³ Auch wenn die SLA in einer eigenen Vereinbarung außerhalb des Hauptvertrages geregelt sind, bilden der ASP-Vertrag und die SLA-Vereinbarung eine rechtliche Einheit und müssen AGB-rechtlich in ihrer Gesamtheit betrachtet werden.¹⁴⁰⁴

Die Verfügbarkeit der Software gehört zu den zentralen Regelungspunkten in den SLA.¹⁴⁰⁵ Von erheblicher Bedeutung ist dabei zunächst die genaue Definition dessen, was die Parteien im Rahmen der konkreten vertraglichen Ausgestaltung überhaupt unter Verfügbarkeit verstehen: Wann schlägt z.B. eine eingeschränkte Nutzbarkeit wegen verlangsamter Zugriffszeiten in eine fehlende Verfügbarkeit um?¹⁴⁰⁶ Die in der Praxis verwendeten verfügbarkeitsbeschränkenden Klauseln lassen sich im Wesentlichen in zwei Kategorien einteilen: Zum einen findet man die allgemein gehaltene Einschränkung, dass die Leistungen nur im Rahmen der bestehenden technischen und betrieblichen Möglichkeiten zur Verfügung gestellt werden; zum anderen finden sich häufig prozentuale Verfügbarkeitsquoten, z.B. das Versprechen einer Gesamtverfügbarkeit der Leistung von 98% im Kalenderjahr während bestimmter Betriebs- oder Geschäftszeiten.¹⁴⁰⁷ Die Quotenregelung kann mit Höchstausfallzeiten innerhalb eines bestimmten Referenzzeitraums gekoppelt werden.¹⁴⁰⁸ Ergänzend werden in der Praxis häufig zeitweise

¹⁴⁰² von *Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 87; *Intveen/Lohmann*, ITRB 2002, 210, 213; zu weiteren möglichen Regelungspunkten vgl. allgemein *Koch*, ITRB 2001, 39, 42 und ausführlich zur Gestaltung von SLA *Beyer*, ITRB 2005, 287 ff. und ITRB 2006, 20 ff.

¹⁴⁰³ *Schoengarth*, ASP, S. 273.

¹⁴⁰⁴ *Imhof* in: Weitnauer (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch E-Commerce, Teil A.5, S. 65.

¹⁴⁰⁵ *Beyer*, ITRB 2005, 287.

¹⁴⁰⁶ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 44.

¹⁴⁰⁷ vgl. *Klimek*, K&R 2002, 633, 635 mit verschiedenen Beispielen aus der Praxis und *Beyer*, ITRB 2005, 287, 287 ff.; ausführlich zum Begriff der Verfügbarkeit und der Verfügbarkeitsquote auch *Peter*, CR 2005, 404, 406 f.; von erheblicher praktischer Bedeutung ist die exakte Festlegung des Referenzzeitraums, z.B. ob die Ausfallzeiten auf den Monat oder auf das Kalenderjahr bezogen berechnet werden, vgl. hierzu *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 45 f.

¹⁴⁰⁸ *Schoengarth*, ASP, S. 274.

Zugangsbeschränkungen zu Zwecken der Wartung oder technischen Verbesserung – sog. Wartungsfenster – vereinbart, ohne die der Provider seiner Erhaltungspflicht nicht nachkommen könnte.¹⁴⁰⁹

Um die Verfügbarkeitszeiten vertraglich abzusichern und Beweisschwierigkeiten bei der konkreten Schadensberechnung zuvorzukommen, werden häufig für den Fall der Unterschreitung der zugesicherten Verfügbarkeitszeiten Vertragsstrafen oder pauschalierte Schadensersatzansprüche vorgesehen.¹⁴¹⁰ Bei unternehmenskritischen Anwendungen empfiehlt sich die Vereinbarung einer Bonus-Malus-Regelung, nach der der Anbieter eine „Belohnung“ erhält, wenn die zugesagte Verfügbarkeit eingehalten oder gar überschritten wird.

bb. Kontrollfreie Leistungsbeschreibung oder Haftungsbegrenzung?

(1) Allgemeine Grundsätze

Verfügbarkeitsbeschränkungen in individualvertraglich geschlossenen IT-Verträgen sind grundsätzlich zulässig;¹⁴¹¹ in vorformulierten Vertragsbedingungen des Anbieters unterliegen sie einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle, sofern es sich nicht um reine Leistungsbeschreibungen handelt, sondern um „echte“ Beschränkungen der Gewährleistungspflicht. Leistungsbeschreibungen sind der Inhaltskontrolle entzogen und müssen im Wesentlichen nur dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechen. Die Abgrenzung zu den der Inhaltskontrolle unterliegenden mangelhaftungsbeschränkenden Abreden kann sich im Einzelfall als schwierig erweisen. Dies gilt insbesondere für Verträge über neuartige IT-Dienstleistungen, bei denen die vertragsgegenständlichen Leistungen mangels gesetzlicher Leitbilder erst in den Verträgen selbst konkretisiert werden.¹⁴¹²

Die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle beschränkt sich allgemein auf Bestimmungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden (§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB). Weder Klauseln, die lediglich Art, Umfang und Güte der

¹⁴⁰⁹ vgl. hierzu *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil XI, Rn. 47.

¹⁴¹⁰ vgl. hierzu *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil XI, Rn. 62 ff.

¹⁴¹¹ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil XI, Rn. 48.

¹⁴¹² *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil XI, Rn. 49.

zu erbringenden Leistung oder Gegenleistung festlegen und damit den Gegenstand des Vertrages definieren (Leistungsbeschreibungen), noch Klauseln, die lediglich den Inhalt der einschlägigen gesetzlichen Regelungen unverändert wiederholen (deklaratorische Klauseln), sind damit kontrollfähig.¹⁴¹³ Im Gegensatz zu reinen Leistungsbeschreibungen unterliegen Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, es modifizieren oder auch nur näher ausgestalten, der Inhaltskontrolle.¹⁴¹⁴ Als reine Leistungsbeschreibungen von der Kontrolle ausgenommen sind damit nach überwiegender Auffassung lediglich solche Klauseln, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhaltes ein wirksamer Vertragsschluss nicht mehr angenommen werden kann; dies betrifft demnach vor allem die Vereinbarung der *essentialia negotii*.¹⁴¹⁵

Insbesondere bei Dienstleistungen sollen aber nach *Fuchs* ergänzend auch die konkreten Wettbewerbsbedingungen im jeweils betroffenen Marktsegment und dabei besonders die „identitätstiftenden Produktmerkmale“ Berücksichtigung finden, auf die der Durchschnittskunde bei seiner Entscheidung für oder gegen einen Vertragsschluss ohne weiteres achte, so dass es insoweit einer Inhaltskontrolle nicht bedürfe.¹⁴¹⁶ Nach einem ähnlichen Ansatz ist eine Inhaltskontrolle nur dort geboten, wo nicht auf eine funktionierende Marktregulierung verwiesen werden könne.¹⁴¹⁷ Die Kontrollfrage müsse daher lauten, ob die in Frage stehende Klausel den Kräften von Markt und Wettbewerb in solcher Weise ausgesetzt ist, dass damit gerechnet werden kann, dass der durchschnittliche Kunde sie zur Kenntnis nehmen und in seine Abschlussentscheidung einbeziehen werde. In diesem Fall sei eine Inhaltskontrolle entbehrlich.¹⁴¹⁸ Naheliegenderweise erscheine in diesem Rahmen die Abgrenzung eines engen Leistungskerns, dem der Kunde seine Aufmerksamkeit entgegenbringe, und einem Randbereich, den er nur rudimentär erfasse, ohne ihn in seine Abschlussentscheidung einfließen zu lassen. Hierbei könne die Unterscheidung zwischen den *essentialia negotii* und den *naturalia* wertvolle Dienste leisten. Einer Inhaltskontrolle bedürfe dabei vor allem derjenige Teil des

¹⁴¹³ *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 307 BGB, Rn. 6; *Stoffels*, JZ 2001, 843, 843 ff.; *Klimek*, K&R 2002, 633, 635.

¹⁴¹⁴ BGH CR 2001, 181, 182 m. Anm. *Stögmüller*; *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 48; *Klimek*, K&R 2002, 633, 635; *Peter*, CR 2005, 404, 410.

¹⁴¹⁵ BGHZ 127, 35, 41; vgl. *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 307 BGB, Rn. 40.

¹⁴¹⁶ *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 307 BGB, Rn. 47 ff.

¹⁴¹⁷ *Stoffels*, JZ 2001, 843, 847.

¹⁴¹⁸ *Stoffels*, JZ 2001, 843, 847.

Leistungsversprechens, dem der Kunde regelmäßig nur eine diffuse Erwartungshaltung – etwa in dem Sinne, es werde dort sowieso nur das Übliche stehen – entgegenbringe.¹⁴¹⁹

Auch positiv formulierte Abreden über den zu erbringenden Leistungsgegenstand können der Inhaltskontrolle unterliegen, wenn nach Gesetz, Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte die geschuldete Leistung ohne die Bestimmung eine andere wäre. Es darf nämlich keine Rolle spielen, ob ein zunächst umfassend formuliertes Leistungsversprechen vorliegt, welches durch andere Klauseln wieder eingeschränkt wird, oder ob von vornherein eine so begrenzte – positiv formulierte – Leistungszusage abgegeben wird, dass sich aufgrund dessen weitere modifizierende bzw. einschränkende Bestimmungen bereits erübrigen.¹⁴²⁰ Die Abgrenzung zwischen kontrollierbaren und kontrollfreien Klauseln darf im Ergebnis nicht allein von der „Formulierungskunst des AGB-Verwenders“ abhängen.¹⁴²¹

(2) Die Verfügbarkeit im ASP-Vertrag

Die der AGB-Kontrolle nicht zugängliche Leistungsbeschreibung entspricht damit beim ASP im Wesentlichen dem mangels gesetzlicher Leitbilder allein nach dem Vertragszweck zu bestimmenden eigentlichen Kern der Leistungszusage.¹⁴²² Die Schwierigkeit besteht vor allem darin, bei gesetzlich nicht geregelten neuartigen Vertragstypen wie dem ASP das Hauptleistungsversprechen bzw. den Kern der Leistung von vornherein richtig einzugrenzen.¹⁴²³ Bei einer Einordnung des ASP-Vertrages als Miet- oder Werkvertrag muss man davon ausgehen, dass der Anbieter grundsätzlich eine ständige Verfügbarkeit seiner Leistungen verspricht, während dies bei einer Einordnung als Dienstvertrag nicht der Fall wäre, da hier lediglich die Leistungserbringung, nicht jedoch ein bestimmter Erfolg geschuldet wird.¹⁴²⁴

¹⁴¹⁹ *Stoffels*, JZ 2001, 843, 848.

¹⁴²⁰ *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 307 BGB, Rn. 38; *Klimek*, K&R 2002, 633, 638 f.; a.A. *Schoengarth*, ASP, S. 263 (Fn. 38: Gerade dies stelle den Unterschied zwischen Leistungsbeschreibung und Leistungsbeschränkung dar.) und wohl auch *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 25.

¹⁴²¹ *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 307 BGB, Rn. 38; so auch *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 99.

¹⁴²² *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 50.

¹⁴²³ *Schoengarth*, ASP, S. 258.

¹⁴²⁴ *Klimek*, K&R 2002, 633, 635; vgl. auch *Stögmüller*, Anm. zum Urteil des BGH vom 12.12.2000, XI ZR 138/00, CR 2001, 183, 184.

Ist entsprechend der von der herrschenden Ansicht vorgenommenen mietvertraglichen Einordnung der Hauptleistungspflichten damit grundsätzlich von einer zeitlich uneingeschränkten Nutzbarkeit der Software „rund um die Uhr“ auszugehen,¹⁴²⁵ stellen klauselmäßige Zugangsbeschränkungen nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht stets eine der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterliegende Einschränkung des grundsätzlich umfassenden Nutzungsanspruchs des Kunden dar.¹⁴²⁶ Nach anderer Ansicht wird bereits nach der Definition der Hauptleistungspflicht eines Online-Services lediglich die Möglichkeit zur Nutzung nach mittlerer Art und Güte geschuldet. Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten oder Änderungen und Verbesserungen an den technischen Anlagen seien danach gestattet, und entsprechende Ausfallzeiten schränken die geschuldete Leistung von vornherein ein.¹⁴²⁷

(3) Die Entscheidung des BGH zum Online-Banking

Verfügbarkeitsbeschränkungen wegen höherer Gewalt oder technischer Probleme außerhalb des Einfluss- und Verantwortungsbereichs des Anbieters stellen jedenfalls wegen der Unwägbarkeiten, die insbesondere die Nutzung des Internet zwangsläufig mit sich bringt, lediglich Beschreibungen der den Kunden bekannten und vom Anbieter nicht beherrschbaren Möglichkeit von Systemausfällen dar.¹⁴²⁸ Für die vom Anbieter oder seinem Subunternehmer beherrschbaren Systeme und Netze wird dagegen grundsätzlich ständige Verfügbarkeit geschuldet. Dies wurde vom BGH in Bezug auf eine Klausel zur zeitweisen Zugangsbeschränkung für den Online-Service einer Bank bestätigt.¹⁴²⁹ Die Feststellung des BGH, dass eine Haftung für technisch oder betrieblich bedingte

¹⁴²⁵ vgl. *Schoengarth*, ASP, S. 262: Mit den heute zur Verfügung stehenden technischen Mitteln, wie z.B. redundanten Servern und Firewalls, sei eine hundertprozentige Verfügbarkeit der Anwendung technisch bereits realisierbar; vgl. hierzu auch ausführlich *Klimek*, K&R 2002, 633, 637 ff.: Auch den in der TKV enthaltenen Wertungen sei zu entnehmen, dass der Gesetzgeber grundsätzlich von einer zeitlich uneingeschränkten Nutzbarkeit von Telekommunikationsleistungen ausgehe und nachträgliche Beschränkungen dieser Leistung folglich einer Inhaltskontrolle zugänglich seien (a.A. *Stögmüller*, Anm. zum Urteil des BGH vom 12.12.2000, XI ZR 138/00, CR 2001, 183, 184).

¹⁴²⁶ *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 732; *Klimek*, K&R 2002, 633, 637.

¹⁴²⁷ *Stögmüller*, Anm. zum Urteil des BGH vom 12.12.2000, XI ZR 138/00, CR 2001, 183, 184.

¹⁴²⁸ so auch *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 51.

¹⁴²⁹ BGH CR 2001, 181 m. Anm. *Stögmüller*; die Klausel hatte folgenden Wortlaut: „Aus technischen und betrieblichen Gründen sind zeitweilige Beschränkungen und Unterbrechungen des Zugangs zum [...] Online-Service möglich. Zeitweilige Beschränkungen und Unterbrechungen können beruhen auf höherer Gewalt, Änderungen und Verbesserungen an den technischen Anlagen oder auf sonstigen Maßnahmen, z.B. Wartungs- oder Instandsetzungsarbeiten, die für einen einwandfreien oder optimierten [...] Online-Service notwendig sind, oder auf sonstigen Vorkommnissen, z.B. Überlastung der Telekommunikationsnetze.“

zeitweilige Beschränkungen und Unterbrechungen des Zugangs zum Online-Banking formularmäßig nicht umfassend ausgeschlossen werden könne, hat dabei weit über den Bereich des Online-Banking hinausgehende Bedeutung. Haftungsklauseln auch in sonstigen Arten von Provider-Verträgen sind maßgeblich an dieser Entscheidung zu messen.¹⁴³⁰ Im konkreten Fall hat der BGH eine mängelhaftungsbeschränkende Regelung in Form einer Haftungsfreizeichnung angenommen und diese einer Inhaltskontrolle unterzogen.¹⁴³¹

Die Aussagen des BGH werden in der Literatur unterschiedlich gewertet: Nach einer Ansicht unterfallen allgemein gehaltene Zugangsbeschränkungen entsprechend dem vom BGH entschiedenen Fall generell der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle, da sie stets als Haftungsfreizeichnungen aufzufassen seien.¹⁴³² Nach anderer Ansicht hat der BGH gerade entschieden, dass vertraglich eine Systemverfügbarkeit von unter hundert Prozent vereinbart werden könne, indem er konstatierte, dass ein Internet-Provider grundsätzlich eine hundertprozentige Verfügbarkeit schulde, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vertraglich festgelegt sei.¹⁴³³ Eine entsprechende Vereinbarung sei dann als eingeschränktes Leistungsversprechen zu werten und somit einer AGB-rechtlichen Überprüfung als Leistungsbeschreibung entzogen.¹⁴³⁴ Die Entscheidung könne gerade dahingehend interpretiert werden, dass es den Parteien offenstehe, auch eine von der Verfügbarkeit „rund um die Uhr“ abweichende Vereinbarung zu treffen, wenn diese als echte Leistungsbeschreibung ausgestaltet werde. Ziehe man zum Vergleich etwa die Vertragsbedingungen eines Fitnessstudios heran, so werde deutlich, dass es auch im ASP-Vertrag möglich sein müsse, bestimmte – von vornherein feststehende – Wartungszeiten zu vereinbaren oder die Anwendung nur zu bestimmten Betriebs- oder Geschäftszeiten verfügbar zu machen.¹⁴³⁵ Dem ist zuzustimmen: Bei hinreichend klarer

¹⁴³⁰ *Stögmüller*, Anm. zum Urteil des BGH vom 12.12.2000, XI ZR 138/00, CR 2001, 183; *Struck*, Anm. zum Urteil des BGH vom 12.12.2000, XI ZR 138/00, MMR 2001, 227, 228; *Klimek*, K&R 2002, 633, 634.

¹⁴³¹ BGH CR 2001, 181, 182 f. m. Anm. *Stögmüller*.

¹⁴³² *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 764; *Peter*, CR 2005, 404, 408; vgl. auch *Härting*, Anm. zum Urteil des BGH vom 12.12.2000, XI ZR 138/00, K&R 2001, 219, 220.

¹⁴³³ Die hier in Bezug genommene Aussage des BGH lautet im Wortlaut: „Ergeben sich aus dieser Vereinbarung [in Ergänzung zum Girovertrag getroffene Nebenabrede zwischen Bank und Kunde] – wie im vorliegenden Fall – keine zeitlichen Nutzungsbeschränkungen, steht dem Kunden der Online-Zugriff auf den Rechner der Bank grundsätzlich unbeschränkt zu [...]. Ist aber für eine Einrichtung die unbeschränkte Nutzbarkeit vertraglich vereinbart, so stellen klauselmäßige Zugangsbeschränkungen eine nach §§ 9-11 AGBG kontrollfähige Modifikation des grundsätzlich umfassenden Zugangs- bzw. Nutzungsanspruchs der Kunden dar.“, vgl. BGH CR 2001, 181, 182 m. Anm. *Stögmüller*.

¹⁴³⁴ *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 87; so im Ergebnis auch *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 569; vgl. auch *Klimek*, K&R 2002, 633, 639.

¹⁴³⁵ *Schoengarth*, ASP, S. 259.

Definition dessen, was der Kunde erwarten darf, ist ein von vornherein auf bestimmte Betriebszeiten beschränktes Online-Angebot vereinbar, ohne dass diese Einschränkung einer Inhaltskontrolle unterliegt.¹⁴³⁶ Dafür spricht auch, dass der Kunde regelmäßig die Betriebszeiten und Wartungsfenster in seine Entscheidung für oder gegen einen Vertragsabschluss einbeziehen wird, einer entsprechenden Klausel also die notwendige Aufmerksamkeit schenkt.

(4) Die Vereinbarung von Verfügbarkeitsquoten

Einschränkungen in Form von Verfügbarkeitsquoten waren nicht Gegenstand der BGH-Entscheidung zum Online-Banking. Der entscheidende Unterschied zwischen der dem BGH zur Entscheidung vorgelegten allgemein gehaltenen Klausel und einer Verfügbarkeitsquote liegt in der klaren inhaltliche Aussage zum zeitlichen Bezug der zu erbringenden Leistung, die eine Verfügbarkeitsquote trifft. Bei einer allgemeinen Anknüpfung an technische und/oder betriebliche Gründe ist dagegen völlig ungewiss, wann bzw. wie lange das Angebot ausfallen darf, ohne dass eine Pflichtverletzung des Anbieters festgestellt werden kann. Eine Verfügbarkeitsquote trägt demgegenüber den Zeitraum für die Nutzung konkret nachrechenbar und festgeschrieben in sich.¹⁴³⁷

Daraus wird mitunter der Schluss gezogen, dass eine Verfügbarkeitsquote nach ihrem Inhalt und Zweck einzig den zeitlichen Umfang des Hauptleistungsversprechens festlege und somit als reine – der AGB-Kontrolle, vorbehaltlich ihrer Transparenz, entzogene – Leistungsbeschreibung und nicht als mängelhaftungsbeschränkende Abrede einzuordnen sei.¹⁴³⁸ Dafür spricht bei ASP-Verträgen mit Geschäftskunden auch die Tatsache, dass die Verfügbarkeit eine wettbewerbsrelevante Produkteigenschaft darstellt, deren Wichtigkeit sich der Kunde bewusst ist und die deshalb einen erheblichen Einfluss auf seine Entscheidung hat, so dass es einer Inhaltskontrolle nicht bedarf.¹⁴³⁹ Nach einer

¹⁴³⁶ *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 307 BGB, Rn. 51.

¹⁴³⁷ *Peter*, CR 2005, 404, 408; kritisch hierzu *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 134: Eine Verfügbarkeitsquote treffe zwar eine Aussage über den Gesamtumfang, aber keinerlei Aussage über die Dauer und Lage einer einzelnen Ausfallzeit. Aus Sicht des Kunden gebe es also auch hier in jedem Augenblick das Risiko, den Zugriff auf das System nicht zu erhalten. Dies sei allenfalls ein gradueller Unterschied zu allgemein gehaltenen Klauseln.

¹⁴³⁸ *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 764; *Schoengarth*, ASP, S. 263; *Imhof* in: Weitnauer (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch E-Commerce, Teil A.5, S. 58; *Peter*, CR 2005, 404, 410 f.; a.A. *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 53.

¹⁴³⁹ *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 113.

differenzierenden Ansicht handelt es sich bei der Vereinbarung einer Verfügbarkeitsquote nur dann um eine Leistungsbeschreibung, wenn sich diese nicht auf solche Ausfälle bezieht, die auf ein Verschulden des Providers zurückzuführen sind.¹⁴⁴⁰ Obwohl die Verfügbarkeitsquote die Ungewissheit in sich trägt, wann genau innerhalb eines bestimmten Zeitraums der Anwender zur Nutzung der Software berechtigt ist und wann nicht, ergibt sich allein daraus jedenfalls noch kein Verstoß gegen das Transparenzgebot. Denn was sich aus der Natur der Sache nicht transparenter darstellen lässt, kann auch nicht dem Vorwurf fehlender Transparenz ausgesetzt sein.¹⁴⁴¹

cc. Inhaltskontrolle von Verfügbarkeitsbeschränkungen

(1) Allgemein gehaltene Verfügbarkeitsklauseln

Hält man die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle im Ergebnis für eröffnet, müssen sich die einschränkenden Klauseln an den Wertungen der §§ 308 und 309 BGB messen lassen. Allgemein gehaltene Klauseln, die die Verfügbarkeit der Software unter den Vorbehalt der technischen und organisatorischen Möglichkeiten des Anbieters stellen, müssen sich im Rahmen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle vor allem am Maßstab des § 308 Nr. 4 BGB messen lassen. Danach ist ein Änderungsvorbehalt nur dann wirksam, wenn er unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Maßgebend für die Interessenabwägung ist dabei eine typische Betrachtungsweise, nicht die Umstände des konkreten Einzelfalles.¹⁴⁴²

Die typische Betrachtungsweise für Verträge über die Nutzung technischer Infrastrukturen kann in diesem Zusammenhang unter „vorsichtiger“ Anwendung der Wertungen von § 6 Abs. 2 und 3 TKV erfolgen. Allgemein gehaltene Klauseln, die die versprochene Leistung ohne nähere Konkretisierung allein unter den Vorbehalt der technischen und betrieblichen Möglichkeiten stellen, sind nach diesen Maßstäben unwirksam, da hier die Leistungserbringung von ökonomischen Entscheidungen des Verwenders abhängig gemacht und gewissermaßen einem nicht weiter konkretisierten Leistungsvorbehalt

¹⁴⁴⁰ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 135.

¹⁴⁴¹ *Peter*, CR 2005, 404, 411.

¹⁴⁴² *Schmidt* in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 308 Nr. 4 BGB, Rn. 9.

unterstellt wird.¹⁴⁴³ Der Kunde hat im Vorhinein keinerlei Möglichkeit, das Ausmaß der Beeinträchtigung zu erkennen.¹⁴⁴⁴ Der Grundgedanke von § 308 Nr. 4 BGB kommt dabei auch im Unternehmensverkehr zum Tragen, so dass ein freies, an keine Voraussetzungen gebundenes Änderungsrecht des Verwenders dort ebenfalls unzulässig ist.¹⁴⁴⁵

Zugleich handelt es sich bei einer solchen Klausel nach der Auslegung des BGH um einen Haftungsausschluss für sämtliche technisch oder betrieblich bedingten zeitweiligen Zugangsstörungen ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Providers und den Grad dieses Verschuldens, so dass die Klausel auch nach § 309 Nr. 7b BGB unzulässig ist.¹⁴⁴⁶ Auch wenn die Klausel selbst keine ausdrückliche Regelung hinsichtlich der Haftungsfolgen enthält, genügt es, dass sie zumindest nach ihrem Sinn und Zweck den Eindruck eines Haftungsausschlusses erweckt. Es ist für die Unwirksamkeit nach dieser Vorschrift ausreichend, wenn die die Grundlage der Haftung bildende objektive Vertragspflicht ausgeschlossen und ein bestimmtes Risiko allein dem Vertragspartner auferlegt wird. Aus Sicht eines durchschnittlichen Kunden besagt die streitgegenständliche Klausel, dass die Haftung des Verwenders für Schäden aufgrund entsprechender Störungen des Online-Banking ausgeschlossen werden soll. Der Wortlaut der Klausel erfasst dabei auch Zugangsbeschränkungen, die die Bank zu vertreten hat oder die nicht allein im Interesse der Kunden erfolgen.¹⁴⁴⁷ Der Vorsatz und alle Grade der Fahrlässigkeit umfassende Haftungsausschluss verstößt somit gegen § 309 Nr. 7b BGB.¹⁴⁴⁸ Die vom BGH aufgestellten Grundsätze sind auf mietvertraglich ausgestaltete ASP-Verträge insoweit ohne weiteres übertragbar.¹⁴⁴⁹ Haftungsausschlüsse für Fälle des

¹⁴⁴³ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil XI, Rn. 57; *Klimek*, K&R 2002, 633, 639.

¹⁴⁴⁴ *Schoengarth*, ASP, S. 268.

¹⁴⁴⁵ *Schmidt* in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 308 Nr. 4 BGB, Rn. 12.

¹⁴⁴⁶ BGH CR 2001, 181, 182 f. m. Anm. *Stögmüller*; *Klimek*, K&R 2002, 633, 640; vgl. auch *Schoengarth*, ASP, S. 268 und *Ernst*, *Vertragsgestaltung im Internet*, Rn. 764.

¹⁴⁴⁷ BGH CR 2001, 181, 182 f. m. Anm. *Stögmüller*; anders die Auslegung der Vorinstanz OLG Köln CR 2000, 537, 540: Die Klausel erfasse nach ihrem Sinn und Zweck aus der Sicht eines rechtlich nicht vorgebildeten Kunden nur der Zugangsbeschränkung zugrunde liegende Störungen, die von der Bank nicht zu vertreten seien oder die u.a. im Interesse des Kunden an der Aufrechterhaltung eines möglichst ungestörten Zugangs zum Online-Service lägen, so dass keine Verstoß gegen § 9 oder § 11 Nr. 7 AGBG angenommen werden könne; die Klausel sei ihrem Wortlaut nach zwanglos dahin zu verstehen, dass von ihr lediglich Fälle nachträglich sich einstellender vorübergehender Leistungshindernisse erfasst seien, die überdies auf nicht von der Bank zu vertretenen Umständen beruhten; zustimmend *Stögmüller*, Anm. zum Urteil des BGH vom 12.12.2000, XI ZR 138/00, CR 2001, 183, 185; kritisch zur Auslegung der Klausel durch das OLG Köln *Struck*, Anm. zum Urteil des BGH vom 12.12.2000, XI ZR 138/00, MMR 2001, 227.

¹⁴⁴⁸ BGH CR 2001, 181, 183 m. Anm. *Stögmüller*; zustimmend *Struck*, Anm. zum Urteil des BGH vom 12.12.2000, XI ZR 138/00, MMR 2001, 227, 227 f.

¹⁴⁴⁹ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil XI, Rn. 57.

Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit sind dabei auch im Verkehr zwischen Unternehmern gemäß § 307 i.V.m. § 310 Abs. 1 BGB unwirksam.¹⁴⁵⁰

Wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 4 BGB und das Transparenzgebot dürften auch allgemein gehaltene Wartungsklauseln unzulässig sein, die die Verfügbarkeit wegen durchzuführender Wartungsarbeiten ohne zeitliche Limitierung vorübergehend einschränken. Hier ist für den Kunden weder ersichtlich, in welchem Umfang er mit Einschränkungen rechnen muss, noch, wann er konkret von diesen betroffen sein wird.¹⁴⁵¹ Darüber hinaus wird aus dem Urteil des BGH zum Online-Banking z.T. geschlossen, dass Zugangsbeschränkungen zum Zwecke von Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten als Maßnahmen, deren Erfordernis möglicherweise vom Provider zu vertreten sei, gegen § 309 Nr. 7b BGB verstießen.¹⁴⁵² Nach anderer Ansicht begegnen allgemeine Wartungsklauseln grundsätzlich keinen Bedenken, da sie vor allem im Interesse des Kunden lägen.¹⁴⁵³

(2) Verfügbarkeitsquoten

Klauseln, die bestimmte prozentuale Verfügbarkeitsquoten (z.B. 98% im Monatsdurchschnitt) statuieren, müssen sich – jedenfalls soweit man die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle für eröffnet hält – ebenfalls an den oben genannten Vorschriften und Wertungen messen lassen. Geht man davon aus, dass der Anbieter grundsätzlich eine hundertprozentige Verfügbarkeit der Anwendung schuldet, stellt jede Abweichung hiervon in den AGB eine Änderung seiner Leistung dar. Eine Klausel, die eine handelsübliche Abweichung von der hundertprozentigen Verfügbarkeit (z.B. in Höhe von 2 % für den Kalendermonat) vorbehält, wird dabei für den Anwender als zumutbar und somit nach § 308 Nr. 4 BGB als wirksam angesehen.¹⁴⁵⁴ Sieht man von vornherein nicht hundert Prozent, sondern nur die marktübliche Verfügbarkeit als geschuldete Leistung, liegt ein

¹⁴⁵⁰ *Grüneberg* in: Palandt, § 309 Rn. 48.

¹⁴⁵¹ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 58.

¹⁴⁵² *Schoengarth*, ASP, S. 265.

¹⁴⁵³ *Klimek*, K&R 2002, 633, 640.

¹⁴⁵⁴ *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 118 f.; *Klimek*, K&R 2002, 633, 640; kritisch zur Marktüblichkeit als entscheidender Maßstab der Inhaltskontrolle *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 136.

Änderungsvorbehalt erst dann vor, wenn die Verfügbarkeit von diesem Wert abweicht bzw. unter diesen fällt.¹⁴⁵⁵

Wird Software zum Abruf über das Internet bereitgestellt und die Verfügbarkeitsbeschränkung auf solche Systemausfälle begrenzt, die vom Anbieter oder seinen Subunternehmern nicht verschuldet sind, entspricht dies dem berechtigten Interesse des Anbieters. Denn dieser kann angesichts der technischen Komplexität und der offenbar nicht zu vermeidenden zwischenzeitlichen Systemausfälle vernünftigerweise nicht dafür einstehen, dass die Anwendung über das Internet jederzeit erreichbar ist.¹⁴⁵⁶ Sofern man generelle Verfügbarkeitsbeschränkungen als Haftungsfreizeichnung und nicht als reine Leistungsbeschreibung ansieht und diese unabhängig von einem Verschulden bzw. vom Grad des Verschuldens des Anbieters gelten sollen, führt dies gemäß § 309 Nr. 7b BGB zur AGB-rechtlichen Unwirksamkeit auch der prozentualen Verfügbarkeitsklausel.¹⁴⁵⁷ So hat das LG Karlsruhe in einer Klausel, in der für die Erreichbarkeit von Servern im Rahmen der Erbringung von Webhosting-Leistungen eine Verfügbarkeit von 99 % im Jahresmittel vereinbart wurde, einen unwirksamen „verhüllten Haftungsausschluss“ gesehen.¹⁴⁵⁸ Nach anderer Ansicht kann ein Verstoß gegen § 309 Nr. 7b BGB in solchen Fällen allenfalls dann angenommen werden, wenn die marktübliche Verfügbarkeit unterschritten wird.¹⁴⁵⁹ Zulässig sind jedenfalls Verfügbarkeitseinschränkungen, die sich auf Schnittstellen beziehen, die im Verhältnis zwischen Anbieter und Kunde nicht unter der Kontrolle des Anbieters stehen.¹⁴⁶⁰

Ebenfalls einem berechtigten Interesse des Anbieters entsprechen prozentuale Verfügbarkeitsbeschränkungen zu Zwecken der Wartung und technischen Verbesserung des Dienstes. Die Weiterentwicklung und Pflege der mittels ASP überlassenen Software liegt insbesondere auch im Interesse des Kunden, sofern dieser rechtzeitig über anstehende Wartungsarbeiten informiert wird und sich auf die Zugangsbeschränkungen einstellen kann.¹⁴⁶¹ Insgesamt empfiehlt sich für alle Formen von Verfügbarkeitsklauseln angesichts der tendenziell strengen Kontrollmaßstäbe der Rechtsprechung in

¹⁴⁵⁵ *Schoengarth*, ASP, S. 269: Eine Abweichung bis zu 5 % sei dem Kunden wegen der Handelsüblichkeit zumutbar.

¹⁴⁵⁶ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 59 f.

¹⁴⁵⁷ *Braun*, Zulässigkeit von SLA, S. 117; *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 137.

¹⁴⁵⁸ LG Karlsruhe CR 2007, 396, 397.

¹⁴⁵⁹ *Schoengarth*, ASP, S. 269.

¹⁴⁶⁰ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 141.

¹⁴⁶¹ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 61.

vertragsgestalterischer Hinsicht eine transparente, für den Kunden vorhersehbare und berechenbare sowie Störungen aufgrund eines Verschuldens des Anbieters ausnehmende Regelung.

g. Urheberrechtliche Nutzungsrechte an der Software

Ebenfalls von großer Bedeutung für die Vertragsgestaltung im Rahmen des ASP ist die Frage, welche urheberrechtlichen Verwertungsrechte an der überlassenen Software durch die Nutzung im Netzwerk betroffen sind. Der Anbieter macht dem Kunden im Rahmen des ASP regelmäßig selbst entwickelte oder von Dritten lizenzierte Standardsoftware verfügbar.¹⁴⁶² Sofern es sich um von Dritten geschaffene Programme handelt, stellt sich die Frage, welche urheberrechtlichen Nutzungsbefugnisse dem Provider zustehen müssen, damit er seine mietvertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Kunden erfüllen kann. Dafür ist im Einzelfall zum einen zu klären, welche urheberrechtlich relevanten Handlungen vom Kunden im Rahmen der Softwarenutzung vorgenommen werden (insbesondere die Frage nach Vervielfältigungen auf den Clients), ob ihm die entsprechenden Nutzungsrechte vom Provider eingeräumt wurden und ob dem Provider seinerseits diese Nutzungsrechte zustanden und er zur Unterlizenzierung oder Übertragung berechtigt war. Wird der Kunde vom Rechteinhaber auf Unterlassung oder Schadensersatz in Anspruch genommen, weil ihm die erforderlichen Nutzungsrechte fehlen, kann er den Anbieter wegen eines mietrechtlichen Rechtsmangels in Regress nehmen. Da es sich im Regelfall um einen anfänglichen Rechtsmangel handeln wird, haftet der Anbieter dem Kunden insoweit gemäß § 536a BGB grundsätzlich verschuldensunabhängig auf Schadensersatz. Daneben stellt sich die Frage, welche urheberrechtlich relevanten Nutzungshandlungen der Anbieter selbst im Rahmen des ASP vornimmt (z.B. eine öffentliche Zugänglichmachung) und ob ihm die hierfür erforderlichen Nutzungsrechte vom Rechteinhaber eingeräumt wurden.

Die Wichtigkeit der softwaretypischen Differenzierung zwischen Speichern, Laden und Ablaufenlassen mit den entsprechenden Auswirkungen auf die Frage der Erforderlichkeit der Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte wird am Beispiel des ASP besonders

¹⁴⁶² Grützmacher, ITRB 2001, 59.

deutlich.¹⁴⁶³ Dies hängt damit zusammen, dass das Speichern und der Betrieb der Software an zwei unterschiedlichen Orten stattfinden. Schwierig zu beantworten ist dabei die Frage, wo und von wem in diesem Fall das Programm geladen wird; je nach technischer Ausgestaltung werden Teile der Software mitunter sowohl beim Anbieter als auch beim Kunden in den jeweiligen Arbeitsspeicher geladen.

aa. Vervielfältigungen durch den Anwender

Für die Frage, ob und ggf. welche Nutzungsrechte der ASP-Anbieter seinen Kunden einräumen muss, kommt es darauf an, inwieweit der Kunde durch die Fernnutzung der Anwendung Handlungen vornimmt, die urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte des Rechtsinhabers betreffen. Dabei kommt ausschließlich eine zustimmungsbedürftige Vervielfältigung der Anwendung gemäß § 69c Nr. 1 UrhG ernsthaft in Betracht. Diese könnte zum einen auf dem Client des Kunden, zum anderen auf dem zentralen Applikationsserver des Anbieters erfolgen.

(1) Laden in den Arbeitsspeicher des Anwenders

Eine Vervielfältigung im urheberrechtlichen Sinne liegt in der Herstellung von – auch vorübergehenden – körperlichen Festlegungen des Werks, die geeignet sind, dieses den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen.¹⁴⁶⁴ Zwar stellt nicht jede technische zwingend auch eine urheberrechtliche Vervielfältigung dar; eine solche ist aber zumindest dann anzunehmen, wenn durch den technischen Kopiervorgang zusätzliche Nutzungen des Programms ermöglicht werden.¹⁴⁶⁵ Nach überwiegender Ansicht liegt daher sowohl im Speichern einer Software auf der Festplatte als auch im Laden in den Arbeitsspeicher eines Rechners eine urheberrechtliche Vervielfältigungshandlung i.S.v. § 69c Nr. 1 UrhG.¹⁴⁶⁶ Da das im Rahmen des ASP zur Verfügung gestellte Programm jedoch ausschließlich auf dem System des Anbieters gespeichert ist und lediglich die Bildschirmausgabe auf dem

¹⁴⁶³ vgl. *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil M, Rn. 26.

¹⁴⁶⁴ h.M., statt aller *Schulze* in: Dreier/Schulze, § 16 Rn. 6.

¹⁴⁶⁵ *Loewenheim* in: Schrickler (Hrsg.), § 69c Rn. 6.

¹⁴⁶⁶ vgl. dazu bereits oben C. II. 4. a.

Rechner des Anwenders erfolgt, benötigt Letzterer kein Vervielfältigungsrecht, um die Anwendung in den eigenen Arbeitsspeicher zu laden oder gar um sie auf seiner Festplatte zu speichern.¹⁴⁶⁷ Es werden bei der üblichen technischen Umsetzung im Client-Server-Prinzip nämlich gerade keine Teile der vertragsgegenständlichen Anwendung auf das System des Kunden transferiert. Daher kann man – selbst wenn man von einem denkbar weiten Vervielfältigungsbegriff ausgeht, der sich am Partizipationsinteresse des Urhebers orientiert – bei dieser Form des ASP nicht von einer urheberrechtlich relevanten Vervielfältigung des Programms auf dem Rechner des Anwenders sprechen.¹⁴⁶⁸

*Alpert*¹⁴⁶⁹ geht dagegen davon aus, das Programm werde bei der Online-Nutzung mittels ASP in den Arbeitsspeicher des Client-Rechners geladen und dort vervielfältigt. Dies ist technisch ungenau. In den Arbeitsspeicher des Kundenrechners kopiert wird nämlich nur eine – in ihrer Ablauffähigkeit von den im Rahmen des ASP bereitgestellten Programmen unabhängige – Steuerungssoftware, d.h. die Client- oder Browser-Software zur Bedienung der Anwendung. Nur insoweit erfolgt dementsprechend auch eine Vervielfältigung beim Kunden; zu einer Übertragung der zur Nutzung angebotenen Programme selbst kommt es dagegen nicht. Darüber hinaus lädt sich der ASP-Kunde bei Verwendung einer Client-Server-Lösung lediglich noch die Benutzeroberfläche auf seinen Rechner. Eine Vervielfältigung der den Vertragsgegenstand bildenden Software findet damit mangels Dopplung des Codes also weder auf der Festplatte noch im Arbeitsspeicher der Anwender statt.¹⁴⁷⁰ Nur hinsichtlich der Zugriffs- oder Steuerungssoftware muss der Provider dem Kunden dann ein Vervielfältigungsrecht einräumen, und auch das nur, soweit es sich nicht um einen Standard-Browser handelt, der sich ohnehin bereits auf dem Rechner des Kunden befindet. Sofern der Anbieter dem Kunden die Client-Software stellt, räumt er ihm damit auch konkludent ein Vervielfältigungsrecht ein, da der Kunde notwendigerweise die Software auf seinem Rechner installieren muss.¹⁴⁷¹

Neben der Speicherung der Zugriffssoftware können Vervielfältigungen beim Nutzer auch dadurch entstehen, dass bei der Steuerung der Software mittels eines Internet-Browsers

¹⁴⁶⁷ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 561; *Müller/Bohne*, Providerverträge, S. 130; *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 118; *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 194; *Ernst* in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Teil 7.1, Rn. 68.

¹⁴⁶⁸ *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 751; *Schoengarth*, ASP, S. 92; *Czychowski/Bröcker*, MMR 2002, 81, 83.

¹⁴⁶⁹ *Alpert*, CR 2000, 345, 346.

¹⁴⁷⁰ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 118; *Grützmaker*, ITRB 2001, 59, 60; *Czychowski/Bröcker*, MMR 2002, 81, 83.

¹⁴⁷¹ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 196.

JAVA-Applets auf seinen Rechner übertragen werden. Es handelt sich dabei um kleine, aus Steuerbefehlen bestehende Computerprogramme i.S.v. § 69a UrhG, die online auf den Kundenrechner übertragen und dort mit Hilfe des Browsers ausgeführt und angezeigt werden.¹⁴⁷² Die Applets können zur Ausführung der Anwendung erforderlich sein, bilden aber nicht selbst die vertragsgegenständliche Software. Nach richtiger Ansicht genügen solche *JAVA-Applets* regelmäßig den urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen für Computerprogramme.¹⁴⁷³ Da die Applets auf dem Kundenrechner durch Laden in den Arbeitsspeicher vervielfältigt werden, bedarf es dann in diesem Fall zumindest insoweit der Einräumung eines Vervielfältigungsrechts.¹⁴⁷⁴

(2) Laden in den Arbeitsspeicher des Anbieters

Der Anwender könnte aber aufgrund des von ihm durch den Programmaufruf veranlassten Ladevorgangs in den Arbeitsspeicher des Anbieters für die dadurch ausgelöste Vervielfältigung als mittelbarer Verursacher verantwortlich sein. Hierfür genügt grundsätzlich, dass der Nutzer die Vervielfältigung beim Anbieter als eigene veranlasst oder einen sonstigen Grund für die adäquate Verursachung setzt.¹⁴⁷⁵ Die Vervielfältigung beim Anbieter ist dem Anwender als Handelndem gemäß §§ 97, 69c Nr. 1 UrhG jedoch nur dann zuzurechnen, wenn der Programmablauf im Arbeitsspeicher des Servers unmittelbar aufgrund des Programmaufrufs oder der über die Bildschirmmaske eingegebenen Programmbefehle in Gang gesetzt wird.¹⁴⁷⁶ Im Regelfall wird man jedoch davon ausgehen können, dass die Programme zur Reduzierung der Zugriffszeiten bereits vor dem konkreten Aufruf des Kunden permanent im Arbeitsspeicher des Providers bereitgehalten werden. Die unmittelbare Veranlassung des Ladevorgangs durch den Anwender bildet damit nur einen Ausnahmefall.¹⁴⁷⁷ Der Einräumung eines Vervielfältigungsrechts bedarf es in dieser technischen Konstellation damit regelmäßig nicht.

¹⁴⁷² *Grützmacher*, ITRB 2001, 59, 60; vgl. schon oben D. IV. 2. b. cc.

¹⁴⁷³ *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 733; *Grützmacher*, ITRB 2001, 59, 60.

¹⁴⁷⁴ *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 751; *Müller/Bohne*, Providerverträge, S. 130; *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 120; *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 195; *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 733; *Grützmacher*, ITRB 2001, 59, 60.

¹⁴⁷⁵ vgl. *Wild* in: Schricker (Hrsg.), § 97 Rn. 35; *Grützmacher*, ITRB 2001, 59, 60.

¹⁴⁷⁶ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 121.

¹⁴⁷⁷ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 121; *Grützmacher*, ITRB 2001, 59, 60; so auch *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 561: Im Regelfall löse der Anwender nicht die Vervielfältigung beim Betreiber aus, da die Software sich dort bereits im Arbeitsspeicher befinde.

Etwas anderes ergibt sich ausnahmsweise bei der Nutzung sog. nicht mehrplatzfähiger bzw. nicht mandantenfähiger Programme, die für jeden Kunden separat und jeweils erst bei Bedarf im Arbeitsspeicher des Anbieters vervielfältigt werden. Hier findet eine durch den Kunden veranlasste urheberrechtsrelevante Vervielfältigung statt, für die er als Handelnder i.S.d. §§ 97, 69c Nr. 1 UrhG verantwortlich ist und für die er sich nicht auf die Schrankenregelung des § 69d Abs. 1 UrhG berufen kann, weil nicht er, sondern der Anbieter berechtigter Nutzer im Sinne dieser Vorschrift ist.¹⁴⁷⁸ Der Anbieter muss in diesem Fall darauf achten, dass ihm der Rechteinhaber ein entsprechendes Vervielfältigungsrecht mit der Erlaubnis zur Unterlizenzierung einräumt.

(3) Sichtbarmachen der Bildschirmoberfläche beim Anwender

Der Anwender steuert den Programmablauf über die auf seinem Rechner angezeigte Benutzeroberfläche der Software. Die Benutzeroberfläche wird dabei je nach technischer Ausgestaltung entweder im Rahmen des Browsing oder für die Darstellung mittels der Client-Software kurzfristig in den Arbeitsspeicher des Kundenrechners kopiert und damit vervielfältigt.¹⁴⁷⁹ Ob die Übertragung der Benutzeroberfläche in den Arbeitsspeicher des Client-Rechners und die anschließende Darstellung auf dem Bildschirm des Anwenders die Einräumung eines Vervielfältigungsrechts erfordert, hängt davon ab, ob die Benutzeroberfläche als solche urheberrechtlichen Schutz genießt. In erster Linie kommt für die Benutzeroberfläche von Software – vergleichbar der auf HTML-Code basierenden Website – Schutz als Ausdrucksform des zugrunde liegenden Computerprogramms in Betracht.

Die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur verneint insoweit die urheberrechtliche Schutzfähigkeit der Benutzeroberfläche: Für die Darstellung des Programms müsste diese zwar jeweils kurzfristig in den Arbeitsspeicher des Kundenrechners kopiert und damit vervielfältigt werden. Die Bildschirmmaske selbst stelle aber kein Computerprogramm i.S.d. § 69a UrhG dar. Sie sei vielmehr eine textlich-grafische Gestaltung, die zwar durch das Computerprogramm erzeugt werde bzw. in ihrer

¹⁴⁷⁸ *Grützmacher*, ITRB 2001, 59, 60 f.; vgl auch *Huppertz* in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 4, Rn. 112.

¹⁴⁷⁹ *Grützmacher*, ITRB 2001, 59, 60.

Struktur im Programm implementiert sei, selbst aber keinen Teil des Computerprogramms darstelle, sondern einen gedanklich von diesem zu trennenden Schutzgegenstand bilde.¹⁴⁸⁰ Der Unterschied zwischen Benutzeroberfläche und Computerprogramm zeige sich vor allem darin, dass Letzteres austauschbar sei, die gleiche Benutzeroberfläche also durch unterschiedliche Programme erzeugt werden könne.¹⁴⁸¹ Die Benutzeroberfläche stellt danach keine Ausdrucksform der zugrunde liegenden Software dar.

Dem ist zuzustimmen: Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen umfasst vor allem den Programmcode sowie die innere Gestaltung in Form der Struktur und Organisation der Software.¹⁴⁸² Die Benutzeroberfläche wird dagegen erst durch den Programmablauf generiert und damit sichtbar gemacht, ist also das Ergebnis des Programmbetriebs und nicht selbst ein bzw. das Programm.¹⁴⁸³ Benutzeroberflächen können aber als Sprachwerk i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG¹⁴⁸⁴, als wissenschaftlich-technische Darstellung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG oder im Einzelfall als Werk der bildenden Kunst i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG geschützt sein.¹⁴⁸⁵ Als zweckbestimmte grafische Darstellungen erreichen sie im Regelfall jedoch die nötige Schöpfungshöhe i.S.v. § 2 Abs. 2 UrhG nicht.¹⁴⁸⁶

Ist im Einzelfall die erforderliche Schöpfungshöhe ausnahmsweise doch erreicht, so liegt nach einer Literatur vertretenen Ansicht unabhängig davon, ob man die Benutzeroberfläche als Ausdrucksform eines Computerprogramms nach § 69a Abs. 2 UrhG¹⁴⁸⁷ oder als wissenschaftlich-technische Darstellung, Sprachwerk oder Werk der bildenden Kunst einordnet, in dem Laden der Bildschirmoberfläche in den Arbeitsspeicher

¹⁴⁸⁰ OLG Düsseldorf CR 2000, 184 m. Anm. *Leistner; Loewenheim* in: Schrickler (Hrsg.), § 69a Rn. 7; *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 69a Rn. 16.

¹⁴⁸¹ OLG Düsseldorf CR 2000, 184 m. Anm. *Leistner; Loewenheim* in: Schrickler (Hrsg.), § 69a Rn. 7; dagegen *Härting/Kuon*, CR 2004, 527, 530: Die Austauschbarkeit des Quellcodes möge im Einzelfall gegen das Vorhandensein einer eigenen geistigen Schöpfung, nicht jedoch gegen die Erstreckung des Schutzes auf die Bildschirmoberfläche sprechen.

¹⁴⁸² OLG Düsseldorf CR 2000, 184 m. Anm. *Leistner*; OLG Frankfurt GRUR-RR 2005, 299, 300 – Online-Stellenmarkt; LG Frankfurt CR 2007, 424, 425; *Grützmaker* in *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), § 69a Rn. 14; a.A. *Härting/Kuon*, CR 2004, 527, 530.

¹⁴⁸³ OLG Düsseldorf CR 2000, 184 m. Anm. *Leistner*; OLG Frankfurt GRUR-RR 2005, 299, 300 – Online-Stellenmarkt; LG Frankfurt CR 2007, 424, 425; *Grützmaker* in *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), § 69a Rn. 14.

¹⁴⁸⁴ zum urheberrechtlichen Schutz einer HTML-codierten Website als Sprachwerk aufgrund der „zielführenden Verwendung der Sprache bei der Suchmaschinen-Optimierung“ vgl. OLG Rostock CR 2007, 737, 738.

¹⁴⁸⁵ vgl. *Loewenheim* in: Schrickler (Hrsg.), § 69a Rn. 7; *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 69a Rn. 16; *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 733.

¹⁴⁸⁶ *Grützmaker*, ITRB 2001, 59, 60; vgl. LG Frankfurt CR 2007, 424, 425.

¹⁴⁸⁷ so gegen die h.M. OLG Karlsruhe GRUR 1994, 726, 729 – Bildschirmmasken und *Härting/Kuon*, CR 2004, 527, 530.

und dem Sichtbarmachen auf dem Rechner des Anwenders eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung, da Laden und Sichtbarmachen der Oberfläche unabhängig von bereits vorhandenen Kopien zusätzliche Werknutzungen ermöglichen, die nur mit Zustimmung des Urhebers zulässig sein könnten.¹⁴⁸⁸ Nach h.M. ist die Darstellung auf dem Bildschirm aber schon deshalb keine Vervielfältigung des Programms, weil die Benutzeroberfläche keine Verkörperung des Programms darstellt und es sich insoweit um zwei unterschiedliche Gegenstände handelt.¹⁴⁸⁹ Auf die Frage, ob für das Anzeigen der Benutzeroberfläche das Einspielen von Programmteilen in den Arbeitsspeicher des Clients erforderlich ist, kommt es deshalb beim ASP nicht an.¹⁴⁹⁰

Selbst wenn man jedoch davon ausgeht, dass die Benutzeroberfläche urheberrechtlichen Schutz genießt und in ihrer Übertragung auf den Rechner des Anwenders eine urheberrechtsrelevante Vervielfältigung zu sehen wäre und es an einer ausdrücklichen Regelung der entsprechenden Rechtseinräumung fehlte, so enthielte der ASP-Vertrag doch jedenfalls konkludent nach der Zweckübertragungslehre des § 31 Abs. 5 UrhG die Einräumung eines Nutzungsrechts in dem für den vertragsgemäßen Gebrauch der Software erforderlichen Umfang.¹⁴⁹¹

(4) Reiner Programmablauf

Da eine dem Anwender zurechenbare Vervielfältigung damit im Regelfall weder auf den Client-Rechnern noch auf dem Server des Anbieters stattfindet, stellt sich die Frage, ob bereits in der bloßen Benutzung des Programms durch den Kunden eine urheberrechtliche Vervielfältigung zu sehen ist. Von entscheidender Bedeutung ist diese Frage insbesondere dann, wenn sich das Programm – wie im Regelfall der ASP-Nutzung – aufgrund vorheriger Anwendung durch einen anderen Nutzer bereits im Arbeitsspeicher des Servers befindet.¹⁴⁹² Der reine Programmablauf, d.h. das Abarbeiten der Daten im Prozessor, stellt nach überwiegender Ansicht jedoch keine urheberrechtliche

¹⁴⁸⁸ *Alpert*, CR 2000, 345, 348.

¹⁴⁸⁹ vgl. *Grützmaker* in Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69c Rn. 8.

¹⁴⁹⁰ *Czychowski/Bröcker*, MMR 2002, 81, 83 (Fn. 26).

¹⁴⁹¹ *Schoengarth*, ASP, S. 93; *Müller/Bohne*, Providerverträge, S. 130; *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 733.

¹⁴⁹² vgl. *Grützmaker* in Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69c Rn. 7.

Vervielfältigung dar.¹⁴⁹³ Der Rechteinhaber kann seine Interessen bei der „Offline-Überlassung“ der Software bereits dadurch wahrnehmen, dass er gegen die bei der herkömmlichen Softwarenutzung notwendige Speicherung des Programms im Arbeitsspeicher vorgeht. Eine darüber hinausgehende Schutzbedürftigkeit besteht insoweit nicht.¹⁴⁹⁴

Da bei der Online-Nutzung von Software im Rahmen des ASP regelmäßig keine Vervielfältigung durch Laden des Programms in den Arbeitsspeicher des Clients erfolgt und der Kunde üblicherweise auch nicht für das Laden der Software in den Arbeitsspeicher des Servers verantwortlich ist, könnte man darüber nachdenken, ob die Interessenlage beim ASP ausnahmsweise zugunsten des Rechteinhabers eine andere Sichtweise rechtfertigt. Nach überwiegender Ansicht stellt der bloße Programmablauf jedoch auch bei der Online-Nutzung keine zustimmungsbedürftige Vervielfältigungshandlung dar. Hauptargument hierfür ist, dass der Rechteinhaber eine rechtswidrige Verwertung durch den Anwender ja im Wege des unmittelbaren Vorgehens gegen den Provider verhindern kann, auf dessen Dienste der Anwender zur Nutzung der Software zwingend angewiesen ist. Der Rechteinhaber ist damit auch ohne Ausnahmeregelung hinreichend geschützt.¹⁴⁹⁵

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Anbieter dem Kunden im Ergebnis regelmäßig keine urheberrechtlichen Nutzungsrechte einräumen muss. Der typische ASP-Vertrag ist damit „urheberrechtsneutral“.¹⁴⁹⁶ Der Einräumung eines Vervielfältigungsrechts bedarf es grundsätzlich zwar ausnahmsweise dann, wenn bei der Nutzung von Browsern JAVA-Applets auf den Rechner des Kunden transferiert und dort ausgeführt werden. Das Vervielfältigungsrecht des Kunden wird sich aber insoweit bereits aus der Anwendung von § 69d Abs. 1 UrhG oder aus dem Zweckübertragungsgrundsatz ergeben, wonach sich die Nutzungsrechtseinräumung im Zweifel auf alle zur Erreichung des Vertragszwecks erforderlichen Befugnisse erstreckt, so dass es einer ausdrücklichen vertraglichen Einräumung nicht bedarf.

¹⁴⁹³ *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 69c Rn. 8; *Grützmacher* in *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), § 69c Rn. 7; *Czychowski/Bröcker*, MMR 2002, 81, 83 m.w.N.

¹⁴⁹⁴ vgl. *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 734.

¹⁴⁹⁵ *Bettinger/Scheffelt* in: *Spindler* (Hrsg.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil XI, Rn. 122; *Gennen* in: *Redeker* (Hrsg.), *Handbuch der IT-Verträge*, Teil 1.17, Rn. 197; *Riechert* in: *Kath/Riechert*, *Internet-Vertragsrecht*, Rn. 767 f.

¹⁴⁹⁶ *Czychowski* in: *Bröcker u.a.* (Hrsg.), *Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet*, § 13 Rn. 170.

bb. Programmverwertung durch den Provider

Bietet ein Provider im Rahmen des ASP nicht von ihm selbst entwickelte Anwendungen zur Nutzung an, müssen auch ihm hierfür die entsprechenden Nutzungsrechte vom Softwarehersteller bzw. Rechteinhaber eingeräumt worden sein.

(1) Vervielfältigung und Vermietung

Die Installation der Software auf der Festplatte des Anbieters sowie das jeweilige Laden in den Arbeitsspeicher des Servers stellen jeweils unproblematisch Vervielfältigungshandlungen i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG dar und sind dem ASP-Anbieter insoweit auch zuzurechnen.¹⁴⁹⁷ Sofern der Kunde ausnahmsweise selbst Vervielfältigungshandlungen vornimmt oder veranlasst, muss der Provider zur entsprechenden Unterlizenzierung berechtigt sein.¹⁴⁹⁸ Dem Verbreitungsrecht des Urhebers gemäß § 69c Nr. 3 S. 1 UrhG unterfällt die Online-Nutzung von Software dagegen nicht, da eine Verbreitung als Unterfall der körperlichen Werkverwertung voraussetzen würde, dass Gegenstand der Weitergabe Vervielfältigungsstücke in körperlicher Form sind (vgl. § 15 Abs. 1 UrhG). Dies ist bei der Fernnutzung von Software gerade nicht der Fall. Für eine darüber hinausgehende analoge Anwendung oder extensive Auslegung des Verbreitungsbegriffs fehlt es bereits an der planwidrigen Gesetzeslücke, da dem Gesetzgeber bei Schaffung des § 69c UrhG durchaus bewusst war, dass Computerprogramme auch online übermittelt werden können.¹⁴⁹⁹

Unabhängig von der vertragstypologischen Zuordnung von ASP-Verträgen im Hinblick auf die Vertragsarten des BGB-Schuldrechts¹⁵⁰⁰ liegt auch keine zustimmungspflichtige urheberrechtliche Vermietung i.S.d. § 69c Nr. 3 UrhG vor. Eine solche setzt nach überwiegender Ansicht in ihrer Eigenschaft als Teilelement der urheberrechtlichen Verbreitung – anders als die Miete i.S.d. BGB – die körperliche Überlassung eines

¹⁴⁹⁷ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 562; *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 126.

¹⁴⁹⁸ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 198; *Grützmacher*, ITRB 2001, 59, 61.

¹⁴⁹⁹ vgl. dazu bereits oben im Rahmen der Frage der Erschöpfung des Verbreitungsrechts nach der Online-Übermittlung von Software C. II. 6. a.

¹⁵⁰⁰ vgl. *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 752; *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 734; *Grützmacher*, ITRB 2001, 59, 61: „Die vertragstypologische Qualifizierung präjudiziert die urheberrechtliche nicht.“

Werkstückes an den Nutzer voraus.¹⁵⁰¹ Eine solche erfolgt beim ASP gerade nicht. Dieses Werkstück kann auch nicht in dem beim Anbieter vorliegenden Werkexemplar gesehen werden, weil die Überlassung zur Einsichtnahme an Ort und Stelle gerade keine Vermietung darstellt.¹⁵⁰² Diese Wertung widerspricht auch nicht den Ausführungen des BGH in seiner Entscheidung zum ASP-Vertrag: Dort stellte der Senat zwar bezüglich der Sacheigenschaft der Software auf die Verkörperung auf dem Server des Anbieters ab; eine Überlassung i.S.d. § 535 BGB setzt aber gerade keine körperliche Übergabe an den Mieter voraus.¹⁵⁰³ Zur Frage der Übertragung eines körperlichen Werkstücks trifft die Entscheidung damit gerade keine Aussage. Darüber hinaus werde die ASP-Nutzung in der Regel in einem nicht-öffentlichen Zweipersonenverhältnis abgewickelt, so dass es in den meisten Fällen auch an der erforderlichen Öffentlichkeit der Verbreitung fehle.¹⁵⁰⁴

(2) Öffentliche Zugänglichmachung

Vor Umsetzung der EG-Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft in deutsches Recht wurde überwiegend eine Zuordnung der Online-Bereithaltung und -Übertragung für eine Mehrzahl von Personen im One-to-many-Modell zu den Rechten der unkörperlichen Werkwiedergabe i.S.d. § 15 Abs. 2 UrhG befürwortet, wobei zumeist – mangels Öffentlichkeit gemäß § 15 Abs. 3 UrhG a.F.¹⁵⁰⁵ – auf ein unbenanntes Recht der öffentlichen Wiedergabe abgestellt wurde, das eine strenge Gleichzeitigkeit der Wahrnehmung gerade nicht voraussetzten sollte und daher auch die Online-Nutzung erfasste.¹⁵⁰⁶ Eine andere Ansicht – ebenfalls noch zur alten Rechtslage – stellte im Gegensatz dazu darauf ab, dass beim ASP die jeweilige Software nicht einer unbestimmten Vielzahl von Personen zur Nutzung offen stehe, sondern nur

¹⁵⁰¹ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 563; *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 752; *Schoengarth*, ASP, S. 321; *Grützmaker* in Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69c Rn. 44; *Ernst* in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Teil 7.1, Rn. 69; *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 127; *Riechert* in: Kath/Riechert, Internet-Vertragsrecht, Rn. 778; *Alpert*, CR 2000, 345, 347; *Grützmaker*, ITRB 2001, 59, 61; *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 734; a.A. *Koch*, ITRB 2001, 39, 41 und *ders.*, Software- und Datenbank-Recht, § 2 Rn. 11.

¹⁵⁰² *Grützmaker* in Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69c Rn. 45.

¹⁵⁰³ vgl. BGH CR 2007, 75, 76 m. Anm. *Lejeune*.

¹⁵⁰⁴ *Ernst* in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Teil 7.1, Rn. 69.

¹⁵⁰⁵ § 15 Abs. 3 UrhG a.F. lautete: „Die Wiedergabe eines Werkes ist öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Personen bestimmt ist, es sei denn, daß der Kreis dieser Personen bestimmt abgegrenzt ist und sie durch gegenseitige Beziehungen oder durch Beziehung zum Veranstalter persönlich untereinander verbunden sind.“

¹⁵⁰⁶ so z.B. *Steins* in *Bettinger/Leistner* (Hrsg.), Werbung und Vertrieb im Internet, Teil 3 E, Rn. 69; *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 735.

denjenigen Anwendern, denen der Anbieter zuvor den individuellen Zugriff auf seinen Server explizit erlaubt habe. Die Wiedergabe sei in diesem Fall also nur für einzelne legitimierte Anwender bestimmt, die aufgrund vorangegangener Absprachen die Erlaubnis zur Programmnutzung eingeholt hätten. Eine Wiedergabe sollte aber nur dann öffentlich sein, wenn sie eine Mehrzahl von Personen gleichzeitig erreichte.¹⁵⁰⁷ Im Zuge der Umsetzung der Harmonisierungs-Richtlinie in nationales Recht wurde in §§ 15 Abs. 2, 19a bzw. 69c Nr. 4 UrhG das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung kodifiziert. Zweck dieser Regelung war in erster Linie, die urheberrechtliche Qualifizierung von On-demand-Diensten zu klären. Daneben wurde auch der Öffentlichkeitsbegriff des § 15 Abs. 3 UrhG neu gefasst. Danach fällt unter den Begriff der Öffentlichkeit jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist. Im Ergebnis kommt es damit auf die Abgrenzung zwischen sukzessiver und kumulativer Öffentlichkeit nicht mehr an.¹⁵⁰⁸

(a) Zugänglichmachung der Funktionalitäten oder des Codes?

Da das Zurverfügungstellen der Software auf dem Server des ASP-Anbieters im One-to-many-Modell fraglos eine Form der Zugänglichmachung darstellt und grundsätzlich keine Verbundenheit in Gestalt einer persönlichen Beziehung zwischen Anbieter und Anwender bzw. unter den Anwendern besteht, die über eine technische oder vertragliche Verbindung hinausgeht, unterfällt die Tätigkeit des ASP-Anbieters nach überwiegender Ansicht dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 69c Nr. 4 UrhG.¹⁵⁰⁹

Nach gegenteiliger Ansicht *Grützachers* fällt das ASP dagegen nur ausnahmsweise unter § 69c Nr. 4 UrhG, nämlich dann, wenn Programmteile und nicht bloß JAVA-Applets oder Grafikdaten zur Darstellung der Benutzeroberfläche zum Nutzer übertragen und damit zugänglich gemacht werden.¹⁵¹⁰ Dementsprechend lehnte er bereits die Anwendung des unbenannten Wiedergaberechts aus § 15 Abs. 2 UrhG mit der Begründung ab, dass

¹⁵⁰⁷ *Alpert*, CR 2000, 345, 348.

¹⁵⁰⁸ vgl. *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 15 Rn. 42.

¹⁵⁰⁹ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 566; *Schoengarth*, ASP, S. 323; *Bettinger/Scheffelt* in: *Spindler* (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 129; *Gennen* in: *Redeker* (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 200.

¹⁵¹⁰ *Grützacher* in *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), § 69c Rn. 65 und *ders.*, ITRB 2001, 59, 62.

beim ASP regelmäßig nur einzelne JAVA-Applets und die Benutzeroberfläche der Anwendung online bereitgehalten und übertragen würden, die Anwendung selbst aber beim Anbieter verbleibe.¹⁵¹¹ Nach dem Wortlaut des § 19a bzw. § 69c Nr. 4 UrhG sei zwar weiter unklar, ob ein Zugänglichmachen erst dann vorliege, wenn das Programm für den Nutzer im Quell- oder Objectcode abrufbar sei, oder ob es bereits ausreiche, dass der Nutzer das Programm online nutzen könne, ohne dass dafür das Programm selbst übertragen werde. Nach der Systematik der urheberrechtlichen Verwertungsrechte müsse aber Ersteres der Fall sein.¹⁵¹² Das Zugänglichmachen eines Computerprogramms setzt nach *Grützmacher* also immer die öffentliche Bereitstellung des Programmcodes zum Download voraus.

Diese Einwendungen *Grützachers* können im Ergebnis aber nicht durchgreifen. Die öffentliche Zugänglichmachung erfasst zwar auch den Online-Übertragungsakt; maßgebliche Verwertungshandlung ist aber bereits die zeitlich vorgelagerte Bereithaltung des Werkes zum interaktiven Abruf in einem Netzwerk.¹⁵¹³ Auch wenn im Rahmen der technischen Umsetzung des ASP nur JAVA-Applets oder Grafikdaten zur Darstellung der Benutzeroberfläche auf den Client des Kunden übertragen werden, ist eine öffentliche Zugänglichmachung des Programms selbst anzunehmen, wenn die insoweit maßgeblichen Programmfunktionalitäten zur öffentlichen Nutzung bereit gehalten werden. „Zugänglich machen“ setzt nur voraus, dass Dritten der Zugriff auf das geschützte Werk eröffnet wird.¹⁵¹⁴ Der Begriff „Zugriff“ ist insoweit aber nicht zwingend mit dem Download des Programmcodes gleichzusetzen. Auch mit Blick auf das Partizipationsinteresse des Urhebers muss man insoweit darauf abstellen, dass durch die Bereithaltung der erforderlichen Grafikdateien oder der Steuerungssoftware als zwingende Voraussetzung der Softwarenutzung die Funktionalitäten selbst auf dem Server öffentlich zur Nutzung zugänglich gemacht werden. Auf eine Online-Übermittlung oder -Übermittelbarkeit des Codes der Software auf den Kundenrechner kommt es schließlich auch nach dem Wortlaut des § 19a bzw. 69c Nr. 4 UrhG nicht an.

Einer Klärung bedarf daneben die Frage, inwieweit bereits auf dem Server des Anwenders vorinstallierte Software, wie z.B. das Betriebssystem oder die Middleware, die vom

¹⁵¹¹ *Grützmacher*, ITRB 2001, 59, 62.

¹⁵¹² *Grützmacher* in Wandtke/Bullinger (Hrsg.), § 69c Rn. 53.

¹⁵¹³ *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 19a Rn. 6.

¹⁵¹⁴ *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 19a Rn. 6.

Kunden nur indirekt genutzt werden, öffentlich zugänglich gemacht wird. Eine Ansicht bejaht dies mit dem Argument, dass der Anwender nicht nur die Applikation selbst, sondern auch die nicht direkt zugreifbare, aber für den Ablauf der Applikation notwendige „darunter liegende“ Software nutze. Allein darauf abzustellen, welche Software vom Anwender direkt genutzt werde, sei wegen der vielfältigen Möglichkeiten der technischen Ausgestaltung in hohem Maße willkürlich.¹⁵¹⁵ Dagegen spricht jedoch, dass diese Systemsoftware vom Kunden nur „bei Gelegenheit“ genutzt wird und im Regelfall auch nur zum Betrieb eines einzelnen Exemplars der Web-Anwendung im Arbeitsspeicher des Servers dient; eine Erhöhung der Nutzungsintensität der Systemsoftware findet damit beim ASP allenfalls mittelbar statt, so dass die besseren Gründe gegen die Annahme eines öffentlichen Zugänglichmachens des Betriebssystems und der Middleware i.S.d. § 19a UrhG sprechen.¹⁵¹⁶

(b) Öffentlichkeit

Für die Frage, ob die Zugänglichmachung der Softwarefunktionen öffentlich erfolgt, kommt es entsprechend den obigen Erwägungen im Zusammenhang mit den Online-Vidorekordern¹⁵¹⁷ darauf an, ob das Programm für jeden Kunden separat in den Arbeitsspeicher des Servers geladen wird, was nur ausnahmsweise bei der Verwendung nicht mandantenfähiger Anwendungen erforderlich ist, oder ob für den Zugriff aller Kunden nur ein einziges Programmexemplar in Form einer Webapplikation bereitgehalten wird. Im Regelfall befindet sich das Programm beim Aufruf durch den Kunden bereits im Arbeitsspeicher des Servers und wird nicht individuell für den jeweils zugreifenden Kunden „hochgeladen“. Damit unterscheidet sich die technische Ausgestaltung beim ASP von der bei einem üblichen Online-Vidorekorder: Es existiert beim ASP kein individuell zugeordnetes Programmexemplar im Arbeitsspeicher des Servers; der Kunde greift vielmehr auf ein permanent öffentlich bereitgehaltenes und von einer Vielzahl von Anwendern zeitgleich genutztes Programmexemplar zu. Die Software wird dem Kunden damit im Ergebnis i.S.d. § 19a bzw. § 69c Nr. 4 UrhG öffentlich zugänglich gemacht. Auf die im Zusammenhang mit den Online-Vidorekordern diskutierte Frage, ob schon ein an

¹⁵¹⁵ Steins in Bettinger/Leistner (Hrsg.), Werbung und Vertrieb im Internet, Teil 3 E, Rn. 69.

¹⁵¹⁶ Ein ähnliches – wenn auch umgekehrtes – Problem stellt sich bei der Nutzung des Betriebssystems des einzelnen Rechners durch den Betreiber eines Computer-Grid, vgl. unten D. IV. 3. b. dd. (2).

¹⁵¹⁷ vgl. oben C. II. 4. b.

die Öffentlichkeit gerichtetes Angebot der Nutzung zur Erfüllung des Tatbestandes des § 19a UrhG ausreicht, kommt es damit hier nicht mehr an.

(3) Rechtseinräumung

Hat der Provider das Programm auf einem Datenträger käuflich erworben und möchte er es im Wege des ASP kommerziell nutzen, so liegt zunächst die Frage nahe, ob ihm dies schon aufgrund des Erschöpfungsgrundsatzes des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG erlaubt ist, ohne dass es hierfür der entsprechenden Zustimmung des Rechteinhabers bedarf. Vom Erschöpfungsgrundsatz wird jedoch nur die körperliche Verbreitung eines Werkexemplares erfasst, nicht seine „unkörperliche“ öffentliche Zugänglichmachung.¹⁵¹⁸ Die kommerzielle Verwertung im ASP-Geschäftsmodell bedarf also immer der gesonderten Erlaubnis des Rechteinhabers. Eine normale Netzwerklizenz dürfte insoweit nicht ausreichen.¹⁵¹⁹ Erst wenn der Rechteinhaber seine Zustimmung zum ASP-Einsatz der Software gegeben hat, bedürfen alle weiteren urheberrechtsrelevanten Handlungen, die im Zusammenhang mit der ASP-Nutzung anfallen (z.B. die o.g. Vervielfältigung von JAVA-Applets auf dem Client), keiner gesonderten Erlaubnis mehr, weil sie von § 69d Abs. 1 UrhG gedeckt sind.¹⁵²⁰

Neben den erforderlichen Vervielfältigungsrechten und dem Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung benötigt der Provider für eine eventuell erforderliche Anpassung der Software im Rahmen des Customizing oder der Pflege die entsprechenden Bearbeitungsrechte gemäß § 69c Nr. 2 UrhG vom Rechteinhaber.¹⁵²¹ Dies gilt zumindest dann, wenn der Anbieter in den Quellcode der Software eingreifen muss, z.B. wenn er verschiedene Programme zu einem Leistungspaket bündeln will. Durch das Programm vorgegebene bzw. bereits in dem Programm angelegte Customizingmöglichkeiten können dagegen schon von § 69d Abs. 1 UrhG gedeckt sein.¹⁵²²

¹⁵¹⁸ vgl. zur ähnlichen Problematik im Rahmen des Handles mit sog. gebrauchten Softwarelizenzen oben C. II. 6. b.

¹⁵¹⁹ *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 69c Rn. 36; *Grützmaker* in *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), § 69d Rn. 13.

¹⁵²⁰ vgl. *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 69d Rn. 8.

¹⁵²¹ *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 82.

¹⁵²² *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 753; *Grützmaker*, ITRB 2001, 59, 62.

cc. ASP als eigenständige Nutzungsart?

Einer der zentralen Begriffe des Urhebervertragsrechts ist der der selbständigen Nutzungsart. Er spielt für die Reichweite des Zweckübertragungsgrundsatzes (§ 31 Abs. 5 UrhG) eine ebenso zentrale Rolle wie für die Frage, ob das jeweilige Nutzungsrecht überhaupt vertraglichen Abreden zugänglich ist.¹⁵²³ Die Einräumung eines umfassenden Nutzungsrechts konnte darüber hinaus bis zur Umsetzung des sog. zweiten Korbes der Urheberrechtsreform¹⁵²⁴ gemäß § 31 Abs. 4 UrhG a.F. immer nur die zur Zeit des Vertragsschlusses bekannten Nutzungsarten umfassen. Insbesondere bei älteren Softwarelizenzen war daher stets zu untersuchen, ob eine umfassende Rechteeinräumung, die unter Anwendung des Zweckübertragungsgrundsatzes nach § 31 Abs. 5 UrhG grundsätzlich auch ohne ausdrückliche Erwähnung die ASP-Nutzung umfasste, nach § 31 Abs. 4 UrhG a.F. unwirksam war. Das war dann der Fall, wenn es sich bei der Softwarenutzung im Rahmen des ASP um eine eigenständige, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unbekannte Nutzungsart handelte.

Im Zuge der Umsetzung des zweiten Korbes der Urheberrechtsreform wurde die Regelung des § 31 Abs. 4 UrhG a.F. mit Wirkung zum 01.01.2008 aufgehoben; das Verbotswort wurde ersetzt durch ein ausdifferenziertes Widerrufs- und Vergütungssystem:¹⁵²⁵ Verträge, durch die der Urheber Rechte für unbekannte Nutzungsarten einräumt oder sich dazu verpflichtet, sind danach in Zukunft wirksam, wenn sie schriftlich geschlossen wurden; der Urheber kann die Rechteeinräumung oder die Verpflichtung hierzu jedoch grundsätzlich widerrufen. Er hat Anspruch auf eine gesonderte angemessene Vergütung, wenn der Vertragspartner eine neue Art der Werknutzung aufnimmt, die zwischen den Parteien vertraglich vereinbart, aber im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unbekannt war (vgl. §§ 31a, 32c UrhG).

Die Streichung des Verbotsworts gilt auch für alle Altverträge seit 1966, so dass zum Zeitpunkt des jeweiligen Vertragsschlusses noch unbekannte Nutzungsarten rückwirkend als vom Urheber eingeräumt gelten; der Urheber kann jedoch bis zum 31.12.2008, 24

¹⁵²³ Czychowski/Bröcker, MMR 2002, 81, 82.

¹⁵²⁴ Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft v. 26.10.2007, BGBl. I, S. 2513 ff.

¹⁵²⁵ vgl. ausführlich Klöhn, K&R 2008, 77 ff.

Uhr, der neuen Nutzung widersprechen (vgl. die Übergangsregelung in § 137I UrhG).¹⁵²⁶ Zu einem solchen nachträglichen Nutzungsrechtserwerb in Bezug auf unbekannte Nutzungsarten kommt es jedoch nur dann, wenn der Urheber im Altvertrag alle wesentlichen Nutzungsrechte im Rahmen eines Rechte-Buy-outs ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt auf den Verwerter übertragen hatte. Die Frage, ob ASP eine selbständige Nutzungsart ist und wie lange es unbekannt war, bleibt damit insbesondere wegen der Widerspruchsmöglichkeit des § 137I UrhG auch nach Aufhebung des § 31 Abs. 4 UrhG a.F. relevant.

Eine eigenständige Nutzungsart setzt zunächst eine nach der Verkehrsauffassung hinreichend bestimmte und klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch sich als einheitlich und selbständig abzeichnende konkrete Art und Weise der Nutzung eines Werkes voraus.¹⁵²⁷ Eine solche kann insbesondere dann noch nicht angenommen werden, wenn eine schon bisher übliche Nutzungsart durch den technischen Fortschritt lediglich erweitert und intensiviert wird, ohne sich aber aus der Sicht der Nutzer in ihrem Wesen entscheidend zu verändern.¹⁵²⁸ Der Umstand der Online-Nutzung eines vorher auf andere Weise genutzten Werkes kann jedoch durchaus für eine eigene Nutzungsart sprechen.¹⁵²⁹ Da sie nicht nur in technischer, sondern insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht aus der Perspektive der Anwender eine grundlegend neue Nutzungsform darstelle, die zusätzliche Möglichkeiten der Preisgestaltung, der ergänzenden Erbringung und Kombination von Dienstleistungen sowie der Vermarktung von Software eröffne, wird die Online-Nutzung von Software im ASP-Betrieb dementsprechend überwiegend und zu Recht als eine eigenständige Nutzungsart angesehen, die eine besondere zusätzliche Lizenzierung erforderlich mache.¹⁵³⁰

Wirtschaftlich handelt es sich beim ASP um eine neue Vertriebs- und Verwertungsform von (Standard-)Software, bei der der Anbieter eine Vergütung entsprechend der

¹⁵²⁶ zu den Zweifeln an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dieser Rückwirkung vgl. *Klöhn*, K&R 2008, 77, 82 f.

¹⁵²⁷ BGH GRUR 1986, 62, 65 - GEMA-Vermutung I; *Schulze* in: *Dreier/Schulze*, § 31 Rn. 9; *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 750; *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 735; *Czychowski/Bröcker*, MMR 2002, 81, 82 m.w.N.

¹⁵²⁸ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 560.

¹⁵²⁹ *Gennen* in: *Redeker* (Hrsg.), *Handbuch der IT-Verträge*, Teil 1.17, Rn. 201.

¹⁵³⁰ *Harte-Bavendamm/Wiebe* in: *Kilian/Heussen* (Hrsg.), *Computerrechts-Handbuch*, Nr. 51, Rn. 102; *Grützmacher* in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), § 69d Rn. 13; *Huppertz* in: *Bräutigam* (Hrsg.), *IT-Outsourcing*, Teil 4, Rn. 114; *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 750; *Schoengarth*, ASP, S. 323; *Jaeger/Metzger*, *Open Source Software*, Rn. 31; *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 735; *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 82; *Czychowski/Bröcker*, MMR 2002, 81, 82.

Nutzeranzahl bzw. der Nutzungsintensität und nicht nach der Anzahl installierter Vervielfältigungsstücke erhält.¹⁵³¹ Auch mit der aus der Nutzung des Internet als Vertriebsplattform resultierenden Multiplikation möglicher Kundenzahlen lässt sich das Erfordernis eines eigenen ASP-Lizenzvertrages zwischen dem Softwarehersteller und dem ASP-Anbieter zur Gestattung dieser Nutzungsform begründen.¹⁵³² In technischer Hinsicht weicht die Softwareüberlassung mittels ASP, die große Übertragungskapazitäten in Anspruch nimmt, die erst seit wenigen Jahren überhaupt verfügbar sind, ebenfalls erheblich von bislang praktizierten Modellen ab.¹⁵³³ Zur Nutzung erforderlich ist insoweit entweder Mehrplatzfähigkeit der Software und eine durch herkömmliche Browser darstellbare Oberfläche oder die Nutzung spezieller Thin-Client-Software.¹⁵³⁴ Daneben könnte man auch die ASP- bzw. aktuell eher SaaS-Offensiven verschiedener großer Software-Unternehmen als Indizien für einen neuen Branchentrend heranziehen. Da beide Begriffe nach hier vertretener Ansicht technisch und wirtschaftlich das gleiche Phänomen bezeichnen, lassen sich die Erwägungen zum ASP als eigenständiger Nutzungsart im Übrigen eins zu eins auf das Modell *Software as a Service* übertragen.

Eine neue Nutzungsart ist insbesondere auch gegenüber der – Ähnlichkeiten zum ASP aufweisenden – Softwarenutzung in firmeninternen Mehrplatz-Computersystemen anzunehmen, da erhebliche wirtschaftliche Unterschiede hinsichtlich der Nutzungsintensität und des potentiellen Nutzerkreises bestehen.¹⁵³⁵ Ein Mehrplatzsystem erlaubt den gleichzeitigen Betrieb von Software auf mehreren Arbeitsplätzen.¹⁵³⁶ Unabhängig vom Typus des Netzwerks und unabhängig davon, auf welchem Netzwerkrechner sie gespeichert ist, kann ein Anwender die Software auf seinem Arbeitsplatzrechner einsetzen. Hierzu wird das Programm nach seinem Aufruf bislang grundsätzlich in den Arbeitsspeicher der jeweiligen Arbeitsplatzrechner geladen oder im Client-Server-Betrieb lediglich auf dem Bildschirm des Anwenders angezeigt.¹⁵³⁷ Wegen dieser technischen Ähnlichkeiten könnte man zwar argumentieren, dass es keine Rolle

¹⁵³¹ *Gennen* in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.17, Rn. 201; *Grützmacher*, ITRB 2001, 59, 62.

¹⁵³² *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 750.

¹⁵³³ *Czychowski/Bröcker*, MMR 2002, 81, 82.

¹⁵³⁴ *Grützmacher*, ITRB 2001, 59, 62.

¹⁵³⁵ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 132; so auch *Schoengarth*, ASP, S. 324; skeptisch *Grützmacher*, ITRB 2001, 59, 62: Ob ASP von der Rspr. und Lit. auch im Vergleich zu Mehrplatznutzungen als eigenständige Nutzungsart anerkannt werde, bleibe angesichts noch bestehender Unsicherheiten über das exakte Leistungsbild des ASP abzuwarten.

¹⁵³⁶ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1128.

¹⁵³⁷ vgl. *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1136.

spiele, ob der Zugriff firmenintern über das Intranet im Mehrplatzsystem oder extern über das Internet via ASP erfolge, falls der Anbieter die Anzahl der von entfernt gelegenen Arbeitsplätzen auf die zentral gespeicherte ASP-Software zugreifenden Nutzer von vornherein beschränkt hat.¹⁵³⁸ Der Unterscheid zwischen beiden Nutzungsformen bleibt in wirtschaftlicher Hinsicht jedoch erheblich: Während die Mehrplatznutzung via Intranet Vorteile primär für die zentral mögliche Pflege des Programms mit sich bringt und nur in einem beschränkten Ausmaß dazu führt, dass die Software vermehrt genutzt wird, wird durch das Geschäftsmodell des ASP die Anwendung für zusätzliche und zumindest potentiell unbeschränkte Nutzerkreise interessant, welche die Software *on demand* und in Kombination mit flankierenden Dienstleistungen nutzen können.¹⁵³⁹

Die Frage, seit wann die eigenständige Nutzungsart ASP bekannt ist, hat durch die Aufhebung der Verbotsnorm des § 31 Abs. 4 UrhG a.F. zwar an Relevanz verloren. Nach § 137I UrhG hat der Urheber einer Software jedoch die Möglichkeit, ihrer Verwertung im Wege des ASP bis zum Ende des Jahres 2008 zu widersprechen, wenn sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unbekannt war. Grundsätzlich ist für die Bekanntheit einer Nutzungsart erforderlich, dass sie sich als technisch möglich und wirtschaftlich bedeutsam und verwertbar abzeichnet, wenn auch die praktische Umsetzung noch in den Anfängen steckt.¹⁵⁴⁰ Bekannt ist eine neue Nutzungsart erst dann, wenn sie aus Sicht des Urhebers in den einschlägigen Urheberkreisen hinlänglich bekannt geworden ist.¹⁵⁴¹ Beim ASP dürfte es sich mindestens bis etwa 1998¹⁵⁴² um eine unbekannte Nutzungsart gehandelt haben, da die wirtschaftliche Bedeutung von ASP bis dahin noch nicht einmal ansatzweise erkennbar gewesen ist.¹⁵⁴³ Nur für Altverträge, die vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen wurden und in denen der Urheber die wesentlichen Nutzungsrechte an der Software auf den Verwerter übertragen hat, kommt damit ein Widerspruch gegen die Nutzung im ASP-Betrieb nach § 137I UrhG in Betracht.

¹⁵³⁸ vgl. *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil XI, Rn. 132.

¹⁵³⁹ *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil XI, Rn. 132.

¹⁵⁴⁰ vgl. BGH GRUR 1986, 62, 65 – GEMA-Vermutung I.

¹⁵⁴¹ *Schricker* in: *Schricker* (Hrsg.), § 31 Rn. 27; *Gennen* in: *Redeker* (Hrsg.), *Handbuch der IT-Verträge*, Teil 1.17, Rn. 202.

¹⁵⁴² ähnlich *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil XI, Rn. 132: frühestens seit Mitte der 90er Jahre; so auch *Jaeger/Metzger*, *Open Source Software*, Rn. 31; vgl. auch *Schoengarth*, *ASP*, S. 324: ca. seit Mitte der 90er Jahre.

¹⁵⁴³ *Marly*, *Softwareüberlassungsverträge*, Rn. 560; so auch *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69, 73; vgl. *Ernst*, *Vertragsgestaltung im Internet*, Rn. 750: frühestens seit dem Jahre 2001 bekannt; *Czychowski/Bröcker*, MMR 2002, 81, 82: Aufkommen im Jahr 2000; *Gennen* in: *Redeker* (Hrsg.), *Handbuch der IT-Verträge*, Teil 1.17, Rn. 202: Als Geschäftsmodell etwa im Jahr 2000 als Diskussionsgegenstand in Fachzeitschriften und als Angebot im Internet „aufgetaucht“.

dd. ASP und Open Source Software

Angesichts der stetig zunehmenden Verwendung und Verbreitung von *Open Source Software* wird darüber hinaus diskutiert, ob deren Lizenzbestimmungen – insbesondere die in diesem Bereich am häufigsten verwendete *GNU General Public Licence (GPL)* – die Nutzung dieser Software im Rahmen von ASP gestatten, d.h. dem potentiellen Anbieter von ASP-Leistungen die erforderlichen Nutzungsrechte einräumen. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht ist dies bei der GPL bislang nicht der Fall gewesen, da durch diese dem Nutzer und potentiellen ASP-Anbieter gerade nicht das im Rahmen des ASP erforderliche Vermietrecht eingeräumt werde.¹⁵⁴⁴ Open Source Software könne deshalb zwar nicht mittels ASP überlassen, wohl aber „in dienstvertraglicher Funktionserfüllung“ durch den Anbieter genutzt werden.¹⁵⁴⁵

Nach überwiegender – und richtiger – Ansicht kann unter der GPL lizenzierte Software jedoch grundsätzlich auch mittels ASP vertrieben werden, da die GPL dem Anbieter insoweit alle erforderlichen Nutzungsrechte einräumt. Die Einräumung eines Vermietrechts ist schon gar nicht erforderlich, da mangels körperlicher Übergabe an den Endkunden beim ASP keine Vermietung im urheberrechtlichen Sinne erfolgt.¹⁵⁴⁶ Unter Zugrundelegung der insoweit relevanten U.S.-amerikanischen Rechtsauffassung dürfte zudem das Vermietrecht – wie auch alle anderen erforderlichen Nutzungsrechte – von dem durch die GPL eingeräumten „distribution right“ umfasst sein:¹⁵⁴⁷ Der Begriff „distribute“ ist weit zu verstehen und erstreckt sich insbesondere auch auf die unkörperliche Verwertung durch öffentliche Zugänglichmachung des unter der GPL lizenzierten Programms.¹⁵⁴⁸ Auch der Zweck der Open Source Lizenzen, eine rasche Verbreitung – insbesondere auch über Datennetze – und stete Verbesserung der Software zu fördern, steht einer anderen Auslegung entgegen.¹⁵⁴⁹ Erfolgt also die Rechtseinräumung an den Endkunden unter Einhaltung der Verpflichtungen der GPL, also insbesondere lizenzgebührenfrei und unter Offenlegung des Quellcodes, d.h. wird die vom

¹⁵⁴⁴ Koch, ITRB 2001, 39, 41; ders., ITRB 2007, 261, 263; auch Hoeren, IT Vertragsrecht, Rn. 518 sieht das Vermietrecht und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung als von der GPL nicht eingeräumt an; vgl. auch Huppertz in: Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, Teil 11, Rn. 526.

¹⁵⁴⁵ Koch, ITRB 2001, 39, 41.

¹⁵⁴⁶ vgl. oben D. IV. 2. g. bb. (1).

¹⁵⁴⁷ Jaeger/Metzger, Open Source Software, Rn. 30; Bettinger/Scheffelt in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 134.

¹⁵⁴⁸ Jaeger/Metzger, Open Source Software, Rn. 29.

¹⁵⁴⁹ vgl. Jaeger/Metzger, Open Source Software, Rn. 29.

Endkunden zu entrichtende Vergütung lediglich für die Gebrauchsüberlassung oder vom Anbieter erbrachte Zusatzleistungen wie z.B. Pflege, Hosting und Beratung erhoben, steht der Vertrieb und die Nutzung der Software mittels ASP mit den Bestimmungen der GPL in Einklang. Grundsätzlich kann damit auch Open Source Software wirksam mittels ASP überlassen werden.¹⁵⁵⁰

Durch die Mitte 2007 veröffentlichte neue Version 3 der GPL (im Folgenden GPL v3¹⁵⁵¹) wurden die Bedingungen für eine Nutzung GPL-lizenzierter Software mittels ASP weiter erleichtert. Mit der Einführung der Möglichkeit einer Vergütungspflicht für Überlassungshandlungen werde nach *Koch* unter der GPL v3 nun auch das Vermieten des Programms zulässig.¹⁵⁵² Man könnte zwar daran denken, dass dem Endnutzer beim ASP durch technische Mittel – nämlich den Ablauf des Programms allein auf dem Server des Anbieters – die Wahrnehmung seiner Rechte aus der GPL unmöglich gemacht wird. Da die neue Definition des „convey“ aber Interaktionen in Computernetzwerken ohne Übertragung von Kopien gerade ausschließt,¹⁵⁵³ ist die Nutzung eines GPL v3-lizenzierten Programms mittels ASP an keine Bedingungen mehr geknüpft: Unter die „Basic Permissions“ i.S.d. Ziff. 2 der GPL v3 fällt auch das Recht, „to make, run and propagate covered works that you do not **convey** [Hervorhebung durch Verf.], without conditions so long as your licence otherwise remains in force.“ Die GPL v3 verlangt also nicht, dass der Quelltext der Anwendungen, die mittels ASP bzw. SaaS zur Nutzung bereitgestellt werden, offengelegt wird. Etwas anderes kann sich aber dann ergeben, wenn die Anwendung unter der speziell für *network server software* entwickelten *Affero General Public Licence (AGPL)*¹⁵⁵⁴ steht, die ausdrücklich eine Offenlegung des Codes verlangt.¹⁵⁵⁵

Software, die bereits vor Bekanntwerden von ASP i.S.v. § 31 Abs. 4 UrhG a.F. unter die Lizenz gestellt und seitdem auch nicht nach einer etwaigen Bearbeitung neu lizenziert wurde, wie insbesondere Teile des 1991 unter die GPL gestellten GNU/Linux, durften dagegen nicht mittels ASP verwertet werden, da die entsprechende Rechtseinräumung

¹⁵⁵⁰ vgl. *Schoengarth*, ASP, S. 326 f.; *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 135 f.

¹⁵⁵¹ abrufbar unter: <http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html>.

¹⁵⁵² *Koch*, ITRB 2007, 261, 263: Dem Vermieten werde auch das Application Service Providing zugeordnet.

¹⁵⁵³ To „convey“ a work means any kind of propagation that enables other parties to make or receive copies. Mere interaction with a user through a computer network, with no transfer of a copy, is not conveying (Ziff. 0 GPL v3).

¹⁵⁵⁴ abrufbar unter: <http://www.fsf.org/licensing/licenses/agpl-3.0.html>; vgl. auch Ziff. 13 der GPL v3.

¹⁵⁵⁵ dazu *Koch*, ITRB 2007, 261, 262.

bislang an der Verbotsnorm des § 31 Abs. 4 UrhG a.F. scheiterte. Relevanter Zeitpunkt für die Feststellung der Bekanntheit war nach Sinn und Zweck des § 31 Abs. 4 UrhG a.F. nicht der Abschluss der konkreten Lizenzvereinbarung zwischen Rechteinhaber und ASP-Anbieter, sondern der Zeitpunkt, zu dem die Software erstmals unter der Open Source Lizenz verbreitet wurde.¹⁵⁵⁶ Etwas anderes galt aber grundsätzlich dann, wenn der Urheber die Software weiterentwickelt und diese Weiterentwicklungen zusammen mit dem ursprünglichen Code unter einer Open Source Lizenz vertrieb. Der Zeitpunkt der späteren Lizenzierung war dann für die gesamte Software relevant.¹⁵⁵⁷

Durch die zum 01.01.2008 wirksam gewordene Aufhebung der Verbotsnorm des § 31 Abs. 4 UrhG a.F. ist nun auch die Lizenzierung noch unbekannter Nutzungsarten grundsätzlich möglich, ohne dass es im Bereich der Open Source Software hierfür der im Übrigen erforderlichen Schriftform bedürfte (vgl. § 31a Abs. 1 S. 2 UrhG). Was die Verwertung von Open Source Software im ASP-Betrieb betrifft, dürfte trotz der durch die GPL eingeräumten nicht-ausschließlichen Nutzungsrechte nach Sinn und Zweck sowohl der GPL als auch der Übergangsregelung des § 137I UrhG, der nach seinem Wortlaut die Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte in den Altverträgen voraussetzt, die Nutzung von Programmen, die vor Bekanntwerden des ASP erstmals unter GPL-Bedingungen gestellt und vertrieben wurden, inzwischen zulässig sein.¹⁵⁵⁸

h. Zusammenfassung

Aus sozioökonomischer Sicht steht das Application Service Providing möglicherweise „als Prototyp einer neuen Generation von Vertragstypen“ am Beginn einer „Wissensverkehrsgesellschaft, die im Hinblick auf das Geistige Eigentum wohl zu großen Teilen von derartigen Zugangsphänomenen leben dürfte“.¹⁵⁵⁹ Das ASP-Geschäftsmodell fügt sich jedenfalls in die allgemeine Tendenz zur Digitalisierung und Virtualisierung von Inhalten und zur Stärkung des „Verfügbarkeitsgedankens“ und der Serviceorientierung im

¹⁵⁵⁶ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, Rn. 31 und 140; *Bettinger/Scheffelt* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 136 (Fn. 4); so auch *Schoengarth*, ASP, S. 327.

¹⁵⁵⁷ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, Rn. 140.

¹⁵⁵⁸ vgl. zum rückwirkenden Wegfall des Verbots und der neuen Übergangsregelung des § 137I UrhG schon oben D. IV. 2. g. cc.

¹⁵⁵⁹ *Czychowski/Bröcker*, MMR 2002, 81, 82.

modernen Geschäftsverkehr ein.¹⁵⁶⁰ Eine Aufnahme des ASP-Vertrages in die gesetzlichen Vertragstypen des BGB erscheint trotz der Interessensverschiebungen quer zu den kodifizierten Vertragsarten nicht erforderlich und angesichts der rasanten technischen Entwicklung auch nicht wünschenswert.¹⁵⁶¹ Auch anderweitige gesetzliche Anpassungen¹⁵⁶² sind nicht notwendig, da sich der ASP-Vertrag mit den zur Verfügung stehenden Vorschriften und Instrumentarien des BGB hinreichend sicher in den Griff bekommen lässt.

Ein Teil des Schrifttums versucht auf die neu entstehenden Herausforderungen im Rahmen der vertraglichen Einordnung von IT-Leistungen und der Bewältigung entsprechender Leistungsstörungen mit der „Generierung“ eines neuen kautelarjuristischen Vertragstyps des Verfügbarkeitsvertrages zu reagieren. Dieser soll verschiedene Konstellationen der modernen Geschäftswelt umfassen und sie den bekannten rechtlichen Kategorien von Kauf- und Mietvertragsrecht näher bringen. Wie gezeigt kann ein solcher „Zwischenschritt“ zwar der Veranschaulichung und Sichtbarmachung gemeinsamer Strukturmerkmale moderner Vertragsarten (z.B. des Access Provider- und des ASP-Vertrages) dienen; erforderlich zur rechtlichen Bewältigung der mit diesen Verträgen entstehenden Probleme ist er hingegen nicht. Es handelt sich um einen reinen Terminus, nicht um einen Typus. Die begriffliche Einordnung eines Vertrages als Verfügbarkeitsvertrag kann die Vertragstypisierung dementsprechend nicht ersetzen.

Bei der vertraglichen Einordnung der Fernnutzung von Computerprogrammen ist im Einzelfall abzuwägen, ob die Gebrauchsüberlassung der Software (dann Mietrecht), die mit ihr erbrachten *Services* (dann Dienstvertragsrecht)¹⁵⁶³ oder das mit ihrer Hilfe erarbeitete Ergebnis (dann Werkvertragsrecht) im Vordergrund des Interesses und der Schutzerwartungen des Anwenders stehen. Die Grenzen sind bedingt durch die Konvergenz der technischen Ausgestaltungen fließend; an diesem Zustand vermögen aber neue gesetzliche oder kautelarjuristische Vertragstypen nichts zu ändern. Die vertragskennzeichnende Hauptleistung des ASP-Vertrages, die in der entgeltlichen

¹⁵⁶⁰ *Schoengarth*, ASP, S. 339 f.

¹⁵⁶¹ so im Ergebnis auch *Schoengarth*, ASP, S. 339.

¹⁵⁶² nach *Schoengarth*, ASP, S. 339 sollte der Gesetzgeber der Tatsache Rechnung tragen, dass die Wohnraummiete nicht mehr den „Idealtypus“ des Mietvertrags darstellt, und z.B. eine Regelung in die §§ 535 ff. BGB aufnehmen, die klarstellt, welche Vorschriften auf Immaterialgüter entsprechend anwendbar sind.

¹⁵⁶³ vgl. zu den sog. Webservices unten D. IV. 3. a.

Softwarebereitstellung über das Internet liegt, beurteilt sich – wie oben dargelegt – regelmäßig nach den Vorschriften des Mietrechts. Die mitunter als unangemessen empfundene verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters für anfängliche Mängel der Mietsache kann in den AGB des Vermieters wirksam abbedungen werden. Daneben enthält das ASP regelmäßig auch werk- und dienstvertragliche Elemente, z.B. im Zusammenhang mit der Datenadministration durch den Anbieter. Die auftretenden Leistungsstörungen lassen sich mittels des miet- und werkvertraglichen Gewährleistungsrechts bzw. des allgemeinen Leistungsstörungsrechts grundsätzlich sach- und interessengerecht lösen.

Dass die vertragstypologische Zuordnung heute in der Praxis eine eher untergeordnete Rolle spiele, weil die Vertragsgestaltung inzwischen so ausreichend differenziert wäre, dass dadurch die gesetzlichen Unzulänglichkeiten wirksam ergänzt würden,¹⁵⁶⁴ darf bezweifelt werden. Da ASP-Verträge in der Praxis zumeist Allgemeine Geschäftsbedingungen beinhalten, bedarf insoweit schon die Formulierung wirksamer Vertragsklauseln einer Orientierung an den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (vgl. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und an der Natur des Vertrages (vgl. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Um die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung zu identifizieren, muss auch weiterhin eine vertragstypologische Zuordnung der ASP-Leistungen erfolgen.¹⁵⁶⁵

Das Neue des ASP-Geschäftsmodells im Hinblick auf die vertragstypologische Einordnung besteht vor allem in der neuartigen und flexiblen Kombination bereits bekannter Leistungsgegenstände. Die oben erörterte BGH-Entscheidung zum ASP-Vertrag hat zwar insoweit eine gewisse Rechtssicherheit gebracht, als die vertragliche Hauptleistungspflicht zur Bereithaltung der Software über das Internet nach Mietrecht zu beurteilen ist. Im Hinblick auf die aus der Kombination der verschiedenen Leistungsgegenstände resultierende Komplexität des Gesamtvertrages verbleibt aber weiter eine gewisse Unsicherheit, insbesondere bezogen auf die Frage, wie weit die Geltung des mietrechtlichen Gewährleistungsrechts auf die die Softwareüberlassung flankierenden Dienstleistungen ausgedehnt werden kann. Eine starre Anwendung des

¹⁵⁶⁴ *Söbbing* in: *Söbbing, Handbuch IT-Outsourcing*, Rn. 111.

¹⁵⁶⁵ so denn auch *Söbbing* in: *Söbbing, Handbuch IT-Outsourcing*, Rn. 116.

Kombinationsprinzips wird hier dem homogenen Leistungspaket und der inneren Vertragsstruktur häufig nicht gerecht.

In urheberrechtlicher Hinsicht besteht schließlich eine wesentliche Neuerung des ASP in der Tatsache, dass keine Speicherung des Programms beim Nutzer – weder auf seiner Festplatte, noch im Arbeitsspeicher seines Rechners – erfolgt. Hier wurde gezeigt, dass damit im Ergebnis häufig kein Ansatzpunkt für eine urheberrechtliche Verwertungshandlung auf Nutzerseite besteht, wenn nicht ausnahmsweise Hilfsprogramme, wie JAVA-Applets, übertragen und vervielfältigt werden. Was die Programmverwertung durch den ASP-Anbieter angeht, handelt es sich neben der Vervielfältigung auf seinem Server in erster Linie um einen Fall der öffentlichen Zugänglichmachung der Software gemäß § 69c Nr. 4 UrhG; dass die Funktionalitäten des Programms und nicht der Programmcode selbst öffentlich für den Zugriff durch die Nutzer zur Verfügung stehen, reicht insoweit zur Erfüllung des Tatbestandes aus.

3. Webservices und Grid Computing

Neue Herausforderungen u.a. in vertrags- und urheberrechtlicher Hinsicht stellen sich bei der Nutzung von Software im Rahmen von *Webservices* und innerhalb eines sog. *Computer-Grid*.

a. Webservices

Webservices bzw. mittels Webservices realisierte service-orientierte Architekturen dienen der automatisierten Kommunikation zwischen unternehmensübergreifend angesiedelten Rechner- und Softwaresystemen über standardisierte Schnittstellen.¹⁵⁶⁶ Geschäftsprozesse, insbesondere im Business-to-Business-Bereich, sollen möglichst reibungslos über Unternehmensgrenzen hinweg abgewickelt werden. Webservices lassen sich durch folgende Merkmale charakterisieren: Ein Webservice ist eine unabhängige, in sich geschlossene Anwendung, die eine genau definierte Aufgabe erfüllt und sich über Metadaten selbst beschreibt. Sie dient der automatischen Anwendungskommunikation über programmierbare Schnittstellen. Webservices sind darüber hinaus lose gekoppelt, ortsunabhängig und nutzen zur Kommunikation die bekannten Internet-Protokolle. Sie können entweder in weitere (Basis-)Webservices zerlegt werden, oder mehrere wiederverwendbare Basis-Webservices können zu einem neuen Webservice zusammengestellt werden.¹⁵⁶⁷

aa. Beteiligte und Interaktion

Die Implementierung einer service-orientierten Architektur auf Basis von Webservices gestaltet sich im Regelfall wie folgt: Der Anbieter eines Webservices veröffentlicht in einem Verzeichnis (*Registry*) die Beschreibung seiner Dienste. Das Verzeichnis enthält eine kategorisierte Ansammlung von registrierten, vertrauenswürdigen Webservices. Der Nutzer durchsucht mittels XML-basierter Nachrichten und Transportprotokolle das

¹⁵⁶⁶ Spindler, DuD 2005, 139.

¹⁵⁶⁷ Zur technischen Realisierung von Webservices vgl. bereits ausführlich oben B. III. 2. b.

Verzeichnis und wählt den von ihm benötigten Dienst aus. Nachdem ggf. weitere Details über Nachrichtenformate und Protokolle ausgetauscht worden sind, findet die Anbindung des Nutzers an den Webservice statt. Webservices steuern damit die Zusammenarbeit zwischen Client und Server beim Finden, Binden und beim Datenaustausch.¹⁵⁶⁸ Die Suchanfrage an das Verzeichnis und die Anbindung des Kunden durch die Integration des Webservice in seine Anwendung erfolgen dabei dynamisch; die Interaktionspartner handeln z.B. Dienstgüte, Verfügbarkeit oder weitere Kriterien automatisch zur Laufzeit aus.¹⁵⁶⁹ Die Bezahlung des Dienstes kann ebenfalls unter Verwendung von Webservices oder unter Einschaltung eines Payment-Dienstleisters als Mittler abgewickelt werden.¹⁵⁷⁰

Letztlich dienen auch Webservice-Technologien der Bereitstellung von Software zur Nutzung über das Internet im Client-Server-Modell; das Programm wird wie beim ASP ausschließlich auf dem Server ausgeführt und nicht auf den Kundenrechner übertragen.¹⁵⁷¹ Im Unterschied zum ASP stehen dem Nutzer aber verschiedene Funktionalitäten unterschiedlicher Anbieter zur Verfügung, die er selbst zu einer homogenen, auf seine Bedürfnisse zugeschnittenen Anwendung kombinieren kann.¹⁵⁷² Nachdem er seinen Webservice registriert und zur Nutzung bereitgestellt hat, wird der Webservice-Anbieter nicht weiter aktiv; der Nutzer bearbeitet seine Aufgaben mit seiner eigenen – um den Webservice erweiterten – Anwendung selbst. Die Speicherung zu bearbeitender und bearbeiteter Daten erfolgt im Gegensatz zum ASP allein auf der Hardware des Nutzers.¹⁵⁷³

Auch wenn die Parteien keine ausdrücklichen Vereinbarungen treffen und letztlich nur automatisierte Prozesse ablaufen, werden zwischen den Beteiligten Vertragsverhältnisse begründet.¹⁵⁷⁴ Auch Computerprogramme bzw. sog. Software-Agenten können Willenserklärungen austauschen. Ergeben sich keine anderen Anhaltspunkte, ist davon auszugehen, dass diese Erklärungen dem Willen der die Programme einsetzenden Unternehmen entsprechen. Dementsprechend können bei vollautomatisierten Prozessen Vertragsverhältnisse auch dann begründet werden, wenn vor Vertragsschluss nicht klar

¹⁵⁶⁸ vgl. hierzu ausführlich *Melzer*, Service-orientierte Architekturen mit Web Services, S. 14 ff.

¹⁵⁶⁹ *Melzer*, Service-orientierte Architekturen mit Web Services, S. 9.

¹⁵⁷⁰ *Melzer*, Service-orientierte Architekturen mit Web Services, S. 299 f.

¹⁵⁷¹ *Sodtalbers*, Softwarehaftung im Internet, Rn. 83; *Koch*, ITRB 2007, 71.

¹⁵⁷² *Redeker*, IT-Recht, Rn. 994.

¹⁵⁷³ *Koch*, ITRB 2007, 71, 72.

¹⁵⁷⁴ *Koch*, ITRB 2007, 71, 72.

ist, mit wem Leistungsbeziehungen überhaupt aufgenommen werden.¹⁵⁷⁵ Webservices sind zwar eine grundsätzlich neue Form der vollautomatisierten Abwicklung von Prozessen zwischen Unternehmen. Die in diesem Zusammenhang auftauchenden Fragen der Vertragstypologie und Haftung¹⁵⁷⁶ können jedoch mit den in anderen Zusammenhängen entwickelten Instrumenten des Zivilrechts bewältigt werden, da die Grundstrukturen der Auslagerung von unternehmerischen Funktionen jeweils ähnlich sind.¹⁵⁷⁷

bb. Vertragsrechtliche Einordnung

Im Rahmen der vertragstypologischen Einordnung unterscheidet *Spindler* die Vereinbarung zwischen dem Leistungserbringer und dem von ihm eingeschalteten Webservice-Anbieter auf der einen, und das Vertragsverhältnis des Leistungserbringers zu seinem Endkunden auf der anderen Seite. Da die vom Anbieter übernommene Leistung im Regelfall davon abhängt, dass ein bestimmter Erfolg eintrete, sei die Vereinbarung im Verhältnis des Leistungserbringers zu dem von ihm eingeschalteten Webservice-Anbieter regelmäßig als Werkvertrag einzuordnen, im Übrigen als Dienstleistungs- oder Geschäftsbesorgungsvertrag. Beim Datentransfer, der anschließenden Datenverarbeitung und der Übernahme bestimmter Funktionalitäten durch Auslagerung auf das Webservice-Unternehmen werde im Regelfall ein Erfolg geschuldet sein. Da es dem Endkunden des leistungserbringenden Unternehmens nur auf die ordnungsgemäße Vertragserfüllung ankomme, reiche auch im Innenverhältnis der Unternehmen ein Sich-Bemühen um den Erfolg im Sinne des Dienstvertragsrechts nicht aus.¹⁵⁷⁸

Im Folgenden soll allein das Vertragsverhältnis zwischen dem Anbieter und dem Nutzer des Webservice untersucht werden. Ausgangspunkt der vertragstypologischen Einstufung ist dabei die Frage, ob eine Dienstleistung, ein Erfolg oder lediglich der zeitweise Gebrauch einer Funktionalität bzw. Software geschuldet sein soll.¹⁵⁷⁹ Denkbar sind vor

¹⁵⁷⁵ *Spindler*, DuD 2005, 139; vgl. näher zum automatisierten Vertragsschluss unter Einschaltung von Software-Agenten *Sester/Nitschke*, CR 2004, 548 ff.

¹⁵⁷⁶ zu möglichen haftungsrechtlichen Fragestellungen vgl. *Spindler*, DuD 2005, 139, 140 f.

¹⁵⁷⁷ *Spindler*, DuD 2005, 139, 141.

¹⁵⁷⁸ *Spindler*, DuD 2005, 139, 140.

¹⁵⁷⁹ vgl. *Spindler*, K&R 2007, 345, 349.

allem Geschäftsmodelle, bei denen ein Webservice-Anbieter abgegrenzte Funktionalitäten mittels Fernnutzung eigener oder fremde Software – u.U. auch im Zusammenspiel mit anderen Providern und deren Software – für den Nutzer zum unmittelbaren Zugriff zur Verfügung stellt. Der Kunde nutzt also spezielle geschäftliche Anwendungsbausteine verschiedener Anbieter dezentral über ein Netzwerk als Webservices. Diese Konstellation ähnelt derjenigen beim ASP. Entscheidender Unterschied in vertragsrechtlicher Hinsicht ist jedoch, dass der Kunde aus seiner Sicht primär eine bestimmte Funktionalität in Anspruch nimmt; die Nutzung der zugrunde liegenden Software ist aus seiner Perspektive nur Mittel zum Zweck. Der Leistungsschwerpunkt liegt in der Zugänglichmachung software-basiert realisierter Funktionalitäten. Der Nutzer erhält auch nicht das Recht zur Nutzung eines konkreten Programms, weil mitunter die die Funktionalität realisierende Software – unter Aufrechterhaltung der Schnittstelle des Webservice – verändert oder ausgetauscht wird. Die Annahme eines Mietvertrages über ein bestimmtes Programm scheidet damit im Unterschied zum ASP aus.¹⁵⁸⁰

Liegt der Schwerpunkt der vertraglichen Leistungen ausnahmsweise auf der Bearbeitung einer bestimmten Aufgabe des Nutzers durch den Webservice-Anbieter, ist der entsprechende Vertrag erfolgsbezogen und damit als Werkvertrag einzustufen. Eine solche Kategorisierung scheidet aber von vornherein aus, wenn der Kunde Dienste verschiedener Webservice-Anbieter für seine Zwecke zur Laufzeit kombiniert, um einen bestimmten Erfolg zu erzielen. Das gemeinsame Entstehen verschiedener unabhängiger Anbieter für einen einheitlichen Erfolg des Nutzers würde insoweit voraussetzen, dass die Anbieter im Innenverhältnis im Rahmen einer gesellschaftsähnlichen Kooperationsform zusammenarbeiten. Dass Webservice-Anbieter so eng kooperieren, dürfte in der Praxis aber einen Ausnahmefall darstellen; allein aus der Offenlegung von Schnittstellen kann sich jedenfalls noch keine Förderung eines gemeinsamen Zwecks i.S.d. § 705 BGB ergeben.

Näher liegt die Einordnung als Dienstvertrag.¹⁵⁸¹ Dies gilt vor allem für den Regelfall, dass der Kunde die Funktionen der Software nutzt, um in eigener Verantwortung ein bestimmtes Ergebnis zu erzielen, ohne dass es ihm dafür entscheidend auf ein spezielles

¹⁵⁸⁰ so auch *Koch*, ITRB 2007, 71, 73.

¹⁵⁸¹ vgl. *Redeker*, IT-Recht, Rn. 994; *Koch*, ITRB 2007, 71, 73.

Programm ankommt. Der Anbieter erfüllt seine vertraglichen Pflichten bereits dadurch, dass er seinen Dienst vorvertraglich registrieren lässt und online zum Abruf über das Internet verfügbar hält. Der Nutzer wählt den Dienst aus, integriert die entsprechende Funktionalität in seine Anwendung und übernimmt auch deren (Fern-)Steuerung. Der Anbieter schuldet also im Wesentlichen die Bereithaltung der mit der festgelegten Schnittstelle ausgestatteten Funktionalität im Rahmen der vereinbarten Service Level¹⁵⁸² und damit eine Dienstleistung i.S.d. § 611 BGB. Letztlich bleibt für die Abgrenzung zwischen Werk- und Dienstvertrag aber immer das wirtschaftlich-technische Gesamtleistungsbild im Einzelfall maßgeblich.¹⁵⁸³

b. Grid Computing

Auch viele der für das sog. Grid Computing¹⁵⁸⁴ relevanten rechtlichen Fragen sind nicht gänzlich neu, sondern wurden bereits beim ASP und/oder im Zusammenhang mit dem IT-Outsourcing diskutiert und erscheinen beim Grid Computing lediglich in einem neuen Gewand. Teilweise wird das Grid Computing als Weiterentwicklung des ASP betrachtet.¹⁵⁸⁵ Da beim Grid Computing regelmäßig die Fernnutzung von Ressourcen zur eigenverantwortlichen Bearbeitung einer betrieblichen oder wissenschaftlichen Aufgabe des Nutzers im Vordergrund der vertraglichen Pflichten steht, ähnelt es sowohl dem ASP als auch dem Business Process Outsourcing. Je näher man der Auslagerung geschäftlicher Prozesse kommt, desto deutlicher treten die Ähnlichkeiten zum BPO hervor. Vertrags- und urheberrechtliche Fragestellungen sind dementsprechend mit denjenigen beim ASP und BPO vergleichbar.¹⁵⁸⁶ Die Rollenverteilung im Grid ist dabei freilich eine andere als beim ASP: Viele „Anbieter“ stellen ihre Rechenkapazitäten nur einem „Nutzer“ zur Verfügung; anders als beim üblichen Hosting über Netzwerke hat im Grid also nicht die Serverseite, sondern die Gesamtheit der Clients dienende Funktion.¹⁵⁸⁷ Technisch werden die Angebote häufig als Webservices realisiert.

¹⁵⁸² Koch, ITRB 2007, 71, 72 f.; vgl. zur Vereinbarung von Service Level Agreements im Bereich von Webservices Melzer, Service-orientierte Architekturen mit Web Services, S. 288 ff.

¹⁵⁸³ Koch, ITRB 2007, 71, 73.

¹⁵⁸⁴ zum Modell des Grid Computing vgl. schon oben B. III. 2. d.

¹⁵⁸⁵ Redeker, IT-Recht, Rn. 993.

¹⁵⁸⁶ Eine weitere – wenn nicht sogar die entscheidende – rechtliche Herausforderung im Rahmen des Grid Computing betrifft den Datenschutz, wenn personenbezogene Daten des Auftraggebers weltweit über das Grid verteilt kommerziell verarbeitet werden sollen; vgl. zur Bedeutung des Datenschutzes beim Grid Computing Haar, iX 2/2007, S. 78, 79.

¹⁵⁸⁷ Koch, CR 2006, 112, 116.

aa. Beteiligte und Interaktion

Beteiligt an einem Grid sind einerseits die Ressourcen-Anbieter, die die leerlaufenden Zykluszeiten der Prozessoren ihrer Rechner sowie einen definierten Teil ihrer Festplattenkapazität zur externen Nutzung zur Verfügung stellen, andererseits die Nutzer bzw. Auftraggeber, die die verteilte Bearbeitung eines ausgesuchten Problems im Grid benötigen. Dazu kommt regelmäßig als weiterer Beteiligter noch ein Grid-Provider bzw. Ressourcenmanager, der die Grid-Infrastruktur steuert, d.h. quasi als Schaltzentrale fungiert und den Zugriff auf die am besten geeignete Ressource lenkt. Rechtlich treten die Grid-Provider in der Regel als eigenständige Leistungsanbieter auf; bezüglich der im Grid zu bearbeitenden Aufgabe können sie auch Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers sein. Die grid-bezogenen Dienstleistungen haben sich trotz ihrer Heterogenität inzwischen so weit typisiert, dass man vom Provider zuweilen auch als „Grid Ressource Reseller“ spricht, der Ressourcen und Dienste zu Leistungspaketen bündelt und verwertet.¹⁵⁸⁸

bb. Vertragsrechtliche Einordnung

Je nach Ausgestaltung im Einzelfall kommt eine vertragliche Einordnung des Grid Computing als Miet-, aber auch als Dienst- oder Werkvertrag in Betracht. Ein typisches Vertragsbild hat sich aufgrund der rasanten technischen Entwicklung noch nicht herausbilden können.¹⁵⁸⁹ Entsprechend den am Grid Beteiligten kann man das Grid Computing in vertraglicher Hinsicht schwerpunktmäßig in zwei Varianten abbilden: zum einen als einstufiges Vertragsverhältnis zwischen dem selbst das Grid betreibenden Auftraggeber und den einzubeziehenden Rechnerinhabern, und zum anderen als mehrstufiges Vertragskonstrukt, in dem Dienstleister als Grid-Provider zwischen diesen beiden Vertragsparteien eingeschaltet sind und die Grid-Nutzung bzw. die Problemlösung im Grid etwa als Webservice anbieten.¹⁵⁹⁰

In der ersten Variante registriert sich der Rechnerinhaber direkt beim grid-nutzenden Auftraggeber, erhält per Download eine spezielle Software, die er auf seinem Rechner

¹⁵⁸⁸ Koch, CR 2006, 42, 44 f.

¹⁵⁸⁹ Redeker, IT-Recht, Rn. 993.

¹⁵⁹⁰ Koch, CR 2006, 42, 45.

installiert, und hält seinen Rechner dann für den Zugriff von außen verfügbar. Schuldet dabei der Anbieter der Ressource nicht nur das Zugänglichmachen und -halten seines Rechners, sondern daneben eine Tätigkeit bei der Erarbeitung der Problemlösung, wofür bereits ein vom Rechnerinhaber gesteuertes Abspeichern von Daten ausreichen kann, kommt – für den Fall der Entgeltlichkeit – eine vertragliche Einordnung als Geschäftsbesorgung i.S.d. § 675 BGB in Betracht.¹⁵⁹¹ Auf diese ist Werkvertragsrecht anwendbar, soweit ein bestimmter Erfolg geschuldet wird, der z.B. in der Durchführung einer bestimmten Berechnung durch den Rechnerinhaber liegen kann. Das Schulden eines selbständigen Leistungserfolgs liegt aber nicht bereits in der Verpflichtung, ein Rechnersystem mit definierten Eigenschaften und laufender Unterstützung für einen vereinbarten Zeitraum zugreifbar und nutzbar zu halten. Insoweit überwiegt das Dauerschuldelement.¹⁵⁹² Ist kein Erfolg geschuldet, kommt Dienstvertragsrecht zur Anwendung, soweit die Datenverarbeitung nicht allein durch den Auftraggeber selbst gesteuert wird, sondern der einzelne Anbieter am Verarbeitungsablauf zumindest mitwirkt.¹⁵⁹³

Besteht die vereinbarte Leistungspflicht des Rechnerinhabers lediglich darin, dass er dem Nutzer seine Speicherkapazitäten temporär online zugänglich macht und hält, und steuert dementsprechend allein der Auftraggeber bzw. die Middleware des Grid die Datenübermittlung, -verarbeitung und -speicherung, setzt der Auftraggeber die einzelnen Rechner nur quasi als unter seiner Kontrolle stehende Werkzeuge für seine Problembearbeitung ein. In diesem Fall liegt eine miet- oder pachtweise Überlassung von Rechnerressourcen vor.¹⁵⁹⁴ Die mietrechtliche Einordnung scheidet dabei weder an der fehlenden physischen Überlassung des Mietgegenstandes, noch daran, dass der einzelne Rechner vom Auftraggeber nur in Teilbereichen genutzt wird und sein Inhaber die eigene Benutzung parallel und weitgehend unbeeinträchtigt fortsetzen kann.¹⁵⁹⁵ Wie beim ASP gesehen, erfordert nämlich die mietrechtliche Überlassung i.S.d. § 535 BGB weder eine Besitzverschaffung am Mietgegenstand noch eine ausschließliche Nutzung desselben durch einen einzelnen Mieter. Die zusätzlichen Rechnerleistungen für das Abspeichern

¹⁵⁹¹ Koch, CR 2006, 42, 46; bei Unentgeltlichkeit liegt ein Auftrag i.S.d. § 662 BGB vor.

¹⁵⁹² a.A. Koch, CR 2006, 42, 46.

¹⁵⁹³ Koch, CR 2006, 42, 46

¹⁵⁹⁴ Koch, CR 2006, 42, 46 f.; diese Zuordnung korrespondiert auch mit derjenigen bei der technisch-wirtschaftlich ähnlichen Einräumung der Nutzungsmöglichkeit von Speicherkapazitäten auf Servern von Host-Providern bzw. Rechenzentrums-Betreibern; bei Unentgeltlichkeit der Überlassung kommt Leihe in Betracht.

¹⁵⁹⁵ Koch, CR 2006, 42, 47.

von Daten sowie das Installieren der Grid-Software können als Nebenpflichten des Mietvertrages anzusehen sein. Sie können aber bei entsprechender vertraglicher Ausgestaltung auch als eigenständige Hauptleistungspflichten des Anbieters Dienst- oder Werkvertragsrecht folgen und damit zur Annahme eines Typenkombinationsvertrages mit mietvertraglichem Schwerpunkt führen.¹⁵⁹⁶

Der Vertrag mit dem Rechnerinhaber sollte unabhängig von seiner typologischen Einordnung neben Regelungen zu den zeitlichen und inhaltlichen Umständen der Rechnernutzung – z.B. die Kommunikation über feste Schnittstellen – sowie zur Sicherheit und Integrität der fremden Rechner vor allem Bestimmungen zur Haftungsverteilung für den Fall einer Verseuchung mit Viren oder *Malware* und eine nutzungsorientierte Vergütungsregelung enthalten.¹⁵⁹⁷

cc. Zwischenschaltung eines Grid-Providers

Tritt ein zwischengeschalteter Grid-Provider im Verhältnis zum Rechnerinhaber selbst als Auftraggeber auf, gelten für die Einordnung des Vertrages die gleichen Grundsätze wie für den Vertrag zwischen Auftraggeber und Ressourcen-Anbieter. Möglich ist aber auch, dass der Grid-Provider im Verhältnis zum Rechnerinhaber lediglich Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers ist. Übernimmt ein Grid-Dienstleister für den Auftraggeber als Ressourcenmanager die Herstellung und laufende Unterstützung eines Grid, liegt ein Leistungsbündel vor, dessen Teile verschiedenen Vertragstypen zuzuordnen sein können. Verpflichtet sich der Dienstleister gegenüber dem Auftraggeber zur Erzielung eines bestimmten, mit Hilfe des Grid zu realisierenden Ergebnisses, z.B. die Durchführung bestimmter Rechenoperationen, so kann auf die Gesamtleistung Werkvertragsrecht anzuwenden sein.¹⁵⁹⁸ Die Leistung des Grid-Providers folgt aber – trotz ihres Dauerschuldcharakters – auch dann Werkvertragsrecht, wenn dieser lediglich die Konfiguration, Überlassung und laufende Unterstützung eines spezifizierten Grid als Erfolg schuldet.¹⁵⁹⁹ Auch im Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Grid-Provider stehen

¹⁵⁹⁶ Koch, CR 2006, 42, 47.

¹⁵⁹⁷ Haar, iX 2/2007, S. 78.

¹⁵⁹⁸ Koch, CR 2006, 42, 48.

¹⁵⁹⁹ Koch, CR 2006, 42, 48.

Regelungen zur Verantwortlichkeit, z.B. für die Richtigkeit der Ergebnisse der verteilten Rechenaufgabe, sowie zur Verfügbarkeit des Grid im Vordergrund.¹⁶⁰⁰

dd. Urheberrechtliche Aspekte

Anders als bei den zuvor angesprochenen Geschäftsmodellen des Outsourcing oder des ASP erfolgt beim Grid Computing die Nutzung von Software nicht um ihrer selbst willen. Das Hauptaugenmerk der Parteien richtet sich in erster Linie auf die Überlassung und Nutzung von Hardwareressourcen zur Bearbeitung eines rechenintensiven geschäftlichen oder wissenschaftlichen Problems; die Übertragung und Nutzung von Software erfolgt lediglich bei Gelegenheit oder zur Ermöglichung der Hardware-Nutzung. Dies hat auch Auswirkungen auf die urheberrechtliche Betrachtung.

(1) Spezielle Grid-Software

Mindestens zwei verschiedene Arten von Computerprogrammen kommen zur Realisierung des Grid zum Einsatz: zum einen die Grid-Clients, die auf den einzelnen Rechnern der Anbieter zur Problemlösung oder Ressourcenverwaltung eingesetzt werden, und zum anderen die das Grid insgesamt steuernde Middleware, d.h. die Grid-Management-Software.¹⁶⁰¹ Zu unterscheiden ist dabei die Middleware samt den zu ihrer Entwicklung erstellten Entwurfsmaterialien (vgl. § 69a Abs. 1 UrhG) zum einen von der technischen Beschreibung des im Grid zu lösenden Gesamtproblems und zum anderen von der Ausarbeitung der Aufteilung dieses Rechenproblems in getrennt verarbeitbare Teilprobleme, d.h. der Aufteilungsstruktur. Beschreibung und Aufteilungsstruktur können bei Erreichen der entsprechenden Schöpfungshöhe vor allem als wissenschaftlich-technische Darstellungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG urheberrechtlichen Schutz genießen.¹⁶⁰² Die Nutzung der Grid-Management-Software auf Middlewareebene erfolgt entweder durch die beteiligten Rechnerinhaber, und dann mit Zustimmung des Grid-Betreibers, oder – und das wird der Regelfall sein – durch den Auftraggeber bzw.

¹⁶⁰⁰ *Haar*, iX 2/2007, S. 78.

¹⁶⁰¹ *Koch*, CR 2006, 112, 115.

¹⁶⁰² *Koch*, CR 2006, 112, 115; zum möglichen Datenbankschutz für im Grid verarbeitete Datensammlungen vgl. *Koch*, CR 2006, 112, 115 f.

Dienstleister selbst, der sich hierfür lediglich der einzelnen Rechner bedient. Im letzteren Fall nehmen die einzelnen Rechneinhaber insoweit keine urheberrechtlich relevanten Verwertungshandlungen vor.¹⁶⁰³

Eine urheberrechtliche Vervielfältigung gemäß § 69c Nr. 1 UrhG durch die teilnehmenden Ressourcen-Anbieter erfolgt aber bei der jeweiligen Speicherung der Grid-Software auf der Festplatte und im Arbeitsspeicher des einzelnen Rechners. Der Betreiber des Grid als Veranlasser dieser Vervielfältigungen benötigt dementsprechend vom Rechteinhaber ein entsprechendes Vervielfältigungsrecht sowie – je nachdem, ob die Weitergabe des Programms an die einzelnen Rechneinhaber offline oder online erfolgt – das Recht zur Verbreitung der Software oder zu ihrer öffentlichen Zugänglichmachung nach § 69c Nr. 3 bzw. Nr. 4 UrhG.

(2) Systemsoftware auf den Anbieter-Rechnern

Urheberrechtliche Probleme können sich ergeben, wenn die Nutzung der auf den einzelnen Rechnern vorinstallierten Programme durch Teilnahme am Grid intensiviert wird. Insoweit fragt sich vor allem, ob die mittelbare Nutzung des bereits auf den Betreiberrechnern vorhandenen Betriebssystems im Zusammenhang mit einer Grid-Anwendung noch zur bestimmungsgemäßen Nutzung der Systemsoftware i.S.d. § 69d Abs. 1 UrhG gehört. Die Grid-Nutzung ist insoweit nicht mit der Mehrplatznutzung einer Software vergleichbar. Auf den angeschlossenen Rechnern läuft die Grid-Anwendung nicht mehrfach, sondern insgesamt nur einmal, und zwar verteilt auf sämtliche Rechner. Regelmäßig erfolgt auch auf dem System des Grid-Betreibers keine Vervielfältigung oder öffentliche Zugänglichmachung der Systemsoftware der einzelnen Grid-Clients; lediglich die Intensität der Gesamtnutzung der Systemsoftware kann aufgrund der technischen Ausgestaltung in einem Grid wesentlich erhöht sein.¹⁶⁰⁴

Die Nutzung der Systemsoftware der angeschlossenen Rechner in einem Grid soll nach Ansicht *Kochs* eine eigenständige Nutzungsart darstellen. Sie sei hinreichend klar

¹⁶⁰³ *Koch*, CR 2006, 112, 116; besondere Probleme können sich aufgrund des sog. Copyleft-Effekts ergeben, wenn die Middleware unter einer Open Source Lizenz wie der GNU GPL oder Affero GPL steht und im Rahmen des Grid Computing kommerziell genutzt werden soll.

¹⁶⁰⁴ *Koch*, CR 2006, 112, 116 f.

abgrenzbar, selbständig und technisch einheitlich definiert, da sie den Einsatz einer besonderen Middleware voraussetze sowie die Verknüpfung und den Einsatz einer Mehrzahl von Rechnern. Da die Grid-Nutzung frühestens 2005 wirtschaftlich relevant geworden sei, seien jedenfalls für alle vor 2005 erfolgten Überlassungen von Systemsoftware Grid-Nutzungen als noch nicht bekannte Nutzungsart anzusehen.¹⁶⁰⁵ Diese Einschätzung kann nicht überzeugen. In einer Grid-Umgebung erfolgt keine selbständige Verwertung der Systemsoftware; vielmehr steuert das Betriebssystem die mit dem Grid zusammenhängenden Anwendungen genauso wie alle sonstigen Anwendungen, so dass nicht von einer technisch selbständigen Nutzungsart gesprochen werden kann. Intensiviert wird vor allem die Nutzung der Hardware auf den angeschlossenen Systemen. Das Partizipationsinteresse des Inhabers der Rechte an der Systemsoftware wird durch die Nutzung im Grid ebenfalls nicht tangiert.

Eine Zustimmungspflicht des Rechtsinhabers zur Nutzung der Systemsoftware in einem Grid nimmt *Koch* auch noch aus einem anderen Gesichtspunkt an: Die Steuerung der Grid-Anwendung durch den Auftraggeber bzw. Provider schließe auch die temporäre Steuerung der Systemsoftware der Grid-Clients ein. In der Eröffnung des Zugriffs lasse sich eine temporäre Übertragung der Ausübung des Nutzungsrechts an der Systemsoftware auf den Auftraggeber bzw. Provider sehen und damit vertragsrechtlich eine mietrechtliche Vereinbarung, die aus urheberrechtlicher Sicht mangels Erschöpfungswirkung einer gesonderten Einwilligung des Rechteinhabers der Systemsoftware bedürfe.¹⁶⁰⁶ *Koch* sieht darin wohl eine ähnliche Gestaltung wie beim Application Service Providing.¹⁶⁰⁷ Anders als beim ASP geht es den Parteien bei der Grid-Nutzung der Systemsoftware aber nicht um die Nutzung der Software selbst; diese erfolgt vielmehr ausschließlich zur Ermöglichung der Hardwareüberlassung. Die Beteiligten verfolgen einen völlig anderen wirtschaftlichen Zweck als beim ASP, nämlich die Nutzung der Hardwareressourcen zur Lösung eines betrieblichen oder wissenschaftlichen Problems des Auftraggebers. Eine mietvertragliche Vereinbarung i.S.d. § 535 BGB bezogen auf die Systemsoftware kann daher mangels eines darauf gerichteten Parteiwillens in der Regel nicht angenommen werden. Sie käme einer reinen Fiktion gleich. Den einzelnen Rechnerinhabern wird in den seltensten Fälle überhaupt bewusst

¹⁶⁰⁵ *Koch*, CR 2006, 112, 117.

¹⁶⁰⁶ *Koch*, CR 2006, 112, 117.

¹⁶⁰⁷ das er a.a.O. in Fn. 20 ausdrücklich erwähnt.

sein, dass die Grid-Nutzung Auswirkungen auf ihre Systemsoftware hat. In urheberrechtlicher Hinsicht kann eine Vermietung darüber hinaus nur bei einer körperlichen Überlassung der Mietsache angenommen werden, die bezogen auf die Systemsoftware gerade nicht erfolgt. Einer gesonderten Zustimmung des Inhabers der Rechte am Betriebssystem bedarf es daher für die Nutzung der Software in einem Grid im Regelfall nicht.

E. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse und Ausblick

Trotz der eingangs festgestellten „Schwerfälligkeit“, mit der gerade das deutsche BGB auf technisch bedingte neue Sachverhalte reagiert, sollte man sich davor hüten, schnelle Reaktionen des Gesetzgebers auf tatsächliche Veränderungen schlechthin als Verbesserung anzusehen, „dem Fortschritt also das Prädikat der moralischen Höherentwicklung und dem Festhalten am Bestehenden das Odium der Gestrigkeit anzuhängen“.¹⁶⁰⁸ Die Dynamik und Veränderlichkeit von modernen vertraglichen Häufigkeitstypen bilden das zentrale praktische Argument gegen die vorzeitige Kodifizierung auf diese bezogener verbindlicher und subsumtionsfertiger Normstrukturtypen.¹⁶⁰⁹ Das gilt angesichts der Schnelligkeit des technologischen Wandels vor allem für Verträge über IT-Leistungen. Dem Gesetzgeber ist weiterhin Zurückhaltung zu empfehlen. Seine bisherige kodifikatorische Abstinenz ist schon bislang der schrittweisen Integration moderner Vertragsarten in die Rechtsordnung förderlich gewesen.¹⁶¹⁰

Entschließt sich der Gesetzgeber dazu, neue technologische Sachverhalte gesetzlich zu regeln, läuft er stets Gefahr, dass die neuen Vorschriften aufgrund der rasanten technischen Entwicklung schnell wieder veralten. Hätte er z.B. in den 80er oder 90er Jahren eine Regelung zur Software eingeführt, hätte diese sicherlich dem Stand der Technik entsprechend in der ein oder anderen Weise an den Datenträger angeknüpft. Viele Regelungen müssten zudem sinnvollerweise auf europäischer Ebene ansetzen, was die Reaktionszeiten des Gesetzgebers zusätzlich herabsetzen würde. Statt einer gesetzlichen Kodifikation aus neuen Technologien folgender neuer Sachverhalte sollten stattdessen bestehende Auslegungsspielräume besser genutzt, z.B. bei der Konkretisierung eines körperlichen Gegenstandes i.S.d. § 90 BGB der Anknüpfung an die Verkehrsanschauung mehr Gewicht beigemessen werden. So könnten technologische Weiterentwicklungen vom Rechtsanwender flexibel und schnell nachvollzogen werden. Der Begriff des Computerprogramms i.S.d. Urheberrechts ist ein Beispiel dafür, dass

¹⁶⁰⁸ Westermann, NJW 1997, 1, 3.

¹⁶⁰⁹ Oechsler, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, S. 315.

¹⁶¹⁰ Martinek, *Moderne Vertragstypen*, Band III, S. 386.

gesetzgeberische Zurückhaltung funktionieren kann: Der (europäische wie der deutsche) Gesetzgeber hat sich bewusst einer Legaldefinition des Computerprogramms enthalten, um den Begriff nicht einzuengen. Durch Ausrichtung an der Definition der Software aus der Informatik und durch die Einbeziehung auch des Entwurfsmaterials in den urheberrechtlichen Schutz können auch neue Softwareengineering-Methoden, insbesondere die neuen Formen der „graphischen Programmierung“ in und aus Modellen, sachgerecht erfasst werden.

Die Schwierigkeiten der vertraglichen Einordnung komplexer Softwareverträge resultieren im Wesentlichen aus der Mischung von Elementen des Austauschvertrages i.S.v. Kauf- und Werkvertrag mit Merkmalen von Dauerschuldverhältnissen und gesellschaftsähnlichen Kooperationsformen. Dazu tritt insbesondere für Geschäftsmodelle wie das Application Service Providing, Webservices und Grid Computing die Lösung der Software von ihrem Datenträger durch neue Virtualisierungs-Technologien sowie die Erbringung eines Konglomerats flankierender Dienstleistungen neben der eigentlichen Softwarebereitstellung. Die entsprechenden Verträge bilden oft ein in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht homogenes, in vertragsrechtlicher Hinsicht dagegen heterogenes Gesamtgebilde, das sich nicht ohne weiteres anhand der gesetzlichen Vertragstypen abbilden lässt. Die traditionellen Theorien zu gemischten Verträgen, insbesondere die Frage, ob sich flankierende Leistungsteile dem Regime des vertraglichen Schwerpunktes unterordnen lassen, können hier allenfalls den gedanklichen Ausgangspunkt für praxistaugliche Lösungen bieten.

Neue Konzepte wie das der komplexen Langzeitverträge oder der hybriden Vertragsformen bieten eher neue Termini als neue Typen, die bestimmten einheitlichen Regeln folgten. Gemeinsame Merkmale lassen sich durchaus feststellen, Probleme systematisieren; eine Antwort auf die mit den neuen technologischen Entwicklungen einhergehenden Frage nach den im Einzelfall anwendbaren Normen können auch diese Konzepte aber im Regelfall nicht liefern. Letztlich gilt daher in der Vertragspraxis: „Wer schreibt, bleibt“. Dies betrifft die Regelung von Abnahme- und Testverfahren im Rahmen von Softwareentwicklungsverträgen genauso wie die Vereinbarung von Verfügbarkeitszeiten in Service Level Agreements von ASP-Verträgen. Die Vertragsgestaltung gewinnt in dem Maße an Bedeutung, in dem der Gesetzgeber der

Geschwindigkeit des technologischen Wandels Tribut zollen muss. Analogieschlüsse innerhalb der als anwendbar erkannten Vertragstypen erlauben daneben bei Fehlen vertraglicher Regelungen eine sachgerechte, aber gleichzeitig flexible Lösung von Einzelfallproblemen. Allerdings dürfen diese Analogien nicht willkürlich erfolgen; vielmehr müssen die Voraussetzungen einer Analogiebildung für jeden Einzelfall geprüft werden, um zu vorhersehbaren Ergebnissen zu gelangen.

Es ist dabei allerdings darauf zu achten, dass man sich insbesondere wegen der Überlappung des allgemeinen Zivilrechts und des Urheberrechts im Rahmen von Softwareverträgen nicht in Wertungswidersprüche verstrickt. Knüpft der BGH für die Sacheigenschaft von Software im Rahmen des Schuldrechts an eine irgendwie und irgendwo vorhandene Verkörperung der Software an und sieht in der Online-Übertragung die Voraussetzungen der mietrechtlichen Überlassung und der kaufrechtlichen Übergabe als erfüllt an, erscheint es auf der anderen Seite widersprüchlich, mit dem Argument des Fehlens der Übergabe eines körperlichen Datenträgers die Anwendung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes abzulehnen. Während im allgemeinen Zivilrecht die „Verkörperungslücke“ mittels Analogie überwunden und z.B. beim ASP trotz unkörperlicher Übertragung die für das Mietrecht erforderliche Sacheigenschaft bejaht wird, dient sie im Urheberrecht gerade als Argument dafür, den Erschöpfungsgrundsatz auf die Fälle der reinen Weitergabe von Nutzungsrechten im Rahmen des sog. „Gebraucht-Softwarehandels“ nicht anwenden zu müssen. Auch wenn die unterschiedlichen Schlussfolgerungen wegen verschiedener dogmatischer Anknüpfungspunkte im BGB und im Urheberrechtsgesetz keinen direkten inhaltlichen Widerspruch bedeuten müssen, führen sie doch zu einem erheblichen Transparenzverlust.¹⁶¹¹

Neue Herausforderungen an das Vertragsrecht aufgrund technischer Weiterentwicklungen sind schon in Sicht, und zwar in Form von Kombinationen der oben dargestellten Geschäftsmodelle: Vertrieb der Basisversion eines Textverarbeitungsprogramms im „Abomodell“ mit regelmäßig zu erneuernder Produktaktivierung, kombiniert mit dem punktuellen Bezug von Zusatzfunktionen, wie z.B. der Rechtschreibprüfung in einer

¹⁶¹¹ Rössel, Anm. zum Urteil des BGH vom 15.11.2006, XII ZR 120/04, ITRB 2007, 55 zieht aus dem Urteil des BGH zum ASP-Vertrag den Schluss, dass die schuldrechtliche Gleichbehandlung der unverkörpernten Übertragung von Software auf der dinglichen Seite bei der Frage der urheberrechtlichen Erschöpfung – entsprechend der Entscheidung des LG Hamburg zur Zulässigkeit des Gebrauchtsoftware-Handels – mitzuvollziehen sei.

bestimmten Sprache, als Webservice auf Pay-per-Use-Basis.¹⁶¹² Abgeschlossene Systeme mit fertig installierter Software und ohne Internetzugang soll es in Zukunft nicht mehr geben.¹⁶¹³ Die Geschäftsprozesse und Transaktionen werden sich genauso wie die dazu gehörigen elektronischen Vertragsabschlüsse weiter beschleunigen und automatisieren.¹⁶¹⁴ Die Einbindung von Softwarefunktionalitäten als Webservice zur Laufzeit eines Programms, ohne dass der Nutzer überhaupt Kenntnis davon hat, wessen Softwarekomponente er gerade nutzt, bildet insoweit ein bereits heute verfügbares anschauliches Beispiel. Noch (lange) wird keine Ruhe einkehren in die softwarevertragstypologische Diskussion.

¹⁶¹² vgl. *Kuri/Vahldiek*, c't 6/2007, S. 118, 119.

¹⁶¹³ *Kuri/Vahldiek*, c't 6/2007, S. 118, 120.

¹⁶¹⁴ vgl. *Dreier* in: FS Bartsch, S. 3 ff.

Literaturverzeichnis

- Alonso, Gustavo /
Casati, Fabio /
Kuno, Harumi /
Machiraju, Vijay* Web Services – Concepts, Architectures and Applications, Berlin u.a. 2004
- Alpert, Frank* Kommerzielle Online-Nutzung von Computerprogrammen, CR 2000, S. 345 ff.
- Andresen, Andreas* Komponentenbasierte Softwareentwicklung – mit MDA, UML 2 und XML, 2. Auflage, München/Wien 2004
- Apel, Sven /
Kästner, Christian /
Kuhlemann, Martin /
Leich, Thomas* Objektorientierte Grenzen – Modularität von Softwarebausteinen: Aspekte versus Merkmale, iX 2006, Heft 10, S. 116 ff.
- Balzert, Helmut* Lehrbuch Grundlagen der Informatik – Konzepte und Notationen in UML 2, Java 5, C# und C++, Algorithmik und Software-Technik, Anwendungen, 2. Auflage, München 2004
- Bamberger, Heinz Georg /
Roth, Herbert (Hrsg.)* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: §§ 1 - 610, CISG, 2. Auflage, München 2007
- Bartsch, Michael /
Dreier, Thomas* 20 Jahre Urheberrecht in „Computer und Recht“ – Metamorphose eines Rechtsgebiets durch Informationstechnologien, CR 2005, S. 690 ff.
- Bartsch, Michael* Das BGB und die modernen Vertragstypen, CR 2000, S. 3 ff.
- Bartsch, Michael* Das neue Schuldrecht – Auswirkungen auf das EDV-Vertragsrecht, CR 2001, S. 649 ff.
- Bartsch, Michael* Softwareüberlassung – was ist das?, CR 1992, S. 393 ff.
- Bauer, Ines M. /
Witzel, Michaela* Individualsoftwareerstellung – § 651 BGB und die Neugestaltung des „Abnahmeverfahrens“, ITRB 2003, S. 62 ff.
- Baumgarten, Arthur* Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Bern 1939; herausgegeben von Hermann Klenner, Freiburg/Berlin 2005
- Baus, Christoph A.* Verwendungsbeschränkungen in Software-Überlassungs-verträgen, Köln 2004.
- Bechtold, Stefan* Trusted Computing – Rechtliche Probleme einer entstehenden Technologie, CR 2005, S. 393 ff.
- Bellosa, Frank* Aufbau und Einsatz von Embedded Systems, in: Büchner/Dreier (Hrsg.), Von der Lochkarte zum globalen Netzwerk – 30 Jahre DGRI, Köln 2007, S. 109 ff.
- Berger, Christian* Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, S. 198 ff.

- Bergmann, Alfred* Zur Reichweite des Erschöpfungsprinzips bei der Online-Übermittlung urheberrechtlich geschützter Werke, in: Festschrift für Willi Erdmann zum 65. Geburtstag, Ahrens u.a. (Hrsg.), Köln u.a. 2002, S. 17 ff.
- Bettinger, Torsten / Leistner, Matthias (Hrsg.)* Werbung und Vertrieb im Internet, Köln 2003
- Bettinger, Torsten / Scheffelt, Michael* Application Service Providing: Vertragsgestaltung und Konflikt-Management, CR 2001, S. 729 ff.
- Beyer, Jochen* ASP – Zweckmäßige Gestaltung von Service Level Agreements aus Sicht des Anwenders, ITRB 2005, S. 287 ff.
- Beyer, Jochen* ASP – Zweckmäßige Gestaltung von Service Level Agreements aus Sicht des Providers, ITRB 2006, S. 20 ff.
- Bischof, Elke / Schneider, Jochen* Der Access-Provider-Vertrag als Dienstvertrag – Folgen der Entscheidung des BGH v. 23.3.2005 – III ZR 338/04 für die Vertragsgestaltung, ITRB 2005, S. 214 ff.
- Bischof, Elke / Witzel, Michaela* Vereinbarungen zu Test- und Abnahmeverfahren, ITRB 2006, S. 95 ff.
- Blank, Hubert / Börstinghaus, Ulf P.* Miete – Kommentar, 2. Auflage, München 2004
- Blöse, Jochen / Pechardscheck, Stefan* Die rechtliche Absicherung von IT-Outsourcing-Projekten – Risikooptimale Durchführung von Auslagerungsmaßnahmen im IT-Bereich, CR 2002, S. 785 ff.
- Bräutigam, Peter* IT-Outsourcing – Eine Darstellung aus rechtlicher, technischer, wirtschaftlicher und vertraglicher Sicht, Berlin 2004
- Bräutigam, Peter* SLA: In der Praxis alles klar? – Optimale Konkretisierung von Umfang und Qualität geschuldeter Einzelleistungen beim IT-Outsourcing, CR 2004, S. 248 ff.
- Bräutigam, Peter / Rücker, Daniel* Softwareerstellung und § 651 BGB – Diskussion ohne Ende oder Ende der Diskussion?, CR 2006, S. 361 ff.
- Brandi-Dohrn, Matthias* Das Risiko im Entwicklungsvertrag, CR 1998, S. 645 ff.
- Brandi-Dohrn, Matthias* Gewährleistung bei Hard- und Softwaremängeln – BGB, Leasing und UN-Kaufrecht, 2. Auflage, München 1994
- Braun, Heiko* Die Zulässigkeit von Service Level Agreements – am Beispiel der Verfügbarkeitsklausel, München 2006
- Bröcker, Klaus Tim / Czychowski, Christian / Schäfer, Detmar (Hrsg.)* Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet – Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Angrenzende Rechtsgebiete, München 2003
- Broy, Manfred / Rombach, Dieter* Software Engineering – Wurzeln, Stand und Perspektiven, Informatik-Spektrum 2002, S. 438 ff.
- Büchner, Wolfgang* Bericht über den Arbeitskreis „Urheberrechtliche Beurteilung neuer Softwarekonzepte“, in: Büllsbach/Heymann (Hrsg.), Informationsrecht 2000 – Perspektiven für das nächste Jahrzehnt, Köln 2001, S. 129 ff.

- Bydlinski, Peter* Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?, AcP, Bd. 198 (1998), S. 287 ff.
- Claus, Volker / Schwill, Andreas* Duden Informatik A – Z, Fachlexikon für Studium, Ausbildung und Beruf, 4. Auflage, Mannheim 2006
- Coldewey, Jens* Agile Entwicklung – ein Überblick, in: HMD – Praxis der Wirtschaftsinformatik, Heft 231 (Juni 2003), S. 46 ff.
- Czychowski, Christian / Bröcker, Klaus Tim* ASP – Ein Auslaufmodell für das Urheberrecht?, MMR 2002, S. 81 ff.
- Dieckmann, Werner* Nutzung und Rahmenbedingungen standardisierter Anwendungslösungen – eine Chance zum wirtschaftlichen Einsatz, in: Köhler-Frost (Hrsg.), Allianzen und Partnerschaften im IT-Outsourcing – Strategische Optionen, pragmatische Lösungen und juristische Überlegungen, Berlin 2002, S. 122 ff.
- Diedrich, Kay* Typisierung von Softwareverträgen nach der Schuldrechtsreform – Lösungsansätze für neue Abgrenzungsfragen, CR 2002, S. 473 ff.
- Dieselhorst, Jochen* Anmerkung zum Urteil des LG München I vom 15.03.2007, 7 O 7061/06, CR 2007, S. 361 f.
- Dreier, Thomas* Auf schwankendem Grund – Zu den Auswirkungen der Informationstechnologie auf das Recht, in: Festschrift für Michael Bartsch zum 60. Geburtstag, Heymann/Schneider (Hrsg.), Karlsruhe 2006, abrufbar unter: <http://www.bartsch-partner.com/media/docs/mb/Festschrift/dreier.pdf>
- Dreier, Thomas / Nolte, Georg* Das deutsche Urheberrecht und die digitale Herausforderung, Informatik-Spektrum 2003, S. 247 ff.
- Dreier, Thomas* „De fine“: vom Ende des Definierens? – Zur Abgrenzung von Münzkopierern, Personal Video Recordern und Serverdiensten, in: Festschrift für Eike Ullmann, Ahrens u.a. (Hrsg.), Saarbrücken 2006, S. 37 ff.
- Dreier, Thomas* Konvergenz und das Unbehagen des Urheberrechts, in: Festschrift für Willi Erdmann zum 65. Geburtstag, Ahrens u.a. (Hrsg.), Köln u.a. 2002, S. 73 ff.
- Dreier, Thomas* Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts, in: Becker/Dreier (Hrsg.), Urheberrecht und digitale Technologie – Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 22. April 1994, Baden-Baden 1994, S. 123 ff.
- Dreier, Thomas / Vogel, Rupert* Software- und Computerrecht, Frankfurt a.M. 2008
- Dreier, Thomas / Schulze, Gernot* Urheberrechtsgesetz – Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz – Kommentar, 2. Auflage, München 2006
- Dreier, Thomas* Urheberrecht an der Schwelle des 3. Jahrtausends – Einige Gedanken zur Zukunft des Urheberrechts, CR 2000, S. 45 ff.
- Dreier, Thomas* Verletzung urheberrechtlich geschützter Software nach der Umsetzung der EG-Richtlinie, GRUR 1993, S. 781 ff.

Literaturverzeichnis

- Ebert, Christof / Smouts, Michel* Produktlinien in der Softwareentwicklung, in: HMD – Praxis der Wirtschaftsinformatik, Heft 231 (Juni 2003), S. 28 ff.
- Eisenbacher, Peter* ASP und die Neue Wirtschaft – Der Sprung ins Netz, in: Köhler-Frost (Hrsg.), Application Service Providing – Die neue Herausforderung für Unternehmen, Berlin 2001, S. 15 ff.
- Emmerich, Volker* Neues Mietrecht und Schuldrechtsmodernisierung, NZM 2002, S. 362 ff.
- Ernst, Stefan* Rechtliche Probleme mobiler Ad-hoc-Netze – Pervasive Computing und die Selbstbestimmung des Kunden, in: Taeger/Wiebe (Hrsg.), Mobilität, Telematik, Recht, Köln 2005, S. 127 ff.
- Ernst, Stefan* Vertragsgestaltung im Internet, München 2003
- Fallenböck, Markus / Trappitsch, Michael* Application Service Providing (ASP) – rechtlich betrachtet, Medien und Recht (M&R) 2002, S. 3 ff.
- Fritsch, Werner* Die Zukunft der Software, informationweek.de 2005, Ausgabe 1/2, S. 9 f.
- Fritzemeyer, Wolfgang / Schoch, Sonja* Übernahme von Softwareüberlassungsverträgen beim IT-Outsourcing – Rechtliches Vorgehen und Gestaltungsmöglichkeiten unter Beachtung des Urheberrechts des Lizenzgebers, CR 2003, S. 793 ff.
- Gauch, Peter* Das gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge, in: Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Harrer u.a. (Hrsg.), Zürich u.a. 2002, S. 3 ff.
- Gennen, Klaus* Die Software-Entwicklergemeinschaft – Voraussetzungen und Rechtsfolgen, ITRB 2006, S. 161 ff.
- Gennen, Klaus* Outsourcing und § 613a BGB – Fragen des Betriebsübergangs bei der Verlagerung von IT-Aufgaben auf Externe, ITRB 2002, S. 291 ff.
- GfK Marktforschung GmbH / Fraunhofer-Institut für Experimentelles Software Engineering IESE / Fraunhofer-Institut für Systemtechnik und Innovationsforschung ISI* Analyse und Evaluation der Softwareentwicklung in Deutschland – Eine Studie für das Bundesministerium für Bildung und Forschung, Dezember 2000
- Gounalakis, Georgios (Hrsg.)* Rechtshandbuch Electronic Business, München 2003
- Griffel, Frank* Componentware – Konzepte und Techniken eines Softwareparadigmas, Heidelberg 1998
- Grohmann, Werner (Hrsg.)* ASP – Application Service Providing. Kosten sparen – Vorteile nutzen, Köln 2002
- Grohmann, Werner* Von der Software zum Service. ASP – Software on Demand – Software-as-a-Service – Neue Formen der Software-Nutzung, München 2007
- Grützmacher, Malte* Anmerkung zum Urteil des LG Hamburg vom 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, S. 815 f.

- Grützmacher, Malte* Application Service Providing – Urhebervertragsrechtliche Aspekte, ITRB 2001, S. 59 ff.
- Grützmacher, Malte* Außervertragliche Ansprüche auf Herausgabe von Daten gegenüber dem Outsourcing-Anbieter – Unter besonderer Berücksichtigung der Insolvenz des Providers, ITRB 2004, S. 282 ff.
- Grützmacher, Malte* Datenschutz und Outsourcing – Auftragsdatenverarbeitung oder Funktionsübertragung?, ITRB 2007, S. 183 ff.
- Grützmacher, Malte* „Gebrauchtsoftware“ und Erschöpfungslehre: Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Hand-Marktes für Software – Zugleich eine Anmerkung zu LG München, Urteil vom 19. Januar 2006, ZUM 2006, 251 – Handel mit „Gebrauchtsoftware“, ZUM 2006, S. 302 ff.
- Grützmacher, Malte* Gebrauchtssoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen – Zu den Rechtsfragen auch jenseits der Erschöpfungslehre, CR 2007, S. 549 ff.
- Grützmacher, Malte* Rechtliche Aspekte der Herstellung und Nutzung von Embedded Systems, in: Büchner/Dreier (Hrsg.), Von der Lochkarte zum globalen Netzwerk – 30 Jahre DGRI, Köln 2007, S. 87 ff.
- Grützmacher, Malte* Vertragliche Ansprüche auf Herausgabe von Daten gegenüber dem Outsourcing-Anbieter, ITRB 2004, S. 260 ff.
- Haar, Tobias* Verteiltes Rechnen – Juristische Aspekte des Grid Computing, iX 2007, Heft 2, S. 78 f.
- Härtig, Niko* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12.12.2000, XI ZR 138/00, K&R 2001, S. 219 f.
- Härtig, Niko /
Kuon, Dorothee* Designklau – Webdesign, Screendesign, Look and Feel im Urheberrecht, CR 2004, S. 527 ff.
- Härtig, Niko* Die Gewährleistungspflichten von Internet-Dienstleistern, CR 2001, S. 37 ff.
- Haines, Alexander /
Scholz, Matthias* Anmerkung zum Urteil des LG München I vom 19.01.2006, 7 O 23237/05, CR 2006, S. 161 ff.
- Hartmann, Michael* Trusted Web Services – Vertrauen ist gut ..., DuD 2005, S. 160 ff.
- Hassemer, Michael* Kaufverträge nach der Schuldrechtsreform – Vertragsgestaltung gegenüber Verbrauchern und im Handelsgeschäft, ZGS 2002, S. 95 ff.
- Haug, Volker* Grundwissen Internetrecht – Erläuterungen mit Urteilsauszügen, Schaubildern und Übersichten, Stuttgart 2005
- Hepner, Henning* Softwareerstellungsverträge – Die Gestaltung zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit für die Entwicklung von Computer-Software, Köln 1997
- Herold, Helmut /
Lurz, Bruno /
Wohlrab, Jürgen* Grundlagen der Informatik. Praktisch – Technisch – Theoretisch, München 2006
- Heussen, Benno* Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware – Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen, GRUR 1987, S. 779 ff.

- Heydn, Truiken / Schmidl, Michael* Anmerkung zum Urteil des LG Hamburg vom 29.06.2006, 315 O 343/06, MMR 2006, S. 830 f.
- Heydn, Truiken / Schmidl, Michael* Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, K&R 2006, S. 74 ff.
- Heymann, Thomas* Outsourcing als Form der Kooperation, CR 2000, S. 23 ff.
- Heymann, Thomas* Outsourcing in Deutschland – eine Bestandsaufnahme zur Vertragsgestaltung. Die Grundtypen des Outsourcing und ihre Konsequenzen für die Vertragsgestaltung, CR 2005, S. 706 ff.
- Heymann, Thomas* Outsourcing – Neuralgische Punkte der Vertragsgestaltung, CI 1999, S. 173 ff.
- Hilty, Reto M.* Der Softwarevertrag – ein Blick in die Zukunft. Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software, MMR 2003, S. 3 ff.
- Hoeniger, Heinrich* Das Problem der gemischten Verträge, DJZ 1913, S. 263 ff.
- Hoeniger, Heinrich* Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge – Erster Band: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim/Leipzig 1910
- Hoeren, Thomas* Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, CR 2006, S. 573 ff.
- Hoeren, Thomas* Ergänzungsgutachten in Sachen UsedSoft ./. Oracle, abrufbar unter: http://www.usedsoft.com/pdf/Rechtsgrundlagen/ergaenzungsgutachten_hoeren_wg_oracle_2007_04_12.pdf
- Hoeren, Thomas* Gutachten zur Frage der Geltung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, abrufbar unter: http://www.usedsoft.com/pdf/Rechtsgrundlagen/Gutachten_Prof_Hoeren_Online_Erschoepfung.pdf
- Hoeren, Thomas / Sieber, Ulrich (Hrsg.)* Handbuch Multimedia-Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, Loseblatt-Ausgabe, 19. Ergänzungslieferung, Stand: März 2008, München 2008
- Hoeren, Thomas* Internet und Recht – Neue Paradigmen des Informationsrechts, NJW 1998, S. 2849 ff.
- Hoeren, Thomas* IT Vertragsrecht, Praxis-Lehrbuch, Köln 2007
- Hoeren, Thomas* Urheberrecht 2000 – Thesen für eine Reform des Urheberrechts, MMR 2000, S. 3 ff.
- Hoeren, Thomas* Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Überlegungen zu einem Rechtsgutachten von Gerhard Schricker et al., GRUR 1997, S. 866 ff.
- Hörl, Bernhard / Häuser, Markus* Service Level Agreements in IT-Outsourcingverträgen – Ausgestaltung und rechtliche Wirkungen von Qualitätsvereinbarungen bei der Auslagerung von IT-Leistungen an externe Anbieter, CR 2003, S. 713 ff.

- Hofmann, Ruben* Virtuelle Personal Video Recorder vor dem Aus? – Kritische Analyse der bisherigen Rechtsprechung zu virtuellen PVR, MMR 2006, S. 793 ff.
- Holzinger, Andreas* Basiswissen IT / Informatik – Band 2: Informatik, Würzburg 2003
- Huppertz, Peter* Handel mit Second Hand-Software – Analyse der wesentlichen Erscheinungsformen aus urheber- und schuldrechtlicher Perspektive, CR 2006, S. 145 ff.
- Intveen, Michael / Lohmann, Lutz* Die Haftung des Providers bei ASP-Verträgen – Wonach richtet sich die Providerhaftung und welche vertraglichen Möglichkeiten zur Beschränkung gibt es noch?, ITRB 2002, S. 210 ff.
- Jaeger, Till / Metzger, Axel* Open Source Software – Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software, 2. Auflage, München 2006
- Jauernig, Othmar (Hrsg.)* Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, 12. Auflage, München 2007
- Jörg, Florian S.* Application Service Providing-Vertrag, in: Jörg/Arter (Hrsg.), Internet-Recht und IT-Verträge, 5. Tagungsband, Bern 2005, S. 285 ff.
- Junker, Abbo / Benecke, Martina* Computerrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2003
- Junker, Abbo* Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 2000/2001, NJW 2002, S. 2992 ff.
- Kaminski, Bert / Henßler, Thomas / Kolaschnik, Helge F. / Ppathoma-Baetge, Anastasia (Hrsg.)* Rechtshandbuch E-Business – Rechtliche Rahmenbedingungen für Geschäfte im Internet, Neuwied 2002
- Kapalschinski, Christoph* Mehr Service – Neue Ideen für Dienstleistungen können ganze Branchen schaffen – aber in Deutschland sind sie rar, in: DIE ZEIT, Nr. 50, 7. Dezember 2006, S. 36
- Karger, Michael* „Kooperation“ bei komplexer Softwareentwicklung – Konsequenzen unzureichender vertraglicher Regelung der Zusammenarbeit, ITRB 2004, S. 208 ff.
- Kath, Peter / Riechert, Anne* Internet-Vertragsrecht – Fachbuch, Vertragsmuster, Vertragssoftware, Freiburg u.a. 2002
- Kempa, Martin / Mann, Zoltán Ádám* Model Driven Architecture, Informatik-Spektrum 2005, S. 298 ff.
- Kilian, Wolfgang / Heussen, Benno (Hrsg.)* Computerrechts-Handbuch – Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, Loseblattausgabe, 26. Ergänzungslieferung, Stand: Jan. 2008, München 2008
- Klimek, Oliver A.* Zugangsbeschränkungen im Rahmen des Application Service Providing – Typische Klauseln und Inhaltskontrolle, K&R 2002, S. 633 ff.
- Klöhn, Lars* Unbekannte Nutzungsarten nach dem „Zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform, K&R 2008, S. 77 ff.
- Kloepfer, Michael* Informationsrecht, München 2002

- Kloos, Bernhard /
Wagner, Axel-Michael* Vom Eigentum zur Verfügbarkeit – Nutzungsorientierte Geschäftskonzepte im IT-Sektor aus vertragsrechtlicher Sicht, CR 2002, S. 865 ff.
- Knies, Bernhard* Erschöpfung Online? – Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft, GRUR Int. 2002, S. 314 ff.
- Koch, Frank A.* Application Service Providing als neue IT-Leistung – Eine erste Orientierung im Hinblick auf Leistungsbild und anwendbares Vertragsrecht, ITRB 2001, S. 39 ff.
- Koch, Frank A.* Begründung und Grenzen des urheberrechtlichen Schutzes objektorientierter Software, GRUR 2000, S. 191 ff.
- Koch, Frank A.* Computer-Vertragsrecht – Umfassende Erläuterungen, Beispiele und Musterformulare für Erwerb und Nutzung von EDV-Systemen, 6. Auflage, Freiburg/Berlin 2002
- Koch, Frank A.* Grid Computing im Spiegel des Telemedien-, Urheber- und Datenschutzrechts, CR 2006, S. 112 ff.
- Koch, Frank A.* Handbuch Software- und Datenbank-Recht, Berlin/Heidelberg 2003
- Koch, Frank A.* Internet-Recht – Praxishandbuch zu Dienstenutzung, Verträgen, Rechtsschutz und Wettbewerb, Haftung, Arbeitsrecht und Datenschutz im Internet, zu Links, Peer-to-Peer-Netzen und Domain-Recht, mit Musterverträgen, 2. Auflage, München 2005
- Koch, Frank A.* IT-Projekt recht – Vertragliche Gestaltung und Steuerung von IT-Projekten, Best Practices, Haftung der Geschäftsleitung, Berlin/Heidelberg, 2007
- Koch, Frank A.* Kaufrechtliche Vorgaben für Verträge zur Software-Erstellung, ITRB 2002, S. 297 ff.
- Koch, Frank A.* Lizenzrechtliche Grenzen des Handels mit Gebrauchtssoftware, ITRB 2007, S. 140 ff.
- Koch, Frank A.* Macht Parametrisierung Standardsoftware zur „unvertretbaren Sache“?, ITRB 2004, S. 13 ff.
- Koch, Frank A.* Probleme beim Wechsel zur neuen Version 3 der General Public Licence (Teil 1) – Die neuen Regelungen in Version 3 der GPL, ITRB 2007, S. 261 ff.
- Koch, Frank A.* Web Services als neue IT-Vertragsleistung – Definition und vertragstypologische Einordnung von Web Service-Anwendungen, ITRB 2007, S. 71 ff.
- Koch, Frank A.* Weltweit verteiltes Rechnen im Grid Computing – Eine Untersuchung der wesentlichen vertrags- und kollisionsrechtlichen Aspekte, CR 2006, S. 42 ff.
- Köhler, Helmut /
Fritzsche, Jörg* Die Herstellung und Überlassung von Software im bürgerlichen Recht, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Auflage, Köln 1993, Teil XIII, S. 513 ff.

- Köhler, Helmut* Vertragstypenzuordnung oder Sachnähe der Einzelnorm als Entscheidungskriterium?, in: Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Harrer u.a. (Hrsg.), Zürich u.a. 2002, S. 29 ff.
- Köhler-Frost, Wilfried (Hrsg.)* Grundlagen des Application Service Providing – Eine neue Dienstleistung für mittelständische Unternehmen, Berlin 2002
- König, Mark Michael* Das Computerprogramm im Recht – Technische Grundlagen, Urheberrecht und Verwertung, Überlassung und Gewährleistung, Köln 1991
- Kossel, Axel / Kuri, Jürgen* Überall-Software – Vom Web 2.0 zu Windows Live, c't 2006, Heft 6, S. 160 ff.
- Kossmann, Donald / Leymann, Frank* Web Services, Informatik-Spektrum 2004, S. 117 ff.
- Kotthoff, Jost* Softwareerstellungs-Verträge nach der Schuldrechtsmodernisierung, K&R 2002, S. 105 ff.
- Kramer, Ernst A.* Funktion, rechtliche Problematik und Zukunftsperspektiven der Innominatverträge, in: ders. (Hrsg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2. Auflage, Bern u.a. 1992, S. 23 ff.
- Küchler, Peter* Application Service Providing, Application Hosting: Visionen eines neuen Services?, in: Köhler-Frost (Hrsg.), Outsourcing – Eine strategische Allianz besonderen Typs, 4. Auflage, Berlin 2000, S. 146 ff.
- Küchlin, Wolfgang / Weber, Andreas* Einführung in die Informatik – Objektorientiert mit Java, 3. Auflage, Heidelberg 2005
- Küster, Marc Wilhelm* Web-Services – Versprechen und Realität, in: HMD – Praxis der Wirtschaftsinformatik, Heft 234 (Dez. 2003), S. 5 ff.
- Kuri, Jürgen / Vahldiek, Axel* Schöne Aussichten – Chamäleon-Software: Der modulare Baukasten für Betriebssysteme und Anwendungen, c't 2007, Heft 6, S. 118 ff.
- Langenfeld, Gerrit* Vertragsgestaltung, Methode – Verfahren – Vertragstypen, 3. Auflage, München 2004
- Lapp, Thomas* Projektvertrag als Werkvertrag gestalten – Vom rechten Umgang mit dem § 651 BGB n.F., ITRB 2006, S. 166 ff.
- Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm* Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, München 1994
- Larenz, Karl* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin u.a. 1991
- Leenen, Detlef* Typus und Rechtsfindung – Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB, Berlin 1971
- Lehmann, Michael* Das Urhebervertragsrecht der Softwareüberlassung, in: Urhebervertragsrecht: Festgabe für Gerhard Schrickler zum 60. Geburtstag, Beier u.a. (Hrsg.), München 1995, S. 543 ff.

Literaturverzeichnis

- Lehmann, Michael* Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Auflage, Köln 1993, Teil I.A, S. 1 ff.
- Lehmann, Michael (Hrsg.)* Electronic Business in Europa – Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München/Wien 2002
- Lejeune, Mathias* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15.11.2006, XII ZR 120/04, CR 2007, S. 77 ff.
- Lejeune, Mathias* IT-Besonderheiten der Schuldrechtsreform: Ein Praxisüberblick, K&R 2002, S. 441 ff.
- Lenhard, Frank* Vertragstypologie von Softwareüberlassungsverträgen – Neues Urhebervertragsrecht und neues Schuldrecht unter Berücksichtigung der Open Source-Softwareüberlassung, München 2006
- Lesshafft, Karl / Ulmer, Detlef* Urheberrechtliche Schutzwürdigkeit und tatsächliche Schutzfähigkeit von Software, CR 1993, S. 607 ff.
- Ludewig, Jochen / Lichter, Horst* Software Engineering – Grundlagen, Menschen, Prozesse, Techniken, Heidelberg 2007
- Lüerßen, Hartmut* Industrialisierung als Chance für die IT, 03.08.2005, abrufbar unter: <http://www.silicon.de/cpo/analysen/detail.php?nr=22779>
- Lütcke, Jens / Bähr, Martina* Outsourcing-Verträge und Service Level Agreements in der IT-Branche – Gestaltungsvarianten für die Praxis, K&R 2001, S. 82 ff.
- Mankowski, Peter* Werkvertragsrecht – Die Neuerungen durch § 651 BGB und der Abschied vom Werklieferungsvertrag, MDR 2003, S. 854 ff.
- Marly, Jochen* Softwareüberlassungsverträge – Erscheinungsformen, Pflichtverletzungen, Vertragsgestaltung, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Musterverträge, Text-CD-ROM, 4. Auflage, München 2004
- Martinek, Michael* Moderne Vertragstypen, Band I, Leasing und Factoring, München 1991
- Martinek, Michael* Moderne Vertragstypen, Band III, Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen, München 1993
- Mattern, Friedemann* Ubiquitous Computing: Eine Einführung mit Anmerkungen zu den sozialen und rechtlichen Folgen, in: Taeger/Wiebe (Hrsg.), Mobilität, Telematik, Recht, Köln 2005, S. 1 ff.
- Mayer-Schönberger, Viktor* Information und Recht – Vom Datenschutz bis zum Urheberrecht, Wien 2001
- Melzer, Ingo* Service-orientierte Architekturen mit Web Services. Konzepte – Standards – Praxis, 2. Auflage, München 2007
- Metzger, Axel* Der neue § 651 BGB – Primat des Kaufrechts oder restriktive Auslegung?, AcP, Bd. 204 (2004), S. 231 ff.
- Meyer, Oliver / Harland, Hanno* Haftung für softwarebezogene Fehlfunktionen technischer Geräte am Beispiel von Fahrerassistenzsystemen, CR 2007, S. 689 ff.

- Michalski, Lutz / Bösert, Bernd* Vertrags- und schutzrechtliche Behandlung von Computerprogrammen, Stuttgart 1992
- Moritz, Hans-Werner* Anmerkung zum Beschluss des LG München I vom 30.04.2008, 33 O 7340/08, CR 2008, S. 414 ff.
- Moritz, Hans-Werner / Dreier, Thomas (Hrsg.)* Rechts-Handbuch zum E-Commerce, 2. Auflage, Köln 2005
- Möglich, Andreas / Lapp, Thomas* Mitwirkungspflichten des Auftraggebers beim IT-Systemvertrag, CR 2004, S. 801 ff.
- Müller, Ulf / Bohne, Michael* Providerverträge, München 2005
- Müller-Hengstenberg, Claus D.* Die Bedeutung des Kaufrechts für die Computersoftware, NJW 2000, S. 3545 ff.
- Müller-Hengstenberg, Claus D. / Krcmar, Helmut* Mitwirkungspflichten des Auftraggebers bei IT-Projekten, CR 2002, S. 549 ff.
- Müller-Hengstenberg, Claus D. / Kim, Stefan* Vertragscharakter des Application Service Providing-Vertrags, NJW 2007, S. 2370 ff.
- Müller-Hengstenberg, Claus D.* Vertragstypologie der Computersoftwareverträge – Eine kritische Auswertung höchstrichterlicher Rechtsprechung zum alten Schuldrecht für die Beurteilung nach neuem Schuldrecht, CR 2004, S. 161 ff.
- Nicklisch, Fritz* Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? – unter besonderer Berücksichtigung komplexer Langzeitverträge, JZ 1984, S. 757 ff.
- Nicklisch, Fritz* Komplexe Computerverträge und das Konzept des komplexen Langzeitvertrags, in: ders. (Hrsg.), Verträge über Computertechnik in Forschung, Verwaltung, Wirtschaft und Technik – Vertragsgestaltung, Vertragsabwicklung, Qualitätssicherung und Streitbeilegung, Heidelberg 1990, S. 95 ff.
- Nicklisch, Fritz* Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft, NJW 1985, S. 2361 ff.
- Nicklisch, Fritz* Vorteile einer Dogmatik für komplexe Langzeitverträge, in: ders. (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag – Strukturen und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberg 1987, S. 17 ff.
- Niebling, Jürgen* Outsourcing – Rechtsfragen und Vertragsgestaltung, 2. Auflage, Stuttgart u.a. 2002
- Niedermeier, Robert / Damm, Maximilian* Application Service Providing und Datenschutz, RDV 2001, S. 213 ff.
- Nolte, Norbert* Benchmarking in IT-Outsourcing-Verträgen, CR 2004, S. 81 ff.
- Obert, Thomas* Sicherheitsaspekte bei Grid Computing – Definition, Stand der Entwicklung, Fallbeispiele für Grid Security, DuD 2005, S. 154 ff.

- Richter, Jan-Peter /
Haller, Harald /
Schrey, Peter* Serviceorientierte Architektur, Informatik-Spektrum 2005, S. 413 ff.
- Rifkin, Jeremy* Access – Das Verschwinden des Eigentums. Warum wir weniger besitzen und mehr ausgeben werden, Frankfurt a.M. 2000
- Röhrborn, Jens /
Sinhart, Michael* Application Service Providing – juristische Einordnung und Vertragsgestaltung, CR 2001, S. 69 ff.
- Rössel, Markus* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15.11.2006, XII ZR 120/04, ITRB 2007, S. 55 f.
- Roßnagel, Alexander /
Müller, Jürgen* Ubiquitous Computing – neue Herausforderungen für den Datenschutz. Ein Paradigmenwechsel und die von ihm betroffenen normativen Ansätze, CR 2004, S. 625 ff.
- Roth, Birgit* Mitwirkungspflichten in EDV-Projekten, ITRB 2001, S. 194 ff.
- Roth, Birgit* Verträge zur Netznutzung – wichtige Regelungsinhalte, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, Weinheim 1998, S. 57 ff.
- Roth, Herbert* Die Reform des Werkvertragsrechts, JZ 2001, S. 543 ff.
- Schack, Haimo* Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, S. 639 ff.
- Schack, Haimo* Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Auflage, Tübingen 2007
- Schäfer, Fabian* Der virale Effekt – Entwicklungsrisiken im Umfeld von Open Source Software, Karlsruhe 2007
- Schmidl, Michael* Softwareerstellung und § 651 BGB – ein Versöhnungsversuch, MMR 2004, S. 590 ff.
- Schmidt-Futterer* Mietrecht – Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts, Hubert Blank (Hrsg.), 9. Auflage, München 2007
- Schneider, Annette* Verträge über Internet-Access – Typisierung der Basisverträge mit nicht-kommerziellen Anwendern, München 2001
- Schneider, Jochen /
Bischof, Elke* Das neue Recht für Softwareerstellung/ -anpassung, ITRB 2002, S. 273 ff.
- Schneider, Jochen* Handbuch des EDV-Rechts. IT-Vertragsrecht – Rechtsprechung – AGB – Vertragsgestaltung, Datenschutz, Rechtsschutz, 3. Auflage, Köln 2003
- Schneider, Jochen* IT-Vertragsrecht – Ein schuldrechtsmodernisierter Rück- und Überblick zu den Problemen mit den Vertragstypen des BGB, CR 2005, S. 695 ff.
- Schneider, Jochen* Softwareerstellung und Softwareanpassung – Wo bleibt der Dienstvertrag? – Ein Plädoyer für die Einordnung von Verträgen zur Anpassung – Änderung von Software als Dienstvertrag und zugleich Anmerkung zu OLG Karlsruhe v. 16.8.2002 – 1 U 250/01, CR 2003, S. 317 ff.
- Schneider, Jochen /
Graf von Westphalen,
Friedrich (Hrsg.)* Software-Erstellungsverträge, Köln 2006

Literaturverzeichnis

- Schneider, Jochen* Strukturen von Software-Projekten und Mitwirkungspflichten des Auftraggebers, in: Nicklisch (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag – Strukturen und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberg 1987, S. 289 ff.
- Schneider, Jochen* Urheberrechtliche Probleme bei objektorientierten Programmen, in: Büllesbach/Heymann (Hrsg.), Informationsrecht 2000 – Perspektiven für das nächste Jahrzehnt, Köln 2001, S. 143 ff.
- Schoengarth, Anita* Application Service Providing – Vertragsgestaltung und Risiken insbesondere Betriebsausfallschäden, Köln 2005
- Schricker, Gerhard (Hrsg.)* Urheberrecht – Kommentar, 3. Auflage, München 2006
- Schuppert, Stefan / Greissing, Christian* Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen – Wirksamkeit vertraglicher Weitergabebeschränkungen, CR 2005, S. 81 ff.
- Schuster, Fabian* Der Telekommunikationsvertrag (Festnetz, Internet, Mobilfunk) – Eine Betrachtung des Vertragstyps und kritische Würdigung der BGH-Rechtsprechung, CR 2006, S. 444 ff.
- Schweinoch, Martin / Roas, Rudolf* Paradigmenwechsel für Projekte: Vertragstypologie der Neuerstellung von Individualsoftware – Welcher Vertragstyp ist das Softwareprojekt wirklich?, CR 2004, S. 326 ff.
- Sedlmeier, Tobias / Kolk, Daniel* ASP – Eine vertragstypologische Einordnung, MMR 2002, S. 75 ff.
- Seidenfaden, Lutz / Gehrke, Nick / Schumann, Matthias* Peer-to-Peer Grid Computing – eine prototypische Realisierung, in: HMD – Praxis der Wirtschaftsinformatik, Heft 234 (Dez. 2003), S. 98 ff.
- Sester, Peter / Nitschke, Tanja* Software-Agent mit Lizenz zum ...?, CR 2004, S. 548 ff.
- Sieber, Ulrich* Informationsrecht und Recht der Informationstechnik – Die Konstituierung eines Rechtsgebietes in Gegenstand, Grundfragen und Zielen, NJW 1989, S. 2569 ff.
- Söbbing, Thomas* Cloud und Grid Computing: IT-Strategien der Zukunft rechtlich betrachtet, MMR aktuell, Heft 5/2008, S. XII ff.
- Söbbing, Thomas* Das IT-Outsourcing- und Business Process Outsourcing-Vertragswerk – Strukturen und Aufbauhilfen, ITRB 2004, S. 44 ff.
- Söbbing, Thomas* Handbuch IT-Outsourcing – Recht, Strategien, Prozesse, IT, Steuern, samt Business-Process-Outsourcing, 3. Auflage, Heidelberg 2006
- Söbbing, Thomas* IT-Leistungsbeschreibungen: Struktur und vertragstypologische Zuordnung, ITRB 2004, S. 91 ff.
- Söbbing, Thomas / Wöhlermann, Katharina* Rechtliche Fragen im IT-Outsourcing, in: HMD – Praxis der Wirtschaftsinformatik, Heft 245 (Oktober 2005), S. 48 ff.
- Söbbing, Thomas* Rechtsfragen des IT-Outsourcing, in: Köhler-Frost (Hrsg.), Allianzen und Partnerschaften im IT-Outsourcing – Strategische Optionen, pragmatische Lösungen und juristische Überlegungen, Berlin 2002, S. 201 ff.

- Sosnitza, Olaf* Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit „gebrauchter“ Software, K&R 2006, S. 206 ff.
- Spindler, Gerald* Der Handel mit Gebrauchtsoftware – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, CR 2008, S. 69 ff.
- Spindler, Gerald* Die Entwicklung des EDV-Rechts 2006/2007, K&R 2007, S. 345 ff.
- Spindler, Gerald* Haftungs- und vertragsrechtliche Probleme von Web-Services, DuD 2005, S. 139 ff.
- Spindler, Gerald / Klöhn, Lars* Neue Qualifikationsprobleme im E-Commerce – Verträge über die Verschaffung digitalisierter Informationen als Kaufvertrag, Werkvertrag, Verbrauchsgüterkauf?, CR 2003, S. 81 ff.
- Spindler, Gerald (Hrsg.)* Vertragsrecht der Internet-Provider, 2. Auflage, Köln 2004
- Stal, Michael* Aus der Zukunft – Auf dem Weg zu besserer Software, iX 2006, Heft 2, S. 38 ff.
- Stamm, Harald* Vom IT-Outsourcing zum Application Service Providing, in: Köhler-Frost (Hrsg.), Application Service Providing – Die neue Herausforderung für Unternehmen, Berlin 2001, S. 54 ff.
- Staudinger, Julius von* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 90-133; §§ 1-54, 63 BeurkG, Bearbeitung 2004 von Christian Hertel, Joachim Jickeli, Hans-Georg Knothe, Reinhard Singer, Malte Stieper
- Staudinger, Julius von* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 535-562d; HeizkostenV; BetrKV (Mietrecht 1), Bearbeitung 2006 von Volker Emmerich, Christian Rolfs, Birgit Weitemeyer
- Staudinger, Julius von* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Bearbeitung 2005 von Roland Michael Beckmann u.a.
- Stichtenoth, Jonas* Softwareüberlassungsverträge nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, K&R 2003, S. 105 ff.
- Stögmüller, Thomas* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12.12.2000, XI ZR 138/00, CR 2001, S. 183 ff.
- Stoffels, Markus* Schranken der Inhaltskontrolle, JZ 2001, S. 843 ff.
- Strahring, Susanne* Im Zentrum neuer Konzepte: die Änderbarkeit von Software, in: HMD – Praxis der Wirtschaftsinformatik, Heft 231 (Juni 2003), S. 5 ff.
- Strömholm, Stig* Tradition und Innovation im Recht des geistigen Eigentums, in: Schricker/Dreier/Kur (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Baden-Baden 2001, S. 179 ff.
- Struck, Volker* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12.12.2000, XI ZR 138/00, MMR 2001, S. 227 f.
- Sturm, Thorsten / Boger, Marko* Softwareentwicklung auf Basis der Model Driven Architecture, in: HMD – Praxis der Wirtschaftsinformatik, Heft 231 (Juni 2003), S. 38 ff.

Literaturverzeichnis

- Tamm, Michael* Softwarefabriken – Was modellgetriebene Softwareentwicklung für Entwickler bringt, c't 2006, Heft 14, S. 226 ff.
- Taubner, Dirk* Software-Industrialisierung, Informatik-Spektrum 2005, S. 292 ff.
- Teubner, Gunther* Das Recht hybrider Netzwerke, ZHR Bd. 165 (2001), S. 550 ff.
- Thewalt, Stephan* Softwareerstellung als Kaufvertrag mit werkvertraglichem Einschlag – § 651 BGB nach der Schuldrechtsreform, CR 2002, S. 1 ff.
- Ulmer, Detlef* Der Bundesgerichtshof und der moderne Vertragstyp „Softwareüberlassung“, CR 2000, S. 493 ff.
- Ulmer, Detlef* Online-Bezug von Software – Tritt dennoch Erschöpfung ein?, ITRB 2007, S. 68 ff.
- Ulmer, Peter / Brandner, Hans-Erich / Hensen, Horst-Diether* AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305 – 310 BGB und zum Unterlassungsklagengesetz, 10. Auflage, Köln 2006
- Völter, Markus* Im Fokus – Sprachen, Modelle und Fabriken in der Softwareentwicklung, iX 2006, Heft 10, S. 123 ff.
- Wandtke, Artur-Axel* Copyright oder Droit d'auteur im technologischen Zeitalter, in: Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes – Festschrift für Manfred Rehbinder, Becker u.a. (Hrsg.), München, Bern 2002, S. 389 ff.
- Wandtke, Artur-Axel* Copyright und virtueller Markt in der Informationsgesellschaft – oder das Verschwinden des Urhebers im Nebel der Postmoderne?, GRUR 2002, S. 1 ff.
- Wandtke, Artur-Axel / Bullinger, Winfried (Hrsg.)* Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Auflage, München 2006
- Weick, Günter* Die Idee des Leitbildes und die Typisierung im gegenwärtigen Vertragsrecht, NJW 1978, S. 11 ff.
- Wendehorst, Christiane* Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht, AcP, Bd. 206 (2006), S. 205 ff.
- Weitnauer, Wolfgang (Hrsg.)* Beck'sches Formularbuch E-Commerce, München 2003
- Gräfin von Westerholt, Margot / Berger, Konrad* Der Application Service Provider und das neue Schuldrecht – Vertragsrechtliche Fragen zu seiner Stellung zwischen Lieferanten und Kunden, CR 2002, S. 81 ff.
- Westermann, Harm Peter* Der Fortschrittsgedanke im Privatrecht, NJW 1997, S. 1 ff.
- Graf von Westphalen, Friedrich* Der Software-Entwicklungsvertrag – Vertragstyp – Risikobegrenzung, CR 2000, S. 73 ff.
- Wiebe, Andreas* Der „virtuelle Videorekorder“ – Neue Dienste zwischen Privatkopie und Öffentlicher Zugänglichmachung (§ 19a UrhG), CR 2007, S. 28 ff.
- Wimmers, Jörg / Schulz, Carsten* Anmerkung zum Urteil des LG Hamburg vom 29.06.2006, 315 O 343/06, ZUM 2007, S. 162 ff.

Können die durch den rasanten technologischen Fortschritt im Softwarebereich neu auftretenden bzw. sich verschärfenden rechtlichen Probleme unter Beachtung der Systematik der schuldrechtlichen Vorschriften des BGB sowie der Schutzvorschriften des Urheberrechts befriedigend gelöst werden? Bisher wurde versucht, das sich für Software aus seiner Immaterialität einerseits und seiner Eigenschaft als handelbares Gut andererseits ergebende Spannungsverhältnis über die Fokussierung auf das Eigentum am Datenträger zu lösen. Dieser Ansatz erweist sich angesichts der abnehmenden Bedeutung von Trägermedien als fragwürdig. Dank globaler Hochgeschwindigkeitsnetze muss Software immer seltener konventionell auf Datenträgern verkörpert, sondern kann vielmehr digital über das Internet verbreitet werden. Insbesondere die vertragliche Einordnung der Fernnutzung von Software über Datennetze im Rahmen von sog. *Application Service Providing (ASP)*- bzw. *Software as a Service (SaaS)*-Geschäftsmodellen wirft neue rechtliche Fragen auf, die inzwischen auch die Rechtsprechung beschäftigen.

Im Zusammenhang mit den zunehmend körperlosen Verbreitungsformen von Computerprogrammen hat sich in der Praxis zudem ein florierender Handel mit sog. „gebrauchten“ Softwarelizenzen entwickelt, der vor allem Fragen nach der Reichweite des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes aufwirft. In vertragsrechtlicher Hinsicht behandelt die Arbeit auf der Grundlage der Dogmatik sog. atypischer oder moderner Verträge zunächst den „isolierten“ – also ohne sonstige flankierende Leistungen ausgestalteten – Softwarevertrieb sowie in einem Schwerpunkt die beiden komplexen „Leistungskonglomerate“ des Outsourcing und des ASP. Auch die sich abzeichnenden neuen Nutzungsformen von Software im Rahmen von *Webservices* und in *Grid Computing*-Netzen werden kurz und im Sinne eines Ausblicks dargestellt. Die Arbeit ermöglicht damit dem Praktiker einen guten Überblick über die aktuellen rechtlichen Implikationen moderner Formen der Softwarelizenzierung.