

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

## Der Bundesgerichtshof entscheidet, dass ASP-Verträge als Mietverträge anzusehen sind

Seit Jahrzehnten schwelt ein Streit unter IT-Juristen über die Frage, welchem Vertragstyp die Überlassung von Software zuzuordnen ist. Der BGH hatte schon 1993 apodiktisch geurteilt, Software sei eine Sache, und gab als Begründung an, sie sei ja auf einem Datenträger gespeichert.

Die Folge sei, dass auf die Überlassung von Software das Kauf- oder Mietrecht anzuwenden sei. Die Begründung des BGH wurde aber von vielen IT-Juristen angegriffen, insbesondere weil sie die Frage offen ließ, welcher Vertragstyp denn einschlägig sei, wenn die Software nicht mittels eines Datenträgers an den Kunden übergeht.

Der 12. Zivilsenat beim BGH hat nun auch diesen Streit pragmatisch beendet, in dem er die Sacheigenschaft der Software von dem Datenträger befreite. Er entschied [\\*\(Urt. v. 15.11.2006 - Az.: XII ZR 120/04\)\\*](#), dass eine Software nur nutzbar sei, wenn sie irgendwo auf einem Datenträger verkörpert sei. Dieser müsse sich nicht im Besitz des Kunden befinden. Eine Software sei daher auch eine Sache, wenn Sie nicht beim Kunden sondern beim Anbieter verkörpert vorliege.

Der BGH wendete diese Grundsätze auf den Application-Service-Providingvertrages (ASP), zu deutsch auch Anwendungsdienstleistungsvertrag an.

Bei einem ASP-Vertrag stellt der Anbieter auf seinem Server Software bereit und gestattet dem Kunden, diese Software für eine begrenzte Zeit über das Internet oder andere elektronische Netze zu nutzen. Die Software verbleibt während der gesamten Nutzungsdauer auf dem Rechner des Anbieters. Dem Kunden werden die jeweils benötigten Funktionen der Anwendungen lediglich über Datenleitungen auf seinem Bildschirm zur Verfügung gestellt. Als zusätzliche Leistung übernimmt der Anbieter in der Regel die Softwarepflege, Updates und Datensicherung und stellt für die Nutzung Speicherplatz zur Verfügung. Als typische Leistung steht beim ASP-Vertrag danach die Gewährung der Onlinenutzung von Software für eine begrenzte Zeit im Mittelpunkt der vertraglichen Pflichten. Der überwiegende Teil der IT-Juristen sah daher in einem ASP-Vertrag einen Mietvertrag, der die entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer Sache zum Gegenstand hat. Der BGH hatte sich mit dem Einwand auseinander zu setzen, dass Mietrecht scheide aus, da die beim ASP-Vertrag überlassene Software keine Sache im Sinne des § 90 BGB sei, da der Kunde die Software nicht erhalte, sondern sie lediglich beim Anbieter nutzen könne.

## Der BGH konterte hier pfiffig

Die beim ASP-Vertrag geschuldeten Softwareprogramme seien auch auf einem Datenträger verkörpert. Denn die Programme müssten, um ihre Funktion erfüllen zu können, d.h. um überhaupt nutzbar zu sein, in verkörperter Form vorhanden sein, sei es auf einem Wechselspeichermedium (z.B. auf Diskette, CD, USB-Stick), oder auf einer Festplatte oder auch nur auf einem flüchtigen (stromabhängigen) Speichermedium. Gegenstand des ASP-Vertrages sei somit stets die verkörperte geistige Leistung. Dabei sei es ohne Bedeutung, auf welchem Informationsträger das Computerprogramm verkörpert sei. Entscheidend sei nur, dass es verkörpert und damit nutzbar sei. Dies sei vergleichbar mit einem Buch. Auch das Buch, dessen Sachqualität nicht angezweifelt wird, sei Ergebnis einer schöpferischen Geistestätigkeit und werde ausschließlich wegen seines geistigen Inhalts und nicht wegen seines Informationsträgers, des Papiers, erworben. Dadurch verliere es jedoch nicht seine Sachqualität.

Der Anwendbarkeit von Mietrecht stehe auch nicht entgegen, dass der Kunde keinen Besitz an den verkörperten Computerprogrammen erlange, weil er diese nur über das Internet nutzen könne. Der Mietvertrag setze keine Besitzverschaffung, sondern in der Regel lediglich eine Gebrauchsüberlassung voraus.

## Warum ist die vertragstypologische Einordnung eines Vertrages so wichtig?

Die Frage, welchem Vertragstyp ein Vertrag zuzuordnen ist, ist nicht akademisch, sondern ist entscheidend für Art und Umfang der Rechte und Pflichten der Parteien. Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) kennt bestimmte Vertragstypen wie Kaufverträge, Mietverträge, Dienst- und Werkverträge als gesetzliche Leitbilder. Es regelt je nach Vertragstyp die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, und deren Ansprüche im Falle von Schlechtleistung. Enthält ein Vertrag zu einem bestimmten Punkt keine eindeutige Vereinbarung, so wird diese Lücke durch das vom Gesetz für den entsprechenden Vertragstyp festgelegte Recht geschlossen. Auch gilt, dass viele der gesetzlich vorgegebenen vertragstypischen Rechte und Pflichten der Parteien so zwingend sind, dass in Allgemeine Geschäftsbedingungen hiervon nicht wirksam abgewichen werden kann.

Treten nun neue Vertragstypen wie hier der ASP-Vertrag auf, ist es also entscheidend, welchem Vertragstyp der Vertrag zuzuordnen ist, um Rechte und Pflichten der Parteien zu ermessen. Wird der ASP-Vertrag im Wesentlichen nun also nach der Entscheidung des BGH als Mietvertrag angesehen, dann ist der Vermieter gemäß § 535 Abs.1 S.1 BGB verpflichtet, alles zu tun, um dem Mieter den Gebrauch der Mietsache, also der ASP-Software, während der gesamten Mietzeit zu ermöglichen. Der Vermieter muss demnach die ASP-Software in der Weise bereitstellen, dass der Mieter in der Lage ist, die Sache wie vertraglich vereinbart zu nutzen. Eine weitere Hauptleistungspflicht des Vermieters stellt die Instandhaltungspflicht, vgl. § 535 Abs.1 S. 2 BGB dar. Demnach hat der Vermieter dafür Sorge zu tragen, dass sich die Sache während der gesamten Vertragsdauer in einem Zustand befindet, der den vertragsmäßigen Gebrauch ermöglicht.

Ist die Mietsache mangelhaft, dann kann der Mieter gemäß

- § 536 BGB die Vergütung mindern
- § 536a BGB Schadensersatz verlangen
- § 536a BGB den Mangel selbst beseitigen (etwas schwierig, wenn die Sache nicht im Besitz des Mieters ist)
- und gemäß, § 543 BGB den Mietvertrag kündigen.

Da ASP-Verträge in der Regel als AGB formuliert werden, sind Abweichungen von diesen Rechten nur sehr eingeschränkt durchsetzbar.

Autor:

**RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Rechtsanwältin