BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 120/04

Verkündet am:
15. November 2006
Breskic,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 535

Zur Rechtsnatur der Softwareüberlassung im Rahmen eines ASP-Vertrages.

BGH, Urteil vom 15. November 2006 - XII ZR 120/04 - LG Mühlhausen
AG Nordhausen

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 2006 durch die Richter Sprick, Fuchs, Dr. Ahlt, die Richterin Dr. Vézina und den Richter Dose

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Mühlhausen vom 6. Mai 2004 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin verlangt von der Beklagten Entgelt aus einem Vertrag über die Nutzung von Software und Zahlung restlicher Schulungskosten.

2 Die Klägerin, die ihren Kunden auf einem zentralen Server installierte Buchhaltungs- und Warenwirtschaftssoftware zur Nutzung über das Internet zur Verfügung stellt, schloss mit der Beklagten am 19. Dezember 2000 einen Vertrag über einen so genannten "ASP-Service". Dieser umfasste die "Miete der Software incl. Programmpflege, kostenlose Programmupdates, Nutzung bis zu 500 MB Datenvolumen/User, tägliche Datensicherung, Hotlineservice" zu einem monatlichen Nutzungsentgelt von ursprünglich 900 DM netto. Gleichzeitig vereinbarten die Parteien die Einweisung durch die Klägerin zu einem Festpreis

von 3.100 DM. Der auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Vertrag war mit einer Frist von 14 Tagen jeweils zum Monatsende kündbar.

3 Ab Mitte März 2001 nutzte die Beklagte die Software, die nach ihrer Behauptung schon bei Übergabe mangelhaft und unbrauchbar war. Nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 24. und 28. Juni 2001 verschiedene von der Klägerin bestrittene Mängel der Software gerügt hatte, kündigte sie mit Schreiben vom 12. September 2001, das der Klägerin am 14. September 2001 zugegangen ist, den Vertrag außerordentlich, hilfsweise ordentlich. Gleichzeitig ließ sie die für die Zeit von März 2001 bis August 2001 von der Klägerin im Wege des Bankeinzuges von dem Konto der Beklagten abgebuchten Nutzungsentgelte in Höhe von insgesamt 7.563,21 DM zurückbuchen. Für die Einweisung hat die Beklagte an die Klägerin 2.250 DM bezahlt.

4 Das Amtsgericht hat der auf Zahlung von 4.912,24 € gerichteten Klage in Höhe von 3.458,21 € stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht die Klage abgewiesen; die auf Zahlung weiterer 1.323,05 € gerichtete Anschlussberufung der Klägerin hat es zurückgewiesen.

5 Mit der vom Landgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag in Höhe von 4.781,26 € weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

7 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

8 Der zwischen den Parteien abgeschlossene ASP-Vertrag sei ein Vertrag eigener Art, auf den im Wesentlichen Mietvertragsrecht anzuwenden sei. Bei ASP-Verträgen sei die Software auf dem Server des Anbieters gespeichert, so dass sie als Sache im Sinne von § 90 BGB anzusehen sei. Die Software werde vom Anbieter dem Kunden auch im Sinne von § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB überlassen, indem er sie ihm über das Internet zur Nutzung zur Verfügung stelle.

9 Im vorliegenden Fall habe die Klägerin nicht bewiesen, dass sie ihre vertragliche Pflicht, der Beklagten die Software in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen, erfüllt habe. Die Beweislast für den vertragsgemäßen Zustand der Software bei deren Überlassung trage die Klägerin als Vermieterin. Diesen Beweis könne sie nach ihrer eigenen Darstellung nicht führen, da bei ihr weder die streitgegenständliche Software noch die Dateneingaben der Beklagten vorhanden seien, obwohl die Klägerin nach dem Vertrag zur Datensicherung verpflichtet gewesen sei und noch in der Klageschrift vorgetragen habe, die Daten seien noch vorhanden. Die Klägerin habe somit keinen Anspruch auf Zahlung von Nutzungsentgelt. Schulungsgebühren könne sie schon deshalb nicht verlangen, weil die Einweisung in eine nicht vertragsgemäß funktionierende Software für die Beklagte ohne Nutzen sei.

10 Das Landgericht hat die Revision nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zur Fortbildung des Rechts zugelassen, weil die Fragen, wie ein ASP-Vertrag rechtlich einzuordnen sei und wann ein Anbieter vertragsgemäß erfüllt habe, in der Rechtsprechung noch nicht geklärt seien.

11 2. Zu Recht hat das Berufungsgericht auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen so genannten ASP-Vertrag, soweit er auf die entgeltliche Überlassung von Standardsoftware gerichtet ist, Mietvertragsrecht angewandt.

12 a) Bei dem ASP (Application Service Providing/Bereitstellung von Softwareanwendungen und damit verbundener Dienstleistungen)-Vertrag in der hier abgeschlossenen Variante 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 - wie auch hier - die Softwarepflege, Updates und Datensicherung und stellt für die Nutzung Speicherplatz zur Verfügung.

13 Als typische Leistung steht beim ASP-Vertrag danach die Gewährung der Onlinenutzung von Software für eine begrenzte Zeit im Mittelpunkt der vertraglichen Pflichten. Es liegt deshalb nahe, mit der überwiegenden Meinung im Schrifttum, als Rechtsgrundlage für diese vertraglichen Ansprüche, einen Mietvertrag, der die entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache zum Gegenstand hat, anzunehmen (Koch ITRB 2001, 39, 40; Bettinger/Scheffelt CR 2001, 729, 731; Röhrborn/Sinhart CR 2001, 69, 70 f.; Sedlmeier/Kolk MMR 2002, 75, 78; von Westerholt/Berger CR 2002, 81, 84; Junker NJW 2003, 2792, 2797; Marly Softwareüberlassungsverträge 4. Aufl. Rdn. 563, 567).

14 b) Entgegen der Ansicht der Revision scheidet eine Anwendung des Mietrechts nicht deshalb aus, weil es sich bei der Software nicht um eine Sache im Sinne des § 90 BGB handele.

15 Der Bundesgerichtshof hat wiederholt entschieden, dass eine auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware als bewegliche Sache anzusehen ist,

auf die je nach der vereinbarten Überlassungsform Miet- oder Kaufrecht anwendbar ist (BGHZ 143, 307, 309; 109, 97, 100 f.; 102, 135, 144; BGH Urteile vom 4. März 1997 - X ZR 141/95 - MDR 1997, 913; vom 14. Juli 1993 - VIII ZR 147/92 - NJW 1993, 2436, 2437 f.; vom 7. März 1990 - VIII ZR 56/89 - NJW 1990, 3011; vom 6. Juni 1984 - VIII ZR 83/83 - ZIP 1984, 962, 963; Beschluss vom 2. Mai 1985 - I ZB 8/84 - NJW-RR 1986, 219; vgl. auch Schweizerisches Bundesgericht BGE 124 III 456, 459). Diese Auffassung hat im Schrifttum weitgehend Zustimmung erfahren (Ermann/Michalski 11. Aufl. § 90 Rdn. 3; Soergel/Marly 13. Aufl. § 90 BGB Rdn. 3; Palandt/Heinrichs 65. Aufl. § 90 BGB Rdn. 2; König NJW 1993, 3121 ff.; Marly BB 1991, 432; Koch aaO 40 f.; Henssler MDR 1993, 489, 490; Sedlmeier/Kolk aaO 77; a.A. Müller-Hengstenberg CR 2004, 161, 164; Redeker NJW 1992, 1739; Diedrich CR 2002, 473, 475; zum Streitstand: Marly aaO Rdn. 69 ff.).

16 Die beim ASP-Vertrag geschuldeten Softwareprogramme sind auch auf einem Datenträger verkörpert. Denn die der Steuerung des Computers dienenden Programme müssen, 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 (vgl. hierzu Marly aaO Rdn. 102 m.w.N., 119). Gegenstand des ASP-Vertrages ist somit stets die verkörperte geistige Leistung. Dabei ist es ohne Bedeutung, auf welchem Informationsträger das Computerprogramm verkörpert ist. Entscheidend ist nur, dass es verkörpert und damit nutzbar ist. Vergleichbar mit dem elektronischen Datenträger ist das Buch. Auch das Buch, dessen Sachqualität nicht angezweifelt wird, ist Ergebnis einer schöpferischen Geistestätigkeit und wird ausschließlich wegen seines geistigen Inhalts und nicht wegen seines Informationsträgers, des Papiers, erworben. Dadurch verliert es jedoch nicht seine Sachqualität (Marly aaO Rdn. 98 m.w.N.).

17 Von der dem Anwender zur Nutzung des Computerprogramms überlassenen Werkverkörperung ist das urheberrechtlich geschützte Werk zu trennen (König aaO 3122). Letzteres spielt für die Rechtsnatur des Softwareüberlassungsvertrages keine Rolle. Denn der mit dem Softwareüberlassungsvertrag verfolgte Zweck geht dahin, dem Anwender die Nutzung eines Computerprogramms zu ermöglichen, sei es urheberrechtlich geschützt oder ungeschützt. Für ein geschütztes Programm bedarf es freilich zusätzlich der urheberrechtlich erforderlichen vertraglichen Vereinbarungen, wie der Erlaubnis zur Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung gemäß § 69 c UrhG. Im Übrigen muss sich die Gewährleistung wegen Funktionsmängeln von Computersoftware bei urheberrechtlich geschützter und urheberrechtlich ungeschützter Software nach identischen Regeln richten, weil diese Frage mit dem Urheberrecht nicht im Zusammenhang steht (BGHZ 102, 135, 142).

18 c) Der Anwendbarkeit von Mietrecht steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte keinen Besitz an den verkörperten Computerprogrammen erlangt, sondern diese ihr nur über das Internet zugänglich sind.

19 Der Mietvertrag setzt keine Besitzverschaffung, sondern lediglich eine Gebrauchsüberlassung voraus. Art und Umfang der Gebrauchsüberlassung richten sich nach den vertraglichen Vereinbarungen. Nur wenn hiernach der Gebrauch der Mietsache notwendig deren Besitz voraussetzt, gehört zur Gebrauchsgewährung auch die Verschaffung des Besitzes (Senatsurteil vom 17. Juli 2002 - XII ZR 86/01 - NJW 2002, 3322, 3323; BGH, Urteil vom 1. Februar 1989 - VIII ZR 126/88 - NJW-RR 1989, 589). Ist daher eine Besitzverschaffung für den vertragsgemäßen Gebrauch nicht erforderlich, wie hier bei der Onlinenutzung von Software, so genügt es für die Gebrauchsgewährung, wenn dem Mieter der Zugang zur Mietsache verschafft wird, der auch online erfolgen kann (Senatsbeschluss vom 28. Oktober 1992 - XII ZR 92/91 -

NJW-RR 1993, 178 zur Qualifizierung der Nutzung eines Rechners, dessen Rechnerkapazität der Beklagten u. a. durch Fernzugang mittels DATEX-T eingeräumt wurde, als Mietvertrag).

20 d) Ebenso wie die zeitlich begrenzte Softwareüberlassung durch Onlinezugriff auf den Server der Klägerin ist auch die hier weiter vereinbarte Zurverfügungstellung von Speicherkapazitäten auf dem Server der Klägerin zur Speicherung der von der Beklagten im Rahmen der Softwarenutzung eingegebenen Daten mietvertraglich zu qualifizieren (Senatsbeschluss vom 28. Oktober 1992 aaO).

21 e) Der Anwendung von Mietvertragsrecht auf die Softwareüberlassung steht auch nicht entgegen, dass in dem ASP-Vertrag weitere Leistungen wie Programmpflege, Programmupdates, Datensicherung, Hotlineservice und Einweisung in die Software vereinbart worden sind, die anderen Vertragstypen (Dienst- oder Werkvertrag) zugeordnet werden können. Insoweit handelt es sich bei dem ASP-Vertrag um einen zusammengesetzten Vertrag, bei dem jeder Vertragsteil nach dem Recht des auf ihn zutreffenden Vertragstypus zu beurteilen ist (BGHZ 63, 306, 309 ff.), soweit dies nicht im Widerspruch zum Gesamtvertrag steht (Senatsurteil vom 19. Dezember 2001 - XII ZR 233/99 - NJW 2002, 1336, 1337).

22 3. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin sei für den mangelfreien Zustand der Software bei deren Überlassung an die Beklagte beweisbelastet, wird jedoch von seinen Feststellungen nicht getragen.

23 a) Nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen muss der Vermieter beweisen, dass er seine vertragliche Pflicht, dem Mieter die Mietsache in vertragsgemäßem Zustand zu überlassen, erfüllt hat (Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 8. Aufl. § 535 Rdn. 47; Palandt/Weidenkaff 65. Aufl. § 535 Rdn. 33).

24 Nach Überlassung der Mietsache obliegt demgegenüber dem Mieter die Beweislast dafür, dass die Mietsache zum Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft war, wenn er die ihm überlassene Sache als Erfüllung angenommen hat (BGH Urteil vom 13. Februar 1985 - VIII ZR 154/84 - NJW 1985, 2328, 2329; Wolf/ Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 9. Aufl. Rdn. 246; Kraemer in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. III B Rdn. 1368; Marly aaO Rdn. 872; für Leasing und Kauf nach Entgegennahme der Sache: BGH Urteil vom 5. Juli 1989 - VIII ZR 334/88 - NJW 1989, 3222, 3224; BGHZ 159, 215, 217 f.). Dies ergibt sich aus § 363 BGB, der die Beweislast dem Gläubiger auferlegt, wenn er die Leistung des Schuldners als Erfüllung angenommen hat. Für die Frage, wer die Beweislast trägt, kommt es somit darauf an, ob die Mietsache überlassen und vom Mieter angenommen worden ist.

25 Überlassen ist die Mietsache, wenn der Mieter in die Lage versetzt wird, die Mietsache vertragsgemäß zu nutzen. Wann das der Fall ist, beurteilt sich nach dem Umfang der vereinbarten Leistungen. Eine Annahme als Erfüllung, die anders als die Abnahme gemäß § 640 BGB kein Rechtsgeschäft, sondern eine tatsächliche Handlung ist (MünchKomm/Wenzel 4. Aufl. § 363 BGB Rdn. 3), liegt vor, wenn der Mieter durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, dass er die Mietsache als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung ansieht. Ein allgemeiner Vorbehalt, dass die Vertragsmäßigkeit der Leistung nicht anerkannt werde, schließt die Annahme als Erfüllung nicht aus (RGZ 71, 23).

26 b) Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Beklagte die Software ab Mitte März 2001 genutzt und mit Schreiben vom 24. Juni und 28. Juni 2001 verschiedene Mängel gerügt hat. Auf der Grundlage dieser Feststellungen durfte das Berufungsgericht nicht davon ausgehen, dass die Klägerin die Beweislast für die Mangelfreiheit der Software trägt. Denn durch die Nutzung der Soft-

ware über mehrere Monate ohne Mängelrüge hat die Beklagte zum Ausdruck gebracht, dass sie die Software als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung ansieht. Dann trifft aber nach den oben dargestellten Grundsätzen die Beklagte die Beweislast für den von ihr behaupteten mangelhaften Zustand der Mietsache.

27 4. Eine vertragsgemäße Überlassung der Mietsache läge allerdings dann nicht vor, wenn die Klägerin durch die bloße Überlassung der Software die vertraglich geschuldete Leistung nicht vollständig erbracht hätte. Davon wäre auszugehen, wenn die Klägerin die zusätzlich vertraglich vereinbarte Einweisung nicht durchgeführt hätte (vgl. für den Kauf von Software: BGHZ 143, 307, 313). Denn erst nach erfolgter Einweisung wäre die Beklagte in der Lage gewesen, die Mietsache vertragsgemäß zu nutzen.

28 Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Klägerin die von ihr vertraglich geschuldete Einweisung vorgenommen hat. Es hat die Einweisung in eine mangelhafte Software von vorneherein für wertlos angesehen und demgemäss die vom Amtsgericht hierzu erhobenen Beweise nicht gewürdigt.

29 Die Sache war an das Landgericht zurückzuverweisen, damit es diese Feststellungen nachholen kann.

Sprick Fuchs Ahlt

Vézina Dose

Vorinstanzen:
AG Nordhausen, Entscheidung vom 30.10.2003 - 26 C 1094/01 -
LG Mühlhausen, Entscheidung vom 06.05.2004 - 1 S 351/03 -