

## Software as a Service (SaaS): Probleme und Vertragsgestaltung

### Software im digitalen Zeitalter – „Schubladen“ des BGB II

Truiken Heydn

Ausgelöst durch die UsedSoft-Rechtsprechung haben viele Softwarehersteller ihre Vertriebsmodelle auf zeitlich befristete Gebrauchsüberlassung umgestellt. Bei zeitlich unbefristeten Lizenzen ist in der Praxis zu beobachten, dass die Hersteller zunehmend Lizenzaudits durchführen, um die ordnungsgemäÙe Lizenzierung ihrer Software in Unternehmen zu überprüfen. Doch noch viel besser können Hersteller Missbrauch und Übernutzung von Software kontrollieren, wenn der Anwender gar nicht erst in den Besitz der Software gelangt. Die Lösung: Die Software wird nicht mehr an den Kunden verkauft, sondern diesem nur noch als Software as a Service (SaaS) über das Internet zur Nutzung zur Verfügung gestellt. Nach einer kurzen Darstellung der Vor- und Nachteile von SaaS (I.) stellt der Beitrag die typischen Probleme bei SaaS-Verträgen dar (II.). Sodann wird die vertragstypologische Einordnung von SaaS untersucht (III.), und schließlich werden Hinweise zur Vertragsgestaltung gegeben (IV.).

Lesedauer: 22 Minuten

#### I. Vor- und Nachteile von SaaS

Während sich bei herkömmlicher On-premise-Software der Anwender um die Beschaffung der passenden Hardware kümmern muss, die hinsichtlich der Leistungsfähigkeit des Prozessors, der Kapazität des Arbeitsspeichers usw. den vom Softwarehersteller mitgeteilten Anforderungen entsprechen muss, befindet sich bei SaaS die Softwarekopie nicht mehr lokal auf einem Rechner des Kunden, sondern auf einem Server beim Hersteller oder bei einem von diesem eingeschalteten Drittanbieter. Der Kunde erhält lediglich für jeden User einen Benutzernamen und ein Kennwort, mit dem er mittels eines internetfähigen Geräts über einen Internetbrowser auf die Software zugreifen kann. Die Installation einer Clientsoftware, mittels derer der Anwender auf die Software zugreift, ist nicht erforderlich. Die mit der Software generierten Dateien werden ebenfalls auf dem Server des Anbieters gespeichert. SaaS-Verträge werden zeitlich befristet für Zeiträume von üblicherweise drei bis fünf Jahren abgeschlossen, in der Regel mit automatischer Verlängerung für den Fall, dass keine Kündigung erfolgt. Bei der erstmaligen Einführung einer Software kann ein Vertrag auch erst einmal nur für einen kürzeren Zeitraum, z.B. ein Jahr, abgeschlossen werden, damit der Anwender genügend Zeit hat, um herauszufinden, ob er mit der Software gut zurechtkommt. Das Investitionsrisiko wird also hinsichtlich der Beschaffung sowohl der Hardware als auch der Software vom Anwender auf den Anbieter verlagert.

Gegenüber dem Application Service Providing (ASP) hat SaaS für den Anbieter den Vorteil, dass der Anbieter nicht für jeden Kunden eine eigene Instanz betreibt, die separat bereitgestellt und gepflegt werden muss, sondern seine Softwarelösung einer Vielzahl von Kunden über eine mehrmandantenfähige Plattform zur Verfügung stellt, die für alle Kunden gemeinsam bereitgestellt und gepflegt wird.<sup>1</sup> Die Vorteile liegen auf der Hand: Die Pflege und Aktualisierung der Software kann vom Hersteller zeitnah und zentral für alle Kunden durchgeführt werden, es müssen also weder Updates an den Anwender ausgeliefert und von diesem installiert werden, noch muss die Aktualisierung für jeden Kunden einzeln erfolgen. Für den Anwender sind dementsprechend die Kosten für die Wartung der Software erheblich geringer. Der Anwender benötigt weder eine besonders leistungsfähige Hardware noch eine besonders schnelle Internetverbindung, denn die

Anwendungen laufen auf leistungsfähigen Rechnern im Rechenzentrum, und über das Internet werden lediglich die Bildschirmanzeige und die Tastatur- und Mausbefehle übertragen. Auch das Vorhalten von Serverräumen mit Zutrittskontrolle, Kühlung, Brandschutz, Datensicherung und unterbrechungsfreier Stromversorgung beim Anwender entfällt. Der Anwender kann die Software zudem nicht nur auf mehreren Geräten (etwa einem Rechner im Büro und einem zweiten Rechner im Home Office), sondern auch auf mehreren Arten von Geräten (PC, Tablet, Smartphone) nutzen.

Ein Nachteil sind insbesondere datenschutzrechtliche Bedenken: Da sich nicht nur die Anwendungssoftware, sondern auch die Daten auf dem Server des Anbieters befinden, muss gem. Art. 28 DS-GVO eine Vereinbarung über Auftragsverarbeitung mit dem Anbieter abgeschlossen werden. Wenn sich die Server in einem Land außerhalb der EU mit einem aus EU-Sicht nicht angemessenen Datenschutzniveau befinden, wie z.B. in den USA, müssen die datenschutzrechtlichen Vorgaben für die Datenübermittlung in solche Länder beachtet werden. Die datenschutzrechtliche Problematik soll jedoch nicht Gegenstand dieses Beitrags sein.

Ein weiterer Nachteil sind die geringeren Anpassungsmöglichkeiten der Software. Wer sich für eine SaaS-Lösung entscheidet, muss die betrieblichen Abläufe in sehr viel höherem Maße an die Möglichkeiten der Softwarelösung anpassen und darf nicht erwarten, dass seine bisherigen betrieblichen Abläufe in der Softwarelösung abgebildet werden können.

Schließlich begibt sich ein SaaS-Kunde in eine doppelte Abhängigkeit: Zum einen benötigt er zwingend eine funktionierende Internetverbindung, weshalb die eingesetzten Endgeräte mobilfunkfähig und mit einer SIM-Karte ausgestattet sein sollten, damit im Falle eines Festnetzausfalls über LTE weitergearbeitet werden kann. Zum anderen ist er vom Anbieter abhängig. In SaaS-Verträgen sollte daher immer eine Verpflichtung des Anbieters vorgesehen werden, den Kunden im Falle eines Anbieterwechsels nach einer (auch außerordentlichen) Kündigung bei dem Wechsel zum neuen Anbieter zu unterstützen.

Schwieriger wird es im Falle der Insolvenz des Anbieters: Dann kann der Anwender nur noch hoffen, dass der Insolvenzverwalter den Vertrag gem. § 103 Abs. 1 InsO weiterhin erfüllt, weil er ein Interesse daran hat, die Softwarelösung als Ganzes einschließlich aller Kundenverträge an einen Interessenten zu verkaufen.

Der im Zusammenhang mit ASP hervorgehobene Vorteil einer Abrechnung der Softwarelizenz per effektiver Softwarenutzung

Heydn: Software as a Service (SaaS): Probleme und Vertragsgestaltung(MMR 2020, 435)

436

(pay as you go)<sup>2</sup> hat sich indes in der Praxis bei der Abrechnung von SaaS nicht durchgesetzt. Da die Anwenderunternehmen ein großes Interesse an einer Vorhersehbarkeit der Kosten haben, werden SaaS-Verträge üblicherweise auf der Grundlage einer monatlichen festen Vergütung für die Bereitstellung der Software abgerechnet, in der häufig die Vergütung für die Wartung und Pflege der Software bereits enthalten ist.

## II. Typische Probleme von SaaS

Die Bereitstellung der Software über das Internet durch den Anbieter bringt eine Reihe typischer Probleme mit sich.

### 1. Verfügbarkeit

Der Anwender hat naturgemäß ein Interesse daran, dass die Software permanent (24/7) verfügbar ist und dass etwaige Ausfälle und Fehler sofort behoben werden. Der Anbieter ist zur regelmäßigen Wartung der Software verpflichtet und muss die Bereitstellung der Software zwangsläufig zum

Zwecke der Einspielung von Updates, der Auswechslung von Hardware etc. gelegentlich unterbrechen.

Der Ausgleich dieser Interessen wird üblicherweise in einem Service Level Agreement (SLA) geregelt, in welchem Folgendes vereinbart wird:

- eine Verfügbarkeit der Software pro Zeitraum (z.B. 99,8% pro Vertragsjahr oder Kalenderjahr),
- Wartungsfenster für regelmäßige vorhersehbare Wartungsarbeiten, die bei der Einhaltung der Verfügbarkeit unberücksichtigt bleiben (z.B. Samstag und Sonntag von 0:00 bis 7:00 Uhr),
- Wartungsfenster für unvorhergesehene Wartungsarbeiten (z.B. Montag bis Freitag von 1:00 bis 5:00 Uhr),
- nach Ausfall- und Fehlerschwere gestaffelte Reaktions- und Fehlerbehebungszeiten sowie
- ggf. Vertragsstrafen oder ein teilweiser Wegfall des Vergütungsanspruchs (sog. Service Credits)<sup>3</sup> im Falle der Nichteinhaltung der Verfügbarkeit.

Weitere typische Regelungen in SLAs sind Verpflichtungen des Anbieters im Bereich IT-Sicherheit (Datensicherung, Firewalls, Antivirenschutz, Schutzmaßnahmen gegen Stromausfall, Brandschutz usw.) und zum Betrieb eines Telefonsupports (Hotline).

## **2. Kette von Subunternehmern**

Ein weiteres Problem besteht darin, dass viele SaaS-Anbieter nur die Software entwickeln, aber keine eigenen Rechenzentren betreiben, und die Hosting-Leistungen daher von Drittanbietern einkaufen. Zudem wird SaaS nicht nur von den Softwareherstellern selbst, sondern auch von Zwischenhändlern (sog. Reseller) angeboten, welche die Leistungen ihrerseits beim Softwarehersteller einkaufen. Solche Ketten von Subunternehmern sind nicht nur datenschutzrechtlich problematisch, weil mit sämtlichen Subunternehmern jeweils kongruente Vereinbarungen über Auftragsverarbeitung gem. Art. 28 DS-GVO geschlossen werden müssen. Auch bei Leistungsstörungen steht der Kunde vor dem Problem, dass er sich nur an seinen Vertragspartner halten kann, dieser aber lediglich auf die Fehlerbehebung durch seinen Subunternehmer verweisen kann, wenn der Fehler in dessen Sphäre, z.B. dem Rechenzentrum, eingetreten ist.

## **3. Dokumentation**

Ein weiteres Problem besteht darin, dass nach der Rechtsprechung des *BGH* der Softwareanbieter die Bereitstellung einer Dokumentation der Software als Hauptleistungspflicht schuldet.<sup>4</sup> Ein Handbuch in Papierform wird indes bei SaaS regelmäßig nicht übergeben; vielmehr ist die Dokumentation bei SaaS üblicherweise als Online-Hilfe unmittelbar in die Software integriert und kann aus dem Programm heraus aufgerufen werden.

Soweit im Zusammenhang mit ASP gefordert worden ist, dass dem Nutzer die Möglichkeit gegeben werden muss, ein Handbuch online abzurufen und auszudrucken, und dass im Falle der Unzumutbarkeit des Ausdrucks wegen des Umfangs des Handbuchs der Anbieter dem Nutzer auf dessen Verlangen eine schriftliche Dokumentation übergeben müsse,<sup>5</sup> dürfte auch das heute nicht mehr zeitgemäß sein.

Maßgebliches Kriterium für die Frage, ob der Anbieter seine Hauptleistungspflicht zur Bereitstellung einer Dokumentation der Software ordnungsgemäß erfüllt hat, ist nicht die äußere Form der Dokumentation (umfassendes Handbuch zu allen Themen oder konkrete Hilfeartikel zu einzelnen Themen, Papierform oder elektronische Form, online oder offline), sondern allein die Brauchbarkeit für den Anwender. Eine Dokumentation, gleich welcher Form, erfüllt ihren Zweck, wenn sie es

einem durchschnittlichen Anwender, der eine Basisschulung durchlaufen hat, ermöglicht, sich vertieft in die Funktionen der Software einzuarbeiten und diese in der Praxis zu benutzen. Ob die Dokumentation in diesem Sinne brauchbar ist, hängt von ihrem Inhalt und der Art der Darstellung der Themen ab, insbesondere davon, ob die Dokumentation jeweils auf dem neuesten Stand und verständlich geschrieben ist.

Das häufigste Problem von unzureichenden Dokumentationen besteht nämlich darin, dass der Anwender das, was in der Dokumentation beschrieben ist, in der Software nicht vorfindet, weil die Software zwischenzeitlich weiterentwickelt wurde, die Dokumentation aber nicht entsprechend angepasst wurde. Auch in einem *BGH*-Fall aus dem Jahr 1998<sup>6</sup> bestand das Problem nicht darin, dass die Dokumentation überhaupt nicht oder in der falschen äußeren Form geliefert wurde, sondern darin, dass sie die kundenspezifischen Anpassungen der Software (noch) nicht enthielt, wobei der *BGH* zu dem Ergebnis gelangte, dass der Anspruch auf die Dokumentation mangels Fertigstellung der Anpassungen der Software (noch) nicht fällig war. Daher ist es geradezu kontraproduktiv, die Übergabe einer Dokumentation in Papierform zu verlangen, die veraltet ist, sobald die Software weiterentwickelt wurde. Eine Online-Dokumentation, die der Anbieter immer auf dem neuesten Stand der Software hält, ist für den Anwender wesentlich hilfreicher.

### III. Vertragstypologische Einordnung

Wie alle neuartigen Vertragsbeziehungen in der IT bedürfen auch SaaS-Verträge einer Einordnung in die „Schubladen“ der Vertragstypen des BGB, damit im Falle von Leistungsstörungen, also etwa bei Softwaremangeln, klar ist, ob dem Auftraggeber Gewährleistungsrechte zur Verfügung stehen, und wenn ja, welche. Zudem sind SaaS-Anwendungen so konzipiert, dass sie von vielen Kunden genutzt werden, und demensprechend sind auch die Nutzungsbedingungen für alle Kunden die gleichen und unterliegen daher der AGB-Kontrolle. Die AGB-rechtliche Wirksamkeit der in SaaS-Verträgen enthaltenen Vertragsklauseln hängt gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB davon ab, ob diese von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweichen, wobei der anzulegende Maßstab, also die „gesetzliche Regelung“, nur mittels einer vertragstypologischen Einordnung bestimmt werden kann.<sup>7</sup>

Heydn: Software as a Service (SaaS): Probleme und Vertragsgestaltung(MMR 2020, 435)

437

#### 1. Implementierungsprojekt und Softwareüberlassung

Trotz der grundsätzlichen möglichst weitgehenden Standardisierung der Software, die „as a Service“ angeboten wird, bietet derartige Software in der Regel umfangreiche Möglichkeiten, mittels Konfiguration an die individuellen Bedürfnisse des Kunden angepasst zu werden. Daher beginnt die Einführung einer solchen Software häufig – ebenso wie die Einführung einer herkommlichen On-premise-Software – mit einem Implementierungsprojekt, welches regelmäßig die Migration der Daten aus dem Altsystem einschließt. Nach erfolgreicher Durchführung des Implementierungsprojekts verfügt das Anwenderunternehmen im Idealfall über eine i.R.d. vorhandenen Anpassungsmöglichkeiten bestmöglich an seine Anforderungen angepasste Softwarelösung. Letzter Schritt des Implementierungsprojekts ist die Übernahme des Systems in den Produktivbetrieb. Im Anschluss daran wird das System vom Anwenderunternehmen produktiv eingesetzt; die hierfür erforderlichen Schulungen finden üblicherweise bereits während der Implementierungsphase statt.

Diese Konstellation Implementierungsprojekt in Verbindung mit Softwareüberlassung auf Zeit wirft die Frage der vertragstypologischen Einordnung in besonderem Maße auf.

Der *BGH* ordnet in st. Rspr. Projektverträge über die Einführung, Anpassung und Implementierung von Standardsoftware grundsätzlich insgesamt als Werkverträge ein.<sup>8</sup> In Abgrenzung zum Kaufvertrag stellt der *BGH* darauf ab, ob die Anpassungsleistungen ein gewisses Gewicht haben und hat insofern eine Dauer der Anpassungsarbeiten von zwei Monaten für ausreichend angesehen.<sup>9</sup> Da bei SaaS der Kunde weder Besitz noch Eigentum an einer Softwarekopie erlangt, kommt eine Einordnung als Kaufvertrag von vornherein nicht in Betracht.

## 2. Wortlaut

Die Bezeichnung „Software as a Service“ legt zunächst eine Einordnung als Dienstvertrag nahe.<sup>10</sup> Dieser Schluss beruht jedoch auf der Annahme, dass man das englische Wort „service“ mit „Dienst“ oder „Dienstleistung“ ins Deutsche übersetzt. Bereits diese Annahme ist keineswegs zwingend, sondern eher fraglich. Denn der englische Begriff „service“ ist wesentlich weiter gefasst als der deutsche Begriff „Dienst“ oder „Dienstleistung“. So kann „service“<sup>11</sup> u.a. mit „Bedienung“, „Kundendienst“, „Gottesdienst“, „Wartung“, „Betrieb“, „Bewirtung“, „Leistung“, „Gebrauch“, „Einsatz“, „Gedenkfeier“ oder „Inspektion“ übersetzt werden. Übersetzt man „Software as a Service“ etwa mit „Computerprogramm als eine Leistung“, stellt sich SaaS als juristisch vollkommen neutraler Begriff dar, der auf Grund seines Wortlauts keinem bestimmten Vertragstypus zuzuordnen ist. Denn das Schuldrecht des BGB kennt den Begriff der „Leistung“ als allgemeinen Oberbegriff dessen, was unter einem Schuldverhältnis geschuldet ist (§ 241 Abs. 1 S. 1 BGB). Der *BGH* definiert „Leistung“ in st. Rspr. als „bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens“.<sup>12</sup>

Hinzu kommt, dass für die vertragstypologische Einordnung die Bezeichnung des Vertrags<sup>13</sup> nicht maßgeblich ist, sondern der Charakter der im Vertrag vereinbarten Hauptleistungspflichten. Insbesondere wenn es sich bei einer entgeltlich zur Verfügung gestellten Software um Programme handelt, mit denen der Anwender unternehmensbezogene Prozesse unterstützt, wie z.B. ERP-Systeme<sup>14</sup> oder CRM-Software<sup>15</sup>, ist die Qualifizierung des zu Grunde liegenden vertraglichen Leistungsversprechens des Anbieters als ein bloßes ernsthaftes Leistungsbemühen nicht sachgerecht.<sup>16</sup>

## 3. Die ASP-Entscheidung des BGH

Der Unterschied zwischen ASP und SaaS besteht lediglich darin, dass der Anbieter bei ASP für jeden Kunden eine eigene Instanz betreibt, während bei SaaS eine Instanz für mehrere Kunden betrieben wird. Der Unterschied ist also ein technischer. Die Art und Weise, wie die Software dem Kunden überlassen wird, ist im Wesentlichen gleich, denn in beiden Fällen nutzt der Kunde die auf dem Server des Anbieters gespeicherte Software über das Internet. Juristisch besteht im Verhältnis zwischen Anbieter und Kunde, insbesondere hinsichtlich des vertraglichen Pflichtenprogramms, kein relevanter Unterschied zwischen ASP und SaaS, weshalb die Rechtsprechung zur vertragstypologischen Einordnung von ASP auch für die Einordnung von SaaS herangezogen werden kann.<sup>17</sup>

### a) Softwareüberlassung als Mietvertrag

Der *BGH* hat die entgeltliche Überlassung von Software mittels ASP als Mietvertrag eingeordnet und zutreffend darauf hingewiesen, dass der Mietvertrag keine Besitzverschaffung, sondern lediglich eine Gebrauchsgewährung voraussetzt, die auch online erfolgen kann.<sup>18</sup> Diese Argumentation begegnet keinen dogmatischen Bedenken. Sie ist vielmehr ein schönes Beispiel dafür, wie das aus dem 19. Jahrhundert stammende BGB auf Grund seines hohen Abstraktionsgrads und seiner

Technikneutralität auch auf Sachverhalte des Digitalisierungszeitalters anwendbar ist, die der Gesetzgeber bei der Schaffung des Gesetzes nicht vorhersehen konnte.

Problematischer ist hingegen die Argumentation des *BGH* im Hinblick auf den Begriff der „Mietsache“ in § 535 Abs. 1 BGB. Der *BGH* führt hierzu in der ASP-Entscheidung aus, dass der *BGH* wiederholt entschieden habe, dass eine auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware als bewegliche Sache anzusehen sei.<sup>19</sup> Das ist indes so schlichtweg nicht richtig. Vielmehr ließ der *VIII. Zivilsenat* in seinen ersten beiden Entscheidungen aus den Jahren 1987<sup>20</sup> und 1989<sup>21</sup> jeweils ausdrücklich offen, ob Software als solche eine Sache ist, und begnügte sich mit dem Hinweis, dass die jeweiligen Kundenschutzvorschriften (das kaufrechtliche Sachmängelgewährleistungsrecht und das damalige Abzahlungsgesetz), deren Anwendbarkeit das Vorliegen einer Sache voraussetzte, jedenfalls entsprechend anzuwenden seien. Später wurden diese Entscheidungen dann als vermeintlicher Beleg dafür zitiert, dass Software eine Sache sei. Richtigerweise ist daher darauf abzustellen, dass § 535 Abs. 1 BGB auf die zeitlich befristete Gebrauchsgewährung von Software entsprechend anzuwenden ist, obwohl Software keine Sache ist.<sup>22</sup> Festzuhalten ist somit, dass die ASP-Rechtsprechung des *BGH* i.E. auf SaaS anwendbar ist.

## b) Vorgeschaltetes Implementierungsprojekt

Offen bleibt indes die Frage, wie das regelmäßig vorgeschaltete Implementierungsprojekt zu behandeln ist. Insofern enthält die ASP-Entscheidung einen interessanten Hinweis des *BGH*, der für diese Frage fruchtbar gemacht werden kann.

Heydn: Software as a Service (SaaS): Probleme und Vertragsgestaltung (MMR 2020, 435)

438

Im ASP-Fall war es nämlich so, dass der Anbieter nicht nur die Überlassung der Software, sondern auch eine Einweisung schuldete. Der Kunde hatte die Software im März 2001 in Betrieb genommen und Ende Juni 2001 verschiedene (vom Anbieter bestrittene) Mängel gerügt und behauptet, die Software sei von Anfang an mangelhaft gewesen. Der *BGH* führte aus, dass in diesem Fall der Kunde die Beweislast für den von ihm behaupteten mangelhaften Zustand der Mietsache trage, weil er mit der Nutzung über mehrere Monate ohne Mängelrüge zum Ausdruck gebracht habe, dass er die Software als im Wesentlichen vertragsgemäß ansehe.<sup>23</sup> Allerdings läge, so der *BGH* weiter, eine vertragsgemäße Überlassung dann nicht vor, wenn der Anbieter die zusätzlich vertraglich vereinbarte Einweisung nicht durchgeführt hätte, weil dann eine vertragsgemäße Überlassung der Mietsache nicht vorliege; erst nach erfolgter Einweisung wäre der Kunde in der Lage gewesen, die Mietsache vertragsgemäß zu nutzen.<sup>24</sup>

Für das vorgeschaltete Implementierungsprojekt kann nichts anderes gelten: Eine vertragsgemäße Überlassung liegt erst nach erfolgter Implementierung vor, vorher jedoch nicht. Dementsprechend besteht auch eine Verpflichtung des Kunden zur Zahlung des laufenden Entgelts für die Softwareüberlassung erst nach erfolgreichem Abschluss (= Abnahme) des Implementierungsprojekts, vorher jedoch nicht.

In der Praxis wird das regelmäßig nicht hinreichend berücksichtigt. Vielmehr legen SaaS-Anbieter regelmäßig Vertragswerke vor, die eine Verpflichtung des Kunden zur Bezahlung der regelmäßigen Vergütung für die Nutzung der Software bereits vor Abschluss des Implementierungsprojekts vorsehen. Wenn sich das Implementierungsprojekt – aus welchen Gründen auch immer – hinzieht, was in der Praxis nicht selten vorkommt, zahlt der Kunde für die Nutzung einer Software, die er noch gar nicht nutzen kann.

## 4. Differenzierende vertragstypologische Einordnung von SaaS-Verträgen

SaaS-Verträge werden häufig in Form eines Rahmenvertrags abgeschlossen, auf dessen Grundlage für die verschiedenen Leistungen Einzelverträge für

- Implementierung,
- Datenmigration,
- Schulungen,
- Softwareüberlassung (laufender Betrieb),
- Wartung, Support und Hotline (Service Level Agreement)

geschlossen werden. Ein weiterer notwendiger Bestandteil eines SaaS-Vertragswerks ist die Vereinbarung über Auftragsdatenverarbeitung gem. Art. 28 DS-GVO; diese gilt übergreifend für alle Leistungen des Anbieters und stellt daher keinen Einzelvertrag unter dem Rahmenvertrag dar. Teilweise werden diese Leistungen in einem Einzelvertrag zusammengefasst (z.B. Implementierung und Schulung oder Implementierung und Datenmigration oder Softwareüberlassung und Service Level Agreement).

Allgemein üblich ist aber die Trennung von einmalig zu erbringenden Leistungen (Implementierung, Datenmigration, Schulungen) und auf Dauer zu erbringenden Leistungen (Softwareüberlassung und Service Level Agreement). Mit dieser Trennung korrespondieren regelmäßig entsprechende Vergütungsvereinbarungen (einmalige Zahlungen und wiederkehrende Zahlungen).

Es liegt daher nahe, SaaS-Verträge als typengemischte Verträge<sup>25</sup> anzusehen und hinsichtlich der vertragstypologischen Einordnung zwischen den jeweiligen Elementen und zeitlichen Phasen zu differenzieren.

#### **a) Implementierung und Migration als Werkvertrag**

Entsprechend der Rechtsprechung des *BGH*, nach welcher Projektverträge über die Anpassung und Implementierung von Standardsoftware als Werkverträge einzuordnen sind,<sup>26</sup> liegt es nahe, auch die Implementierung einer SaaS und die Migration der Daten des Kunden in das implementierte System als Werkvertrag einzuordnen. Nach dem Wortlaut des § 631 BGB schuldet der Werkunternehmer die „Herstellung des versprochenen Werkes“. Nach h.M. besteht allerdings über die Herstellungspflicht hinaus bei körperlichen Werken eine Pflicht zur Ablieferung des Werks, welche in der Regel eine Pflicht zur Besitzverschaffung beinhalten soll.<sup>27</sup> SaaS ist hingegen dadurch gekennzeichnet, dass der Kunde gerade keinen Besitz an der Software erlangt, sondern lediglich einen Zugang zu dieser. Vertreter der Auffassung, dass Software eine Sache und damit ein körperlicher Gegenstand sei, haben daher ein Problem mit der Einordnung des SaaS-Implementierungsprojekts als Werkvertrag; Vertreter der Gegenauffassung<sup>28</sup> hingegen nicht. Denn bei unkörperlichen Werken tritt an die Stelle der Ablieferung regelmäßig die Zugänglichmachung des Werks,<sup>29</sup> die bei SaaS mit der Bereitstellung der Software auf dem Server des Anbieters und der Mitteilung der Zugangsdaten an den Kunden erfolgt. Es ist daher mit dem Vertragstypus des Werkvertrags ohne weiteres vereinbar, dass der Besteller am Ende des Implementierungsprojekts weder Eigentum noch Besitz an dem erstellten Werk erwirbt, sondern nur ein zeitlich befristetes Nutzungsrecht an dem Werk erhält.

Für eine Einordnung als Werkvertrag spricht, dass die anschließende Nutzung durch den Kunden die vorherige erfolgreiche Implementierung und Migration voraussetzt und der Anbieter daher insoweit einen Erfolg schuldet. Da die anschließende Nutzung untrennbar von der vorherigen erfolgreichen Implementierung und Migration abhängig ist, ist von einem einheitlichen Vertrag auszugehen, mit der Folge, dass der Kunde im Falle einer Nicht- oder Schlechtleistung in der Implementierungs-

oder Migrationsphase nach § 323 BGB vorgehen und vom gesamten Vertrag zurücktreten kann. Gleiches gilt im Hinblick auf eine Kündigung gem. §§ 648 oder 648a BGB in der Implementierungs- oder Migrationsphase, die ebenfalls den gesamten Vertrag erfasst.

Dass ein Rücktritt oder eine Kündigung in der Implementierungs- oder Migrationsphase auf die übrigen Vertragsbestandteile „durchschlägt“, muss unabhängig davon gelten, ob die jeweiligen Vertragsbestandteile formal in einer einheitlichen Vertragsurkunde geregelt sind oder ob der Vertrag als Rahmenvertrag mit Einzelverträgen abgeschlossen wurde.

### **b) Schulungen als Dienstvertrag**

Schulungen der Mitarbeiter des Auftraggebers sind als Dienstvertrag einzuordnen,<sup>30</sup> da der Auftragnehmer auf den Erfolg der Schulung, also das Erlernen der Benutzung des Programms durch die Schulungsteilnehmer, keinen Einfluss hat und diesen daher auch nicht schulden kann. Das gilt unabhängig davon, ob der Auftragnehmer sämtliche Anwender unmittelbar schult oder ob, was insbesondere bei komplexer Software wie z.B. ERP-Software in der Praxis häufig vorkommt, nach dem Prinzip „train the trainer“ der Auftragnehmer nur einige wenige Mitarbeiter des Auftraggebers sehr intensiv schult, die sodann ihrerseits die übrigen Mitarbeiter des Auftraggebers schulen.

Heydn: Software as a Service (SaaS): Probleme und Vertragsgestaltung(MMR 2020, 435)

439

### **c) Softwareüberlassung als Mietvertrag**

Die Gesamtabnahme der Implementierung und der Datenmigration und die daran anschließende Übernahme des Systems in den Produktivbetrieb markieren in zeitlicher Hinsicht das Ende der Implementierungsphase, d.h. der Einmalleistungen, und den Beginn der Softwareüberlassungsphase, d.h. der dauerhaft zu erbringenden Leistungen i.S.e. Dauerschuldverhältnisses.

Mit der Abnahme der Implementierung und der Datenmigration ist auch der diesbezügliche Werkvertrag beendet, d.h. ein Rücktritt vom gesamten Vertrag oder eine Kündigung des gesamten Vertrags gem. §§ 648 oder 648a BGB kommt nicht mehr in Betracht. Dem Auftraggeber stehen allerdings i.R.d. werkvertraglichen Gewährleistung Ansprüche im Hinblick auf ggf. noch vorhandene Mängel der Implementierungs- oder Migrationsleistungen zu.

Die Softwareüberlassung ist entsprechend der ASP-Entscheidung des *BGH* (s. unter III. 3. a)) als Mietvertrag einzuordnen. Erfolgt eine Überlassung von Software zur Nutzung unentgeltlich, etwa zu Testzwecken oder i.R.v. Internetangeboten wie z.B. Free-Mail-Diensten oder Videokonferenzen hinsichtlich der von einem Account-Inhaber eingeladenen Teilnehmer, ist die Überlassung als Leihe einzuordnen.<sup>31</sup>

### **d) Wartung, Support und Hotline (SLA) als Werkvertrag oder Dienstvertrag**

Hinsichtlich SLAs bestehen keine Unterschiede zwischen On-premise-Software und SaaS.<sup>32</sup> Je nachdem, ob der Anbieter einen bestimmten Erfolg (z.B. Fehlerbeseitigung innerhalb einer bestimmten Zeit) oder bloße Unterstützung (z.B. Reaktion auf eine Fehlermeldung innerhalb einer bestimmten Zeit und im Anschluss daran bloßes Bemühen, den Fehler zu beseitigen) schuldet, sind die jeweiligen Einzelverpflichtungen entweder als Werkvertrag oder als Dienstvertrag einzuordnen.<sup>33</sup> Soweit ein störungsfreier Zustand des Systems allein durch eine sorgfältige und regelmäßige Wartung hergestellt werden kann, ist ein Wartungsvertrag ebenfalls als Werkvertrag einzuordnen; ein Mangel liegt in diesem Fall nur vor, wenn das System in einen Zustand gerät, in



dem Störungen zu erwarten sind, und wenn dieser Zustand auf ungenügende Wartungsarbeiten zurückzuführen ist.<sup>34</sup>

#### **IV. Hinweise zur Vertragsgestaltung**

Aus der Einordnung des Implementierungs- und Migrationsprojekts als Werkvertrag und des sich daran anschließenden Dauerschuldverhältnisses betreffend die Softwareüberlassung als Mietvertrag ergeben sich Besonderheiten, die bei der Vertragsgestaltung zu beachten sind.

##### **1. Fälligkeit der Vergütung für das Implementierungs- und Migrationsprojekt**

Bei dem Verkauf von zeitlich unbefristeten Lizenzen für On-premise-Software hatten die Anbieter den Vorteil, dass sie gleich zu Beginn eines Projekts die Vergütung für den Lizenzerwerb in Rechnung stellen und als Aktivposten bilanzieren konnten. Diese Möglichkeit der sofortigen sog. Revenue Recognition eines nicht unerheblichen Teils des gesamten Projektvolumens entfällt bei SaaS.

Die Anbieter versuchen, diesen Nachteil zu kompensieren, indem sie eine erhebliche (z.B. 50%) Vorauszahlung der Einmalvergütung für das Implementierungs- und Migrationsprojekt verlangen. Aus Kundensicht ist das im Hinblick auf den Grundsatz, dass die Vergütung erst bei Abnahme fällig wird (§ 641 BGB), jedoch nicht gerechtfertigt. Eine Vergütung nach der Fertigstellung bestimmter Meilensteine der Implementierung wird den Interessen beider Parteien gerecht. Aus Anbietersicht ist es sinnvoll, dies mit einer Vereinbarung von Teilabnahmen der Meilensteine zu verbinden.

##### **2. Laufzeiten**

Des Weiteren finden sich in der Praxis häufig SaaS-Verträge, in denen Implementierungsprojekt, Softwareüberlassung und Service Level Agreement gleichzeitig beginnen mit der Folge, dass der Kunde bereits während der Implementierungsphase die Vergütung sowohl für die Softwareüberlassung als auch für das Service Level Agreement bezahlen muss, obwohl er die Software noch gar nicht produktiv nutzt.

Aus Anwendersicht ist daher bei den Bestimmungen über die Laufzeiten sowohl der Softwareüberlassung als auch des SLAs darauf zu achten, dass diese erst nach Abnahme des Implementierungs- und Migrationsprojekts und nach der Übernahme des Systems in den Produktivbetrieb (sog. Go Live) beginnen.

##### **3. Gewährleistung**

Die Einordnung des Implementierungs- und Migrationsprojekts als Werkvertrag und des sich daran anschließenden Dauerschuldverhältnisses betreffend die Softwareüberlassung als Mietvertrag wirft des Weiteren Fragen bei der Gewährleistung auf. Ein weiteres Element in dieser Gemengelage ist das SLA, das u.a. ebenfalls die Beseitigung von Fehlern zum Gegenstand hat, sodass sich die Frage stellt, in welcher Beziehung diese vergütungspflichtige vertragliche Leistung zu den ohne Vergütung zu erfüllenden Gewährleistungsansprüchen steht.

###### **a) Mängel der Software**

Für Mängel der Software gilt § 535 Abs. 1 S. 2 BGB. Danach ist der Anbieter verpflichtet, die Software dem Kunden in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Vertragslaufzeit in diesem Zustand zu erhalten. Mängel der Software sind also über die gesamte Vertragslaufzeit bereits auf Grund gesetzlicher Gewährleistung zu beseitigen. Gewährleistungsansprüche haben grundsätzlich Vorrang vor einem SLA<sup>35</sup>. Sieht das SLA z.B. vor,

dass unwesentliche Fehler erst mit Auslieferung des nächsten turnusmäßigen Updates behoben werden oder dass der Anbieter hierfür ein Entgelt verlangen kann, kann der Kunde darauf nicht verwiesen werden. Der Anspruch auf eine unentgeltliche Beseitigung auch von unwesentlichen Mängeln besteht kraft Gesetzes. Es ist daher aus Anwendersicht durchaus sinnvoll, das im SLA klarzustellen<sup>36</sup> und die Abgrenzung zwischen Gewährleistung und über die Erfüllung von Gewährleistungsansprüchen hinausgehender Wartung und Pflege im SLA klar zu regeln.

Im Vergleich zu einer On-premise-Software, die gegen Zahlung einer einmaligen Lizenzgebühr unbefristet lizenziert wird, ist bei SaaS der Anwendungsbereich des Service Level Agreements geringer und der Anwendungsbereich der Gewährleistung größer. Denn der Verkäufer einer Software, die zeitlich unbefristet lizenziert wird, schuldet i.R.d. kaufrechtlichen Gewährleistung lediglich eine Beseitigung von Mängeln, die im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden waren. Werden Softwarefunktionen später unbrauchbar, etwa weil sich gesetzliche Rahmenbedingungen wie z.B. der Umsatzsteuersatz ändern, so besteht kein Gewährleistungsanspruch auf Anpassung des Umsatzsteuersatzes in der Software. Ein solcher Anspruch ergibt sich nur aus dem Wartungsvertrag. Bei SaaS besteht insofern hingegen ein Gewährleistungsanspruch aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB.

Heydn: Software as a Service (SaaS): Probleme und Vertragsgestaltung(MMR 2020, 435)

440

## **b) Mängel der Implementierung und Migration**

Von Mängeln der (Standard-)Software als solcher sind Mängel zu unterscheiden, die auf eine fehlerhafte Implementierung oder eine fehlerhafte Datenmigration zurückzuführen sind. Diese unterliegen der werkvertraglichen Gewährleistung. Gem. §§ 631, 633 Abs. 1, 634 Nr. 1, 635 BGB hat der Kunde zunächst einen vertraglichen Primäranspruch auf mangelfreie Implementierung des Systems und mangelfreie Migration der Daten und auf Beseitigung etwaiger Mängel. Auch nach der Abnahme der Implementierung und der Migration hat der Kunde einen Anspruch auf Beseitigung noch vorhandener Mängel, insbesondere unwesentlicher Mängel, wegen derer die Abnahme gem. § 640 Abs. 1 S. 2 BGB nicht verweigert werden darf. Auch hier gilt, dass Gewährleistungsansprüche grundsätzlich Vorrang vor einem SLA haben. Das Problem der Abgrenzung zwischen Gewährleistungsanspruch und SLA kann hier relativ einfach durch eine klare und eindeutige Regelung dahingehend gelöst werden, dass das SLA erst mit dem „Go Live“ beginnt (s. unter IV. 2.) und dass die Beseitigung der bei der Abnahme der Implementierung vorhandenen Mängel unverzüglich und unabhängig vom SLA erfolgt.

## **4. Haftung**

Aus der Anwendung des Mietrechts folgt schließlich die verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung des Anbieters für die Mangelfreiheit der Software im Hinblick auf bei Beginn des Mietverhältnisses bereits bestehende Mängel gem. § 536a Abs. 1 BGB. Insofern ist es möglich, die verschuldensunabhängige Haftung auszuschließen, auch durch AGB.<sup>37</sup>

## **5. Kündigung**

Bei der Formulierung von Kündigungsrechten ist aus Anwendersicht darauf zu achten, dass durch die Kündigung (oder den Rücktritt vom Vertrag) in der Implementierungs- und Migrationsphase auch die übrigen Vertragsbestandteile erfasst werden, sofern dem nicht bereits durch eine entsprechende Regelung der Laufzeiten (s. unter IV. 2.) Rechnung getragen wurde.

## **V. Fazit**

SaaS-Verträge sind als typengemischte Verträge mit werk-, miet- und dienstvertraglichen Elementen einzuordnen. Trotz eines höheren Standardisierungsgrads der Software kann die werkvertraglich zu qualifizierende Erstimplementierung der Software durchaus umfangreich sein. Um den Parteien im Fall einer Projektkrise eine effiziente Problemlösung oder, falls nötig, eine effektive Streitbeilegung zu ermöglichen, ist es auch im SaaS-Projekt erforderlich, dass der Vertrag unter Berücksichtigung der vertragstypologischen Einordnung das dafür notwendige Instrumentarium zur Verfügung stellt. Die vertraglichen Elemente sind sowohl in chronologischer als auch in funktioneller Hinsicht voneinander abzugrenzen und teleologisch miteinander zu verknüpfen.

### Schnell gelesen ...

- Implementierungs- und Migrationsprojekte unterliegen auch bei SaaS dem Werkvertragsrecht.
- Die Softwareüberlassung unterliegt bei SaaS entsprechend der ASP-Rechtsprechung des BGH dem Mietvertragsrecht.
- Die Softwareüberlassung und das Service Level Agreement (SLA) sollten nicht vor dem „Go Live“ beginnen.
- Ansprüche aus werk- und mietvertraglicher Gewährleistung und Ansprüche aus dem SLA sollten klar voneinander abgegrenzt werden.



**Dr. Truiken Heydn**  
ist Rechtsanwältin in München.

Vgl. hierzu bereits in der Reihe „Software im digitalen Zeitalter – „Schubladen“ des BGB“ erschienenen Beitrag *Heydn*, MMR 2020, 284.

---

<sup>1</sup> *Pohle/Ammann*, K&R 2009, 625 (626).

<sup>2</sup> *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69.

<sup>3</sup> Zur Abgrenzung zwischen Vertragsstrafen und Service Credits *OLG Köln* CR 2018, 631 (632).

<sup>4</sup> *BGH NJW* 1998, 2132 (2133).

<sup>5</sup> *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69 (72).

<sup>6</sup> *BGH NJW* 1998, 2132 (2133).

<sup>7</sup> *Pohle/Ammann*, K&R 2009, 625 (626); *Heydn*, MMR 2020, 284.

<sup>8</sup> *BGH NJW* 1990, 3008; *BGH NJW-RR* 2014, 1204 (1205), Rn. 13 f. = nur teilweise in MMR 2014, 591 abgedruckt; *Heydn*, MMR 2020, 284 (286).

<sup>9</sup> *BGH NJW-RR* 2014, 1204 (1205), Rn. 13 f.

<sup>10</sup> *Pohle/Ammann*, K&R 2009, 625 (626).

<sup>11</sup> Abrufbar unter: <https://dict.leo.org/englisch-deutsch/service>.

<sup>12</sup> *BGH NJW* 2015, 229 (231), Rn. 21.

<sup>13</sup> Zur Dispositivität der vertragstypologischen Einordnung *Heydn*, MMR 2020, 284 (287).

<sup>14</sup> So bietet z.B. *SAP* ERP-Systeme als SaaS an.

- 15 Ein bekannter Anbieter CRM SaaS Anbieter ist z.B. *Salesforce*.
- 16 *Pohle/Ammann*, K&R 2009, 625 (626).
- 17 *Pohle/Ammann*, K&R 2009, 625 (626 f.).
- 18 *BGH MMR* 2007, 243 (244).
- 19 *BGH MMR* 2007, 243 (244).
- 20 *BGH NJW* 1988, 406.
- 21 *BGH NJW* 1990, 320.
- 22 *Heydn*, CR 2010, 765 (770).
- 23 *BGH MMR* 2007, 243.
- 24 *BGH MMR* 2007, 243.
- 25 *Pohle/Ammann*, K&R 2009, 625 (627).
- 26 *BGH NJW* 1990, 3008; *BGH NJW-RR* 2014, 1204 (1205), Rn. 13 f. = nur teilweise in *MMR* 2014, 591 abgedruckt; *Heydn*, *MMR* 2020, 284 (286).
- 27 *Voit*, in: *BeckOK BGB*, 53. Ed., Stand: 1.2.2019, *BGB* § 631 Rn. 62; *Busche*, in: *MüKoBGB*, 8. Aufl. 2020, § 631 Rn. 61.
- 28 S. unter III. 3. a); *Heydn*, CR 2010, 765 (770).
- 29 S. *Busche* (o. Fußn. 27).
- 30 *BGH NJW* 1986, 373.
- 31 *Pohle/Ammann*, K&R 2009, 625 (627); *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69 (71) (76).
- 32 *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69 (76).
- 33 *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69 (76).
- 34 *OLG München* CR 1989, 283 (284).
- 35 *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69 (76).
- 36 *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69 (76).
- 37 *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69 (72 f.).