



Kommentar zu: Urteil [4A_149/2013](#) vom 31. Juli 2013
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: IT-Recht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#)

Anwendung von Art. 5 Abs. 1 lit. b LugÜ auf Software

Autor / Autorin

Gianni Fröhlich-Bleuler

Gianni Fröhlich-Bleuler · Rechtsanwalt

Redaktor / Redaktorin

Urs Egli

epartners
RECHTSANWÄLTE
ATTORNEYS-AT-LAW

Das Bundesgericht hält im Urteil vom 31. Juli 2013 (4A_149/2013) mit Verweis auf die herrschende Lehre fest, dass eine Sache im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b 1. Spiegelstrich LugÜ (Gerichtsstand am Erfüllungsort der Verpflichtung) nur ein körperlicher Gegenstand sei; aus diesem Grund könne einzig Software in materialisierter Form unter die Bestimmung fallen – also keine online übertragene.

Sachverhalt

[1] Die Klägerin und Beschwerdeführerin schloss als Kundin mit einem deutschen Lieferanten (Beklagte und Beschwerdegegnerin) ein End User License Agreement (EULA) mit separaten Änderungen sowie ein Master Service Agreement mit Statement of Work ab. Unstrittig war, dass die Parteien für beide Verträge deutsches materielles Recht und für das Master Service Agreement als Gerichtsstand Zürich vereinbart hatten. Umstritten war aber, ob auch das EULA einen Gerichtsstand in Zürich beinhaltet.

[2] In der Folge machte die Klägerin geltend, das ERP-System sei nicht so geliefert und installiert worden, wie vereinbart. Sie reichte Klage gegen die Beklagte am Handelsgericht Zürich ein. Das Handelsgericht aber trat auf die Klage wegen Unzuständigkeit nicht ein.

[3] Im Verfahren vor Bundesgericht ging es nur um die Frage der örtlichen Zuständigkeit. Da die Klägerin ihren Sitz in der Schweiz und die Beklagte in Deutschland hatte, lag ein internationaler Sachverhalt vor, auf den das Lugano-Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 ([LugÜ](#)) Anwendung fand.

Rechtliche Erwägungen

[4] Die Klägerin machte geltend, dass sich die Parteien auch für das EULA auf den Gerichtsstand im Kanton Zürich geeinigt hätten. Wahrscheinlich aufgrund eines redaktionellen Versehens waren allerdings das EULA und die Änderungen zum EULA, die in einem separaten Dokument aufgenommen waren, widersprüchlich bezüglich des Gerichtsstandes. Aus diesem Grund war das Handelsgericht zum Schluss gekommen, dass die Parteien für das EULA keine gültige Gerichtsstandsvereinbarung abgeschlossen hatten - was das Bundesgericht nicht beanstandete (Erwägungen 4).

[5] Das Handelsgericht hatte auch geprüft, ob in Zürich ein Gerichtsstand am Erfüllungsort im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a [LugÜ](#) bestand und dies verneint. Dagegen wehrte sich die Klägerin, indem sie geltend machte, dass erstens die Vorinstanz den Erfüllungsort gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b [LugÜ](#) in Zürich hätte bestimmen müssen, da die Software zur Installation und Nutzung in Zürich vorgesehen war (Erwägung 5.1). Zweitens wäre das Handelsgericht gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a [LugÜ](#) gehalten gewesen, deutsches Recht anzuwenden, und dieses sehe für die Rückabwicklung des Vertrages als Erfüllungsort den Ort vor, wo die Software zu deinstallieren ist (Erwägung 5.2).

[6] Das Bundesgericht hielt vorab fest, dass Art. 5 Abs. 1 lit. b [LugÜ](#) den Gerichtsstand für den Verkauf beweglicher Sachen (1. Spiegelstrich) und für die Erbringung von Dienstleistungen (2. Spiegelstrich) regle. Für die Beantwortung der Frage, inwieweit Software von der Bestimmung im ersten Spiegelstrich erfasst werde, hielt es mit Hinweis auf die herrschende Lehre Folgendes fest: Als Sache im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b 1. Spiegelstrich [LugÜ](#) seien nur körperliche Gegenstände zu werten. Damit werde von dieser Bestimmung nur Software erfasst, wenn sie in materialisierter Form übertragen werde. Die Klägerin habe aber im vorinstanzlichen Verfahren nicht geltend gemacht, die Software sei in einer Art übertragen worden, die eine Behandlung als Warenkauf rechtfertigen würde. Ebenso wenig hätte sie behauptet, die Leistungen des EULA seien als Dienstleistungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b [LugÜ](#) zu qualifizieren (Erwägung E. 5.4.1). Weitere Einwendungen der Klägerin wies das Bundesgericht aus formalen Gründen ab und bestätigte das vorinstanzliche Urteil.

Kommentar

1. Die Parteien hatten einerseits einen separaten Softwareüberlassungs- (EULA) und andererseits einen Werkvertrag oder Auftrag (Master Service Agreement mit Statement of Work) vereinbart. Diese Aufteilung der Leistungen eines an sich einheitlichen Projektes auf zwei Verträge ist für anglo-amerikanische Vereinbarungen typisch. Durch die Loslösung der Lizenzierung von den werkvertraglichen Leistungen versucht der Lieferant erstens sein Risiko beim Scheitern des Projektes (werkvertragliche Leistungen) zu vermindern und zweitens die Anerkennung des mit der Lizenzierung erzielten Umsatzes als bilanzmässigen Erlös («Revenue Recognition») bereits vor der Abnahme der werkvertraglichen Leistungen sicherzustellen.
2. Es gibt verschiedene Kriterien, um Software-Überlassungsverträge zu kategorisieren: Eine Einteilung beruht darauf, ob der Lieferant dem Anwender Standardsoftware auf Dauer (analog dem Kauf) oder auf Zeit (analog der Miete) überlässt. Eine andere berücksichtigt, ob die Software auf einem Datenträger (also «materialisiert») oder online übertragen wird. Aufgrund des Sachverhaltes kann davon ausgegangen werden, dass der Lieferant dem Anwender gemäss EULA Standardsoftware auf Dauer übertragen hat.
3. Der Entscheid des Bundesgerichts ist aufgrund der Erwägung 5.4.1 interessant: Das Bundesgericht schliesst sich hier der wohl herrschenden Lehre an; sie geht davon aus, dass Computerprogramme nur dann von Art. 5 Abs. 1 lit. b 1. Spiegelstrich [LugÜ](#) erfasst werden, wenn sie in materialisierter Form übertragen werden - also auf CD, DVD, Bänder oder Diskette; ausgeschlossen sind damit Computerprogramme, die der Lieferant dem Anwender online überlässt. Selbstverständlich ist dies allerdings nicht:
 - Warum ein Unterschied zwischen Übertragung auf Datenträger und online gemacht wird, ist wirtschaftlich betrachtet nicht nachvollziehbar. In beiden Fällen installiert der Anwender das Computerprogramm und nutzt es anschliessend in gleicher Weise. Die Übertragung von Standardsoftware auf Dauer online und auf einem Datenträger weisen beide die üblichen Merkmale eines Warengeschäfts auf.
 - Im Urteil vom 3. Juli 2012 in der Rechtssache [C-128/11](#) (Oracle/UsedSoft) musste der EuGH den in der EU-Richtlinie zum Rechtsschutz von Computerprogrammen (Richtlinie [2009/24/EG](#) vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen) benützte Begriff des Verkaufs auslegen. Er führte aus, «Verkauf»

sei als autonomer Begriff des Unionsrechts anzusehen, der im gesamten Gebiet der EU einheitlich auszulegen sei (Rz. 39 ff.). In der Folge hat der EuGH die Überlassung auf Dauer einer durch den Erwerber online herunter geladenen Software als Verkauf gewertet (Rz. 48 f.).

- Inhaltlich stimmt das [LugÜ](#) mit der EuGVVO (Verordnung (EG) Nr. [44/2001](#) des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen) überein. Im Gegensatz zu der vom Bundesgericht zitierten Literatur gehen neuere Kommentare zur EuGVVO davon aus, dass auch online übertragene Standardsoftware unter den «Verkauf beweglicher Sachen» zu subsumieren ist (MANKOWSKI Peter in: Magnus Ulrich/ Mankowski Peter (Hrsg.), Brussels I Regulation, 2. Aufl., München 2011, Rz. 86 zu Art. 5; LEIBLE Stefan, in: Rauscher Thomas (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht: Bearbeitung 2011, Brüssel I-VO, München 2011, Rz. 47 zu Art. 5.)

- Für die Bestimmung des Warenbegriffs im [LugÜ](#) bzw. EuGVVO kann das UN-Kaufrecht beigezogen werden; alle drei Erlasse gehen vom gleichen Warenbegriff aus (OBERHAMMER Paul, Rz. 42 zu Art. 5, in: Dasser Felix/Paul Oberhammer (Hrsg.), Handkommentar Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 2. Aufl., Bern 2011; kritisch dazu HOFMANN Dieter A./ KUNZ Oliver M., in: Christian Oetiker / Thomas Weibel (Hrsg.), Basler Kommentar Lugano-Übereinkommen, Basel 2011, Rz. 183 zu Art. 5.). Ein grosser Teil der Literatur geht aber davon aus, dass vom UN-Kaufrecht auch Standardsoftware erfasst wird, die online auf Dauer dem Anwender übertragen wird (vgl. dazu die Nachweise bei MAGNUS Ulrich, Staudinger BGB - Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Berlin 2013, Rz. 44 zu Art. 1).

4. Ob der Entscheid des Bundesgerichts zum Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 1 lit. b [LugÜ](#) langfristig gültig sein wird, ist daher fraglich.

Zitiervorschlag: Gianni Fröhlich-Bleuler, Anwendung von Art. 5 Abs. 1 lit. b LugÜ auf Software, in: dRSK, publiziert am 26. August 2013

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw



EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern
T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | info@weblaw.ch

www.weblaw.ch