

Application Service Providing: Vertragsgestaltung und Konflikt-Management

Während der Markterfolg des Application Service Providing (ASP) als neues IT-Outsourcing-Modell immer mehr zunimmt, steht die Diskussion um seine kautelarjuristische Behandlung noch am Anfang. Der Beitrag zeigt wesentliche rechtliche Gesichtspunkte auf, die für Vertragsgestaltung sowie die Konzeption sachgerechter Konfliktlösungsverfahren im Hinblick auf ASP-Verträge von Bedeutung sind. In Teil I wird das ASP-Geschäftsmodell und die Beteiligten der ASP-Leistungskette einleitend vorgestellt. Es wird deutlich, dass die Realisierung eines ASP-Projekts regelmäßig ein arbeitsteiliges Zusammenwirken mehrerer unterschiedlicher IT-Dienstleister erfordert, bei welchem dem ASP vielfach die Rolle eines Generalunternehmers zukommt. Teil II beleuchtet das Vertragsverhältnis zwischen ASP und ASP-Endkunden. Es ist zu klären, wie ASP vertragstypologisch einzuordnen ist, welche Gewährleistungs- und Haftungsgrundsätze gelten und welche Nutzungsrechte der ASP dem Endkunden einräumen bzw. zur Einräumung welcher Rechte der ASP berechtigt sein muss. Für die Praxis von Bedeutung ist insoweit insbe-

sondere die Frage, ob die Open-Source-Nutzungsbedingungen der Überlassung von Open-Source-Software mittels ASP entgegenstehen.

Teil III behandelt die vertragliche Verknüpfung der Vertragsbeziehungen zwischen ASP, Endkunde und ASP-Subunternehmern. Da der ASP das angebotene Leistungspaket im Regelfall im Zusammenwirken mit mehreren Subunternehmern erbringt, ist neben der technischen auch eine rechtliche Koordination der einzelnen Teilleistungen erforderlich. Die für den ASP durch seine Funktion als Generalunternehmer entstehende Risikoakkumulation kann durch eine vertragliche Weiterreichung von Leistungsstörungenrisiken auf die ASP-Subunternehmer in gewissem Umfang begrenzt werden.

Der abschließende Teil IV behandelt die Frage nach möglichen außergerichtlichen Konfliktlösungsmechanismen sowie ihrer vertraglichen Implementierung und erörtert den Vorschlag der WIPO zu möglichen Streitbeilegungsverfahren für Konflikte innerhalb der ASP-Leistungskette (sog. WIPO-ASPIC Report).

I. Das ASP-Geschäftsmodell

1. Einleitung

Der Begriff Application Service Providing (ASP) bezeichnet ein neues Outsourcing-Modell der IT-Branche, dessen Kern die Fernnutzung von Softwareanwendungen über Telekommunikationsnetze betrifft. Im

Regelfall werden die Softwarefunktionalitäten vom Application Service Provider (ASP) auf der Basis einer Client-Server-Lösung über ein IP-Netz für eine gemeinsame Nutzung durch mehrere Anwender (one-to-many-Modell) oder individuell für einzelne Nutzer (one-to-one-Modell) bereitgestellt.¹ Als zusätzliche Leistung übernimmt der ASP regelmäßig Softwarepflege, Customizing, Updates und Kundensupport.

Die Auslagerung der Software auf einen ASP hat für den Kunden gegenüber der üblichen unternehmensinternen Softwarenutzung zwei wesentliche Vorteile. Zum einen wird durch die Fernnutzung der Software der Betrieb einer eigenen EDV-Abteilung weitgehend entbehrlich.² Zum anderen werden durch die Leistungsbereitstellung »on demand« Tarifierungsmodelle möglich, welche den Nutzungspreis von der Häufigkeit oder Intensität der Nutzung abhängig machen. Im Vergleich zum Betrieb eigener Datenverarbeitungssysteme wird daher mit Kosteneinsparungen von 20–50 Prozent gerechnet.³

Der ASP-Markt hat mittlerweile den Embryonalzustand überwunden und bietet ein breites Angebotspektrum. Nach einer Studie des Marktforschers OVUM (sog. OVUM-Report)⁴ lassen sich drei Kategorien von ASP-Anwendungen unterscheiden:⁵

Die auf ASP-Basis derzeit am häufigsten angebotenen Anwendungen betreffen Softwareapplikationen, die

* Dr. Torsten Bettinger, LL.M. ist Rechtsanwalt in München und Mitglied der WIPO-ASPIC Expert Group; er war an der Verfassung der WIPO-ASPIC Dispute Avoidance and Resolution Best Practices and Guidelines for the Application Service Provider Industry beteiligt; Dr. Michael Scheffelt ist Rechtsanwalt in München. Die Verfasser danken Herrn Hyder Arif Ali vom WIPO Arbitration and Mediation Center für seine Unterstützung.

1) Bei Client-Server-Anwendungen bleibt die Software-Anwendung physikalisch auf dem Server des ASP. Lediglich die Benutzeroberfläche (Bildschirmmaske) des Programms wird in den Rechner des Clients (= ASP-Endkunde) geladen.
2) Da die Software physikalisch auf dem Server des ASP bleibt, genügt zur Nutzung der Softwareapplikationen auf den sog. Thin Clients unter Umständen eine bloße Workstation.
3) Vgl. Spotlight Report »Trends in Outsourcing«, Cherry-Tree&Co, Juli 2001, <http://www.cherrytreeco.com>; dem ASP wird ein jährliches Wachstum von 120% und für das Jahr 2004 ein Weltumsatz von 44 Mrd. US \$ vorausgesagt; weiterführende Links zum ASP-Geschäftsmodell s. <http://www.bettinger.de>.
4) OVUM-report (Ring/Hope/Leston: Ovum Application Service Providers – Opportunities and Risks, 2000), S. 43 ff.
5) OVUM-Report, S. 43 ff.

im Regelfall weder Systemintegration noch Customizing beim Endkunden erfordern und im »one-to-many«-Modell mit einer breiten Kundenbasis angeboten werden können (sog. »lightweight applications«). Das ASP-Leistungsangebot erschöpft sich in diesem Softwaresegment im Wesentlichen in der Einräumung der Online-Nutzung sowie der Erhaltung der Gebrauchsfähigkeit des Anwenderprogramms, Instandhaltung des Servers sowie der Durchführung von Upgrades und Updates.⁶

Ebenfalls erhebliches Potential zur Anwendung im ASP-Dienstleistungsmodell bietet der Bereich sog. »middleweight applications«. Im Unterschied zu den »lightweight applications« erfordern diese zwar in gewissem Umfang Systemintegration und Customizing, sind jedoch ebenfalls für ein »one-to-many«-Modell grundsätzlich geeignet. Die Kundenbasis ist gegenüber den »lightweight applications« im Regelfall geringer.⁷ Gewisse Bedenken hinsichtlich ihrer ASP-Tauglichkeit werden teilweise für den Bereich sog. »heavyweight applications« vorgebracht.⁸ Diese zeichnen sich dadurch aus, dass sie an die individuellen Bedürfnisse einzelner Unternehmen mit großem Integrations- und Customizing-Aufwand angepasst werden müssen und im Regelfall den Zugriff auf individuelle Unternehmensdaten erfordern. Aufgrund des hohen Anpassungsbedarfs sind »heavy weight« Anwendungen für die Nutzung im Rahmen des one-to-many-Modell nur beschränkt geeignet. Gleichwohl wird gerade dieses Softwaresegment im ASP-Kontext derzeit am häufigsten diskutiert.⁹

2. Die Beteiligten der ASP-Supply Chain

Das breite Leistungsspektrum des ASP führt dazu, dass der ASP das als eigene Leistung zugesagte und vermarktete ASP-Leistungspaket häufig nicht selbst, sondern arbeitsteilig im Zusammenwirken mit mehreren Kooperationspartnern erbringt. Der ASP übernimmt dann die Rolle eines Generalunternehmers, der gegenüber dem ASP-Endkunden für die Erbringung der Gesamtleistung einsteht, sich aber zur Erfüllung seiner Leistungspflichten der Einschaltung von Subunternehmern bedient.

Je nach Gestaltung des ASP-Geschäftsmodells kommen die folgenden IT-Dienstleister als mögliche Beteiligte einer ASP Supply Chain in Betracht:¹⁰

- *Independent Software Vendor (ISV)*: Sofern der ASP die angebotene Software-Anwendungen nicht selbst erstellt, muss er diese von einem ISV beschaffen und sich die notwendigen Nutzungsrechte einräumen lassen. Auf den ISV übertragen werden können ggf. Pflege- und Wartungsverpflichtungen sowie erforderliches Customizing.
- *Network Service Provider (NSP)*: Im Regelfall ebenfalls nicht vom ASP, sondern von einem sog. NSP betrieben werden die zur Übermittlung der Daten erforderlichen Telekommunikationsnetze. Traditionell handelt es sich bei den Netzbetreibern um Telefongesellschaften, teilweise werden Netzwerke jedoch auch von Internet Service Providern (ISP) be-

trieben. Die Datenübertragung erfolgt üblicherweise über das Internet oder sog. virtual private networks (VPN).

- *Application Infrastructure Provider (AIP)*: Insbesondere bei großen kapitalintensiven EDV-Anlagen (Data Centers) kann es vorkommen, dass die EDV-Infrastruktur nicht vom ASP, sondern von spezialisierten Application Infrastructure Providern aufgebaut und an den ASP vermietet wird. Es ist dann die Aufgabe des AIP als Subunternehmer, diese EDV-Anlagen gebrauchstauglich zu halten.
- *Back Office Provider*: Gegebenenfalls an spezialisierte Back Office Unternehmen übertragen werden können weitere Teilleistungen wie Monitoring, Billing und oder »Help-Desk« Funktionen.
- *Systems Integrator*: Für den Fall, dass umfangreiche Systemintegration und Customizing erforderlich sind, kann der ASP diese Leistungen auf einen sog. System Integrator übertragen.

Wie die Leistungskette im Einzelnen gestaltet wird, bleibt dem ASP selbst überlassen. Jede der genannten Teilleistungen kann vom ASP selbst erbracht werden, oder aber auf Subunternehmer übertragen werden, sofern gesichert ist, dass die Summe der einzelnen Vertragsleistungen zur Erfüllung des versprochenen gesamten ASP-Leistungspakets führt.

II. Rechtliche Aspekte des ASP im Endkundenverhältnis

1. Vertragstypologische Einordnung

a) ASP als Typenkombinationsvertrag

Unabhängig davon, ob die Einzelleistungen vom ASP selbst erbracht oder auf Subunternehmer übertragen werden, beinhaltet ein ASP-Angebot – wie einleitend beschrieben – immer ein ganzes »Leistungsbündel«.¹¹ Im Synallagma mit der Vergütungspflicht des Kunden steht zunächst die Gewährung der Online-Nutzung und die Erhaltung der Software als vertragliche Primärleistungen. Darin enthalten sind die Bereitstellung der erforderlichen Netzinfrastruktur sowie entsprechender Serverkapazitäten. Ebenfalls zum vertragstypischen Kern eines ASP-Vertrages zählen die Erhaltung der Gebrauchsfähigkeit der Software sowie Maßnahmen der Datenspeicherung und Datensicherung. Darüber hinaus wird als Nebenleistung regelmäßig der Bezug von

6) Anwendungsbeispiele sind Standard Office Programme wie Lotus Notes, Star Office oder Microsoft Office.

7) Anwendungsbeispiele sind etwa Personal- und Finanzbuchhaltungssysteme, Supply-Chain-Management, E-Business und Data-Warehouseanwendungen.

8) Siehe OVUM-Report (*Ring/Hopel/Leston*): Ovum Application Service Providers – Opportunities and Risks, 2000), S. 51.

9) Typische Beispiele von »heavy weight«-Anwendungen sind etwa Enterprise Resource Planning Applications (ERP); vgl. OVUM-Report (*Ring/Hopel/Leston*): Ovum Application Service Providers – Opportunities and Risks, 2000), S. 51.

10) Vgl. OVUM-Report (*Ring/Hopel/Leston*): Ovum Application Service Providers – Opportunities and Risks, 2000), S. 51.

11) Vgl. dazu bereits Koch, ITRB, 2001, 39.

Updates und Upgrades vereinbart. Insbesondere im Bereich der genannten »middleweight« und »heavyweight« Anwendungen können Systemintegration und Customizing sowie Hotline-/Help-Desk-Services und sonstige Beratungsleistungen als weitere Nebenleistungen oder Hauptleistung hinzukommen.

Aufgrund der unterschiedlichen Leistungsversprechen scheidet eine pauschale vertragstypologische Einordnung aus. Vielmehr ist wie häufig bei der Kombination verschiedener Teilleistungen im Softwarebereich von einem Typenkombinationsvertrag auszugehen und anhand der konkret vereinbarten Vertragspflichten eine Einordnung in verschiedene Vertragstypen vorzunehmen (z.B. Mietvertrag, Dienstvertrag und Werkvertrag.)¹² Dies führt bei Leistungsstörungen dazu, dass nicht notwendigerweise auf das Recht der Hauptleistung abzustellen, sondern das Recht sämtlicher beteiligter Vertragstypen zu berücksichtigen ist.

b) ASP als »komplexer Langzeitvertrag«

Da der ASP-Vertrag meist für eine längere Zeit geschlossen wird, besitzt er zusätzlich Züge eines Dauer-

schuldverhältnisses mit der Folge, dass zwischen den Vertragsparteien im Vergleich zu einmaligen Austauschverhältnissen gesteigerte Vertrauens- und Abhängigkeitsverhältnisse entstehen.¹³ Im Hinblick auf seinen technischen Gegenstand, seinen Langzeitcharakter sowie die zur Vertragserfüllung häufig mehr oder minder intensive Kooperation mehrerer Vertragspartner weist die ASP-Vertragssituation typische Strukturmerkmale eines sog. »komplexen Langzeitvertrages« auf.¹⁴ Folge dieser Vertragstrukturen ist es, dass es sich bei ASP-Verträgen auch rechtlich um äußerst komplexe Verträge handelt, mit deren Realisierung erheblich mehr Risiken verbunden sind als mit klassischen Austauschverträgen.¹⁵ Wie andere »komplexe Langzeitverträge« etwa im Bereich des Anlagebaus in der Bauindustrie oder der gemeinschaftlichen Softwareherstellung erfordern daher ASP-Verträge eine rechtliche Koordination der einzelnen Vertragsbeziehungen und ein differenziertes System der Risikoverteilung. Die weitere Folge der besonderen Vertragssituation ist eine besondere Störanfälligkeit der Verträge und die Gefahr von Konflikten zwischen den einzelnen ASP-Beteiligten.¹⁶ Dem entspricht ein gesteigertes Bedürfnis der Beteiligten nach außervertraglichen Konfliktlösungsregeln.

c) Online-Nutzung als Miete

Als typische Leistung eines ASP steht die Gewährung der Online-Nutzung der Software im Mittelpunkt der vertraglichen Pflichten. Die Diskussion um ihre typologische Einordnung steht erst am Anfang.¹⁷ Da der ASP im Regelfall die Nutzung einer Sache – nämlich des Servers und des Datennetzes sowie eines Immaterialgutes, der Software, schuldet, liegt eine Klassifizierung als Mietvertrag nahe.¹⁸ Zwar überlässt der ASP dem ASP-Endkunden gerade nicht dauerhaft die Online-Nutzung, sondern stellt ihm erst dann Leitungsnetz, Rechenkapazitäten und Software zur Verfügung, wenn der Kunde diese von seinem Rechner aus aktiviert. Die dauerhafte Nutzung einer bestimmten Sache, die an sich für das Mietrecht charakteristisch ist, ist damit nur für die Zeitspanne der Online-Sitzung, nicht aber für die gesamte Vertragsdauer gewährleistet. Allerdings unterfallen dem Mietrecht auch solche Verträge, die nicht auf die Besitzverschaffung, sondern nur auf die sporadische Nutzung einer Sache gerichtet sind, so dass auch der Zugang zu einem Server und einer dort vorgehaltenen Software vom Leitbild des Mietvertrages erfasst werden kann.¹⁹ So hat der XII. Zivilsenat des BGH einen Rechenzentrumsvertrag, in welcher dem Kunden Rechenkapazitäten eines Rechenzentrums zur Verfügung standen, die er über eine Datenfernübertragungsleitung Datex-P nutzen konnte, als Mietvertrag qualifiziert.²⁰ Mit vergleichbaren Argumenten sind Accessproviderverträge, durch die der Zugang zu einem Server oder einer Schnittstelle im Internet gewährt wird, als Mietverträge qualifiziert worden.²¹

Der Einordnung als Miete steht weiterhin nicht entgegen, dass zumindest bei der Nutzung über das Internet die Software zeitgleich von mehreren Endkunden benutzt werden kann, denn die Anwendung des Miet-

12) So auch Koch, ITRB 2001, 39 (40); Grützmacher, ITRB 2001, 59.

13) Zur Einordnung als Dauerschuldverhältnis vgl. auch Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69.

14) Nach Nicklisch, NJW 1985, 2361 (2363), sind »komplexe Langzeitverträge« insbesondere dadurch gekennzeichnet, dass sie zu ihrer Realisierung regelmäßig der langfristigen Kooperation mehrerer Beteiligter (Kooperationscharakter, Langzeitcharakter) bedürfen und zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht alle Einzelheiten der zu erbringenden Leistungen vertraglich festgelegt werden können (Rahmencharakter); als Prototyp »komplexer Langzeitverträge« gelten allgemein Verträge im Bereich von Bau- und Anlagenprojekten oder Verträge über die Erstellung von Individualsoftware, die allesamt die Erstellungsphase von Werken betreffen; hierin liegt der wesentliche Unterschied zum ASP-Vertrag, der nicht die Erstellung eines Werkes, sondern dessen Betrieb betrifft und daher keinen »Rahmencharakter« in dem beschriebenen Sinne aufweist; dies sollte m.E. der Kategorisierung als »komplexer Langzeitvertrag« jedoch nicht entgegenstehen und insbesondere nicht davon abhalten, zu prüfen, inwieweit die dort entwickelten Vertragskonzepte und Konfliktlösungsregeln für ASP-Verträge fruchtbar gemacht werden können; vgl. hierzu die Ausführungen unter III. und IV.

15) Grundlegend zu »komplexen Langzeitverträgen« Nicklisch, NJW 1985, 2361 (2363).

16) Eingehend zu den Strukturmerkmalen »komplexer Langzeitverträge« sowie möglichen vertraglichen Mechanismen der Konfliktbewältigung Nicklisch, Vorteile einer Dogmatik für komplexe Langzeitverträge, in Nicklisch (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag, S. 17–28; Nicklisch, NJW 1985, 2361 (2363); zur Bedeutung des Konzepts der »komplexen Langzeitverträge« im Bereich der EDV s.a. Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, D Rz. 59; näher zur Problematik der Risikoabstimmung und vertraglicher Konfliktbewältigungsverfahren s. unten III.

17) Ein Leitfadens mit den wichtigsten Regelungspunkten für ASP Service Level Agreements ist abrufbar unter <http://www.asp-konsortium.de>; zur Vertragsgestaltung bei ASP siehe auch Koch, ITRB 2001, 39; Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69.

18) In diesem Sinne auch Koch, ITRB 2001, 39 (40 f.); Lütcke/Bähr, K&R 2001, 84; Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69 (71).

19) Spindler in Spindler, Vertragsrecht der Internetprovider, Teil IV, S. 248.

20) BGH NJW-RR 1993, 178.

21) Moritz in Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrechtshandbuch, Kap. 43, Rz. 36 f.; Komarnicki in Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, 12 Rz. 35; Spindler in Spindler, Vertragsrecht der Internetprovider, Teil IV, S. 248, der jedoch das reine Access-Providing als Dienstvertrag qualifiziert.

rechts setzt nicht voraus, dass dem Mieter ein ausschließlicher Gebrauch an der Mietsache verschafft wird.²² Auch kann offen bleiben, ob es sich bei den Ergebnissen der Softwarenutzung um Früchte i.S.d. § 99 Abs. 1 und 2 BGB handelt und deshalb pachtrechtliche Vorschriften zur Anwendung kommen, da diese für den hier maßgeblichen Bereich nur auf das Mietrecht verweisen (§ 581 Abs. 2 BGB).²³

2. Haftung und Gewährleistung

Aus der Einordnung der Online-Softwareüberlassung als Miete ergeben sich unmittelbar der Umfang der gesetzlichen Gewährleistung und Haftung. Als Vermieter ist der ASP verpflichtet, die Software während der gesamten Vertragslaufzeit in dem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten (§ 536 BGB). Diese Erhaltungspflicht umfasst, ohne dass es einer gesonderten Pflegevereinbarung bedarf, auch die Pflicht zur Erhaltung der Gebrauchstauglichkeit der Software sowie der Instandsetzung und Instandhaltung der Hardware.

Diese Pflichten sind formularvertraglich auch im Wege der Leistungsbeschreibung nicht ohne weiteres einschränkbar. Ist entsprechend der mietvertraglichen Einordnung von einer zeitlich uneingeschränkten Nutzbarkeit des Servers auszugehen, so stellen klauselmäßige Zugangsbeschränkungen eine der Inhaltskontrolle nach §§ 9–11 AGBG unterliegende Modifikation des grundsätzlich umfassenden Nutzungsanspruchs dar. Dies ist im Schrifttum²⁴ für Access-Provider- und Webhosting-Verträge sowie Mobilfunkdienstleistungen anerkannt und vom *BGH*²⁵ in Bezug auf eine zeitweilige Beschränkung des Zugangs für den Online-Service einer Bank jüngst bestätigt worden. Um nicht für jede kurzzeitige Unterbrechung der IP-Verbindung gewährleistungspflichtig zu werden und sicherzustellen, dass Wartungsarbeiten und technische Verbesserungen durchgeführt werden können, ohne für eine hieraus resultierende Leistungsunterbrechung gewährleistungspflichtig zu sein, empfiehlt sich wie bei Hosting-Verträgen die Vereinbarung von Wartungsfenstern mit gestaffelten Minderungen des Mietzinses und ggf. Vertragsstrafen für geplante und ungeplante sog. »Down-Zeiten«.

Bei Auftreten von Mängeln hat der ASP-Endkunde einen aus §§ 535, 536 BGB folgenden Erfüllungsanspruch auf Mängelbeseitigung. Es handelt sich hierbei um eine über die gesamte Vertragszeit bestehende Hauptleistungspflicht des ASP. Sofern ein Mangel der vermieteten Sache deren Tauglichkeit zu dem vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert, ist der ASP-Endkunde gemäß § 537 BGB für die Zeit, während der die Tauglichkeit aufgehoben oder gemindert ist, ganz oder teilweise von seiner Pflicht zu Mietzinszahlung befreit. Der Mietzins mindert sich kraft Gesetzes entsprechend dem Grad der Nutzungsbeschränkung, ohne dass sich der Mieter des ASP-Endkunden hierauf ausdrücklich berufen muss.

Mängel der Software, die schon bei Vertragsschluss bestanden, begründen eine Schadensersatzpflicht des ASP, ohne dass es hier auf ein Vertretenmüssen an-

kommt (§ 538 BGB). Für nach Vertragsschluss auftretende Mängel haftet er nur, wenn er diese zu vertreten hat. Allerdings hat er sich das Verschulden all derjenigen ASP-Beteiligten zurechnen zu lassen, die mit seinem Willen in den Erfüllungsvorgang eingeschaltet wurden. Hierzu zählen einerseits die Vertragspartner der ASP-Supply Chain, aber auch nicht dem unmittelbaren Kreis der ASP-Beteiligten zugehörige Netzwerkbetreiber, sofern diese vertraglich mit dem ASP verbunden sind.

Die Vertragsparteien können Haftung und Gewährleistung abweichend vom Gesetz gestalten. Eine individualvertragliche Gewährleistungsbeschränkung begegnet in den Grenzen von Treu und Glauben grundsätzlich keinen Bedenken. Bei formularvertraglichen Gewährleistungsbestimmungen ist der Ausschluss jeglicher Gewährleistung sowohl im nicht kaufmännischen als auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr unzulässig. Das Gleiche gilt für wesentliche Einschränkungen des Minderungsrechts nach § 537 Abs. 1 S. 1 BGB sowie die Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 11 Nr. 7 AGBG und § 9 AGBG).²⁶ Formularvertraglich ausgeschlossen werden kann demgegenüber der verschuldensunabhängige Schadensersatzanspruch gem. § 538 BGB, da dieser nach allgemeiner Ansicht nicht zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung i.S.v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG zählt.

Auf Seiten des Mieters zählt zur Einhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs gem. § 549 Abs. 1 BGB, dass dieser nicht ohne Erlaubnis des Vermieters den Gebrauch der gemieteten Software Dritten überlässt. Die Einräumung der Nutzungsmöglichkeit der Softwareapplikationen an Dritte durch den ASP-Endkunden ist daher unzulässig.

3. Die Gewährung der Online-Nutzung von Software als Telekommunikationsdienstleistung

Werden Telekommunikationsleitungen vom ASP selbst oder von Dritten in Subunternehmensform betrieben, stellt sich bei der Gestaltung des ASP-Endkundenvertrags die Frage, ob der ASP im Rahmen seiner Tätigkeit Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet und daher die Haftungsprivilegien des § 7 TKV zur Anwendung kommen. Telekommunikati-

22) So bereits *Koch* ITRB 2001, 39 (40).

23) Vgl. *Koch* ITRB 2001, 39 (41); *Röhrborn/Sinhardt*, CR 2001, 71; *Alpert*, CR 2000, 345 (349).

24) *Komarnicki* in Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12 Rz. 42 ff.; eingehend zur Abgrenzung kontrollfähiger und nicht kontrollfähiger Leistungsbeschreibung, *Fuchs* in Spindler, Vertragsrecht der Telekommunikations-Anbieter, Teil IV Rz. 114 f., 128; *Spindler* in Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV Rz. 87; *Bräutigam* in Schwarz, Recht im Internet, Bd. 2 Teil 16-2.1., S. 8 f.; *Imping*, CR 1999, 425 (429).

25) *BGH* CR 2001, 181 m. Anm. *Stögmüller* = <http://www.bettinger.de/datenbank/aktuelles.html>.

26) Von Pflichten, die für die Vertragsdurchführung von wesentlicher Bedeutung sind (»Kardinalpflichten«), kann sich der Verwender selbst für leichte Fahrlässigkeit weder gegenüber Privatleuten noch gegenüber Unternehmern freizeichnen, *BGHZ* 71, 226 (228); *BGH* NJW-RR 1998, 1426 (1429).

onsdienstleistungen in diesem Sinne sind das gewerbliche Angebot von Telekommunikation (§ 3 Ziff. 18 TKG), worunter wiederum der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeder Art verstanden wird (§ 3 Ziff. 16). Der Begriff der »Nachricht« ist im TKG nicht definiert. Nach überwiegender Ansicht ist der Begriff weit zu verstehen und schließt die Übermittlung im Rahmen der Online-Softwarenutzung übermittelter Daten ein, mit der Folge, dass die ASP-Übermittlungsvorgänge grundsätzlich dem Begriff der Telekommunikationsdienstleistung unterfallen.

Die Einordnung der ASP-Übermittlungsvorgänge als Telekommunikationsdienstleistung hat zur Folge, dass sie der Haftungsprivilegierung des § 7 TKV unterfallen. Nach § 7 TKV ist für Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit die Haftung für Vermögensschäden auf 25.000 DM je Nutzer begrenzt, es sei denn, der Anbieter handelte vorsätzlich (§ 7 Abs. 2 S. 7 TKV), ausgenommen sind lediglich vorsätzlich begangene Schädigungen. Darüber hinaus kann im Einzelfall selbst diese Haftungsbegrenzung weiter herabgesetzt sein, wenn die Gesamtsumme der Haftungsansprüche der Geschädigten für ein schadensersatzverursachendes Ereignis die Grenze von 20 Mio. DM übersteigt.

Die Haftungsbeschränkung gilt allerdings nicht gegenüber Nutzern, die ihrerseits Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit erbringen, und umfasst nur die Schäden, die spezifisch die Übermittlungsvorgänge betreffen. Die Haftung für alle anderen Leistungen des ASP, also insbesondere die Überlassung und Erhaltung einer funktionsfähigen Software, werden von § 7 TKV nicht erfasst. Eine Klausel, die als Haftungsbeschränkung für Telekommunikationsdienstleistungen die Regelung des § 7 Abs. 2 TKV aufnimmt, muss daher sorgfältig die einzelnen Teilleistungen voneinander unterscheiden. Ansonsten läuft der ASP Gefahr, dass die Klausel zwar in Teilbereichen § 7 TKV entspricht, ansonsten aber auf Grund der Inhaltskontrolle nach §§ 11 Nr. 7, 9 AGBG insgesamt unzulässig ist.²⁷

4. Lizenzrechtliche Aspekte der Online-Softwarenutzung

Eine sachgerechte lizenzvertragliche Regelung setzt voraus, dass zunächst Klarheit darüber besteht, welche urheberrechtlichen Verwertungsrechte von den im

Rahmen der Vertragserfüllung notwendigen Nutzungshandlungen betroffen sind. Hieraus ergibt sich, welche Nutzungsrechte der ASP sich im Vertrag mit dem Hersteller einräumen lassen muss und welche er dem ASP-Endkunden zum vertragsgemäßen Gebrauch der Software gewähren muss.

a) Nutzungshandlungen des ASP-Endkunden

aa) Vervielfältigung auf dem Rechner des ASP-Endkunden

Das Laden einer Software in den Arbeitsspeicher eines Rechners ist nach mehrheitlicher vertretener Meinung eine »Vervielfältigung« i.S.d. § 69c Abs. 1 Nr. 1 UrhG.²⁸

Bei Verwendung der Client-Server-Technologie lädt sich der ASP-Endkunde nur eine Benutzeroberfläche auf seinen eigenen Rechner,²⁹ während der eigentliche Programmablauf auf dem Server des ASP erfolgt. Eine Vervielfältigungshandlung der Software findet danach weder auf der Festplatte noch im Arbeitsspeicher der ASP-Endkunden statt, so dass es insoweit einer Einräumung des Vervielfältigungsrechts nicht bedarf.³⁰

Ob die Übertragung der Benutzeroberfläche auf den Rechner des Endkunden die Einräumung eines Vervielfältigungsrechts erfordert, hängt davon ab, ob diese als solche urheberrechtlichen Schutz genießt. Urheberschutz als Computerprogramm würde voraussetzen, dass der zugrunde liegende Programmcode seinerseits die Voraussetzungen für einen urheberrechtlichen Schutz als Computerprogramm erfüllt, was regelmäßig dann der Fall sein wird, wenn dieser für den Programmablauf von nicht untergeordneter Bedeutung ist und die Befehlsstruktur selbst die erforderliche Schöpfungshöhe aufweist.³¹ Daneben kommt, sofern ein Gestaltungsspielraum für individuelles Schaffen besteht, Schutz als wissenschaftlich-technische Darstellung (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG) oder als Werk der bildenden Kunst (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG) in Betracht. Für den Entwurf einer lizenzrechtlichen Regelung ist eine Prüfung der Schutzfähigkeit der Benutzeroberfläche regelmäßig nicht erforderlich, denn selbst wenn es an einer ausdrücklichen Regelung der Rechtseinräumung an der urheberrechtlich geschützten Benutzeroberfläche fehlt, enthält der Mietvertrag jedenfalls konkludent die Einräumung eines Nutzungsrechts in dem für den vertragsgemäßen Gebrauch der Software erforderlichen Umfang (§ 31 Abs. 5 UrhG).

Anders stellen sich die urheberrechtlichen Verwertungshandlungen dar, wenn statt der üblicherweise verwendeten Client-Server-Technologie bei der Online-Nutzung von Softwareapplikationen Internet-Browser zum Einsatz kommen und statt bloßer Bildschirmmasken sog. Java Applets auf den Rechner des ASP-Endkunden übertragen werden.³² Es handelt sich dabei um aus Steuerbefehlen bestehende Computer-Programme, die den urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen eines Computerprogramms i.S.d. § 69a UrhG im Regelfall genügen. Da diese auf dem Rechner des ASP-Endkunden vervielfältigt werden, bedarf der ASP-Endkunde daher in diesem Fall der Einräumung des Vervielfältigungsrechts.

27) So für Providerverträge ausdrücklich *Spindler*, CR 1999, 626 (627).

28) Siehe hierzu *Schricker/Loewenheim*, UrhR, 2. Aufl. 1999, § 96c Rz. 9 f. m. Nachw.; *Grützmaker*, ITRB 2001, 59 (60) m.w.N.; *Alpert*, CR 2000, 345 (346) m.w.N. in Fn. 7.

29) Siehe oben FN 1.

30) Vgl. *Grützmaker*, ITRB 2001, 59 (60); *Alpert*, CR 2000, 345 (346), der allerdings von der unrichtigen technischen Prämisse ausgeht, dass das Computerprogramm vollständig, wenn auch nur temporär, in den Arbeitsspeicher des ASP-Endkunden geladen wird.

31) Siehe jüngst die Entscheidung des *OLG Hamburg* CR 2001, 434 (435); a.A. *OLG Karlsruhe GRUR* 1994, 724.

32) Vgl. *Grützmaker*, ITRB 2001, 59 (60).

bb) ASP-Endkunde als »Handelnder«

Geht man davon aus, dass auf dem Rechner des ASP-Endkunden unmittelbar keine Vervielfältigung stattfindet, schließt sich die Frage an, ob diesem Vervielfältigungshandlungen des ASP möglicherweise als mittelbarer Verursacher derselben zugerechnet werden können. Eine Vervielfältigungshandlung im urheberrechtlichen Sinne stellt nach mehrheitlicher Ansicht das Laden des Computerprogramms in den Arbeitsspeicher des Servers des ASP dar.³³ Diese wäre dem ASP-Endkunden als Handelnder i.S.d. § 97, 69c Nr. 1 UrhG zumindest dann zuzurechnen sein, wenn der Programmablauf im Arbeitsspeicher des Servers des ASP unmittelbar auf Grund der Programmbefehle des ASP-Endkunden in Gang kommt, die dieser über die Bildschirmmaske abgesendet hat. Dies dürfte allerdings der Ausnahmefall sein, da normalerweise die Anwendungen schon im Arbeitsspeicher des ASP bereitgehalten werden.³⁴ Wenn die vom ASP-Endkunden genutzten Anwendungen bereits im Arbeitsspeicher des ASP laufen und die Vervielfältigung im Arbeitsspeicher nicht unmittelbar vom ASP-Endkunden ausgelöst werden, bedarf dieser der Einräumung des Vervielfältigungsrechts nicht.

cc) Bloßer Programmablauf

Auf die Frage, ob das Laden in den Arbeitsspeicher des Servers des ASP unmittelbar auf Grund der Eingaben des ASP-Endkunden ausgelöst wird, käme es dann nicht an, wenn schon in der bloßen Benutzung eines Computerprogramms eine Vervielfältigung zu sehen wäre. Der *BGH* hat die Frage bislang offen gelassen.³⁵ In der Literatur wird die Frage überwiegend verneint, da der Urheberrechtsinhaber seine Interessen dadurch wahrnehmen kann, dass er gegen die bei der herkömmlichen Softwarenutzung notwendige Speicherung im Arbeitsspeicher vorgehen kann und eine darüber hinausgehende Schutzbedürftigkeit durch Anerkennung einer neuen Verwertungsform nicht ersichtlich ist.³⁶ Dies könnte bei der Online-Nutzung von Software anders sein, sofern der ASP-Endkunde im Hinblick auf die technische Ausgestaltung der Online-Softwarenutzung nicht als Vervielfältiger in Betracht kommt. Es könnte dann nämlich die Gefahr bestehen, dass der Urheber nicht gegen eine rechtswidrige Verwertung seines Werkes durch die ASP-Endkunden vorgehen kann. Tatsächlich ist eine solche Gefahr jedoch nicht gegeben, denn der ASP-Endkunde ist zur Online-Nutzung der Software auf die Dienste des ASP angewiesen. Da dieser die Zustimmung des Urhebers zur Gewährung der Online-Nutzung benötigt,³⁷ kann der Urheber gegen den ASP vorgehen und schon hierdurch eine rechtswidrige Verwertung der Software durch die ASP-Endkunden verhindern. Auch bei der Online-Nutzung von Software ist daher der bloße Programmablauf keine zustimmungsbedürftige Vervielfältigungshandlung.

dd) Zwischenergebnis

Der Einräumung eines Vervielfältigungsrechts bedarf es nur dann, wenn die bei dem Einsatz der Client-Server-Technologie übertragenen Bildschirmmasken selbst urheberrechtsschutzfähig i.S.d. § 2 Abs. 1 UrhG

sind oder bei der Nutzung von Internetbrowsern sog. Java Applets auf den Rechner des ASP-Endkunden übertragen werden. Bei der lizenzrechtlichen Gestaltung ist eine entsprechende Differenzierung nicht erforderlich, da nach der Zweckübertragungsregel (§ 31 Abs. 5 UrhG) sich in Ermangelung einer konkreten Bezeichnung die Nutzungsrechtseinräumung im Zweifel auf alle zur Erreichung des Vertragszwecks erforderlichen Befugnisse erstreckt. Eine Lizenzregelung, mit der dem ASP-Endkunden die zur *Online-Nutzung der Software notwendigen Vervielfältigungsrechte* eingeräumt werden, dürfte daher im Verhältnis zwischen ASP und ASP-Endkunden zur Einräumung der erforderlichen Nutzungsrechte genügen.

b) Verwertungshandlungen des ASP*aa) Vervielfältigungsrecht*

Die Gebrauchseinräumung der Software durch den ASP führt unstrittig zu einem Laden der Software in den Arbeitsspeicher. Dies stellt nach überwiegender Ansicht im Schrifttum eine Vervielfältigung i.S.d. § 69c Nr. 1a dar.³⁸ Sofern der ASP nicht Hersteller der von ihm angebotenen Softwareapplikationen ist, muss er sich somit das Recht der Vervielfältigung einräumen lassen.

bb) Vermietrecht

Die schuldrechtliche Einordnung der Online-Nutzung von Software als Mietbedeutet nicht notwendigerweise, dass es auch lizenzrechtlich der Einräumung des Vermietrechts i.S.d. § 69c Nr. 3 UrhG bedarf. Vermietung im urheberrechtlichen Sinne ist gem. § 17 Abs. 3 UrhG die zeitlich begrenzte zumindest mittelbar Erwerbszwecken dienende Gebrauchsüberlassung. Als Teil des Verbreitungsrechts fordert der urheberrechtliche Vermietbegriff des § 69c Nr. 3 UrhG die körperliche Überlassung des Werks.³⁹ Daran fehlt es aber bei der Online-Nutzung, so dass schon deshalb keine Vermietung im urheberrechtlichen Sinn vorliegt. Die schuldrechtliche Einordnung der Online-Softwarenutzung und ihre Einordnung als urheberrechtliche Verwertungshandlung sind daher strikt zu trennen.

33) Siehe hierzu Schrickler/Loewenheim, UrhR, 2. Aufl. 1999, § 96c Rz. 9 f. m. Nachw.; Grützmaker, ITRB 2001, 59 (60) m.w.N.; Alpert, CR 2000, 345 (346) m.w.N. in Fn. 7.

34) Vgl. Grützmaker, ITRB 2001, 59 (60).

35) *BGH* NJW 1991, 1231 (1234); NJW 1994, 1216; für das *LG Mannheim* ist dagegen das reine Ablaufenlassen eines Programms keine urheberrechtsrelevante Vervielfältigung, *LG Mannheim* NJW CoR 1999, 54 (Ls.); kritisch zu diesem Urteil Moritz, MMR 2001, 94 (97); a.A. Moritz/Tybussek, Computersoftware, 2. Aufl. 1992, Rz. 233 f.; Rupp, GRUR 1986, 147; Becker/Horn, DB 1985, 1274 (1278).

36) So die h.M.: Schrickler/Loewenheim, UrhR, 2. Aufl. 1999, § 69c Rz. 10 m.w.N.; Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rz. 164; i.E. auch Alpert, CR 2000, 345 (346) m.w.N.

37) Vgl. dazu unten 3.b).

38) Siehe hierzu Schrickler/Loewenheim, UrhR, 2. Aufl. 1999, § 96c Rz. 9 f. m. Nachw.; Grützmaker, ITRB 2001, 59 (60) m.w.N.; Alpert, CR 2000, 345 (346) m.w.N. in Fn. 7.

39) Zutreffend Schrickler/Loewenheim, UrhR, 2. Aufl. 1999, § 17 Rz. 4 f.; Grützmaker, ITRB 2001, 59 (60); Alpert, CR 2000, 345 (347) m.w.N.; a.A. Koch, ITRB 2001, 39 (40, 41).

cc) *Recht der öffentlichen Wiedergabe*

Soweit bei dem üblichen one-to-many-Geschäftsmodell eine Softwareapplikation auf einem Server für mehrere Endkunden bereitgehalten werden, stellt sich die Frage, ob sich der ASP neben dem Vervielfältigungsrecht auch das Recht der öffentlichen Wiedergabe gem. § 15 Abs. 2 UrhG einräumen lassen muss.

Nach der Legaldefinition des § 15 Abs. 3 UrhG ist Wiedergabe eines Werkes dann öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Personen bestimmt ist und der intendierte Personenkreis gleichzeitig erreicht wird oder erreicht werden soll. Letzteres wird bei der Online-Nutzung von Software im Rahmen eines ASP-Projektes kaum vorkommen und dann auch schwer zu beweisen sein.⁴⁰ Allerdings ist de lege lata zur Vermeidung von Schutzlücken in entsprechender Anwendung des Art. 15 Abs. 2 UrhG ein unbenanntes Recht des Urhebers anerkannt, das eine strenge Gleichzeitigkeit der Wahrnehmung nicht voraussetzt und insbesondere die Online-Nutzung erfasst. In Kürze wird in Umsetzung von Art. 8 WCT sowie Art. 3 der Urheberrechtsrichtlinie⁴¹ in § 20 UrhG ein eigenes (Online-)Übermittlungsrecht eingefügt werden, das explizit die Bereitstellung eines Werkes zum Abruf durch die Öffentlichkeit als zustimmungsbedürftige Verwertungshandlung erfasst. Die Gewährung der Online-Nutzung von Software an mehrere Nutzer stellt insoweit eine (derzeit noch) unbenannte öffentliche Wiedergabe i.S.d. § 15 Abs. 3 UrhG dar und fällt unter das geplante Online-Übermittlungsrecht. Der ASP muss sich, wenn er die Softwareanwendungen nicht individuell für jeden Kunden auf einem eigenen Server bereithält, sondern diese von einem Server aus von mehreren Kunden gemeinsam genutzt werden, das Recht der öffentlichen Wiedergabe einräumen lassen.⁴²

dd) *ASP als eigenständige und unbekannte Nutzungsart*

Insbesondere bei älteren Softwarelizenzen wird die Frage aufkommen, ob diese auch ohne ausdrückliche Erwähnung das Recht zur Nutzung im Rahmen eines ASP-Projektes umfassen, und wenn ja, ob diese auf Grund der Unbekanntheit der Online-Nutzung von Software gem. § 31 Abs. 4 UrhG unwirksam sind. Sind die Nutzungsrechte vertraglich nicht konkret benannt

und ist der Vertragszweck nicht spezifiziert, werden die zur Nutzung im Rahmen eines ASP-Projektes erforderlichen Nutzungsrechte bei Anwendung der Zweckübertragungslehre (§ 31 Abs. 5 UrhG) von der Lizenz regelmäßig nicht erfasst sein. Aber selbst bei weit reichenden und umfassenden Rechteerläuterungen, bei deren nachträglicher Betrachtung davon ausgegangen werden kann, dass die erforderlichen Rechte zur Nutzung der Software im Rahmen eines ASP-Projektes vom Wortlaut der Verträge erfasst sind, kann die Rechteerläuterung gem. § 31 Abs. 4 UrhG unwirksam sein, wenn es sich bei der Online-Softwareanwendung um eine eigenständige, zum Zeitpunkt des Abschlusses des Lizenzvertrags noch unbekannte Nutzungsart handelt.

Von einer eigenständigen Nutzungsart i.S.d. § 31 Abs. 4 UrhG ist immer dann auszugehen, wenn eine nach der Verkehrsauffassung hinreichend klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch eigenständige Nutzungsform des Werkes vorliegt.⁴³ In diesem Sinne als eigenständige Nutzungsart angesehen wurden wegen der dadurch geschaffenen neuen Einnahmequellen für die Verwerter die neuen On-Demand-Dienste wie das Video on Demand,⁴⁴ Pay-per-View⁴⁵ oder Music-on-Demand,⁴⁶ aber auch die Online-Nutzung von Werken im Internet auf Grund der dadurch intensiveren Nutzungsmöglichkeiten und weiterer Nutzerkreise.⁴⁷

Als eine solche eigenständige Nutzungsart wird man auch die Online-Softwareanwendung mittels eines ASP ansehen müssen, denn diese stellt in technischer Hinsicht eine grundlegend neue Form der Softwareanwendung dar und ist auch aus Sicht der Nutzer eine wirtschaftlich separate Nutzungsform mit neuen Möglichkeiten der Preisgestaltung, Dienstleistungsangeboten und zusätzlichen Vermarktungsmöglichkeiten.⁴⁸

Fraglich kann allerdings sein, ob die Online-Nutzung von Software auch gegenüber der teilweise ebenfalls als eigenständige Nutzungsart eingestuftem Mehrplatznutzung von Software in Mehrplatzcomputeranlagen eine neue Nutzungsart darstellt.⁴⁹ So könnte argumentiert werden, dass, falls der Softwarehersteller die Anzahl der Nutzer, die von entfernt gelegenen Arbeitsplätzen auf eine zentral auf einem Server gespeicherte Software zugreifen dürfen, beschränkt habe, es keine Rolle spielen dürfe, wenn der Zugriff nicht firmenintern über das Intranet, sondern extern über das Internet erfolge. In technischer Hinsicht dürfte es tatsächlich keinen relevanten Unterschied, ob eine Software über das Intranet oder das Internet genutzt wird. Der Unterschied in wirtschaftlicher Hinsicht ist allerdings erheblich. Die Mehrplatznutzung von Software erspart es, auf jedem einzelnen Arbeitsplatz die erforderliche Software zu installieren. Dies hat primär Vorteile bei deren Pflege und Wartung, führt jedoch nur in beschränktem Maße dazu, dass die Software vermehrt genutzt wird. Im Gegensatz dazu wird durch das ASP-Modell die Software für zusätzliche und potentiell unbeschränkte Nutzerkreise interessant, welche die Software nunmehr on-demand in Kombination mit weiteren IT-Dienstleistungen nutzen können.⁵⁰ Im Ergebnis dürfte die Online-Nutzung von Software im Rahmen des ASP daher auch gegenüber der Softwareanwendung in Mehrplatzsystemen als

40) Schrickler/*Ungern-Sternberg*, UrhR, 2. Aufl. 1999, § 15 Rz. 24.; ebenso *LG München* MMR 2001, 431 – AOL.

41) Vgl. Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, KOM 9512/00 v.14.9.2000.

42) Im Ergebnis so auch *Grützmaker*, ITRB 2001, 59 (61).

43) Schrickler/*Schricker*, UrhR, 2. Aufl. 1999, § 28 Rz. 52.

44) *Ernst*, GRUR 1997, 592 (596).

45) *Reber*, GRUR 1998, 796.

46) *Wandtke/O. Schäfer*, GRUR Int. 2000, 187 (187–197).

47) Schrickler/*Schricker*, UrhR, 2. Aufl. 1999, § 31/32 Rz. 30; *Reber*, GRUR 1998, 797; *W. Nordemann/Schierholz*, AfP 1998, 365 (366); *Schack*, JZ 1998, 759 m.w.N.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2. Aufl., S. 252; a.A. *Katzenberger*, AfP 1998, 479 (479–485, 484).

48) In diesem Sinne auch *Grützmaker*, ITRB 2001, 59 (62 f.).

49) Diesen Aspekt hebt zu Recht *Grützmaker*, ITRB 2001, 59 (62), hervor.

50) Zu den Vorteilen des ASP siehe oben I.

neue Nutzungsart einzustufen sein, die frühestens seit Mitte der 90er Jahre in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung als bekannt vorausgesetzt werden kann.

c) Open-Source-Software und ASP

Im Hinblick auf den steigenden Markterfolg von Open-Source Software stellt sich die Frage, ob deren Lizenzbestimmungen die Nutzung im Rahmen des ASP erlaubt. Open-Source-Software beruht auf dem Grundgedanken der freien Nutzbarkeit von Software und der Zurverfügungstellung des zugehörigen Objekt- und Quellcodes.⁵¹ Jeder Interessent soll die unter eine Open Source Software Lizenz gestellte Software benutzen, kopieren, modifizieren oder verbreiten dürfen, sofern er die in der Lizenz gestellten Verpflichtungen zur Kostenfreiheit der Weiterverbreitung der Codeänderungen an der Open-Source-Software und zum kostenlosen Verfügbarmachen oder -halten des Quellformates einhält.⁵²

Entscheidend dafür, ob Open Source Software im Rahmen des ASP genutzt werden kann, ist, ob die der Lizenzvereinbarung mit dem ISV im Einzelnen zugrunde liegenden Open-Source-Lizenzmodelle⁵³ die für ASP erforderlichen Rechte vorsehen. Dies wird hinsichtlich der am meist diskutierten GNU General Public Licence (GPL) in der Literatur⁵⁴ mit dem Hinweis bestritten, ASP erfordere die Einräumung des Vermietrechts, was von der GPL nicht vorgesehen sei. Dem kann aus zwei Gründen nicht gefolgt werden. Zum einen setzt die Online-Nutzung von Software im Rahmen des ASP wie oben ausgeführt⁵⁵ die Übertragung des Vermietrechts gerade nicht voraus, da es sich beim Vermietrecht um ein Teilelement des Verbreitungsrechts handelt und dieses sich nur auf körperliche Werkstücke bezieht. Zum anderen dürfte unter Zugrundelegung der insoweit allein relevanten US-amerikanischen Rechtsauffassung der GPL das Vermietrecht von dem in Nr. 1 der GPL eingeräumten »distribution right« entgegen der im Schrifttum geäußerten Ansicht umfasst sein. Das Gleiche gilt für das Vervielfältigungsrecht sowie das bei gemeinsamer Nutzung der ASP-Anwendung durch mehrere Anwender erforderliche Online-Übertragungsrecht, das vor Umsetzung der WCT-Verträge im Digital Millennium Copyright Act als eigenständiges Verwertungsrecht nicht positivrechtlich geregelt war und ebenfalls dem »distribution right« unterfiel.

Unzulässig nach der GPL ist es demgegenüber, die Einräumung der im Rahmen des ASP erforderlichen Nutzungsrechte von der Zahlung von Lizenzgebühren abhängig zu machen.⁵⁶ Dies ist bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen.⁵⁷ Erfolgt die Lizenzeinräumung unentgeltlich und wird die vom ASP-Endkunden zu entrichtende Vergütung lediglich für die vom ASP erbrachten Zusatzleistungen gefordert, steht die Einräumung von Nutzungsrechten an Open-Source-Software für ASP mit den derzeit geltenden Bestimmungen der GPL im Einklang. Um dem Erfordernis der Quellcodeüberlassung zu entsprechen, genügt gem. § 3 (b) der GPL ein drei Jahre gültiges Angebot des ASP, jedem Dritten eine vollständige maschinenlesbare Kopie des

Quellcodes zur Verfügung zu stellen. Ferner muss der ASP gem. § 1 S. 2 der GPL allen Empfängern der GPL-Software eine Lizenz zukommen lassen.

Sind die genannten und sonstigen Voraussetzungen der GPL erfüllt, ist daher davon auszugehen, dass grundsätzlich auch Open-Source-Software mittels ASP überlassen werden kann. Unwirksam, weil gegen § 31 Abs. 4 UrhG verstoßend, sind lediglich diejenigen Rechtseinräumungen, die vor Bekanntwerden des ASP als neue Nutzungsart vereinbart wurden. Geht man mit der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass ASP frühestens seit Mitte der 90er Jahre in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung als bekannt vorgesetzt werden kann, darf daher Software, die vor diesem Zeitraum unter die GPL gestellt worden ist, nicht im Rahmen des ASP genutzt werden. Dies gilt insbesondere für das bereits 1991 unter die GPL gestellte Betriebssystem GNU/Linux.⁵⁸

III. Die Verknüpfung der Vertragsbeziehungen zwischen ASP, Endkunde und ASP-Subunternehmern

Die Analyse der ASP-Vertragsituation und seine Charakterisierung als komplexer Langzeitvertrag hat gezeigt, dass die erfolgreiche Durchführung eines ASP-Projektes häufig ein mehr oder minder intensives arbeitsteiliges Zusammenwirken mit mehreren Subunternehmern voraussetzt. Dies führt zwar nicht notwendigerweise zu einer rechtsförmig ausgestalteten Kooperation zwischen ASP und ASP-Subunternehmern, macht aber neben der Abstimmung der technischen Teilleistungen zumindest eine rechtliche Koordination der einzelnen Vertragsbeziehungen der ASP-Supply Chain erforderlich.

- 51) Allgemein zu Open Source Software *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, S. 839 ff. sowie *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, München 2001; *Sester*, CR 2000, 797.
- 52) Der Text der GPL ist von der Free Software Foundation zu beziehen: <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.txt> (Stand: April 2001).
- 53) Hierzu gehören neben der relativ bekannten GNU General Public License (GPL) eine Vielzahl weiterer Lizenzen wie etwa die Apple Public Source License, die Artistic License, die IBM Public License u.a.m.; zu einem umfassenden Überblick s. *Koch*, CR 2000, 273 (274).
- 54) *Koch*, ITRB 2001, 41 mit dem Hinweis, Open Source Software könne nicht mittels ASP überlassen werden, sondern nur in dienstvertraglicher Funktionserfüllung durch den Anbieter genutzt werden; zur Frage, ob die GPL das Vermietrecht einräumt s. *Koch*, CR 2000, 333 (336).
- 55) Siehe oben II.4.b)bb).
- 56) Wohl deshalb behauptet *Koch*, ITRB 2001, 39 (41), Open-Source-Software könne nicht mit dem ASP-Geschäftsmodell genutzt werden. Nicht recht klar ist die von *Koch* an dieser Stelle ebenfalls gemachte Aussage, dass die Software »wohl aber durch den Anbieter in dienstvertraglicher Funktionserfüllung genutzt werden kann«.
- 57) Dagegen trägt die Möglichkeit der Online-Nutzung von Software fraglos zur rascheren Verbreitung der Software bei und deckt sich daher mit den Intentionen der GPL. Zu den Intentionen von Open-Source-Software, siehe nur *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839 (840).
- 58) Relevanter Zeitpunkt für die Feststellung der Bekanntheit ist nach Sinn und Zweck des § 31 Abs. 4 UrhG nicht der Abschluss der Lizenzvereinbarung, sondern der Zeitpunkt, zu dem die Software unter die Open-Source-Lizenz gestellt wurde; vgl. hierzu demnächst *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, München 2001.

Unverzichtbar ist eine Abstimmung der Vertragsverhältnisse zunächst im Hinblick auf den Leistungsgegenstand, denn nur wenn die den ASP-Subunternehmern übertragenen Teilleistungen den Anforderungen des Vertrages zwischen ASP und Endkunde entsprechen, ist gewährleistet, dass der ASP mit Hilfe der Subunternehmer seine Pflichten gegenüber dem Endkunden erfüllen kann und der Endkunde die vertraglich versprochene Leistung erhält.⁵⁹

Aus Sicht des ASP ebenso bedeutsam ist die Harmonisierung von Endkunden- und Subunternehmervertrag im Hinblick auf die Haftungsregeln. Da der ASP als Generalunternehmer einerseits die Wünsche des Kunden zu berücksichtigen hat und diesem gegenüber die Gewährleistung und technischen Garantien für das ASP-Angebot trägt, andererseits seine Verpflichtungen nur im Zusammenwirken mit weiteren Partnern erfüllen kann, befindet er sich in einer Art »Mehr-Fronten-Stellung«⁶⁰ und muss darauf bedacht sein, durch Abstimmung der Haftungsregelungen sein Haftungsrisiko gegenüber dem Endkunden zu begrenzen.

Die Haftungsverhältnisse in der ASP Supply Chain entsprechen im Grundsatz denjenigen anderer Leistungsbündelungsfälle und Vertragsketten, etwa bei der Einschaltung von Subunternehmern bei Bau- und Anlagenprojekten oder bei der arbeitsteiligen Softwareerstellung, die freilich anders als ASP nicht die Betriebsphase, sondern die Phase der Werkerstellung betref-

fen.⁶¹ Wenn – wie teilweise bei den oben beschriebenen »lightweight« oder »middleweight« ASP-Anwendungen – die ASP-Partner (z.B. NSP) nicht wissen, dass sie im Rahmen eines ASP-Projekts als Subunternehmer eingesetzt werden, so entstehen im Fall von Leistungsstörungen Haftungsansprüche nur innerhalb der vertraglichen Beziehungen zwischen ASP und Endkunde sowie zwischen ASP und den Subunternehmern. Kommt es innerhalb der Vertragskette Endkunde – ASP – Subunternehmer an irgendeiner Stelle zu einer Vertragsstörung, kann sich jeder nur an seinen Vertragspartner halten (lineare Abwicklung inter partes). Der vom Endkunden in Anspruch genommene ASP muss sich das Verschulden seines Subunternehmers gem. § 278 BGB zurechnen lassen, d.h. so weit sich der ASP zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung weiterer Beteiligter der ASP-Supply Chain bedient, hat er dafür auch gegenüber dem Endkunden einzustehen. Nichts anderes gilt wenn der Subunternehmer weiß, dass seine Leistungsanteile für ein ASP-Projekt benötigt werden. Da der ASP auch in diesem Fall die Leistungen als eigene verspricht, wird seine Haftung gegenüber dem Endkunden gebündelt. Wird er vom Endkunden in Anspruch genommen, muss er beim Subunternehmer Regress nehmen und im Falle eines Rechtsstreits mit dem Endkunden seine Regressansprüche gegen den Subunternehmer ggf. dadurch sichern, dass er ihm den Streit verkündet.⁶² Dem ASP-Endkunden kann unter Umständen über die Figur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ein direkter vertraglicher Zugriff auf den mangelhaft leistenden Subunternehmer eröffnet werden, sofern der ASP mit dem Subunternehmer die Aufnahme einer entsprechenden Klausel in den Untervertrag verhandelt. Zu erwägen ist ferner, das Haftungsrisiko durch Vereinbarung entsprechender Vertragsstrafen zu senken.⁶³

Die durch die Haftungsbündelung für den ASP entstehende Risikoakkumulation kann in gewissem Umfang dadurch eingegrenzt werden, dass die Haftungsregeln der Verträge zwischen ASP und Subunternehmer und zwischen ASP und Endkunde angeglichen werden und sichergestellt wird, dass die Haftung des ASP nicht weiter reicht als seine Rückgriffsmöglichkeiten gegenüber den ASP-Subunternehmern.⁶⁴ Zu denken ist etwa an die Vereinbarung sog. »flow-up« und »flow-down« Klauseln wie sie von *Nicklisch* für komplexe Langzeitverträge im Bereich der Bauindustrie und im Anlagenbau vorgeschlagen wurden. Diese bestimmen, dass die Subunternehmer gegenüber dem Generalunternehmer die gleiche Verantwortlichkeit und Pflichtenlage trifft, wie den Generalunternehmer gegenüber dem Auftraggeber (flow-up) bzw. dass der Subunternehmer die gleichen Rechte geltend machen kann wie dieser gegenüber dem Auftraggeber (flow-down).⁶⁵

Zu berücksichtigen ist freilich, dass eine zu weitgehende »Weiterreichung« von Leistungsstörungsrisiken auf den Subunternehmer am AGBG scheitern kann.⁶⁶ So hat das OLG München⁶⁷ eine in AGB enthaltene Vertragsklausel beanstandet, nach welcher der Generalunternehmer die Abnahme des Subunternehmerwerkes an die Abnahme des Hauptwerkes und die Verjährung

59) Die Verknüpfung der Verträge erfolgt im Regelfall in der Weise, dass der Subunternehmervertrag einen Verweis auf konkrete Regelungsteile oder Teile des Leistungsverzeichnisses des Endkundenvertrags enthält.

60) Die Situation des ASP als Generalunternehmer ist insoweit vergleichbar mit der Generalunternehmerschaft bei Bau- und Anlagenprojekten, s. dazu *Hager*, Die Verflechtung von Verträgen: Planung und Risikoverteilung bei Großprojekten, in *Weyers* (Hrsg.), Die Verflechtung von Verträgen: Planung und Risikoverteilung bei Großprojekten, S. 68 ff. sowie *Nicklisch*, NJW 1985, 2361 (2363).

61) Zum Verhältnis von Generalunternehmer und Subunternehmer bei der Baukooperation vgl. *Rohe*, Netzverträge, S. 364 ff.; *Hager*, Die Verflechtung von Verträgen: Planung und Risikoverteilung bei Großprojekten, in *Weyers* (Hrsg.), Die Verflechtung von Verträgen: Planung und Risikoverteilung bei Großprojekten, S. 85 ff.; zur arbeitsteiligen Softwareerstellung s. *OLG Hamm CR* 1995, 20.

62) Die Rechtslage unterscheidet sich insoweit nicht wesentlich von den Haftungsverhältnissen bei der arbeitsteiligen Softwareerstellung durch Einschaltung von Subunternehmern, s. *OLG Hamm CR* 1995, 20, sowie den Haftungsverhältnissen zwischen General- und Subunternehmer im Bereich des Anlagenbaus; s. dazu sowie zu anderen Leistungsbündelungsfällen und Vertragsketten *Rohe*, Netzverträge, S. 365 ff.

63) *Hager*, Die Verflechtung von Verträgen: Planung und Risikoverteilung bei Großprojekten, in *Weyers* (Hrsg.), Die Verflechtung von Verträgen: Planung und Risikoverteilung bei Großprojekten, S. 85.

64) Vgl. *Nicklisch*, Verknüpfte Verträge und verknüpfte Streitbeilegung bei Großprojekten, in *Nicklisch* (Hrsg.), Netzwerke komplexer Langzeitverträge, S. 5, 7 Fn. 5.

65) *Nicklisch*, Verknüpfte Verträge und verknüpfte Streitbeilegung bei Großprojekten, in *Nicklisch* (Hrsg.), Netzwerke komplexer Langzeitverträge, S. 5, 7 Fn. 5.

66) Zur Problematik bei Generalunternehmerverträgen s. *Hager*, Die Verflechtung von Verträgen: Planung und Risikoverteilung bei Großprojekten, in *Weyers* (Hrsg.), Die Verflechtung von Verträgen: Planung und Risikoverteilung bei Großprojekten, S. 71.

67) *OLG München BB* 1984, 1386.

seiner Ansprüche gegen den Subunternehmer an die Verjährung der Ansprüche des Bauherrn gegen ihn geknüpft hat, da dies den Subunternehmer einem unbestimmbar zeitlichen Risiko aussetzen würde.

Ob und in welchem Umfang es neben der beschriebenen Harmonisierung des Leistungsgegenstands und der Haftungsregeln weiter gehender vertraglicher Verknüpfungen zwischen den Einzelverträgen bedarf, wie dies etwa unter dem Stichwort des »Vertragsnetzes« für sog. komplexe Langzeitverträge diskutiert wird,⁶⁸ hängt vom Vertragswillen und der spezifischen Form des Zusammenwirkens der Beteiligten innerhalb der ASP-Supply Chain ab. In der überwiegenden Zahl der ASP-Projekte wird der Vertragswille bei ASP-Projekten auf separate Einzelverträge gerichtet sein und es engerer vertraglicher Verknüpfungen nicht bedürfen. In Ausnahmefällen sind freilich auch stärkere rechtliche Verbindungen denkbar bis hin zur rechtsförmig verankerten Kooperation in Gestalt eines Konsortialvertrages.⁶⁹

IV. Außergerichtliche Konfliktlösungsverfahren als Methode zur Streiterledigung in der ASP-Supply Chain

1. Alternative Dispute Resolution (ADR) v. staatliche Gerichtsbarkeit

Auch die professionellste Vertragsgestaltung kann Konflikte zwischen den ASP-Beteiligten nicht ausschließen. Der Anlass möglicher Streitigkeiten innerhalb der ASP-Supply Chain ist vielfältig. Im Vertragsverhältnis zwischen ASP und Endkunde kann u.a. Streit entstehen über die Einhaltung vereinbarter Service-Levels, Software-Funktionalitäten oder Fragen der Datensicherheit. Zwischen ASP und AIP oder NSP kann es zu Streit über versprochene Bandbreiten, Support oder Konnektivität, im Vertragsverhältnis ASP und ISV zu Konflikten wegen Softwaremängeln oder Support-Verpflichtungen kommen.

Aufgrund des engen Funktionszusammenhangs innerhalb der ASP-Supply Chain bleiben Störungen in einem Vertragsverhältnis im Regelfall nicht auf die Vertragsparteien begrenzt, sondern können sich auch auf die Vertragsbeziehungen anderer ASP-Beteiligter (ASP, Endkunde, ASP-Subunternehmer) auswirken und führen zu einer Haftungsbündelung beim ASP. Das erhöhte Haftungsrisiko wird für den ASP auf Grund des »one-to-many«-Geschäftsmodell weiter akkumuliert, denn ein einziges technisches Problem, das zu einer Leistungsstörung führt, kann eine Vielzahl von Gewährleistungs- oder Schadensersatzansprüchen auslösen.

Sofern keine vertraglichen Abreden außergerichtlicher Konfliktbewältigung zwischen den Parteien getroffen wurde, ist die Prozessführung vor staatlichen Gerichten die übliche Methode für die Lösung derartiger vertraglicher Streitigkeiten. Eine Reihe von Unzulänglich-

keiten haben allerdings die Attraktivität der gerichtlichen Konfliktlösung vermindert und dazu geführt, dass die Vertragpraxis bei Streitigkeiten im Technologiebereich vermehrt auf »Alternative Streitbeilegungsformen« (Alternative Dispute Resolution) und schiedsgerichtliche Verfahren zurückgreift. Abgesehen von der häufig langen Dauer der Verfahren vor staatlichen Gerichten werden die Beziehungen zwischen den Streitparteien in einem staatlichen Gerichtsverfahren oft derart strapaziert, dass sie nach Abschluss des Prozesses nicht fortsetzungsfähig sind. Gerade bei langfristigen, auf Kooperation angelegten Projekten ist eine gerichtliche Konfliktaustragung daher vielfach destruktiv. Darüber hinaus fehlt gerade im Bereich der Informations- und Computertechnologie den Gerichten oftmals die erforderliche Sachkenntnis. Der Ausschlag für eine Entscheidung zugunsten einer außergerichtlichen Streitbeilegung gibt aber häufig die bessere Durchsetzbarkeit⁷⁰ sowie die Möglichkeit, den Personenkreis, der vom Verfahren Kenntnis erlangt, verlässlich zu beschränken.⁷¹

Um den Problemen der Prozessführung vor staatlichen Gerichten zu entkommen, sind insbesondere bei »komplexen Langzeitverträgen« kautelarjuristisch eine Reihe verschiedener Streitbeilegungsmechanismen entwickelt worden. Kennzeichnend für die Verfahren ist es, dass sie zunächst nicht konfrontativ, sondern auf Konsens ausgerichtet sind, und i.d.R. als Vorstufe eines schiedsgerichtlichen Verfahrens mehrere obligatorische Versuche einvernehmlicher Konfliktlösung vorsehen.

So wird in den in der Praxis vereinbarten Konfliktlösungsmechanismen häufig bestimmt, dass aufgetretene Streitigkeiten zunächst intern innerhalb eines festgesetzten Zeitraums auf der Ebene der involvierten Sachbearbeiter gelöst werden sollen und der Konflikt anschließend, wenn eine Lösung nicht gefunden wird, auf die nächsthöhere Stufe der Unternehmenshierarchie zu

68) Grundlegend zu den dogmatischen Strukturen vertraglicher Netzwerke *Rohe*, Netzverträge, Tübingen 1998 sowie *Lange*, Das Recht der Netzwerke: Moderne Formen der Zusammenarbeit in Produktion und Vertrieb, Heidelberg 1998; *Nicklisch (Hrsg.)*, Netzwerke komplexer Langzeitverträge und verknüpfte Streitbeilegung bei Großprojekten, München 2000.

69) Zu denken ist etwa an Formen des Innen- oder Außenkonsortiums wie sie im Anlagenbau verwandt werden; vgl. hierzu *Nicklisch*, NJW 1985, 2361 (2364 ff.).

70) Die internationale Vollstreckung von Schiedssprüchen ist durch Staatsverträge, insbesondere das United Nations Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (UNÜ) abgesichert. Die Erfahrung zeigt zudem, dass die Parteien in Schiedsverfahren i.d.R. bereit sind, ihre Verpflichtungen aus Schiedssprüchen freiwillig zu erfüllen; vgl. dazu *Böckstiegel*, RIW 1979, 161 (165).

71) Im Gegensatz zu den Verhandlungen vor den staatlichen Gerichten, die grundsätzlich öffentlich sind (§ 169 GVG), lässt sich der Personenkreis, der von einem Konfliktfall Kenntnis erhält, begrenzen, denn Alternative Streitbeilegungsverfahren und Verhandlungen vor den Schiedsgerichten sind grundsätzlich nur »parteioffentlich«. Zu einem Zeitpunkt, in dem sich das ASP-Geschäftsmodell noch weitgehend im Embryonalzustand befindet und sich auf dem IT-Markt erst durchsetzen muss, bestehen in der ASP-Industrie berechtigte Bedenken gegen öffentlich ausgetragene Rechtsstreitigkeiten; zu den Vor- und Nachteilen des Schiedsgerichtsverfahrens s. *Lachmann*, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, S. 14 m.w.N.

verschieben ist. Erst wenn klar ist, dass die Parteien untereinander den Konflikt nicht lösen können, werden Dritte zur Vermittlung herangezogen und im Wege eines Schlichtungsverfahrens versucht, den Streitfall mit Hilfe eines neutralen Dritten durch einen Vergleich oder Kompromiss beizulegen. Nur wenn auch dieses Bemühen um eine einvernehmliche Einigung scheitert, erfolgt der Übergang ins kontradiktorische Verfahren durch Anrufung des zur verbindlichen Entscheidung berufenen Schiedsgerichts.

72) Das ASP Industry Consortium ist eine im Mai 1999 von 25 führenden Technologieunternehmen gegründete internationale Interessengruppe, deren Aufgabe es ist, das ASP-Geschäftsmodell zu fördern.

73) Die WIPO-ASPIC Arbeitsgruppe schlägt folgende Musterklausel vor:

1) If a Dispute should arise, no later than [...] days following the transmission of notice in writing by one party to the other party, [identify name of person] of [first contracting party, as defined] and [identify name of person] of [second contracting party, as defined], or their respective successors in the positions they now hold (the *Relationship Managers*), shall meet at a mutually agreed place, or otherwise communicate, in an effort to resolve the Dispute. Any subsequent meetings or communications shall be agreed by the Relationship Managers in light of their first meeting and taking into consideration the circumstances underlying the Dispute.

2) If the Dispute has not been resolved within [...] days of their first meeting or communication to resolve the Dispute, the Relationship Managers shall refer the Dispute immediately to senior executives, who shall have the authority to settle the Dispute (the *Senior Executives*). Upon such referral, the Relationship Managers shall promptly prepare and exchange memoranda (i) stating the issues in dispute and their respective positions; (ii) summarizing the negotiations that have taken place and (iii) attaching relevant documents. The Senior Executives shall meet for negotiations as soon as practicable and, in any event, within [...] days of the first meeting between the Relationship Managers, at a mutually agreed time and place.

74) Die Richtlinien schlagen folgende Musterklausel vor:

Mediation:

If the Dispute has not been resolved within [...] days of the meeting of the Senior Executives, except if the parties agree to extend such period, they shall endeavor to settle the dispute by mediation in accordance with the WIPO Mediation Rules (the *Mediation*). The place of mediation shall be [...]. The language of the mediation shall be [...].;

Arbitration:

1) If, and to the extent that, the Dispute has not been settled pursuant to the Mediation within [specify number of business or calendar days, usually 60 or 90] days of the commencement of the Mediation, it shall, upon the filing of a Request for Arbitration by either party, be referred to and finally determined by arbitration in accordance with the WIPO Arbitration Rules.

2) Alternatively, if, before the expiration of the above period, either party fails to participate or to continue to participate in the Mediation, the Dispute shall, upon the filing of a Request for Arbitration by the other party, be referred to and finally determined by arbitration in accordance with the WIPO Arbitration Rules.

3) The arbitral tribunal shall consist of [three arbitrators] [a sole arbitrator]. The place of arbitration shall be [...]. The language of the arbitration shall be [...]. The dispute, controversy or claim referred to arbitration shall be decided in accordance with the law of [...].

75) Während vor In-Kraft-Treten des neu gefassten 10. Buches der ZPO nach herrschender Meinung ausschließlich die staatlichen Gerichte zur Anordnung vorläufiger Maßnahmen befugt waren, bestimmt nunmehr § 1041 Abs. 1 in Anlehnung an Art. 17 UNCITRAL MG, dass auch ein Schiedsgericht vorläufige oder sichernde Maßnahmen anordnen kann; s. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rz. 672 ff.

2. Die Vorschläge des WIPO-ASPIC Reports: Dispute Avoidance Best Practices and Resolution Guidelines for the ASP-Industry

Einen vergleichbaren Eskalationsmechanismus der Streitbeilegung hat die WIPO im Auftrag des ASP-Industry Consortium (ASPIC)⁷² in ihren im Mai dieses Jahres veröffentlichten *Dispute Avoidance Best Practices and Resolution Guidelines for the ASP-Industry (WIPO-ASPIC Report)* für Streitigkeiten innerhalb der ASP-Leistungskette vorgeschlagen.

a) Multi-Step Dispute Resolution

Der WIPO-ASPIC Report sieht ein mehrstufiges Konfliktlösungsprozedere vor. Um zu vermeiden, dass durch die frühe »Verrechtlichung« des Konflikts einvernehmliche Lösungen zwischen den Parteien verhindert werden, ist vorgesehen, dass auftretende Konflikte zunächst obligatorisch ohne Drittbeteiligung auf der Ebene der projektbeteiligten Mitarbeiter (*Relationship Managers*) zu lösen sind. Die vorgeschlagene Musterklausel, die in die Verträge des ASP mit dem Endkunden sowie dem jeweiligen Subunternehmer aufzunehmen ist, statuiert daher eine entsprechende Verhandlungspflicht. Wenn der Streit nicht innerhalb der vertraglich festgelegten Frist beigelegt werden kann, erfolgt ein erneuter Versuch auf Managementebene (*Senior Executives*), dessen Prozedere im Einzelnen vorab vertraglich festgelegt wird.⁷³

Gelingt auch auf dieser Ebene die Verständigung nicht, ist ein obligatorischer Mediationsversuch vorgesehen. Erst wenn auch dieser Einigungsversuch scheitert, wird die Sache zur endgültigen Entscheidung an ein Schiedsgericht vergeben.⁷⁴

Zur Durchführung und administrativen Betreuung der vereinbarten Schlichtungs- und Schiedsgerichtsverfahren können sich die Parteien des WIPO Arbitration and Mediation Centers bedienen, das seine bislang vornehmlich für Streitigkeiten des gewerblichen Rechtsschutzes vorgesehene Schlichtungs- und Schiedsgerichtsordnung an die spezifischen Erfordernisse von ASP-Konflikten angepasst hat. Die *ASP Industry Consortium Mediation and Arbitration Rules* entsprechen im Wesentlichen im internationalen Wirtschaftsverkehr etablierten Schlichtungs- und Schiedsgerichtsordnungen. Insbesondere sind die Parteien sowohl im Schlichtungs- als auch im Schiedsgerichtsverfahren frei, ihre Schlichter bzw. Schiedsrichter zu bestimmen, und sind nicht an Schlichter- und Schiedsrichterlisten gebunden. Nach Art. 46 der WIPO Arbitration Rules besteht in Übereinstimmung mit der deutschen Rechtslage (§ 1041 Abs. 1 ZPO n.F.)⁷⁵ für das Schiedsgericht die Möglichkeit, vorläufige und sichernde Maßnahmen anzuordnen. Ferner sehen die WIPO Arbitration Rules in Art. 18 die Möglichkeit von Mehrparteienstreitigkeiten vor.

b) Mehrparteienproblematik

Da sich Leistungsstörungen in der ASP Supply Chain häufig auf mehrere Vertragsverhältnisse auswirken,

stellt sich die Frage, wie die ASP-Beteiligten aus prozessökonomischen Gründen und zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen anstelle der Vereinbarung der üblichen Zweiparteischieds- bzw. Schlichtungsverfahren vertragliche Vorkehrungen treffen können, um die Teilnahme Dritter an den bilateral vereinbarten Schieds- und Schlichtungsverfahren zu ermöglichen. Wird etwa der ASP vom Endkunden wegen nicht eingehaltener Service-Level-Agreements auf Schadensersatz in Anspruch genommen, so wird dieser bestrebt sein, den nach seiner Auffassung dafür verantwortlichen Subunternehmer (z.B. NSP oder AIP) in das Schiedsverfahren mit einzubeziehen und an den in diesem Verfahren ergangenen Schiedsspruch zu binden. Während beim gerichtlichen Verfahren mit Hilfe der einschlägigen Rechtsinstitute der Streitverkündung (§§ 72–74 ZPO) und Nebenintervention (§§ 66–71 ZPO) die Einbeziehung Dritter in ein Zweiparteienverfahren möglich ist, ist dies bei Schieds- bzw. Schlichtungsverfahren auf Grund deren vertraglicher Natur nur dann möglich, wenn sich alle Parteien der Schiedsgerichtsbarkeit eines einzigen Schiedsgerichts bzw. der Schlichtung unterwerfen. Ein mehrere Parteien umfassendes außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren setzt daher voraus, dass diese durch denselben Vertrag und damit durch dieselbe Schieds- und Schlichtungs-

Klausel miteinander verbunden sind oder die einzelnen zwischen den Parteien bestehenden Verträge eine die Verbindung vorsehende einheitliche Schieds- bzw. Schlichtungsklausel enthalten.

Um die Zusammenlegung bereits anhängiger sachlich konnexer Schieds- und Schlichtungsverfahren sowie die Einbeziehung des ASP-Subunternehmers in Schieds- bzw. Schlichtungsverfahren mit dem Endkunden zu ermöglichen, wird daher vorgeschlagen sowohl in den Vertrag mit dem Endkunden als auch in den Vertrag mit dem Subunternehmer entsprechende Beitritts- und Verbindungsklauseln (sog. joinder bzw. consolidation clauses) aufzunehmen.⁷⁶ Durch diese werden die Vertragsparteien verpflichtet, der Beteiligung eines Dritten an dem zwischen ihnen geführten Schieds- bzw. Schlichtungsverfahren sowie der Konsolidierung bereits anhängiger Verfahren zuzustimmen, sofern die dem Schieds- bzw. Schlichtungsverfahren zu Grunde liegende Streitigkeit mit den Leistungen des Dritten sachlich verbunden ist. Gleichmaßen ist der ASP-Subunternehmer in seinem Vertrag mit dem ASP dazu zu verpflichten, einem Schieds- bzw. Schlichtungsverfahren zwischen ASP und Endkunden beizutreten bzw. eine Konsolidierung bereits parallel anhängiger Verfahren zuzustimmen. Um sicherzustellen, dass der Beitritt des ASP-Subunternehmers die erwünschte Inter-

76) Die WIPO-ASPIC Arbeitsgruppe hat folgende Mehrparteienklausel für Schlichtungs- und Schiedsverfahren vorgeschlagen: *Mediation:*

a) Klausel für den Vertrag ASP-Endkunde:

In the event that a dispute is referred to mediation under [paragraph number of the mediation clause] and one of the parties considers that this dispute is connected to:

Services or goods provided to that party under a third-party contract (*Partner Contract*), the other party shall not object to the participation of such third-party in any meetings relating to the mediation or to the participation of the third-party in the mediation. A dispute relating to or arising out of a Partner Contract (the *Connected Dispute*), which is to be or has been referred to mediation, that party may, by notice in writing, require that the Connected Dispute be referred to the mediator appointed pursuant to this clause. The other party shall not object to the consolidation of the mediations.

b) Klausel für den Vertrag ASP-Subunternehmer:

In the event that:

(1) A mediation has already been commenced under a separate contract for services to be provided by [the ASP] (the *Services Contract*), and (2) A dispute relating to or arising out of this contract is to be referred to mediation under [paragraph number of the mediation clause], and (3) [The ASP] considers that the dispute under this contract is connected to the dispute that is the subject of the mediation under the Services Contract (a *Connected Dispute*), [The Partner] shall not object to a request by [the ASP] that the dispute under this contract be consolidated with the dispute referred to mediation under the Services Contract.

In the event that: (1) A mediation has been commenced under the Services Contract, and [The ASP] considers that the Connected Dispute is connected to services or goods to be provided under this contract, (2) [the ASP] may, by notice in writing, request that the [the Partner] provide such information and attend such meetings in connection with the mediation of the Connected Dispute, as may be considered reasonable.

Arbitration:

Klausel für den Endkundenvertrag:

a) In the event that a dispute is referred to arbitration under [paragraph number of the arbitration clause], and one of the parties considers that this dispute is connected to:

(1) Services or goods provided to that party under a third-party contract (*Partner Contract*), the other party shall not object to

the joinder of the third-party in to the arbitration. (2) A dispute relating to or arising out of a Partner Contract (*Connected Dispute*), which is to be or has been referred to arbitration, that party may, by notice in writing, require that the Connected Dispute be referred to and finally settled in the arbitration pursuant to this clause. The other party shall not object to the consolidation of the arbitrations.

Klausel für den Vertrag mit dem ASP-Subunternehmer:

In the event that:

(1) An arbitration has already been commenced or is to be commenced under a separate contract for services to be provided by [the ASP] (the *Services Contract*), and (2) A dispute relating to or arising out of this contract is to be referred to arbitration under [paragraph number of the arbitration clause], and

(3) [The ASP] considers that the dispute under this contract is connected to the dispute that is the subject of the arbitration under the Services Contract (a *Connected Dispute*), [the ASP] may, by notice in writing, require that the dispute under this contract be referred to and finally settled in the same arbitration concerning the Connected Dispute (the *Connected Arbitration*). [The Partner] shall not object to the consolidation of the arbitrations and shall participate in the Connected Arbitration and be bound by the award rendered in the Connected Arbitration in the same manner as if the dispute under this contract had been referred to and finally settled in a separate arbitration pursuant to this clause.

In the event that: (1) An arbitration has been commenced under the Services Contract, and (2) [The ASP] considers that the Connected Dispute is connected to services or goods to be provided under this contract, [the ASP] may, by notice in writing, request that the [the Partner] shall be joined as a party in the Connected Arbitration. [The Partner] shall not refuse any such request and shall participate in the Connected Arbitration and be bound by the award rendered in the Connected Arbitration in the same manner as if a dispute had been referred to and finally settled in a separate arbitration pursuant to this clause.

In the event that:

(1) An arbitration has been commenced under the Services Contract, and (2) [The ASP] considers that the Connected Dispute is connected to services or goods to be provided under this contract, [the ASP] may, by notice in writing, request that the [the Partner] shall provide such information and attend such meetings relating to the Connected Arbitration, as may be considered reasonable.

ventionswirkung begründet und der nach der Konsolidierung ergehende Schiedsspruch zu einer endgültigen Streiterledigung führt, ist zu empfehlen, dies ebenfalls ausdrücklich vertraglich festzulegen.⁷⁷

c) Fazit

Ob das vom WIPO-ASPIC Report vorgeschlagene Konfliktlösungsmodell sich in der Praxis bewähren wird, bleibt abzuwarten. Es steht zu vermuten, dass jedenfalls dann, wenn die ASP-Vertragspartner auf ein eng koordiniertes Zusammenwirken angewiesen sind und auf eine künftige Zusammenarbeit Wert legen, die auf Konsens ausgerichteten Formen der Streitbeilegung durchaus sinnvoll sind und eine reale Chance haben.

Versuche, durch vertragliche Vereinbarungen sachgerechte Konfliktlösungsverfahren zustande zu bringen, bieten freilich nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn diese bei Abschluss des oder der Hauptverträge mit abgefasst werden. Nach diesem Zeitpunkt und erst recht nach Auftreten der Streitigkeit werden taktische Gesichtspunkte sowie die Tatsache, dass i.d.R. die Durchführung eines Mehrparteischiedsverfahrens nicht dem Interesse sämtlicher Betroffener dient, es nahezu unmöglich machen, die verschiedenen Betroffenen an einen Tisch zu bekommen und eine Einigung zugunsten einer umfassenden außergerichtlichen Konfliktbewältigung erheblich erschweren.⁷⁸

V. Zusammenfassung und Ergebnis

Ziel des vorliegenden Beitrags war es, wesentliche Gesichtspunkte aufzuzeigen, die für die kautelarjuristisch sachgerechte Behandlung des ASP-Geschäftsmodells sowie die Konfliktbewältigung im Falle von Leistungsstörungen innerhalb der ASP-Supply Chain von Bedeutung sind.

Aufgrund der Kombination verschiedener Teilleistungen in einem ASP-Leistungspaket ist von einem Typenkombinationsvertrag auszugehen, der im Hinblick auf seinen technischen Gegenstand, seinen Langzeit- und Kooperationscharakter typische Strukturmerkmale eines »komplexen Langzeitvertrages« aufweist. Die im Zentrum der vertraglichen Pflichten des ASP stehende Online-Nutzung der Software ist schuldrechtlich als Miete zu qualifizieren. Aus dieser Einordnung ergibt sich unmittelbar der Umfang der gesetzlichen Gewährleistung.

Im Gegensatz zu schuldrechtlichen Einordnung als Miete bedarf es urheberrechtlich der Einräumung des Vermietrechts nicht. Vielmehr stellt die Gewährung der Online-Nutzung von Software an mehrere Nutzer eine (derzeit noch) unbenannte öffentliche Wiedergabe i.S.d. § 15 Abs. 3 UrhG dar und fällt unter das geplante Online-Übermittlungsrecht. Der ASP muss sich, wenn er die Softwareanwendungen nicht individuell für jeden Kunden auf einem eigenen Server bereithält, sondern diese von einem Server aus von mehreren Kunden gemeinsam genutzt werden, das Recht der öffentlichen Wiedergabe (§ 15 Abs. 3 UrhG) sowie das Vervielfältigungsrecht (§ 69c Nr. 1 UrhG) einräumen lassen. Diese Nutzungsrechte werden auch von der Mehrzahl der Open-Source-Nutzungsbedingungen umfasst. Sofern deren sonstige Voraussetzungen erfüllt sind, kann daher Open-Source-Software mittels ASP überlassen werden. Unwirksam, weil gegen § 31 Abs. 4 UrhG verstößend, sind lediglich diejenigen Rechtseinräumungen, die in der Zeit vor Bekanntwerden des ASP als neue Nutzungsart vereinbart wurden.

Wie sich gezeigt hat, reicht für den sachgemäßen juristischen Umgang mit dem ASP der Blick auf das bipolare Vertragsverhältnis zwischen ASP und ASP-Endkunden jedoch nicht aus. Da der ASP das Leistungspaket im Regelfall nicht allein, sondern arbeitsteilig im Zusammenwirken mit mehreren Kooperationspartnern erbringt, ist neben der technischen auch eine rechtliche Koordination der einzelnen Vertragsbeziehungen erforderlich. Die für den ASP durch seine Rolle als Generalunternehmer entstehende Risikoakkumulation kann durch eine Weiterreichung von Leistungsstörungenrisiken auf die ASP-Subunternehmer in gewissem Umfang dadurch begrenzt werden, dass die Verträge mit diesen inhaltlich auf den Vertrag zwischen ASP und ASP-Endkunde abgestimmt werden.

Schon zum Zeitpunkt des Abschlusses der Hauptverträge mit Sorgfalt zu bedenken ist die vertragliche Konzeption ausgewogener Konfliktlösungsregeln. Angesichts des Langzeit- und des Kooperationscharakters des ASP ist darauf zu achten, dass die Vertragsbeziehungen durch auftretende Konfliktfälle nicht dauerhaft beeinträchtigt werden. Hierzu sind abgestufte Konfliktlösungsprozeduren in Betracht zu ziehen, durch die einvernehmliche Lösungen zwischen den Vertragspartnern gefördert werden. Ein solches speziell auf die Interessen der ASP-Vertragspartner zugeschnittenes mehrstufiges alternatives Streitbeilegungsverfahren hat das *WIPO Arbitration and Mediation Center* vorgelegt. Ob seine vertragliche Implementierung in die jeweiligen Einzelverträge zwischen den ASP-Beteiligten sachgerecht ist, muss anhand der Interessenlage und der Vertragsstrukturen des jeweiligen ASP-Projektes entschieden werden. Um sachlich widersprüchliche Entscheidungen über Konfliktfälle zu vermeiden, die sich auf die Vertragsbeziehungen mehrerer auswirken, und im Interesse der Prozessökonomie kann der Versuch sinnvoll sein, die bilateral vereinbarten Schieds- und Schlichtungsverfahren durch entsprechende vertragliche Vorkehrungen zu einem Mehrparteischieds- und -schlichtungsverfahren zu verbinden.

77) Die Verkündung eines vor einem Schiedsgericht ausgefochtenen Streits analog § 72 ZPO und in der Form des § 73 ZPO ist nach deutschem Recht ohne weiteres möglich; die Streitverkündungswirkung analog § 74 ZPO dürfte dabei auch dann ausgelöst werden, wenn sich der beitretende Dritte nicht ausdrücklich individualvertraglich für deren Eintritt ausgesprochen hat; s. ausführlich zur Drittbeteiligung in Schiedsverfahren *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, S. 405 ff.; zur Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit in komplexen Langzeitverträgen s. auch *Melis*, Praktische und prozedurale Probleme mit Mehrparteischiedsgerichten bei komplexen Langzeitverträgen, in *Nicklisch*, Der komplexe Langzeitvertrag, S. 569–585.

78) Vgl. eingehend *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, S. 260, 334 ff.

Kontakt

(c) 2001 Dr. Torsten Bettinger und Dr. Michael Scheffelt

Kontakt

Bettinger - Rechtsanwälte
Bismarckstr. 20
D-80803 München

www.bettinger.de

Fon +49 (0) 89 34 07 79 65

Fax +49 (0) 89 34 07 79 67

E-Mail: tb@bettinger.de