

# Zugangsbeschränkungen im Rahmen des Application Service Providing - Typische Klauseln und Inhaltskontrolle

RA Oliver A. Klimek, Senior Consultant (Business und Strategie) und Manager Business Development, e-trend Media Consulting GmbH, Bielefeld

Dem Geschäftsmodell des Application Service Providing (ASP) wurde in vielen Marktstudien ein überproportionales Wachstum vorhergesagt<sup>1</sup>. Tatsächlich blieb die Marktentwicklung bisher deutlich hinter den Erwartungen zurück. Dieser Widerspruch dürfte wesentlich durch das mangelnde Vertrauen der (potentiellen) Anwender in die Sicherheit und Verfügbarkeit der ASP-Services und in die Provider selbst begründet sein<sup>2</sup>. Negative Pressemitteilungen und der Absturz der Börsenkurse im IT-Bereich tragen ihr Übriges dazu bei. Obwohl das Geschäftsmodell des ASP in der IT-Branche schon länger bekannt ist, wird es in der juristischen Fachliteratur bislang eher stiefmütterlich behandelt<sup>3</sup>. Auf die Frage der Zulässigkeit bzw. Wirksamkeit von klauselmäßigen Zugangsbeschränkungen in Provider-Verträgen, mit der sich inzwischen auch der BGH zu befassen hatte<sup>4</sup>, wurde im Kontext von ASP -soweit ersichtlich- bislang noch nicht ausführlich eingegangen.

## I. Einführung

### 1. Das Geschäftsmodell des Application Service Providing

Der Begriff Application Service Providing bezeichnet eine Weiterentwicklung des Outsourcing-Geschäftsmodells, in dessen Zentrum die Zurverfügungstellung von Software-Applikationen zur Fernnutzung über Telekommunikationsnetze, insbesondere dem Internet<sup>5</sup> steht, welche je nach Tarifierungsmodell entweder nutzerorientiert, zeitabhängig, ressourcenabhängig, volumenabhängig, per Flatrate oder durch jeweils miteinander kombinierte Preis-

---

<sup>1</sup> Bereits im Juli 1999 lag die Bewertung des europäischen ASP-Marktes durch das Marktforschungsinstitut Durlacher Research für das Jahr 2000 bei 100 Millionen US-Dollar und für 2004 bei 1,5 Milliarden US-Dollar. Die Gartner-Group prognostiziert in ihrer aktuellen Studie für 2004 ein Marktvolumen von über acht Milliarden US-Dollar und die Meta Group Deutschland bewertet den weltweiten Markt für das gleiche Jahr auf 21 Milliarden US-Dollar. Vgl. Montanus, Die nackte Wahrheit, e-commerce magazin, Ausgabe 11/00 m.w.N.

<sup>2</sup> Vgl. etwa Informationweek, Ausgabe 20 vom 24.08.2000: Application Service Providing (ASP) - Wunderkind oder Totgeburt?; Robben unter [www.ecin.de/spotlight/2000/10/23/00068](http://www.ecin.de/spotlight/2000/10/23/00068), ASP- ein Riesenmarkt wartet auf den Durchbruch

<sup>3</sup> Vgl. von Westerholt/Berger CR 2002, 81; Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729ff. (731)

<sup>4</sup> BGH, Urteil v. 12.12.2000 - XI ZR 138/00, CR 2001, 181 ff.

<sup>5</sup> Neben öffentlichen Netzen wie dem Internet kann die Fernnutzung auch über geschlossene Netze (etwa über ein sog. Virtual Private Network (VPN), aber auch dedizierte Leitungen oder Richtfunk) erfolgen. Wo Mobilität gefordert ist, können bestimmte Dienste auch per WAP in Mobilfunknetzen zur Verfügung gestellt werden. Vgl. Bager/Kossel, Die Software-Vermieter, c't 2001, Heft 7, S. 190ff. (191)

modelle abgerechnet wird<sup>6</sup>. Die Zurverfügungstellung der Softwarefunktionalitäten erfolgt dabei regelmäßig auf der Basis einer Client-Server-Lösung<sup>7</sup> über ein IP-Netz für eine gemeinsame Nutzung durch mehrere Anwender (one-to-many-Modell)<sup>8</sup>. Als zusätzliche Leistungen übernimmt der ASP in der Regel Softwarepflege, Customizing, Update und Kundensupport sowie, da die Leistungsbeschreibungen der meisten ASPs in den Basisverträgen lediglich die Verpflichtung enthalten, die Software installiert auf einem Host-Rechner im Rechenzentrum des ASPs bereitzustellen und eine funktionstüchtige Verbindungsleitung zum Internet zu unterhalten<sup>9</sup>, bei Bedarf auch die Herstellung der zur Fernnutzung der Software notwendigen Netzwerkverbindungen zwischen dem Client und dem Host-Server des ASPs (Telekommunikationsdienstleistungen)<sup>10</sup>. Die Auslagerung der Software auf einen ASP hat für den Kunden vielfältige Vorteile und steht zudem im Einklang mit vorherrschenden Unternehmensphilosophien, geprägt durch Schlagworte wie „Lean Production“ und „Konzentration auf Kernkompetenzen“. Neben relevanten Kosteneinsparungen und der Verlagerung von Investitions- und Implementationsrisiken auf den Dienstleister<sup>11</sup>, welche in Summe den Return on Investment (ROI) beschleunigen, dem Vorteil fixer, vorhersagbarer und verbrauchsabhängiger Kosten, der Effizienz im Personalbereich und der im Regelfall problemlosen Implementation und Skalierbarkeit der Applikationen<sup>12</sup>, gibt ASP dem Anwender zudem prinzipiell die Möglichkeit, 24 Stunden am Tag und 7 Tage die Woche von jedem Ort der Welt auf die Anwendung zuzugreifen<sup>13</sup> bzw. die Anwendung Mitarbeitern eines Unternehmens, die auf verschiedene Standorte oder gar Kontinente verteilt sind, zeit- und inhaltsgleich zur Verfügung zu stellen<sup>14</sup>.

---

<sup>6</sup> Vgl. hierzu auch Grohmann in: Grohmann (Hrsg.), Application Service Providing, Köln, 2002, S.72ff.

<sup>7</sup> Bei Client-Server-Anwendungen bleibt die Software-Anwendung physikalisch auf dem Server des ASP. Lediglich die Benutzeroberfläche (Bildschirmmaske) des Programms wird auf den Rechner des Client (ASP-Endkunde) übertragen. Zu den technischen Realisierungsformen des ASP: Carli in: Köhler-Frost (Hrsg.), Application Service Providing, Berlin 2001, S.68ff.; siehe auch z.B. Grützmaker, ITRB 2001, 59ff.; Bettinger/Scheffelt CR 2001, 729ff.

<sup>8</sup> Weitergehend offenbar Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, die auch die individuelle Bereitstellung von Software für einzelne Nutzer (one-to-one-Modell) unter dem Begriff des ASP sehen. Hierbei dürfte es sich aber wohl eher um das „klassische“ Outsourcing handeln

<sup>9</sup> vgl. etwa T-Systems, Allgemeine Geschäftsbedingungen Application Online, Stand 08/11/2001; Andate GmbH, Allgemeine Liefer- und Leistungsbedingungen, Stand 01/08/2001; indecom GmbH, Leistungskatalog, Stand 11/2001

<sup>10</sup> Nach einer empirischen Untersuchung der Humboldt-Universität zu Berlin ist Kerndienstleistung der meisten ASPs das Softwarehosting. Darüber hinaus zählen aber neun von zehn ASPs die Herstellung eventuell benötigter Netzwerkverbindungen (Zugangssproviding) ebenfalls zu ihren Aufgaben (vgl. Günther/Tamm/Hansen/Meseg, Wirtschaftsinformatik, Heft 43, 2001, S.555ff. (562))

<sup>11</sup> So prognostiziert etwa Dataquest -abhängig von der jeweiligen Anwendung- um 30 bis 70% geringere Total Cost of Ownership (TCO) durch ASP im Hinblick auf die IT-Infrastruktur eines Unternehmens. Forit schätzt, dass ASP Kosten in Höhe von 30% einspart. Schwer abschätzbare Kosten und Risiken der Implementation entfallen. Siehe z.B. Stamm in: Köhler-Frost (Fn.7), S.61 m.w.N.

<sup>12</sup> Vgl. auch zu den Argumenten gegen das ASP-Modell Böhm/Wurdack in: Köhler-Frost (Fn.7), S.32ff.

<sup>13</sup> Vgl. zu den Bedürfnissen des „modernen Kunden im Informationszeitalter“ Österle in: Österle/Winter (Hrsg.), Business Engineering, St. Gallen, 2000, S.22ff.

<sup>14</sup> Vgl. Niedermaier/Damm, RDV 2001, 213

## 2. Das Urteil des BGH zu Zugangsbeschränkungen bei Internet-Diensten

Die komplexe IT-Infrastruktur mit diversen Hard- und Softwarekomponenten<sup>15</sup>, die der ASP zur Erfüllung seiner Leistungspflichten einsetzt, ist jedoch störanfällig, System und Applikation können infolge vielfältiger Umstände ausfallen und müssen darüber hinaus regelmäßig gewartet werden. Um einen ständigen Zugang zu seinen Leistungen sicherzustellen, müsste der ASP einen hohen technischen Aufwand betreiben<sup>16</sup>, welcher aber vor dem Hintergrund einer sinnvollen Kosten/Nutzen-Relation kaum zu rechtfertigen wäre. ASP-Anbieter nehmen daher in ihren Leistungsbeschreibungen regelmäßig leistungsbeschränkende Klauseln auf.

Die zunächst nur in der juristischen Fachliteratur<sup>17</sup> erörterte Frage der Zulässigkeit und Wirksamkeit von Zugangsbeschränkungen zu Internet-Diensten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) entsprechender Provider hat spätestens mit der Entscheidung des XI. Zivilsenats des BGH zur Zulässigkeit einer klauselmäßigen Zugangsbeschränkung beim Online-Banking<sup>18</sup> die Aufmerksamkeit nicht nur der betroffenen Anbieter, sondern auch der breiten Öffentlichkeit<sup>19</sup> auf sich gezogen. Die Entscheidung des BGH, dass eine Haftung für technisch oder betrieblich bedingte zeitweilige Beschränkungen und Unterbrechungen des Zugangs zum Online-Service einer Bank formularmäßig nicht umfassend ausgeschlossen werden kann, hat dabei eine weit über den Bereich des Online-Banking hinausgehende Bedeutung. Der BGH selbst weist in seiner Entscheidung eher beiläufig auf dessen Konsequenzen hin, indem er konstatiert, dass für das Online-Banking nicht anderes gelte als „für Provider- und

---

<sup>15</sup> Zur Hardware-Grundausstattung zählen (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) etwa Anwendungsserver, Applikationsserver (für den serverbasierten Betrieb der Anwendung), Portal-, Kommunikations- und Dokumentenmanagement-Server sowie Netzwerkkomponenten (Router, Switches, Hubs). Die Hochverfügbarkeit der Services erfordert zudem Redundanz, d.h. Server und Speicher müssen mindestens doppelt ausgelegt und deren Auslastung durch eine Load-Balancing-Einheit kontrolliert werden. Die sichere Verbindung zum Internet kontrolliert eine hochverfügbare Firewall. Hochverfügbare Billing-Systeme bilden die Grundlage für die Rechnungserstellung. Siehe im einzelnen hierzu z.B. Grohman in: Grohmann (Fn.6), S.43ff.; Stamm in: Köhler-Frost (Fn.7), S. 62

<sup>16</sup> Technologisch wäre eine hundertprozentige Verfügbarkeit der IT-Systeme heute erreichbar, siehe Schäfer in: Köhler-Frost (Fn.7), S.88

<sup>17</sup> Vgl. dazu z.B. Schuppert in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Köln, 2000, S. 415ff.; Komarnicki in Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, München, 1999, Teil 12 Rz.43; Bräutigam in: Schwarz (Hrsg.), Recht im Internet, Augsburg, 2001, Bd.2, Teil 16-2.1., S.8ff.; Fuchs in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Telekommunikationsanbieter, Köln, 2000, Teil IV. Rn. 114ff.; Imping, CR 1999, 425,429

<sup>18</sup> BGH, Urteil v. 12.12.2000 - XI ZR 138/00, CR 2001, 181 ff.; Die angegriffene Klausel der Postbank lautete: „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- und Instandsetzungsarbeiten, die für einen einwandfreien oder optimierten ... Online-Service notwendig sind, oder auf sonstigen Vorkommnissen, z.B. Überlastung der Telekommunikationsnetze.“

<sup>19</sup> Süddeutsche Zeitung Nr. 287 vom 13.12.2000, S.30

Webhosting-Verträge sowie Mobilfunkdienstleistungen“. Die zu der Zulässigkeit von klauselmäßigen Verfügbarkeitsbeschränkungen in der Literatur vertretenen Meinungen wurden damit erstmals durch eine höchstrichterliche ergänzt. Offene wie verdeckte Haftungsklauseln in Provider-Verträgen werden künftig also maßgeblich an dieser Entscheidung zu messen sein.

Nichtsdestotrotz hat die Entscheidung des BGH weiterhin viele Fragen offen gelassen. So traf der BGH zum Beispiel keine Aussage darüber, wie etwa Verfügbarkeitsquoten in Provider-Verträgen rechtlich zu qualifizieren sind. Nur für die konkrete Klausel in den AGB der beklagten Postbank stellte der BGH fest, dass hier keine Leistungsbeschreibung, sondern eine Leistungseinschränkung vorliege, denn die geschuldete Leistung sei die Verfügbarkeit „rund um die Uhr“. Die Klausel war damit der Inhaltskontrolle zugänglich und hielt dieser im Ergebnis nicht stand. Ebenso wenig hat der BGH etwa eine Aussage darüber getroffen, wie Klauseln zu bewerten sind, bei denen die Verfügbarkeit um den Zeitraum gemindert wird, der auf geplante und angekündigte Wartungen entfällt, ohne das dadurch die Verfügbarkeitsrate tangiert wird<sup>20</sup>.

## **II. Zugangsbeschränkungen und AGB-Kontrolle nach den §§305 ff. BGB**

### **1. Überblick**

Störanfälligkeit von System und Applikation eines ASP, die Notwendigkeit von Wartungsmaßnahmen, Änderungen und Verbesserungen an den technischen Anlagen etc. machen eine vertragliche Regelung der durchschnittlichen Verfügbarkeit seiner Leistungen und hinsichtlich der Dauer und zeitlichen Lage der zulässigen Ausfall- und Wartungszeiten unumgänglich. Würde eine eindeutige Festlegung fehlen, so muß man je nach Qualifikation bei einer Einordnung des ASP-Vertrages z.B. als Miet- oder Werkvertrag davon ausgehen, dass der ASP eine ständige Verfügbarkeit seiner Leistungen verspricht<sup>21</sup>, während dies bei einer Einordnung als Dienstvertrag nicht der Fall wäre, denn hier wäre lediglich die Leistungserbringung, nicht jedoch der Erfolg geschuldet<sup>22</sup>. Entsprechende Regelungen sind in der Praxis da-

---

<sup>20</sup> Vgl. Lediger, <http://www.graefe-partner.de/ecom/asp-allzeitbereit.html>

<sup>21</sup> Vgl. BGH, CR 2001, 181 (182); Komarnicki in Hoeren/Sieber (Fn.17), Teil 12 Rz.43 m.w.N.

<sup>22</sup> vgl. Härting, CR 2001, 37 (38f.); insoweit bedenklich BGH, CR 2001, 181 (182), vgl. hierzu auch Stogmüller, CR 2001, 183 (184)

her regelmäßig auch Regelungsgegenstand zumeist sog. Service Level Agreements (SLA)<sup>23</sup>. Die Ausprägungen solcher Klauseln sind vielfältig, lassen sich im wesentlichen aber -soweit ersichtlich- in zwei Kategorien einteilen: Zum einen enthalten Klauseln -wie auch die Angegriffene in dem eingangs erwähnten Urteil des BGH- die allgemein gehaltene Einschränkung, dass „im Rahmen der bestehenden technischen und betrieblichen Möglichkeiten“ die Leistungen zur Verfügung stünden<sup>24</sup>. Zum anderen finden sich häufig sog. Verfügbarkeitsquoten. So garantieren Anbieter etwa eine Gesamtverfügbarkeit der Leistung von 98% bzw. 99,5% im Kalenderjahr während bestimmter Betriebszeiten<sup>25</sup> oder beschreiben die Leistung z.B. dergestalt, dass eine Systemverfügbarkeit von 99,5% und eine Applikationsverfügbarkeit von 98% an Werktagen von Montag bis Freitag von 07.00 Uhr bis 19.00 Uhr bezogen auf einen Zeitraum von einem Monat garantiert wird<sup>26</sup>. Darüber hinaus behält man sich oft eine, bei der Berechnung der Verfügbarkeit außer Betracht bleibende, „zeitweilige Beschränkung der ASP Leistungen wegen technischer Änderungen an den Anlagen ... oder wegen sonstiger Maßnahmen (z.B. Wartungsarbeiten, Reparaturen etc.)“ sowie eine „zeitweilige Beschränkung der ASP-Leistungen aus Gründen höherer Gewalt, einschließlich Streiks und Aussperrungen“ vor<sup>27</sup>.

Bei der Gestaltung von klauselmäßigen Zugangsbeschränkungen bei der Gewährung der Online-Nutzung von Software im Rahmen von ASP-Verträgen kommt neben der Beachtung des Transparenzgebotes (§307 Abs.1 S.2 BGB) und dem Verbot überraschender Klauseln (§305c Abs.1 BGB) insbesondere der Inhaltskontrolle nach den §§307-309 BGB enorme Bedeutung zu. Bevor die eigentliche Inhaltskontrolle indes durchgeführt wird, ist zunächst zu prüfen, ob die konkrete Klausel überhaupt eine Bestimmung enthält, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden (§307 Abs.3 BGB). Erst wenn diese Prüfung positiv verlaufen ist, muß deren Inhalt bei mit privaten Endkunden geschlossenen AGB-Verträgen zunächst an den Klauselverboten der §§308, 309 BGB gemessen werden. Hieran schließt sich die Inhaltskontrolle nach der Generalklausel des §307 Abs.1 S.1,

---

<sup>23</sup> Beim ASP wird regelmäßig zwischen System- und Applikations-SLA unterschieden. Bietet der ASP zusätzlich Telekommunikationsdienstleistungen an, so werden Einzelheiten hierzu in einem Netzwerk-SLA geregelt bzw. alle Leistungen des ASP in einem sog. End-to-End-SLA, vgl. Rosenhagen in: Grohmann (Fn.6), S. 171f.; siehe auch [www.asp-konsortium.de](http://www.asp-konsortium.de)

<sup>24</sup> BGH CR 2001, 181; siehe z.B. auch Deutsche Telekom, Leistungsbeschreibung T-Mart Online-Office 11/2000; Deutsche Telekom, Leistungsbeschreibung SAP.readytowork<sup>TM</sup> aus dem Netz (ComTHA) 6/2001

<sup>25</sup> z.B T-Systems CSM GmbH, Leistungsbeschreibung hr-asap 8/2001; indecom GmbH, Service Level Agreement 11/2001

<sup>26</sup> Andate GmbH, Service Level Agreement 08/2001; siehe auch die Klauselbeispiele bei Komarnicki in Hören/Sieber (Fn.17), Teil 12 Rz.43 und Schuster/Müller in: Schuster (Hrsg.), Vertragshandbuch Telemedia, München, 2001, Kap.14, Rn.42ff.

<sup>27</sup> so z.B. Andate GmbH, Allgemeine Liefer- und Leistungsbedingungen 8/2001

Abs.2 BGB an. Im Rechtsverkehr mit Unternehmern beschränkt sich die Inhaltskontrolle der Klausel wegen §310 Abs.1 BGB allein auf die Generalklausel des §307 Abs.1 S.1, Abs.2 BGB, doch berücksichtigt die Rechtsprechung zutreffend die in den Klauselverboten der §§308, 309 BGB enthaltenen Wertungen und Rechtsgedanken bei der Konkretisierung der Generalklausel<sup>28</sup>.

## **2. Kontrollfähigkeit von Zugangsbeschränkungen**

### **a. Abgrenzung kontrollfreier Leistungsbeschreibungen**

Wie vorab erwähnt, beschränkt sich die Inhaltskontrolle nach den §§307-309 BGB auf solche Bestimmungen in AGB, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden (§307 Abs.3 BGB). Hieraus wird allgemein gefolgert, dass weder Klauseln, die Art, Umfang und Güte der zu erbringenden Leistung oder Gegenleistung festlegen (sog. Leistungsbeschreibungen), noch Klauseln, die lediglich den Inhalt gesetzlicher (oder sonstiger normativer<sup>29</sup>) Regelungen wiedergeben (sog. deklaratorische Klauseln), nach §§307 Abs.1 und 2, 308, 309 BGB kontrollfähig sind<sup>30</sup>. Hingegen unterliegen Klauseln, die das ursprüngliche Leistungsversprechen nachträglich einschränken, verändern oder aushöhlen, es näher ausgestalten oder auch nur modifizieren, der Inhaltskontrolle<sup>31</sup>. Von der Kontrolle ausgenommen sind nach Rechtsprechung und herrschender Auffassung im Schrifttum lediglich Klauseln, „ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhaltes ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann“<sup>32</sup>. Die nicht kontrollfähige Leistungsbeschreibung deckt sich also im wesentlichen mit dem Begriff der essentialia negotii.

### **b. Anwendung auf Klauseln zur Zugangsbeschränkung in ASP-Verträgen**

Zur Klärung der Frage, ob es sich bei einer Zugangsbeschränkung um einen Teil der kontroll-

---

<sup>28</sup> Sog. mittelbare oder Indizwirkung der besonderen Klauselverbote im unternehmerischen Rechtsverkehr, vgl. z.B. Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl., Köln, 2001, §9, Rz. 13, 122, §24, Rz. 15 ff.

<sup>29</sup> Siehe Wolf in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl., München, 1999, §8, Rz.5 m.w.N.

<sup>30</sup> Siehe statt vieler Spindler in: Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn.12f. und Fuchs in: Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn.59f. jeweils mit Rechtsprechungsnachweisen

<sup>31</sup> BGH, CR 2001, 181 (182); BGHZ 100, 157 (173f.); BGHZ 127, 35 (41); BGHZ 141, 137 (141); siehe hierzu Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen (Fn.28), §8 AGBG, Rn.10

<sup>32</sup> BGHZ 127, 35 (41f.); vgl. zur a. A., die den Kreis der leistungsbeschreibenden Klauseln, die der Inhaltskontrolle nicht zugänglich sind, erheblich weiter ziehen möchte sowie bzgl. der zuweilen erkennbaren Tendenz der Rechtsprechung zu einer ausufernden Inhaltskontrolle, Fuchs in: Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn.67ff.

freien Leistungsbeschreibung oder um eine kontrollfähige Modifikation der ursprünglichen Leistungspflicht handelt, ist zunächst der Umfang der vom ASP geschuldeten Hauptleistungspflicht „Gewährung der Online-Nutzung von Software“ festzustellen, welcher sich unmittelbar aus der typologischen Einordnung des ASP-Vertrages ergibt.

#### **aa. Rechtlicher Charakter der Online-Nutzung von Software**

Wie einleitend bereits beschrieben, beinhaltet ein ASP-Angebot, unabhängig davon, ob Einzelleistungen vom ASP selbst erbracht oder im Rahmen einer sog. ASP-Value-Chain<sup>33</sup> auf Subunternehmer übertragen werden, immer ein ganzes Bündel von Leistungen. Als typische Leistung steht zunächst die Gewährung der Online-Nutzung und die Erhaltung der Software im Mittelpunkt der vertraglichen Pflichten. Darin enthalten sind die Bereitstellung der erforderlichen Netzinfrastruktur sowie entsprechender Serverkapazitäten. Diese Pflichten stehen im Synallagma mit den Vergütungspflichten des Kunden. Zum typischen Kern eines ASP-Vertrages zählen darüber hinaus Maßnahmen der Datenspeicherung und Datensicherung. Daneben wird als Nebenleistung regelmäßig der Bezug von Updates und Upgrades vereinbart. Systemintegration, Customizing, Hotline- und Help-Desk-Services und Beratungsleistungen können als weitere Nebenleistungen oder Hauptleistungen vereinbart werden<sup>34</sup>. Eine pauschale vertragstypologische Qualifikation scheidet aufgrund der unterschiedlichen Leistungsversprechen aus. Wie häufig bei der Kombination verschiedener Teilleistungen im IT-Bereich ist vielmehr von einem Typenkombinationsvertrag auszugehen und anhand der konkret vereinbarten Vertragspflichten eine Einordnung in verschiedene Vertragstypen vorzunehmen (z.B. Mietvertrag, Dienstvertrag und Werkvertrag)<sup>35</sup>. Da der ASP-Vertrag meist für eine längere Zeit<sup>36</sup> geschlossen wird, besitzt er zudem Züge eines Dauerschuldverhältnisses mit der Folge, dass zwischen den Vertragsparteien im Vergleich zu einmaligen Austauschverhältnissen gesteigerte Vertrauens- und Abhängigkeitsverhältnisse entstehen<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Aus der Verschiedenartigkeit der Leistungen wird ersichtlich, dass der ASP dieses Leistungsbündel i.d.R. nicht alleine anbieten kann. Daher wird ASP oft als arbeitsteilige Kooperation verschiedener Anbieter erbracht, in welcher der ASP die Rolle eines Generalunternehmers einnimmt. Siehe zur ASP-Value-Chain (auch ASP-Supply-Chain) etwa Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729 (730); Schäfer in: Köhler-Frost (Fn.7), S.89ff.

<sup>34</sup> vgl. Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729 (730f.)

<sup>35</sup> Dies führt bei Leistungsstörungen dazu, dass nicht notwendigerweise auf das Recht der Hauptleistung abzustellen, sondern das Recht sämtlicher beteiligter Vertragstypen zu berücksichtigen ist. So auch Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729 (731); Koch, ITRB 2001, 39 (40); Grützmacher, ITRB 2001, 59

<sup>36</sup> 3-6 Monate, vgl. [www.asp-konsortium.de](http://www.asp-konsortium.de)

<sup>37</sup> Zur Einordnung als Dauerschuldverhältnis vgl. auch Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69

Die Diskussion um die vertragstypologische Einordnung der Gewährung der Online-Nutzung von Software steht noch am Anfang<sup>38</sup>. Da der ASP die Nutzung einer Sache - nämlich der Software<sup>39</sup> sowie des Servers und des Datennetzes- schuldet, liegt, auch mit Blick auf ähnliche Verträge über die Nutzung technischer Infrastruktur, eine Qualifizierung als Mietvertrag nahe<sup>40</sup>. Zwar überlässt der Provider dem ASP-Anwender gerade nicht dauerhaft die Online-Nutzung der Sache, sondern stellt ihm erst dann sein Leitungsnetz, Rechnerkapazitäten und Software zur Verfügung, wenn sich der Anwender von seinem Rechner über ein Telekommunikationsnetz in das Angebot eingewählt hat. Die dauerhafte Nutzung einer bestimmten Sache, die an sich für das Mietrecht charakteristisch ist, ist damit nur für den Zeitraum der Online-Sitzung, nicht aber für die gesamte Vertragsdauer gewährleistet. Dem Mietrecht unterfallen aber auch solche Verträge, die nicht auf Besitzverschaffung, sondern nur auf die sporadische Nutzung einer Sache durch Verschaffung des ungestörten Zutritts gerichtet sind<sup>41</sup>, so dass offenbar auch der Zugang zu einem Server und einer dort vorgehaltenen Software vom Leitbild des Mietvertrages erfasst werden kann<sup>42</sup>. Dementsprechend qualifizierte der BGH einen Rechenzentrumsvertrag, in welchem dem Kunden Rechenkapazitäten eines Rechenzentrums zur Verfügung standen, die er über eine Datenfernübertragungsleitung Datex-P nutzen konnte, als Mietvertrag<sup>43</sup>. Mit ähnlichen Argumenten sind auch Access-Provider-Verträge, durch die der Zugang zu einem Server oder einer Schnittstelle im Internet gewährt wird, als Mietverträge klassifiziert worden<sup>44</sup>. Die Annahme eines Mietverhältnisses ist zudem sachge-

---

<sup>38</sup> Vgl. Koch, ITRB 2001, 39; Grütmacher ITRB 2001, 59; Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69 (71); Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729 (731); von Westerholt/Berger, CR 2002, 81ff.; Sedlmeier/Kolk, MMR 2002, 75; Czychowski/Bröcker, MMR 2002, 81

<sup>39</sup> Anerkanntermaßen kann Software Gegenstand von Miet-, Pacht- oder Leasingverträgen sein, BGH NJW 1982, 696. Problematisch ist dies, da Voraussetzung hierfür die Einordnung von Software als Sache i.S.d. §90 BGB ist. Obwohl Software gerade auch bei der Überlassung im Wege des ASP eine Körperlichkeit fehlt, wird doch überwiegend die Sacheigenschaft angenommen bzw. die Sachvorschriften auf Software analog angewendet (grundlegend BGH ZIP 1987, 1567 und BGH CR 1997, 472; a.A. OLG Hamm NJW-RR 1992, 953) Auf die Diskussion kann an dieser Stelle aus Platzgründen nicht näher eingegangen werden, siehe im Hinblick auf ASP auch Sedlmeier/Kolk, MMR 2002, 75 (76f.); von Westerholt/Berger, CR 2002, 84 (Fn.15)

<sup>40</sup> In diesem Sinne Koch, ITRB 2001, 39; Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69 (71); Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729 (731); von Westerholt/Berger, CR 2002, 81ff.; Sedlmeier/Kolk, MMR 2002, 75; Lütcke/Bähr, K&R 2001, 84; Schröder, Der Softwareüberlassungsvertrag, München, 2001, S.9; a.A. König, Besitzlos glücklich?, c't 2001, Heft 19, S. 220

<sup>41</sup> BGH WM 1989, 724 (725f.): Eine Besitzverschaffung sei nur dann Voraussetzung für die ordnungsgemäße Erfüllung des Mietvertrages, wenn der Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache nur ausüben könne, wenn die Sache in seinem Besitz ist. Welche Pflichten den Vermieter treffen, bestimme sich nach Art und Umfang des vertraglich vereinbarten Gebrauchs der Mietsache. Wesentlich sei, dass der Vermieter dem Mieter die vorgesehene ungestörte Benutzung der Sache ermögliche und ihm in diesem Umfang die Sache zugänglich mache; vgl. auch BGHZ 65, 137 (140): stundenweise überlassenes Klavier

<sup>42</sup> Komarnicki in: Hoeren/Sieber (Fn.17), 12 Rz. 35ff.; Spindler in: Spindler (Fn.17), Teil IV S.248; Schuster/Müller in: Schuster (Fn.26), Kap. 14, Rn.14; Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729 (731); a.A. offenbar König, c't 2001, Heft 19, 220f.

<sup>43</sup> BGH NJW-RR 1993, 178

<sup>44</sup> Moritz in: Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrechtshandbuch, München, 2001, Kap.43, Rz. 36f.; Komarnicki in: Hoeren/Sieber (Fn.17), 12 Rz. 35

recht. Der Anwender hat -wie einleitend beschrieben- ein Interesse daran, dass der ASP die Nutzungsmöglichkeit seiner Software und Infrastruktur für die gesamte Dauer des Vertrages gewährleistet und nicht nur bei von ihm verschuldeten Ausfällen haftet (§§535, 536 BGB). Andererseits liegt es angesichts der Fehlerhaftigkeit der benötigten technisch komplexen Infrastruktur im Interesse des ASP, dass der Anwender bei geringfügigen, unerheblichen Systemausfällen die vereinbarte Vergütung weiterzahlt (§536 Abs.1 S.3 BGB).

Bedenken gegen die Qualifikation als Mietvertrag dürften sich nicht daraus ergeben, dass der Zugang zur Hard- und Software des ASP regelmäßig von Dritten (Telekommunikationsdienstleister) und deren Leistungen (Herstellung der Netzwerkverbindung) abhängig ist<sup>45</sup>. Zwar kann der zur Begründung der Einordnung als Mietvertrag oftmals herangezogene Verweis auf die erwähnte Rechenzentrums-Entscheidung des BGH bei näherer Betrachtung nicht restlos überzeugen, denn in diesem Fall konnte der Kunde die Rechenkapazitäten eines Rechenzentrums zu bestimmten festgelegten Tageszeiten in den Räumen des Rechenzentrums nutzen (soweit er sie nicht mittels Datex-P von außerhalb nutzte)<sup>46</sup>. Auch in den anderen Entscheidungen hing der Zugang zur Sache nicht von Dritten und deren Leistungen ab<sup>47</sup>. Die Hauptpflicht des ASP, dem Anwender die vertraglich vorgesehene Nutzung der Mietsache durch einmalige oder wiederholte Gewährung des ungestörten Zutritts zu ermöglichen<sup>48</sup>, dürfte jedoch mit der Bereitstellung der Software auf dem Server des ASP und der Unterhaltung einer funktionstüchtigen Schnittstelle zum Internet, über die der Kunde Zugang zur Infrastruktur und Software des ASP erhält, erfüllt sein<sup>49</sup>. Eine weitergehende Verpflichtung des ASP über die Grenzen des eigenen kontrollierbaren Systembereichs hinaus, namentlich die Verschaffung der Einwahlmöglichkeit in das Internet (Zugangsproviding) und die Datenübertragung zwischen Anwender und ASP, dürfte hingegen im Rahmen der Überlassungspflicht nicht angenommen werden können. Zwar hat der ASP grundsätzlich die Pflicht, die tatsächliche Nutzung sicherzustellen, er schuldet also nicht nur ein „bloßes Dulden“ der Nutzung, sondern vielmehr eine „positive Tätigkeit“<sup>50</sup>. Würde daraus jedoch eine derart weitgehende Verpflichtung abgeleitet, so würde dem ASP die Verantwortung für die Leitungsnetze der

---

<sup>45</sup> So offenbar im Rahmen von Access-Verträgen Spindler in: Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn.73; a.A. Komarnicki in: Hoeren/Sieber (Fn.17), 12 Rz. 38, die die Bedenken für unbeachtlich hält, da die Vertragsqualifikation noch nichts über den Vertragsgegenstand besagt

<sup>46</sup> Siehe auch OLG Hamburg, Urteil v. 8.3.1991 - 11 U 178/90, n.v., als Vorinstanz des BGH, Umdruck der Urteilsgründe, S.9

<sup>47</sup> vgl. Spindler in: Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn.73

<sup>48</sup> Vgl. BGH WM 1989, 724 (725f.) m.w.N.

<sup>49</sup> So zum Website-Hosting offenbar auch Schuppert in: Spindler (Fn.17), Teil V, Rn.4

<sup>50</sup> vgl. Voelskow in Münchener Kommentar, Band 3, Schuldrecht BT I, 3. Aufl., München 1992, §§535, 536 BGB, Rn. 39; zu ASP so wohl auch Lediger, Vereinbarung von Service-Leveln, [www.graefe-partner.de/ecom/service-leveln.html](http://www.graefe-partner.de/ecom/service-leveln.html)

Telekommunikationsanbieter und für den anarchisch strukturierten Netzverbund Internet mit der Folge einer verschuldensunabhängigen Haftung auferlegt werden, auf deren Leistungen er keinen Einfluss hat<sup>51</sup>. Man kann wohl davon ausgehen, dass der ASP eine derart weitgehende Verpflichtung grundsätzlich nicht übernehmen will. Wie eingangs beschrieben enthalten die Leistungsbeschreibungen der meisten ASPs daher auch lediglich die Verpflichtung, ihren Kunden Zugang zu der auf dem Server installierten Software über eine mit diesem verbundene Schnittstelle im Internet zu verschaffen. Die Üblichkeit einer entsprechenden Leistungsbegrenzung kann daher als Hinweis auf eine entsprechende Verkehrssitte gewertet werden<sup>52</sup>. Anders beurteilt werden könnten lediglich Fälle, in denen der Provider mittels vertraglicher Beziehungen Einfluß auf andere Telekommunikations- oder Computernetzbetreiber besitzt oder Telekommunikationsleistungen selber erbringt.

Einer Qualifizierung als Mietvertrag steht weiterhin nicht entgegen, dass bei der Online-Nutzung die Applikation gleichzeitig von mehreren Anwendern benutzt werden kann. Die Anwendung des Mietrechts setzt nicht voraus, dass dem Mieter ein ausschließlicher Gebrauch an der Mietsache verschafft wird<sup>53</sup>. Offen bleiben kann ferner, ob es sich bei den Ergebnissen der Softwarenutzung um Früchte i.S.d. §99 Abs.1,2 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)<sup>54</sup>.

## **bb. Konsequenzen der Einordnung für die Kontrollfähigkeit von Zugangsbeschränkungsklauseln**

Entsprechend der mietvertraglichen Einordnung der Online-Softwareüberlassung ist von einer zeitlich uneingeschränkten Nutzbarkeit des Servers und der Applikation im Rahmen des ASP auszugehen<sup>55</sup>. Ist aber die unbeschränkte Nutzbarkeit des Dienstes vertraglich vereinbart, so stellt die nachträgliche Beschränkung dieser Verpflichtung etwa in einer Gewährleistungs-

---

<sup>51</sup> Vgl. zur ähnlichen Problematik bei Webhosting-Verträgen Komarnicki in: Hoeren/Sieber (Fn. 17), 12 Rz. 38, 52ff. m.w.N.

<sup>52</sup> Vgl. zur entsprechenden Argumentation bei Webhosting-Verträgen Komarnicki in: Hoeren/Sieber (Fn. 17), 12 Rz. 59

<sup>53</sup> Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729 (731f.); Koch, ITRB 2001, 39 (40)

<sup>54</sup> Vgl. Koch, ITRB 2001, 39 (41); Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69 (71); Alpert, CR 2000, 345 (349); je nach Ausgestaltung des ASP-Vertrages kommt weiterhin eine Qualifikation als Leasing oder, soweit im Einzelfall unentgeltlich, Leihe in Betracht, vgl. Sedlmeier/Kolk, MMR 2002, 75 (79); von Westerholt/Berger, CR 2002, 81 (84)

<sup>55</sup> Vgl. Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729 (732); wie eingangs erwähnt ist sie auch durch redundant ausgelegte Systeme möglich (vgl. Schäfer in: Köhler-Frost (Fn.7), S.88; zur Bedeutung der Fehlerhaftigkeit von Software siehe Marly, Softwareüberlassungsverträge, 2. Aufl., München, 1997, S.289f.

oder Haftungsklausel eine nach den §§307-309 BGB kontrollfähige Modifikation des -wie auch der BGH in der eingangs erwähnten Entscheidung zutreffend festgestellt hat- grundsätzlich umfassenden Zugangs- und Nutzungsanspruchs des Anwenders dar<sup>56</sup>.

Nicht zu überzeugen vermag -mit Blick auf ähnliche Verträge über die Nutzung technischer Infrastruktur- insoweit die vereinzelt für den Mobilfunkbereich vertretene Auffassung, dass derartige Leistungen grundsätzlich „nur in den Grenzen der technischen Möglichkeiten“ erworben werden und zeitweilige Beschränkungen der Leistung aufgrund technischer oder physikalischer Umstände lediglich eine Beschreibung der dem Dienst immanenten Beschränkungen darstellen<sup>57</sup> und sie sich damit in Konsequenz der Inhaltskontrolle entzögen<sup>58</sup>. Zur weiteren Begründung der Auffassung gegen den umfassenden Zugangs- und Nutzungsanspruch hinsichtlich der Leistungen von Telekommunikationsanbietern, Access- und Host-Providern und damit gegen die Kontrollfähigkeit entsprechender Beschränkungen wird ferner auf die vom Gesetzgeber in der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV) getroffenen Wertungen verwiesen<sup>59</sup>: Auch er gehe offenbar nicht davon aus, dass Telekommunikationsleistungen unbeschränkt zur Verfügung stehen, denn nach §6 Abs.3 TKV haben Anbieter von Telekommunikationsleistungen für die Öffentlichkeit „bei längeren, vorübergehenden Leistungseinstellungen oder -beschränkungen die Kunden in geeigneter Form über Art, Ausmaß und Dauer der Leistungseinstellung zu unterrichten“. Ferner legen §32 Abs.1 Nr.3 und 4 TKV als Qualitätskennwerte die Regeltstörfrist und die Häufigkeit des erfolglosen Verbindungsaufbaus fest. Leistungen dieser Art würden daher „mangels vertraglicher oder anderweitiger Angaben nach mittlerer Art und Güte gem. §243 BGB geschuldet“ und Beschränkungen aufgrund von „Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten oder Änderungen und Verbesserungen an den technischen Anlagen“ müssten daher „-sofern die Leistung hierbei nicht in ihrer mittleren

---

<sup>56</sup> BGH, CR 2001, 181 (182); Komarnicki in: Hoeren/Sieber (Fn.17), 12 Rz. 43; a. A. offenbar Stogmüller, CR 2001, 183 (184)

<sup>57</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 374 (378): In der angegriffenen Klausel behielt sich der Mobilfunkbetreiber die zeitweilige Beschränkung der Mobilfunkdienstleistungen im Hinblick auf Kapazitätsgrenzen des Mobilfunksystems und weitergehend für zeitweilige Unterbrechungen auch aufgrund höherer Gewalt, einschließlich Streiks und Aussperrungen, sowie wegen technischer Änderungen an den Anlagen oder wegen sonstiger Maßnahmen (z.B. Wartungsarbeiten, Reparaturen etc.), die für einen ordnungsgemäßen Betrieb des Mobilfunkdienstes erforderlich sind, vor; zustimmend Eckert in: Schuster (Fn.26), S. 508ff.; so offenbar mit Hinweis auf das Urteil des OLG Düsseldorf auch für Provider-Verträge Stogmüller, CR 2001, 183 (184); a.A. BGH, CR 2001, 181 (182); OLG Köln, CR 1999, 165

<sup>58</sup> Widersprüchlich insoweit OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 374 (378), welches ausführt, dass es sich lediglich um eine Beschreibung der immanenten Beschränkungen handelt und damit um die Bestimmung des unmittelbaren Leistungsgegenstandes, zum anderen jedoch den Prüfungsmaßstab des §307 BGB anwendet; vgl. Eckert in: Schuster (Fn.26), S. 509

<sup>59</sup> Stogmüller, CR 2001, 183 (184), der zugleich jedoch zutreffend darauf hinweist, dass die Bestimmungen der TKV keine direkte Einwirkung auf Leistungen von Providern haben, die keine Telekommunikationsleistungen erbringen

Art und Güte beeinträchtigt wird- gestattet sein“, da es sich hierbei „lediglich um eine Beschreibung der dem Service immanenten Beschränkungen und keine inhaltlich unangemessene Verkürzung der vollwertigen Leistung, wie der Kunde sie nach Gegenstand und Zweck des Vertrages erwarten darf“, handele<sup>60</sup>. Diese Argumentation überzeugt jedenfalls nicht hinsichtlich der Hauptleistungen im Rahmen des ASP. Derartige Leistungsvorbehalte unterliegen bereits deshalb der Inhaltskontrolle, da sie keine reinen Leistungsbeschreibungen oder Angaben von Toleranzgrenzen enthalten, sondern vielmehr dem Anbieter, nicht nur bezogen auf das Risiko eines nicht beherrschbaren Systemausfalls, sondern auch auf geplante, vom ASP vorhersehbare und beeinflussbare Einschränkungen und Änderungen der Dienste, das Recht einräumen, die ursprünglich versprochenen Leistungen abzuändern, sei es auch nur temporär<sup>61</sup>. Es kann aber nicht in das Belieben des Providers gestellt (und damit für den Anwender zur reinen Glückssache gemacht) werden, die vertraglich vereinbarte Hauptleistung zu erbringen<sup>62</sup>. Auch der Verweis auf die Wertungen des Gesetzgebers in der TKV vermag nicht zu überzeugen. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass ASPs, die nicht gleichzeitig -wie in der hier untersuchten „reinen“ Form des ASP- Telekommunikationsleistungen für die Öffentlichkeit im Sinne von §3 Nr.19 TKG erbringen<sup>63</sup>, von vornherein nicht in den Anwendungsbereich der TKV fallen<sup>64</sup>. Die Wertungen der TKV in den §§6 Abs.3, 32 Abs.1 Nr.3 und 4 als Leitbild mit Ausstrahlungswirkung auch für Leistungen von Host-Providern oder ASPs, die keine Telekommunikationsleistungen erbringen, heranzuziehen, ist zumindest zweifelhaft<sup>65</sup>. Selbst wenn man aber die in der TKV enthaltenen Wertungen auch für Nicht-Telekommunikationsdienste berücksichtigen wollte, so lässt sich den Bestimmungen vielmehr eine andere Wertung entnehmen. So lässt sich aus §12 TKV sowie mittelbar auch aus den §§27 Abs.4, 32 Abs.1 Nr.3 TKV ein Entstörungsanspruch des Kunden ableiten. Aus dieser Entstörungsverpflichtung des Anbieters folgt aber weiter, dass er sein Netz dem Kunden grundsätzlich dauerhaft zum Abruf bereitzustellen hat und insofern einen Leistungserfolg schuldet<sup>66</sup>. Auch den in der TKV enthaltenen Wertungen ist daher zu entnehmen, dass der

---

<sup>60</sup> so Stogmüller, CR 2001, 183 (184) mit Verweis auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 374 (378)

<sup>61</sup> Spindler, K&R, 1999, 488 (492) m.w.N.

<sup>62</sup> Vgl. zu Telekommunikationsleistungen auch Hahn, MMR 1999, 251 (254); Fuchs in: Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn. 128

<sup>63</sup> Selbst dann beschränkt sich der Anwendungsbereich der TKV auf die Funktion des ASP als Access-Provider; vgl. Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729 (733)

<sup>64</sup> Vgl. Spindler in: Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn. 80; zur Abgrenzung von Tele- oder Mediendienst und Telekommunikationsdienst siehe etwa Schuster/Müller in: Schuster (Fn.26), Kap.14 Rn.95

<sup>65</sup> Siehe zu §7 TKV als Leitbild für die Angemessenheit einer Haftungsbegrenzung im Rahmen der Inhaltskontrolle Spindler in: Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn.247; zur Ausstrahlungswirkung der TKV auch Fuchs in: Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn.99

<sup>66</sup> Vgl. Schmitz/von Netzer in: Schuster (Fn.26), Kap. 12, Rn.10f.; Kerkhoff in: Büchner (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., München, 2000, Anh. §41, §§12, 27 TKV; Imping, CR 1999, 425 (426,429)

Gesetzgeber grundsätzlich von einer zeitlich uneingeschränkten Nutzbarkeit von Telekommunikationsleistungen ausgeht und nachträgliche Beschränkungen dieser Leistung folglich einer Inhaltskontrolle zugänglich sind.

Häufig wird zur Vermeidung der Kontrollfähigkeit empfohlen, die Erreichbarkeit eines Servers, die maximale Ausfallzeit und etwa die Verfügbarkeit der Applikation in Leistungsbeschreibungen zu regeln, die nicht -selbst als vorformulierte Vertragsbedingung- der Inhaltskontrolle unterliegen<sup>67</sup>. Vorzufinden sind bei ASPs folglich -wie oben erwähnt- häufig Klauseln zum Beispiel derart, das eine Systemverfügbarkeit von 99,5% und eine Applikationsverfügbarkeit von 98% im Monatsdurchschnitt gewährt wird<sup>68</sup>. Dies bedeutet indes nicht zwangsläufig, dass nicht auch positiv formulierte Bestimmungen über den Gegenstand der zu erbringenden Leistung der inhaltlichen Kontrolle unterliegen können, „wenn nach Gesetz, Treu und Glauben und Verkehrssitte die geschuldete Leistung eine andere wäre“<sup>69</sup>. So könnte vorbezeichnete Klausel einerseits als Beschreibung der eigentlichen, auf den Monat verteilten Leistung, andererseits aber auch als Ausschluß von Gewährleistung und Haftung für Ausfälle des Systems bis zu 0,5% und der Applikation bis zu 2% im Monat gelesen werden. Entsprechende Tendenzen in der Rechtsprechung, den Versuchen von Klauselverwendern, ihre Leistung in den AGB einschränkend zu beschreiben, entgegenzutreten und diese der Inhaltskontrolle zu unterwerfen, zeichnen sich ab<sup>70</sup>. Dafür spricht jedenfalls, dass die Abgrenzung kontrollfreier Leistungsbeschreibungen von kontrollfähigen Einschränkungen und Modifikation jedenfalls nicht von der Formulierungskunst des AGB-Verwenders abhängig gemacht werden darf. Es kann grundsätzlich keine Rolle spielen, ob ein zunächst umfassend formuliertes Leistungsversprechen vorliegt, welches durch andere Klauseln wieder eingeschränkt wird, oder ob von vornherein eine so begrenzte Leistungszusage abgegeben wird, dass sich aufgrund dessen weitere modifizierende Regelungen erübrigen<sup>71</sup>. Die Tendenzen werden jedenfalls bei einer den Entwicklungen der Rechtsprechung vorbeugenden Vertragsgestaltung zu berücksichtigen sein, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch einschränkend beschriebene Leistungen in AGB zukünftig der Inhaltskontrolle unterworfen werden. Allerdings könnte man aus der eingangs erwähnten Entscheidung des BGH, der hier konstatierte, dass ein Internet-Provider

---

<sup>67</sup> so etwa Spindler in Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn.75ff.; Jessen, ZUM 1998, 282 (287); Heun in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für Neue Medien, Köln, 1998, S. 249 (257ff.); Komarnicki in: Hören/Sieber (Fn.17), 12 Rz.43f.

<sup>68</sup> siehe etwa Andate GmbH, Service Level Agreement 8/2001

<sup>69</sup> Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen (Fn.28), §8 ABGB, Rn.28

<sup>70</sup> so auch Schuppert in: Spindler (Fn.17), Teil V, Rn.50 m.w.N.; siehe BGHZ 100, 157 (174); BGH, NJW 1993, 2369

<sup>71</sup> so Fuchs in: Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn.63

grundsätzlich eine 100% Verfügbarkeit schuldet, sofern nicht ausdrücklich etwas Anderes vertraglich festgelegt wurde, wiederum den Schluss ziehen, das in der Leistungsbeschreibung nun doch kontrollfrei festgelegt werden könnte, dass ein System nicht 100% zur Verfügung steht<sup>72</sup>.

### **3. Inhaltskontrolle nach den §§307-309 BGB**

Für die richterliche Inhaltskontrolle der AGB von ASPs enthalten die §§307-309 BGB keine branchenspezifischen Regelungen. Es gelten daher die gleichen Grundsätze wie bei anderen privatrechtlichen Verträgen. Neben den Beispielkatalogen unzulässiger Klauseln in den §§308, 309 BGB ist die Generalklausel des §307 Abs.1 S.1, Abs.2 BGB heranzuziehen. Danach sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn die den Vertragspartner des Verwenders „entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen“, §307 Abs.1 S.1 BGB. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff wird insbesondere durch §307 Abs.2 Nr.1 dahingehend konkretisiert, dass er im Zweifel erfüllt ist, wenn die AGB-Bestimmung „mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist“. Die Grenzen der Vertragsfreiheit werden also durch die gesetzlichen Leitbilder bestimmt, welche als Modell eines gelungenen Interessenausgleichs und Muster einer angemessenen Regelung dienen. Damit spielt die bereits oben erfolgte Einordnung des ASP-Vertrages in die Vertragstypologie -hier des Mietvertrages- eine entscheidende Rolle, da von ihr maßgeblich die weitere Inhaltskontrolle, insbesondere die Anwendbarkeit einzelner Klauselverbote abhängt.

#### **a. Allgemein gehaltene leistungsbeschränkende Klauseln**

Allgemein gehaltene Klauseln, die die versprochene Leistung allein unter den Vorbehalt der technischen und organisatorischen Möglichkeiten stellen, ohne dass etwaige Rechtsfolgen oder Anspruchsbeschränkungen vereinbart werden, müssen sich zunächst am Maßstab des §308 Nr.4 BGB messen lassen<sup>73</sup>. Hiernach ist ein Änderungsvorbehalt nur dann wirksam, wenn er unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den Anwender zumutbar ist<sup>74</sup>. Der Verwender muß für die Zumutbarkeit ein erhebliches Interesse darlegen, die ver-

---

<sup>72</sup> So von Westerholt/Berger, CR 2002, 81 (87); a.A. Lediger, Allzeit bereit?, [www.graefe-partner.de/ecom/asp-allzeitbereit.html](http://www.graefe-partner.de/ecom/asp-allzeitbereit.html)

<sup>73</sup> Vgl. hierzu Spindler in: Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn.77ff.

<sup>74</sup> Maßgeblich ist die Zumutbarkeit des Änderungsvorbehalts selbst, nicht jene der Leistungsänderung, vgl. Coester-Waltjen in Staudinger, BGB, Berlin 1999, §10 Nr.4 AGBG, Rn.6

sprochene Leistung ändern oder von ihr abweichen zu dürfen. Maßgebend für die Interessenabwägung sind jedoch nicht die Umstände des konkreten Einzelfalles, sondern vielmehr eine typische Betrachtungsweise<sup>75</sup>. Möglicherweise lassen sich daher zu der Beurteilung, ob ein Änderungsvorbehalt zumutbar ist, hier die vom Gesetzgeber in §6 Abs.2,3 TKV getroffenen Wertungen als Leitbild vorsichtig heranziehen<sup>76</sup>. Obwohl die Bestimmungen -wie oben dargestellt- keine direkte Einwirkung auf die Parteien eines ASP-Vertrages haben, könnte hier eine gewisse Ausstrahlungswirkung der TKV bei den -wie hier- den Telekommunikationsdienstleistungen ähnlichen Verträgen über die Nutzung technischer Infrastruktur angenommen werden. Insbesondere die in §6 Abs.2 TKV aufgeführten Unterbrechungstatbestände, zu denen unter anderem Wartung und Sicherheit des Netzbetriebes zählen, könnten insoweit entsprechende Änderungsvorbehalte auch im Rahmen des ASP-Vertrages rechtfertigen<sup>77</sup>. Die Tatbestände stellen zwar zunächst nur die grundlegenden in Übereinstimmung mit dem Recht der Europäischen Union stehenden Anforderungen zur Beschränkung von Universaldiensten dar<sup>78</sup>. Zugleich implizieren sie aber offenbar auch das nach den Wertungen des Gesetzgebers für die Wirksamkeit von Änderungsvorbehalten notwendige, erhebliche Interesse -hier der Telekommunikationsanbieter- und stellen zugleich die für die Interessenabwägung notwendige „typische Betrachtungsweise“ für Verträge über die Nutzung technischer Infrastruktur dar. Allgemein gehaltene Klauseln, die jedoch keine weiteren Einschränkungen für die Änderung enthalten, sondern die versprochene Leistung allein unter den Vorbehalt technischer und betrieblicher Möglichkeiten stellen, sind dagegen unwirksam nach §308 Nr.4 BGB. Der Anwender kann aufgrund der mangelnden Umschreibung, welcher Art jene technischen und betrieblichen Möglichkeiten sind, nicht von vornherein abschätzen, in welchem Umfang die versprochenen Leistungen vom Anbieter möglicherweise geändert werden können<sup>79</sup>. Gleiches gilt für den unternehmerischen Verkehr<sup>80</sup>.

Die Klausel müsste sich weiter an §309 Nr.7b BGB messen lassen, da es sich hierbei zugleich um einen Haftungsausschluss für sämtliche technisch oder betrieblich bedingte zeitweilige Zugangsstörungen ohne Rücksicht auf ein Verschulden und den Grad des Verschuldens des ASP handelt. Dem steht nicht entgegen, dass in der Klausel die Rechtsfolgen der Zugangsbe-

---

<sup>75</sup> Darüber hinaus ist selbst bei Vorliegen eines beachtlichen Interesses eine Änderung für den Vertragspartner nicht zumutbar, wenn dadurch zu seinem Nachteil das Äquivalenzverhältnis der beiderseitigen Leistungen nicht nur ganz unwesentlich gestört würde, Schmidt in: Ulmer/Brandner/Hensen (Fn.28), §10 Nr.4 AGBG, Rn.9

<sup>76</sup> Zum Verhältnis des §6 Abs.3 TKV bei gleichzeitiger Anwendung des §308 Nr.4 BGB siehe Spindler in: Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn.80

<sup>77</sup> Vgl. Spindler in: Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn.80

<sup>78</sup> Vgl. Schütz in: Büchner (Fn.66), Anh. §41, §6 TKV, Rn.4

<sup>79</sup> So auch Spindler in: Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn.81

<sup>80</sup> Vgl. BGHZ 93, 29 (48); Heinrichs in: Palandt, BGB, 60. Aufl., München, 2001, §10 AGBG Rn.25

schränkungen bzw. -unterbrechungen nicht geregelt sind. Es genügt, wenn eine solche Klausel nach ihrem Sinn und Zweck den Eindruck eines Haftungsausschlusses erweckt. Ein Haftungsausschluss liegt bereits vor, wenn die objektive Pflicht, die Grundlage der Haftung ist, ausgeschlossen und ein bestimmtes Risiko allein dem Vertragspartner auferlegt wird<sup>81</sup>. Nach §309 Nr.7b BGB ist aber ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders beruht, unwirksam. Bewirkt eine Klausel, dass von der Nichtverfügbarkeit auch Fälle vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Handelns umfasst werden, verstößt eine solche Klausel wegen unzulässiger Begrenzung der Haftung gegen §309 Nr.7b BGB<sup>82</sup>. Dies gilt über §307 Abs.1 BGB auch gegenüber Unternehmern<sup>83</sup>.

Maßstab für eine Inhaltskontrolle der Klausel ist ferner die Generalklausel (§307 Abs.1 S.1, Abs.2 BGB), da durch die Klausel das Recht des Anwenders, Schadensersatz zu verlangen, ausgeschlossen wird. Da der ASP die dauerhafte Nutzung der Software schuldet, kann er die Leistung für den nicht erbrachten Zeitraum nicht nachholen, es liegt<sup>84</sup> Unmöglichkeit vor. Die Klausel bewirkt, dass Schadensersatzansprüche aus §§280, 283, 275 BGB wegen der von dem Provider zu vertretenden Pflichtverletzung ausgeschlossen werden und stellt damit eine unangemessene Benachteiligung des Anwenders i.S.d. §307 Abs.1 S.1 BGB dar, da der Anspruch auf Ersatz des Schadens statt der Erfüllung Teil des dispositiven Rechts ist<sup>85</sup>. Soweit die Nichtverfügbarkeit der Leistung auf einem Sachmangel beruht, kommen die §§536ff. BGB zur Anwendung. Da es sich bei der Nutzungsgewährung um eine wesentliche Vertragspflicht bzw. Kardinalpflicht des ASP handelt, ist ein Ausschluß der Haftung selbst für einfache Fahrlässigkeit unwirksam. Auch im kaufmännischen Verkehr ist ein vollständiger Ausschluss von Schadensersatzansprüchen unzulässig.

Zuletzt könnte eine solche Klausel auch an §309 Nr.12 BGB gemessen werden, da hierdurch möglicherweise die Beweislast zum Nachteil des Anwenders geändert wird.

---

<sup>81</sup> Wolf in: Wolf/Horn/Lindacher (Fn.29), §11 Nr.7 Rz.22

<sup>82</sup> Vgl. von Westerholt/Berger, CR 2002, 81 (87)

<sup>83</sup> Vgl. von Westphalen in: Henssler/von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, Recklinghausen, 2002, §309 BGB, Rn.25

<sup>84</sup> soweit die Nichtverfügbarkeit nicht auf einem Sach- oder Rechtsmangel beruht

<sup>85</sup> Vgl. ausführlich von Westphalen in: Henssler/von Westphalen (Fn.83), §309 AGB, Rn.33

## **b. Verfügbarkeitsquoten**

Klauseln, die eine Gesamtverfügbarkeit eines Service z.B. von 98% im Kalenderjahr und damit eine Einschränkung von 2% vorsehen, müssen sich -soweit sie denn einer Inhaltskontrolle zugänglich sind- ebenfalls an dem Maßstab des §309 Nr.7b BGB sowie an der Generalklausel (§307 Abs.1 S.1, Abs.2 BGB) messen lassen. Insoweit wird auf obige Ausführungen verwiesen.

Eine Verfügbarkeitsklausel wäre ebenfalls an §308 Nr.4 BGB zu messen<sup>86</sup>. Die versprochene Leistung ist die theoretisch maximal zur Verfügung stehende hundertprozentige Verfügbarkeit. Eine Abweichung von maximal 2% im Kalenderjahr muß aber den Test der Zumutbarkeit für den Anwender im Rahmen des §308 Nr.4 BGB bestehen. Selbst im nicht-kaufmännischen Verkehr wird eine Klausel, die handelsübliche Abweichungen vorbehält, als wirksam angesehen<sup>87</sup>. Angesichts der häufigen Verwendung einer solchen Klausel in zahlreichen ASP-Verträgen, sollte eine 2% Abweichung jedenfalls als handelsüblich angesehen werden können<sup>88</sup>. Selbst wenn man eine entsprechende Handelsüblichkeit ablehnen wollte, so müsste man die Zumutbarkeit eines solchen Änderungsvorbehaltes wohl schon angesichts der Tatsache bejahen, dass die Unterbrechungen ihre Ursache nicht ausschließlich im, sondern auch außerhalb des Verantwortungsbereichs des ASP haben können<sup>89</sup>. Eine andere Bewertung könnte sich aber dann ergeben, wenn sich die Verfügbarkeitsgarantie in AGB -wie eingangs dargestellt- lediglich auf bestimmte Betriebszeiten beschränkt wird. Zumindest im nicht-kaufmännischen Verkehr muss eine solche Klausel wohl als unzumutbar angesehen werden.

## **c. Wartungs- und „Höhere Gewalt“-Klauseln**

Allgemeine Wartungsklauseln, welche dem ASP erlauben, die versprochene Leistung zwecks Wartung und Weiterentwicklung des Dienstes zeitweilig zu beschränken, begegnen grundsätzlich keinen Bedenken. Sie tragen einem beachtlichen Interesse des ASP Rechnung und sind dem Anwender zumutbar (§308 Nr.4 BGB), da Weiterentwicklung und Pflege des Dienstes typischerweise zu seinen ureigensten Interessen zählen dürften<sup>90</sup>. Darüber hinaus sehen entsprechende Klauseln in ASP-Verträgen zudem oft vor, den Anwender im vorhinein über

---

<sup>86</sup> Vgl. Schuppert in: Spindler (Fn.17), Teil V, Rn.54

<sup>87</sup> BGH NJW 1987, 1886

<sup>88</sup> sogar 2-4% nehmen an Schuster/Müller in: Schuster (Fn.26), Kap.14, Rn.44

<sup>89</sup> so Schuppert in: Spindler (Fn.17), Teil V, Rn.54

<sup>90</sup> Vgl. Spindler in: Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn.82

entsprechende Einschränkungen zu informieren<sup>91</sup>, so dass er sich hierauf einstellen kann. Demgemäß entspricht auch die Angabe der möglichen Änderungsgründe regelmäßig den von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen<sup>92</sup>. Eine andere Bewertung könnte sich aber dann ergeben, wenn im Zusammenhang mit Verfügbarkeitsquoten durch eine Wartungsklausel von der Verfügbarkeit weiterhin auch die Zeiten für geplante und angemeldete Wartungen abgezogen werden, ohne dass hierdurch die garantierte Verfügbarkeitsrate tangiert wird. Dieses Vorgehen könnte AGB-rechtlich problematisch sein. Andererseits ist den Parteien von vornherein bekannt, dass Wartungsarbeiten durchgeführt werden müssen. Jedenfalls im Verkehr mit Unternehmern dürfte dies nicht als unangemessene Benachteiligung im Sinne des §307 BGB gewertet werden, wenn die planbaren Ausfallzeiten außerhalb der üblichen Geschäftszeiten liegen. Für die Wirksamkeit einer solchen Klausel spricht, dass §536b BGB die Gewährleistungsrechte ausschließt, wenn der Mieter zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses den Mangel der Mietsache kannte<sup>93</sup>. Wird etwa in den SLAs darauf hingewiesen, dass Wartungen stattfinden, kann eine solche Kenntnis angenommen werden. Es besteht jedoch die Gefahr, dass eine solche Klausel als überraschende Klausel im Sinne des §305c Abs.1 BGB gewertet und damit nicht Vertragsbestandteil wird.

Höhere-Gewalt-Klauseln, die die Haftung für Schäden ausschließen, für die der Verwender bereits nach allgemeinen Grundsätzen nicht haftet, begegnen selbstverständlich keinen Bedenken nach §307 Abs.1 BGB. Die Höhere-Gewalt ist aber genau von dem Verantwortungsbereich, für den der ASP vertraglich einzustehen hat und für den er sich auch im kaufmännischen Verkehr nicht in den AGB freizeichnen kann, abzugrenzen. Für Fälle längerer Unterbrechungen wird der ASP dem Kunden aber ein Kündigungsrecht einräumen, da auch die unverschuldete Unterbrechung, die außerhalb des Verantwortungsbereich des Leistungsverpflichteten liegt, bei einem Dauerschulverhältnis dazu führen kann, dass der anderen Seite ein Festhalten nicht mehr zumutbar ist<sup>94</sup>.

#### **4. Transparenzgebot**

AGB, die die beiderseitigen Rechte und Pflichten durch unklare und schwer verständliche

---

<sup>91</sup> Teils sogar mit einem Widerspruchsrecht für den Anwender; siehe Andate GmbH, Allgemeine Liefer- und Leistungsbedingungen 8/2001

<sup>92</sup> Spindler in: Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn.82; Heun in: Bartsch/Lutterbeck (Fn.67), S.249 (260)

<sup>93</sup> Lediger, [www.graeffe-partner.de/ecom/service-leveln.html](http://www.graeffe-partner.de/ecom/service-leveln.html)

<sup>94</sup> Vgl. BGH ZIP 1986, 919 (920); ausführlich hierzu Imping in: Spindler (Fn.17), Teil VI, Rn.68f.; Schuppert in: Spindler (Fn.17), Teil V, Rn.195f.

Formulierungen verschleiern, können wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot (§307 Abs.1 S.2 BGB) unwirksam sein, welches nach §307 Abs.3 S.2 BGB auch auf preis- und leistungsbestimmende Klauseln angewendet werden kann. Ob AGB hinreichend klar und durchschaubar formuliert sind, richtet sich grundsätzlich nach den Verständnismöglichkeiten der typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden<sup>95</sup>. Insbesondere im Bereich der Telekommunikation wird vereinzelt gegen die Wirksamkeit von Verfügbarkeitsbestimmungen eingewandt, dass technisch abgefasste Klauseln, die auf eine sog. mittlere Durchlasswahrscheinlichkeit abstellen, um Gewährleistungsrechte infolge von Überlastungen des Netzes und dadurch ausfallenden Verbindungen auszuschließen, für den Durchschnittskunden unverständlich und deshalb wegen Intransparenz unwirksam seien<sup>96</sup>. Dies gelte jedenfalls dann, wenn sich nicht deutlich ersehen lasse, auf welchen Zeitraum sich die Beschränkung bezieht und welche Folgen sie hat<sup>97</sup>. Dieser Kritik kann aber nur insoweit zugestimmt werden, wie ingenieurwissenschaftliche Begriffe verwandt werden. Schließlich nimmt der Kunde bei Verträgen der hier geregelten Art eine technische Leistung in Anspruch. Bei der Prüfung der Transparenz darf daher kein unterdurchschnittliches technisches Verständnis zugrundegelegt werden. Mit guten Gründen im Rahmen des ASP als wirksam angesehen werden können daher Klauseln, die eine Verfügbarkeit von X% bezogen auf einen Zeitraum X gewährleisten. Hier wird auch dem Durchschnittskunden klar, dass System und Applikation nicht jederzeit verfügbar ist.

### **III. Zusammenfassung**

Ziel des vorliegenden Beitrages war es, wesentliche Gesichtspunkte für die Formulierung wirksamer Zugangsbeschränkungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen respektive SLAs von Application Service Providern aufzuzeigen.

Nach dem gegenwärtigen Rechtsstand ist bei der Formulierung derartiger Klauseln dringend geboten, die zu erbringende Leistung transparent und vor allem so genau wie möglich zu beschreiben und etwaige nachträgliche Beschränkungen dieser Verpflichtung, die über §307 Abs.3 BGB eine AGB-rechtliche Kontrolle ermöglichen, entweder unter Beachtung der Vorgaben des BGH an den Kontrollmaßstab der §§305ff. BGB anzupassen oder diese von vornherein -soweit sie hier nicht ebenfalls der Inhaltskontrolle unterzogen werden- zu vermeiden.

---

<sup>95</sup> Fuchs in: Spindler (Fn.17), Teil IV, Rn.111; Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen (Fn.28), §9 AGBG, Rn.106

<sup>96</sup> Vgl. Schmitz/von Netzer in: Schuster (Fn.26), Kap.12 Rn.87f. m.w.N.

<sup>97</sup> So OLG Köln, Urteil v. 15.5.1998 - 6 U 72/97, n.v.

Nur wenn die Klausel diesen Anforderungen insgesamt gerecht wird, ist sie wirksam, denn eine geltungserhaltende Reduktion<sup>98</sup>, dies hat der BGH in seiner Entscheidung nochmals deutlich gemacht, ist unzulässig<sup>99</sup>. Regelmäßig würde dem Klauselverwender ansonsten das Risiko einer Unwirksamkeit übermäßig beschränkender Klauseln zu Lasten des Kunden weitgehend abgenommen.

Veröffentlicht in der Zeitschrift für Kommunikation & Recht - Betriebsberater für Medien, Telekommunikation, Multimedia (K&R 2002, Seite 633ff.)

---

<sup>98</sup> Vgl.hierzu etwa Heinrichs in: Palandt (Fn.80), Vorbem. v. AGB §8 Rn. 9 m.w.N.

<sup>99</sup> Vgl. auch Struck, MMR 2001, 227, 228; kritisch Einsele, JZ 2001, 609, 611