von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Software aus der Steckdose, worum geht es bei ASP?

Da Software teuer und ist und schnell veraltet, liegt es auf der Hand, sie nicht zu kaufen, sondern die Nutzung nur für die Zeit zu zahlen, in der auch eine Nutzung tatsächlich stattfindet. Es werden daher zunehmend Geschäftsmodell populär, bei denen Software nicht auf Dauer überlassen wird sondern „*online* “ und „*on demand* “ zur zeitweiligen Nutzung bereitgestellt wird. Diese Geschäftsmodelle werden unter dem Begriff „*Application Service Providing* “ zusammengefasst.

Das Besondere am ASP ist, dass der Anbieter Software lediglich **auf seinem Server** bereitstellt und dem Kunden gestattet, 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. Da die Bereitstellung der Software über Telekommunikation erfolgt, findet auch das Telemediengesetz (TMG) für ASP-Verträge Anwendung. Telemedien sind gemäß § 4 TMG zulassungs- und anmeldefrei. Die Anbieter, die ASP geschäftsmäßig anbieten, haben gemäß § 5 TMD die dort geforderten Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten:

1. Vertragstypologische Einordnung des ASP-Vertrages

Der Jurist steht bei neuen Geschäftsmodellen immer wieder vor dem Problem, den Vertrag, der die neuen Geschäftsprozesse regelt, den gesetzlich geregelten und bekannten Vertragstypen zuzuordnen. Diese Zuordnung ist wesentlich, um die gesetzlichen Rechte und Pflichten der Parteien durch gesetzliche Regelungen zu ersetzen, wenn der von den Parteien geschlossene Vertrag Lücken und Unstimmigkeiten aufweist. Auch sind zumindest in Verträgen, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet werden, Bestimmungen unwirksam, die dem Vertragstyp widersprechen.

Welcher Vertragstyp ist nun der passende für den ASP-Vertrag? Für eine Antwort sind die einzelnen Leistungen des Providers im Rahmen von ASP zu untersuchen und den gängigen Vertragstypen zuzuordnen.

Zu den Leistungen des Providers in einem ASP-Vertrag gehören

- Gewährung der Nutzung für eine begrenzte Zeit
- Einräumung der notwendigen Rechte
- Datensicherung
- Anpassung der Software
- Korrektur und Änderung der Software
- Installation aller neuen Programmkorrekturen

Diese Leistungen können, abhängig von der besonderen Ausformung, Dienst-, Miet- oder Werkleistungen sein. Es wäre also denkbar, dem ASP-Vertrag als gemischttypologischen Vertrag zu bezeichnen, und für die einzelne Leistung die jeweils vertragstypologisch passenden Regelungen in den ASP-Vertrag aufzunehmen. Dies würde zu Widersprüchen in den einzelnen Regelungen führen. Um dies zu vermeiden, wird in der Praxis ein solcher gemischt typologischer Vertrag letztlich dem Vertragtyp unterstellt, der die Hauptleistung des Vertrages regelt. Bei einem ASP-Vertrag liegt der Schwerpunkt der Leistungen in der Regel darin, dass der Anbieter dem Kunden die Nutzung der Software für eine begrenzte Zeit gewährt. Diese ist eine **mietvertragliche** Leistung.

1.1 ASP-Vertrag als Dienstvertrag

Dennoch wird immer wieder die Auffassung vertreten, dass es sich bei dem ASP-Vertrag um einen Dienstvertrag handelt. Bei Leistungsstörung hätte der Kunde dann keine verschuldensunabhängigen Mängelansprüche (Gewährleistungsansprüche) wie Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung, sondern nur einen Schadensersatzanspruch bei Verschulden des Anbieters.

1.2 ASP-Vertrag als Mietvertrag

In der Literatur und in der Rechsprechung ist aber die eindeutige Tendenz zu beobachten, den ASP-Vertrag als Mietvertrag zu qualifizieren. Um diese Vertragsform anzunehmen, musste aber erst einmal die Streitfrage geklärt werden, ob Software eine Sache in Sinne von § 90 BGB darstellt oder nicht. Diesen seit Langem von IT-Juristen mit viel Eifer geführten Disput hat der 12. Zivilsenat beim Bundesgerichtshof (BGH) pragmatisch beendet, in dem er die Sacheigenschaft der Software von dem Datenträger, auf dem sich die Software befindet, befreite. Der BGH 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. (siehe hierzu Beitrag der IT-Recht-Kanzlei). **Nach Auffassung des BGH ist der ASP-Vertrag daher ein Mietvertrag.**

1.3 Pflichten des Anbieters im Mietvertrag

Wird der ASP-Vertrag nun also nach der Entscheidung des BGH als Mietvertrag angesehen, dann ist der Anbieter 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 dar, vgl. § 535 Abs.1 S. 2 BGB. 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 eine Hauptpflicht des Vermieters die Instandhaltungspflicht ist, erscheint es problematisch, zusätzlich zur Vergütung des ASP-Vertrages eine Pflegegebühr zu berechnen. Etwas anderes gilt, wenn die Pflege auch die Bereitstellung von Updates oder Upgrades mit funktionalen Erweiterungen beinhaltet. Diese Leistung gehört nicht zu den Pflichten des Vermieters und kann gesondert in Rechnung gestellt werden.

1.4 Pflichten und Rechte des Nutzers von ASP im Mietvertrag

1.4.1 Nutzungsrechte

Da der Nutzer die Software mietet, bekommt er auch lediglich die entsprechenden Rechte. Das Erschöpfungsprinzip gilt im Falle der Vermietung nicht (siehe hierzu Beitrag der IT-Recht-Kanzlei). Das Recht auf Weitergabe der Software kann daher auch in den AGB wirksam ausgeschlossen werden.

Der Kunde erhält danach lediglich einfache, nicht übertragbare auf die Laufzeit des ASP-Vertrages beschränkte Rechte, die ASP-Software nur auf dem Server des Anbieters zu nutzen.

1.4.2 Haftung des Providers

Wie oben schon aufgeführt, haftet der Anbieter verschuldensunabhängig dafür, dass der vertragsgemäße Gebrauch der ASP-Software während der gesamten Vertragszeit möglich ist. Es ist somit für den Anbieter unverzichtbar, vertraglich möglichst transparent den Umfang des vereinbarten Gebrauchs festzulegen. Es ist somit dem Provider, aber auch dem Kunden zu raten, vertraglich den Umfang des vereinbarten Gebrauchs detailliert festzulegen.

1.4.3 Regelungsumfang des ASP-Vertrages

Ein mietrechtlich gestalteter ASP-Vertrag sollte mindestens Regelungen enthalten über

• die Beschreibung des Leistungsumfangs der ASP-Software,
• die technische Verfügbarkeit. Hierzu gehören u.a.
o die Zeiten, in der die Software zur Verfügung steht,
o die zulässige maximale ununterbrochene Ausfallzeit,
o die Zeiten für Wartungsarbeiten etc.
o und - wenn erforderlich - Sanktionen für den Fall der Nichteinhaltung der Verfügbarkeit,
• Laufzeit,
• Vergütung,
• die Haftung bei Sachmängeln,

• die Haftung bei Rechten Dritter an der Software,
• Datensicherheit und Datenschutz.

2. Welche rechtlichen Vorteile / Nachteile bieten ASP-Lösungen für den Anwender

Das ASP-Modell hat viele Vorteile, aber auch Nachteile, die im Folgenden aufgeführt werden:

2.1 Vorteile und Nachteile für den Nutzer

2.1.1 Vorteile

- Keine Anschaffungskosten
- Vergütung nur für den tatsächlichen Gebrauch. Das heißt, dass ein Nutzer Software nutzen kann, die er sich bei Kauf oder Miete möglicherweise nicht leisten könnte.
- Ständige Aktualität der Software
- Keine Implementierungskosten
- Keine Kosten für interne IT-Leistungen
- Weltweite Verfügbarkeit
- Einführung neuer Software ohne große Bindung an den Hersteller möglich
- Kompetenz des ASP-Anbieters gegenüber interner Lösung
- Risikoverlagerung zum ASP-Provider durch einklagbares Service-Level-Agreement (SLA)
- Deutlich bessere Verfügbarkeit der Anwendungen, da die Redundanz der typischerweise bei ASP-Anbietern eingesetzten hochwertigen Serversysteme deutlich über der von lokalen IT-Systemen liegt. In diesem Kontext werden meist auch wesentlich professionellere Sicherheitslösungen (Datensicherung, Antiviren etc.) vorgehalten. (Im Vergleich zu der Ausfallwahrscheinlichkeit von lokalen Servergeräten ist die Disponibilität eines Internetzugangs bei etablierten Providern (Telekom etc.) mittlerweile deutlich höher einzustufen.)

2.1.2 Nachteile

- Abhängigkeit vom Provider
- Bei ständiger Nutzung teurer als bei einmaligem Kauf
- Keine Kontrolle mehr über die eigenen Daten
- Keine Möglichkeit mehr, bei Problemen sich selbst zu helfen
- Verzicht auf eigene IT-Kompetenz
- Längere Antwortzeiten
- Telekommunikationskosten durch den Datentransfer zum ASP-Anbieter
- Abhängigkeit von den Unberechenbarkeiten des Internets oder anderer Telekommunikationsnetze
- weniger Sicherheit bei vertraulichen Daten als bei einer lokalen Speicherung

- Einschränkung in der Programmauswahl - nicht jede Software ist für den Einsatz im ASP-Umfeld geeignet. Insbesondere Mulitmedia- und Telekommunikationslösungen, digitale Diktatsysteme und Software, die direkt auf spezielle Peripheriegeräte zugreift (z.B. Scanner, CD-/DVD-Brenner, Kartenleser etc.), sind recht problematisch zu implementieren.

2.2 Vorteile und Nachteile für den Anbieter

2.2.1 Vorteile

- Erschließung von neuen direkten Vertriebskanälen zum Endnutzer ohne Hilfe von Händlern für Hersteller
- Senkung der Betriebskosten
- Steigerung der Absatzmöglichkeiten für die Software
- Möglichkeit zum Verkauf von zusätzlichen IT-Dienstleistungen, wie Customizing, Schulung etc.

2.2.2 Nachteile

- Keine Beschränkung der Mängelhaftung auf ein Jahr ab Überlassung, sondern Haftung für Mängel während der gesamten Überlassungszeit
- Erhöhte Sorgfaltspflichten gegenüber der einmaligen Leistung bei Verkauf von Software
- Bei Problemen mit der Internetverbindung ist keine Nutzung der Anwendung möglich. Der Anbieter haftet auch für diesen Ausfall.

3. Fazit

Der ASP-Vertrag bietet die Möglichkeit, Software zu mieten, die beim Anbieter installiert ist, und nur für die Zeit zu vergüten, in der sich die Software tatsächlich im Einsatz befindet.

Der Vorteil des ASP ist in erster Linie Kosteneinsparung, die insbesondere dann stark ins Gewicht fällt, wenn eine teure Software selten genutzt wird. Der Nachteil ist die riskante Abhängigkeit, in die sich ein Nutzer begibt, wenn er über seine IT-Lösung und seine Daten nicht selbst verfügen kann.

(Auszüge des Textes wurden auch veröffentlicht im IT-Rechts-Lexikon 2010)

Autor:
RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff
Rechtsanwältin

Copyright © | **IT-Recht Kanzlei München** | Alter Messeplatz 2 | 80339 München | **Tel.** + 49 (0)89 13014330 | **Fax** +49 (0)89 130143360