

Gianni Fröhlich-Bleuler

Rechtsprechung zum Software-Vertragsrecht

Eine Tour d' Horizon

Urteile zum Software-Vertragsrecht sind bisher nur wenige publiziert. Nach dem Bundesgericht schalten immer öfter auch kantonale Gerichte ihre Entscheide im Internet auf. Dadurch hat sich die Zahl der Urteile zum Software-Vertragsrecht erhöht. In dem Beitrag wird die Rechtsprechung zu einzelnen Aspekten des Software-Vertragsrechts zusammengefasst und auf Entscheide des Bundesgerichts und kantonaler Gerichte hingewiesen.

Rechtsgebiet(e): Beiträge; Informatikrecht; Obligationenrecht

Zitiervorschlag: Gianni Fröhlich-Bleuler, Rechtsprechung zum Software-Vertragsrecht, in: Jusletter 24. Januar 2011

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Qualifikation der Softwareverträge
 - 2.1 Softwareverträge als Nominat- und Innominatverträge
 - 2.2 Software-Entwicklungsvertrag
 - 2.3 Lieferung eines EDV-Systems und Systemintegration
 - 2.4 Softwareüberlassung
 - 2.5 Schulung des Anwenders und Erstellung der Leistungsbeschreibung
 - 2.6 Software-Pflegevertrag
 - 2.7 Outsourcing
 - 2.8 Webhosting
 - 2.9 Einfache Gesellschaft oder zweiseitiger Vertrag?
- III. Vertragsverbindungen
- IV. Abnahme
 - 4.1 Zentrale Bedeutung der Abnahme
 - 4.2 Vollständigkeit als Voraussetzung für die Abnahme
 - 4.3 Zeitpunkt der Abnahmeprüfung
- V. Mängel
 - 5.1 Mängel
 - 5.2 Mängelrüge
- VI. Gewährleistungsansprüche
 - 6.1 Voraussetzungen für Wandlung
 - 6.2 Nachbesserung
- VII. Vorzeitige Vertragskündigung
- VIII. Nutzungsrechte
 - 8.1 Umfang
 - 8.2 Schadenersatz
- IX. Schlussbemerkung

I. Einführung

[Rz 1] Das Software-Vertragsrecht hat eine praktische Aufgabe zu erfüllen: Es soll unter anderem Kriterien entwickeln, wie Rechtsfälle zu entscheiden sind¹; wer sich mit dem Software-Vertragsrecht auseinandersetzt, muss sich daher für bereits gefällte Urteile interessieren. Bisher war die Zahl der Entscheide zum Software-Vertragsrecht überschaubar und umfasste vor allem Urteile des Bundesgerichts. Seit nun auch Kantone ihre Entscheide online zugänglich machen, sind einige interessante Urteile dazugekommen².

[Rz 2] In ihren Entscheiden nehmen die kantonalen Gerichte praktisch nie Bezug auf bereits von ihnen gefällte Urteile. Sie haben aber nicht nur gegenüber den Urteilen der übergeordneten Instanz, sondern auch gegenüber den *eigenen* Entscheiden eine (beschränkte) Befolgungspflicht³. Weicht ein Gericht in einem Urteil von einem früheren Entscheid ab, so muss es dies begründen. Bemerkenswert sind in diesem

Zusammenhang zwei Urteile des Handelsgerichts Zürich: Es hat zwei im Wortlaut identische Verträge in zwei verschiedenen Prozessen unterschiedlich juristisch qualifiziert, ohne dass es im später ergangenen Entscheid auf den früheren auch nur hingewiesen hätte⁴.

[Rz 3] Im Folgenden gehe ich zuerst auf Entscheide ein, die Ausführungen zur Qualifikation der Softwareverträge beinhalten (II). In den folgenden Abschnitten werde ich dann einzelne Aspekte des Software-Vertragsrechts aus der Sicht der Rechtsprechung zusammenfassen, und zwar zu Vertragsverbindungen (III), zur Abnahme (IV), zu Softwaremängeln (V), zu Ansprüchen aus Sachgewährleistung (VI), zur vorzeitigen Kündigung des Vertrages (VII) und schliesslich zu den Nutzungsrechten (VIII). Die Ausführungen beschränken sich auf Entscheide, deren Gegenstand das Software-Vertragsrecht ist. Ausgeklammert bleiben damit Urteile zum Softwareschutz.

II. Qualifikation der Softwareverträge

2.1 Softwareverträge als Nominat- und Innominatverträge

[Rz 4] Bei vielen Entscheiden zum Software-Vertragsrecht steht die Qualifikation des Vertrages im Zentrum der Erwägungen. Einzelne Softwareverträge werden von den Gerichten als *Nominatverträge* qualifiziert, wie z.B. der Schulungs- oder der Software-Entwicklungsvertrag⁵. Auf diese finden die gesetzlichen Bestimmungen direkt Anwendung. Bei anderen Entscheiden lassen es die Gerichte offen, ob ein Nominatvertrag vorliegt oder ob das entsprechende Vertragstypenrecht analog angewendet wird. Kann ein Vertrag nicht einem bestimmten gesetzlichen Vertragstypus zugeordnet werden, ist er ein *Innominatvertrag*⁶. In diesem Fall muss für jede sich stellende Rechtsfrage gesondert geprüft werden, nach welchen gesetzlichen Bestimmungen oder nach welchen Rechtsgrundsätzen diese zu beurteilen ist⁷. Bei Softwareverträgen werden oft mehrere Leistungen durch den Lieferanten erbracht – also z.B. Standardsoftware geliefert und Individualsoftware entwickelt. Meistens behandeln die Gerichte solche Vereinbarungen wie gemischte Verträge. Sind die Leistungen *gleichwertig*, so wenden die Gerichte auf die einzelnen Leistungen in der Regel die passenden Normen des Vertragstypenrechts an⁸. Bei einem Vertrag kann

¹ So allgemein zur Jurisprudenz KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 3. Aufl., Berlin, S. 55.

² Die nachfolgend genannten Urteile zum Software-Vertragsrecht sind auf www.softwarevertraege.ch – meistens auszugsweise – zugänglich.

³ ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Bern 1962, N. 474 zu Art. 1; vgl. dazu auch DAVID DÜRR, Zürcher Kommentar, Zürich 1998, N. 595 ff. zu Art. 1 mit verschiedenen Verbindlichkeitskriterien von Präjudizien, wobei die Verbindlichkeit bei einem Entscheid des eigenen Gerichts besonders gross ist (N. 611 zu Art. 1) sowie HANS DUBS, Richterrecht und Rechtssicherheit, SJZ 1991, S. 296.

⁴ Urteile Handelsgericht des Kantons Zürich vom 28. August 2002 und vom 12. Januar 2000; vgl. dazu unten Ziffer 2.3.

⁵ Vgl. z.B. Urteil Cour Civile Kanton Neuenburg CC.2003.51 vom 3. Mai 2007, E. 2.

⁶ PETER GAUCH, Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell, Zürich 2002, S. 23.

⁷ BGE 131 III 528, S. 531 f., E. 7.1.1; BGE 118 II 157, S. 160 f., E. 2.c).

⁸ Vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts 4C.393/2006 vom 27. April 2007, E. 3.1.

ein Element allerdings gegenüber den anderen *dominieren*. In diesem Fall sind diejenigen Bestimmungen für den Vertrag massgeblich, die auf das dominierende Element anwendbar sind⁹.

[Rz 5] Während der *verschiedenen Phasen* eines EDV-Projekts erbringt der Lieferant unterschiedliche Leistungen. Das auf den Vertrag anwendbare Recht kann daher je nach Projektphase verschieden sein¹⁰.

2.2 Software-Entwicklungsvertrag

[Rz 6] Beim Software-Entwicklungsvertrag stellt der Lieferant für den Anwender ein individuelles Softwareprogramm her¹¹. Das Bundesgericht hat das Urteil einer Vorinstanz bestätigt, die auf die Entwicklung eines Programmes Werkvertragsrecht angewendet hatte. Der Lieferant hatte das Programm gemäss den individuellen Bedürfnissen des Bestellers erstellt¹². In mehreren Urteilen haben kantonale Gerichte den Software-Entwicklungsvertrag als Werkvertrag qualifiziert¹³. Diese Qualifikation entspricht der herrschenden Lehre¹⁴.

2.3 Lieferung eines EDV-Systems und Systemintegration

[Rz 7] Schwieriger ist es, die Lieferung eines ganzen EDV-Systems einzuordnen; ein solches besteht aus verschiedenen Teilen und der Lieferant erbringt unterschiedliche Leistungen. Das Bundesgericht hat sich zur Qualifikation des entsprechenden Vertrages in mehreren Urteilen geäussert:

- In BGE 124 III 456 ff. hatte der Lieferant dem Anwender Standardsoftware (Betriebssystem), Hardware und eine Datenbank geliefert und installiert. Das Bundesgericht hat auf den dazugehörigen Vertrag die Sachgewährleistung des Kaufrechts analog angewendet. Es schloss die Bestimmungen des Werkvertrags aus, weil die Leistungen des Anbieters weder die Projektierung des Gesamtsystems noch die Entwicklung von Individualsoftware umfassten. Die Vertragsparteien

hatten ein Nachbesserungsrecht des Anwenders vereinbart. Auch dies schloss die Anwendung des Kaufvertragsrechts nicht aus. Der Vertrag stand einem einmaligen Austausch- näher als einem Dauerschuldverhältnis und zudem hatten die Parteien einen pauschalen «Kaufpreis» vereinbart. Daher wandte das Bundesgericht das Miet- oder Pachtrecht nicht auf den Vertrag an¹⁵.

- Das Bundesgericht hat in einem anderen Urteil den Vertrag über die Lizenzierung eines Softwarepakets, dessen Installation und Parametrisierung sowie die Übernahme der Daten des alten Systems als gemischten Vertrag gewertet, der Elemente des Lizenz-, des Kauf- und des Werkvertrages beinhaltet. Auf Leistungsstörungen bezüglich der Parametrisierung wendete das Bundesgericht Werkvertragsrecht analog an¹⁶.
- Auf die Lieferung und die Installation eines EDV-Systems, bestehend aus Standardsoftware und Hardware, hat das Bundesgericht schliesslich in einem weiteren Urteil die kaufrechtlichen Bestimmungen angewendet, wobei es der Installation nur eine akzessorische Bedeutung beimass¹⁷.

[Rz 8] Die Rechtsprechung in den Kantonen ist nicht einheitlich. So hat das *Handelsgericht des Kantons Zürich* dazu die folgenden Entscheide gefällt:

- Einen Vertrag über die Lieferung und Installation von Hardware, Betriebssoftware und die Anwendersoftware MS-Office hat es als Innominatkontrakt mit Elementen des Werklieferungsvertrags, des Auftrags, des Know-how-Vertrags sowie des Unterrichtsvertrags bzw. solchen des Kaufs, des Auftrags und des Lizenzvertrags gewertet. Weiter hat es ausdrücklich auf BGE 124 III 456 Bezug genommen und auf die Leistungen des Lieferanten die Gewährleistung des Kaufrechts analog angewendet¹⁸.
- Den wörtlich gleichen Vertrag (mit denselben Leistungen) hat es in einem vorher gefällten Entscheid als gemischten Vertrag mit lizenz- und werkvertraglichen Elementen qualifiziert¹⁹.
- In einem dritten Urteil hat das Handelsgericht auf einen Vertrag über die Integration eines Standardsystems mit umfangreichen Anpassungen an

⁹ Vgl. z.B. Urteil Cour de Justice Kanton Genf vom 7. Februar 1992, E. 2.a) (SemJud 1992, S. 608); dazu allgemein WALTER R. SCHLUEP/MARC AMSTUTZ, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007, N. 13 zu Einl. vor Art. 184 ff.

¹⁰ Urteil Cour Civile Kanton Neuenburg CC.1994.311 vom 3. Juli 1995, E. 2; vgl. dazu auch die Nachweise bei GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, Bern 2004, N. 34.

¹¹ BERNHARD HEUSLER, in FLORIAN S. JÖRG/OLIVER ARTER (Hrsg.), Internet-Recht und IT-Verträge, 5. Tagungsband, Bern 2005, S. 53 f.; FRÖHLICH-BLEULER, FN 10, N. 45.

¹² Urteil des Bundesgerichts 4A_265/2008/ech vom 26. August 2008, E. 2.2.

¹³ Urteil Cour Civile Kanton Neuenburg CC.2003.51 vom 3. Mai 2007, E. 2; Urteil Cour Civile Kanton Neuenburg CC.1994.311 vom 3. Juli 1995, E. 2; Urteil Handelsgericht Kanton Zürich vom 6. September 1996.

¹⁴ Statt aller: PETER GAUCH, Der Werkvertrag, Zürich 1996, N. 334 sowie HEUSLER BERNHARD/MATHYS ROLAND, IT-Vertragsrecht, Zürich 2004, S. 43.

¹⁵ BGE 124 III 456, S. 459, E. 4.b)bb).

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts 4C.393/2006 vom 27. April 2007, E. 3.1.

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_251/2007 vom 6. Dezember 2007, E. 3 i.V.m.E. 4.2.

¹⁸ Urteil Handelsgericht Kanton Zürich vom 28. August 2002; E.C.1.

¹⁹ Urteil Handelsgericht Kanton Zürich vom 12. Januar 2000, E. II. 2.

die Kundenbedürfnisse die Bestimmungen des Werkvertrags angewendet²⁰.

[Rz 9] Die *Cour de Justice des Kantons Genf* hat eine Vereinbarung zur Entwicklung individueller Software, zur Lieferung von Hardware und zu deren Installation als gemischten Vertrag mit überwiegend werkvertraglichem Element gewertet²¹.

[Rz 10] Gemäss dem *Appellationsgericht des Kantons Tessin* untersteht ein Vertrag über die Lieferung eines EDV-Systems mit Analyse, Programmierung, Installation und Schulung des Personals («EDV-Vertrag» [«contratto informatico»]) den Bestimmungen des Werkvertragsrechts²².

[Rz 11] Bei Verträgen überwiegen damit in der Regel die *werkvertraglichen Leistungen*, wenn der Lieferant die Gesamtprojektleitung hat, im Vergleich mit dem gelieferten Standard, einen grossen Anteil an Individualsoftware entwickelt oder die Parametrisierung einen wichtigen Teil der Leistungen ausmacht²³. Sofern der Lieferant neben der Lieferung der Standardsoftware auch zu deren Installation verpflichtet ist, steht in der Regel der kaufrechtliche Charakter der Leistungen im Vordergrund und gibt dem Vertrag das Gepräge. Nur wenn die Installationsarbeiten von besonderer Bedeutung sind und erst die (umfangreiche) Installation die verschiedenen Komponenten zum eigentlichen System werden lassen, liegt ein Werkvertrag vor²⁴.

[Rz 12] Bedeutung hat die *Unterscheidung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht* z.B. bei der Frage, wann ein juristisch relevanter Mangel vorliegt: Der Verkäufer haftet für die vorausgesetzten Eigenschaften nur, wenn der Mangel den Gebrauch des EDV-Systems erheblich mindert oder aufhebt. Beim Werkvertrag haftet der Unternehmer aber für jede Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit des EDV-Systems²⁵. Nur beim Werkvertrag hat der Anwender ein Recht auf Nachbesserung²⁶. Der Lieferant haftet für den unmittelbaren Schaden von Mängeln beim Kaufvertrag kausal, nicht aber beim Werkvertrag²⁷. Da die Parteien diese Punkte im Vertrag aber oft explizit regeln, sollte der Unterschied nicht überbewertet werden.

2.4 Softwareüberlassung

[Rz 13] Was gilt, wenn der Lieferant dem Anwender Standardsoftware zur Nutzung überlässt? Das Bundesgericht unterscheidet, ob ein (eingeschränktes) Eigentumsrecht an einer Programmkopie übertragen oder aber die Software bloss leihweise überlassen wird. Dies stimmt mit der Unterscheidung der Softwareüberlassung auf Dauer und auf Zeit überein. Wird Software leihweise (oder auf Zeit) überlassen, so liegt gemäss Bundesgericht ein «echter Lizenzvertrag» vor²⁸. Im bereits oben erwähnten BGE 124 III 456 hat es die kaufrechtlichen Bestimmungen auf den Vertrag angewendet, weil der Lieferant dem Anwender die Standardsoftware im Rahmen eines Austauschverhältnisses (und damit auf Dauer) überlassen und der Anwender ihm dafür nur eine einmalige Gebühr zu bezahlen hatte²⁹.

[Rz 14] Die *Cour Civile des Kantons Neuenburg* hat die Lieferung von Standardsoftware gegen Bezahlung einer *Einmalvergütung* als Kaufvertrag qualifiziert³⁰. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat einen Software-Überlassungsvertrag mit *wiederkehrenden* Lizenzgebühren, einem Kündigungsrecht und Rückgabepflichten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses als Softwareüberlassung auf Zeit gewertet und darauf Miet- bzw. Pachtrecht (analog) angewendet³¹.

[Rz 15] In der *Lehre* ist umstritten, wie ein Software-Überlassungsvertrag zu qualifizieren ist und welche Bestimmungen darauf Anwendung finden³².

2.5 Schulung des Anwenders und Erstellung der Leistungsbeschreibung

[Rz 16] Auf die *Schulung* von Nutzern durch den Lieferanten findet gemäss einem Urteil der *Cour Civile des Kantons Neuenburg* Auftragsrecht Anwendung³³. In einem weiteren Entscheid hat dieses Gericht auf die Erstellung der *Leistungsbeschreibung* durch den Lieferanten Auftragsrecht angewendet³⁴. In der Regel dürfte diese Leistung allerdings Teil eines Werkvertrages und nicht eines Auftrags sein, da die Leistungsbeschreibung (Spezifikationen) ein Arbeitsergebnis ist³⁵.

2.6 Software-Pflegevertrag

[Rz 17] Software-Pflegeverträge können unterschiedlich

²⁰ Urteil Handelsgericht Kanton Zürich HG060372/U/ei vom 8. Mai 2007, E. 2.

²¹ Urteil *Cour de Justice* Kanton Genf vom 7. Februar 1992, E. 2.a) (SemJud 1992, S. 608).

²² Urteil Tribunale d'appello Kanton Tessin 12.2001.65 vom 6. März 2002, E. 1.

²³ HEUSSER/MATHYS, FN 14; S. 47 f.; STRAUB WOLFGANG, Verantwortung für Informationstechnologie, Zürich/St. Gallen 2008, N. 76; vgl. dazu auch GAUCH, FN 14, N. 132 f.

²⁴ Vgl. dazu THEODOR BÜHLER, Züricher Kommentar, Zürich 1998, N. 126 zu Art. 363 sowie mit Verweis auf die deutsche Rechtsprechung FRÖHLICH-BLEULER, FN 10, N. 826 f.

²⁵ Art. 197 Abs. 1 OR; Art. 368 Abs. 1 und 2 OR.

²⁶ Art. 368 Abs. 2 OR.

²⁷ Art. 208 Abs. 2 i.V.m. Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 OR und Art. 368 Abs. 1 und 2 OR.

²⁸ BGE 125 III 263, S. 266, E. 4.a).

²⁹ BGE 124 III 456, S. 459 f., E. 4.b)bb).

³⁰ Urteil *Cour Civile* Kanton Neuenburg CC.2003.51 vom 3. Mai 2007, E. 2.

³¹ Urteil Handelsgericht Kanton Zürich vom 31. Januar 2008, E. 3.1.2.1 (ZR 107 (2008) S. 214 ff., S. 215 f.).

³² FRÖHLICH-BLEULER, FN 10, N. 812 ff. mit weiteren Hinweisen.

³³ Urteil *Cour Civile* Kanton Neuenburg CC.2003.51 vom 3. Mai 2007, E. 2.

³⁴ Urteil *Cour Civile* Kanton Neuenburg CC.1994.311 vom 3. Juli 1995, E. 2.

³⁵ WOLFGANG STRAUB, Informatikrecht, Bern 2004, S. 105; FRÖHLICH-BLEULER, FN 10, N. 108.

ausgestaltet sein: Typische Leistungen sind die Fehlerbehebung, die Lieferung von Weiterentwicklungen (Releases) und die Erbringung von Supportleistungen³⁶. In einem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ging es um die mehrwertsteuerliche Behandlung der Lieferung von neuen Releases. Darin hat sich das Bundesverwaltungsgericht auch zur *Rechtsnatur des Software-Pflegevertrages* geäußert: Es hat den Software-Pflegevertrag als Dauerschuldverhältnis gewertet. Die einzelnen Leistungspflichten entstehen gemäss Bundesverwaltungsgericht aber erst, wenn die im Vertrag vereinbarte Bedingung eingetreten ist – also z.B. ein zu behobender Fehler gemeldet wird oder die Rahmenbedingungen sich so ändern, dass ein neuer Release erforderlich wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat den Software-Pflegevertrag daher als Sukzessivleistungsvertrag qualifiziert³⁷.

[Rz 18] In einem älteren Entscheid hat das Kantonsgericht Schwyz einen *Wartungsvertrag* – «Servicevertrag»: wohl mit Hardwarewartung und Softwarepflege – als gemischtes Vertragsverhältnis mit dominierenden werkvertraglichen Elementen angesehen. Das Kantonsgericht hat es abgelehnt, das jederzeitige Widerrufsrecht des Auftrages (Art. 404 OR) auf das Vertragsverhältnis anzuwenden³⁸.

[Rz 19] Je nach Ausgestaltung des Pflegevertrages wird dieser in der *Lehre* als Dauervertrag mit werks-, auftrags- oder kaufrechtlichen Elementen gewertet³⁹. Einzelne Autoren betrachten den Gesamtvertrag zudem als Sukzessivleistungsvertrag⁴⁰. Die Anwendung des jederzeitigen Kündigungs- (Art. 377 OR) bzw. Widerrufsrechts (Art. 404 OR) auf den Software-Pflegevertrag wird generell ausgeschlossen⁴¹.

2.7 Outsourcing

[Rz 20] Beim Outsourcing lagert der Anwender die Betriebsführung und die operative Verantwortung für gewisse Leistungen an einen Lieferanten aus⁴². Die ausgegliederten Leistungen können unterschiedlicher Art sein. Zur Auslagerung solcher Leistungen sind die folgenden Entscheide ergangen:

[Rz 21] Der Lieferant verpflichtete sich, Lohnabrechnungen,

–journale und –ausweise herzustellen. Den entsprechenden Vertrag qualifizierte das Bundesgericht als *Werkvertrag*⁴³. Die Anpassung der vorhandenen Standardprogramme an die Bedürfnisse des Kunden mit einem einmaligen Aufwand von CHF 5'000 hat es für die Qualifikation nicht berücksichtigt⁴⁴; die Parteien hatten den Vertrag über mindestens drei Jahre abgeschlossen, und der Anwender hatte sich verpflichtet, eine monatliche Gebühr von CHF 1'800 zu bezahlen. Diese Punkte waren für die Vertragseinordnung massgeblich.

[Rz 22] In einem anderen Vertrag hatte sich der Lieferant verpflichtet, dem Anwender Hardware, Software und Personal für die Weiterentwicklung und Wartung eines EDV-Systems zur Verfügung zu stellen. Der Lieferant hatte beim Anwender zudem Bürofläche gemietet, damit er seine Leistungen erbringen konnte. Dieser Vertrag wurde vom Appellationsgericht des Kantons Tessin als *gemischter Vertrag* mit Elementen der Miete, des Lizenz- und des Werkvertrages sowie des Auftrages gewertet⁴⁵.

[Rz 23] In einem älteren Urteil hat das Kantonsgericht St. Gallen entschieden, dass ein Vertrag zur Einführung und Führung einer Lohnbuchhaltung mittels EDV als *Innominatkontrakt* mit auftrags-, werkvertrags- und kaufvertragsrechtlichen Elementen zu betrachten sei⁴⁶. Das Kantonsgericht wertete die gesamte Beratungstätigkeit, die Durchführung von Probeläufen und die Instruktion des Personals des Anwenders als auftragsrechtliche Leistung. Das Erfassen von Stammdaten, der Entwurf von Formularen sowie das Erstellen von Lohnabrechnungen und Bilanzen waren demgegenüber werkvertraglicher Natur. Das Gericht befand weiter, dass auf den Vertrag weder das Auftrags- noch das Werkvertragsrecht vollständig passten und dass das Vertragstypenrecht im Rahmen der richterlichen Vertragsergänzung daher höchstens analog anzuwenden sei⁴⁷.

[Rz 24] Gemäss der *Lehre* handelt es sich beim Outsourcingvertrag um einen gemischten Innominatkontrakt, der je nach konkreter Ausgestaltung unterschiedliche Elemente beinhalten kann⁴⁸.

2.8 Webhosting

[Rz 25] Beim Webhosting stellt der Lieferant dem Anwender

³⁶ Vgl. FRÖHLICH-BLEULER, FN 10, N. 1171 ff.; vgl. mit weiteren Differenzierungen STRAUB, FN 23, N. 279 ff.

³⁷ Urteil Bundesverwaltungsgericht A-1350/2006 vom 15.11.2007, E. 3.2.

³⁸ Urteil Kantonsgericht Schwyz vom 28. November 1989, E. 4 (SJZ 1990, 78, S. 379).

³⁹ HEUSLER/MATHYS, FN 14; S. 45; STRAUB, FN 35, S. 210 f.; MICHAEL WIDMER, *Der Softwarepflegevertrag*, Zürich 2000, S. 44 ff.; FRÖHLICH-BLEULER, FN 10, N. 1171 ff.; anders ROBERT BRINER, in FLORIAN S. JÖRG/OLIVER ARTER (Hrsg.), *Internet-Recht und IT-Verträge*, 5. Tagungsband, Bern 2005, S. 160 f.

⁴⁰ WIDMER, FN 39, S. 57; FRÖHLICH-BLEULER, FN 10, N. 1177.

⁴¹ WIDMER, FN 39, S. 192 ff.; FRÖHLICH-BLEULER, FN 10, N. 1407 ff.

⁴² HEUSLER/MATHYS, FN 14; S. 17; LUKAS MORSCHER, in FLORIAN S. JÖRG/OLIVER ARTER (Hrsg.), *ICT-Verträge – Outsourcing*, 11. Tagungsband, Bern 2008, S. 19 sowie zur Typisierung des Outsourcings PETER K. NEUENSCHWANDER, in FLORIAN S. JÖRG/OLIVER ARTER (Hrsg.), *Internet-Recht und IT-Verträge*, 8. Tagungsband, 2. Aufl., Bern 2009, S. 116 f.

⁴³ Urteil Bundesgericht vom 22. Dezember 1981, in Rolf H. Weber, *Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten*, Bern 1990, S. 42 f.

⁴⁴ Obwohl auch auf diese Leistung Werkvertragsrecht Anwendung finden würde.

⁴⁵ Urteil Tribunale d'appello Kanton Tessin 12.1999.174 vom 24. Februar 2000, E. 10; dieses Urteil wurde durch das Bundesgericht bestätigt (Urteil 4C.96/2000 vom 7. Juli 2000).

⁴⁶ Urteil Kantonsgericht St. Gallen vom 6. Januar 1988, GVP 1988 Nr. 43, E. a) (SJZ 86 1990, 26, S. 125 f.).

⁴⁷ Für die vorzeitige Beendigung des Outsourcing-Vertrages siehe unten VII.

⁴⁸ MORSCHER, FN 42, S. 19 f. mit weiteren Hinweisen.

Speicherkapazität und einen Zugang zum Internet für die Webseite zur Verfügung. Auf die Leistungen des Webhostings hat das Kantonsgericht St. Gallen *Pachtrecht* angewendet; dazu bemerkte es, im Unterschied zum Pachtvertrag liege allerdings die gesamte Unterhaltspflicht beim Hosting-Provider⁴⁹.

[Rz 26] Dies entspricht im Wesentlichen der Lehre: diese wendet auf das Webhosting Mietrecht an, soweit der Lieferant nicht auch die Webseite betreut und verwaltet⁵⁰.

2.9 Einfache Gesellschaft oder zweiseitiger Vertrag?

[Rz 27] Es kann schwierig sein zu entscheiden, ob ein Vertragsverhältnis als Software-Entwicklungsvertrag oder als einfache Gesellschaft zu werten ist. In einem Bundesgerichtsentscheid ging es um die Frage, ob zwischen dem Lieferanten und dem Anwender eine einfache Gesellschaft gegründet worden war, und zwar mit dem Zweck der Entwicklung von Branchen-Software für industrielle Betriebe. Das Bundesgericht führte verschiedene Kriterien an, die für das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft sprächen: So etwa wenn der Anwender über die allgemeinen Mitwirkungsobliegenheiten hinaus sein Branchenwissen einbringt, die Parteien die Anforderungen an das EDV-System im Hinblick auf eine Standardisierung der Software umsetzen, das Vorhaben als Pilotprojekt bezeichnen und am Entwicklungsergebnis gemeinsam berechtigt sind⁵¹.

III. Vertragsverbindungen

[Rz 28] Oft vereinbaren der Lieferant und der Anwender im Rahmen des gleichen Projektes verschiedene Verträge. So können sie z.B. einen Software-Lizenz- für die Überlassung der Standardsoftware und einen Software-Entwicklungsvertrag für die Erstellung der individuellen Teile des EDV-Systems abschliessen. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob die verschiedenen Verträge miteinander verbunden sind und das gleiche rechtliche Schicksal teilen. Möglich ist auch, dass die Verträge mit zwei verschiedenen Lieferanten abgeschlossen werden. Auch hier kann man sich fragen, ob die Verträge miteinander verbunden sind⁵².

[Rz 29] In einem Verfahren hatte der Lieferant gemäss einem ersten Vertrag die Hard- und einem zweiten die Software

geliefert und andere Leistungen erbracht. Die folgenden Indizien sprachen für die Verbindung der Verträge: Die Vertragsdokumente waren zwischen den gleichen Vertragsparteien abgeschlossen worden, sie waren das Ergebnis derselben Machbarkeitsstudie und die Hard- und Software funktionierten nur zusammen⁵³. Gestützt auf diese Indizien ging das Gericht davon aus, dass die Verträge miteinander verbunden waren.

[Rz 30] Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob eine Vertragsverbindung zwischen Verträgen *unterschiedlicher* Lieferanten bestand. Der Anwender hatte die Hard- beim ersten und die Software bei einem zweiten Lieferanten bestellt. Der ganze Kontakt mit dem Hardware-Lieferanten lief aber über den Lieferanten der Software. Das Bundesgericht lehnte eine Vertragsverbindung ab, weil es sich um zwei verschiedene juristische Personen handelte und der Anwender darauf hingewiesen worden war, dass er die Hardware bei einem anderen Unternehmen bestellen müsse. Zudem stammte die Offerte für die Hardware von diesem zweiten Lieferanten, dem der Anwender die Annahme der Offerte auch zugestellt hatte. Schliesslich ergab sich aus den Akten, dass der Anwender die beiden Lieferanten je als eigenständige Unternehmen angesehen hatte⁵⁴.

IV. Abnahme

4.1 Zentrale Bedeutung der Abnahme

[Rz 31] Die Abnahme ist die physische Inbesitznahme des EDV-Systems, damit dieses durch den Anwender geprüft werden kann⁵⁵. Die Abnahme ist in jedem EDV-Projekt von zentraler Bedeutung. An die Abnahme knüpft das Recht wichtige Rechtsfolgen, wie z.B. den Beginn der Gewährleistungsfrist oder die Fälligkeit des Preises.

4.2 Vollständigkeit als Voraussetzung für die Abnahme

[Rz 32] Voraussetzung für die Abnahme ist, dass der Lieferant das EDV-System vollendet hat bzw. dieses vollständig anbietet⁵⁶. Ob ein EDV-System unvollständig oder (nur) mangelhaft ist, ist wichtig, weil der Anwender es nur bei

⁴⁹ Urteil Kantonsgericht St. Gallen VZ.2008.49 vom 6. November 2008, E. III.2.a).

⁵⁰ PATRICK ROHN, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach schweizerischem Recht, Zürich 2004, S. 173; ROLF H. WEBER, E-Commerce, Zürich, 2001, S. 353.

⁵¹ Urteil des Bundesgerichts 4C.166/2005 vom 24. August 2005, E. 3.1 mit Verweis auf HEUSLER, FN 11, S. 57 f.

⁵² ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, Bern 1990, N. 64 zu Art. 19-20; FRÖHLICH-BLEULER, FN 10, N. 657.

⁵³ Urteil Cour de Justice Kanton Genf vom 7. Februar 1992, E. 2.a) (SemJud 1992, S. 608).

⁵⁴ Urteil des Bundesgerichts 4C.393/2006 vom 27. April 2007, E. 2. Siehe dazu auch das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 28. August 2002, E.A. 5, wo das Handelsgericht das Bestehen einer Vertragsverbindung zwischen zwei Verträgen mit unterschiedlichen Lieferanten andeutet.

⁵⁵ Art. 367 Abs. 1 OR.

⁵⁶ GAUCH, FN 14, N. 101; HANS GIGER, Berner Kommentar, Bern 1979, N. 58 zu Art. 211.

schwerwiegenden Mängeln zurückweisen kann⁵⁷. Was gilt z.B., wenn die *Benutzerdokumentation* fehlt? Diese Frage war Gegenstand verschiedener Entscheide:

- Das Bundesgericht betrachtet das Fehlen der Programmdokumentation als Mangel und nicht als Unvollständigkeit⁵⁸.
- In einem älteren Entscheid aus dem Jahr 1996 hat auch das Handelsgericht des Kantons Zürich das Fehlen der Programmdokumentation als Mangel taxiert⁵⁹.
- Später hat es das Fehlen der Handbücher in einem Entscheid nicht mehr als Sachmangel, sondern als teilweise Nichterfüllung erachtet⁶⁰.

[Rz 33] Im letztgenannten Fall ging es allerdings um Handbücher zu MS-Office und Microsoft NT (ein dazumal weit verbreitetes Betriebssystem). Hier hätte sich m.E. die Frage gestellt, ob die Berufung auf die Unvollständigkeit nicht rechtmisbräuchlich war, weil der Anwender die Handbücher zu einem geringen Preis problemlos auf dem Büchermarkt hätten beschaffen können⁶¹. Grundsätzlich ist es aber richtig, das Fehlen der Programmdokumentation als Unvollständigkeit und nicht als Mangel anzusehen⁶².

[Rz 34] Der Systemadministrator ist für den Betrieb eines EDV-Systems verantwortlich und verfügt daher über alle Berechtigungen für ein EDV-System. Im oben genannten Verfahren entschied das Handelsgericht, dass der Lieferant dem Anwender die Bekanntgabe der *Systemadministratoren-Passwörter* schulde. Solange der Lieferant diese nicht geliefert habe, seien dem Anwender nicht alle Nutzungsrechte eingeräumt worden und der Vertrag nicht vollständig erfüllt⁶³.

4.3 Zeitpunkt der Abnahmeprüfung

[Rz 35] Wann erfolgt die Abnahme eines EDV-Systems? Gemäss dem bereits mehrfach erwähnten BGE 124 III 456 ist dies der Zeitpunkt, wenn der Anwender das EDV-System *produktiv*, mit Betriebsdaten und unter echten Einsatzbedingungen in Gebrauch nimmt⁶⁴. Dies gilt m.E. allerdings nicht generell⁶⁵: Bei systemkritischen Einführungen erfolgen die Abnahmetests vor der produktiven Nutzung, um das Risi-

ko für die Einführung zu minimieren. Nimmt der Anwender die produktive Nutzung auf, so wird dies daher oft mit einer stillschweigenden Genehmigung des EDV-Systems einhergehen⁶⁶. Der Anwender kann allerdings auf die Nutzung des nicht abgenommenen EDV-Systems angewiesen oder dazu im Rahmen der Schadensminderungspflicht verpflichtet sein. In diesem Fall gilt das EDV-System auch dann nicht als genehmigt, wenn der Anwender es produktiv nutzt. Angesichts der Rechtsprechung des Bundesgerichts empfiehlt es sich für den Lieferanten, die Voraussetzungen für die Abnahme, und wann eine Abnahme fingiert wird, im Vertrag zu regeln.

V. Mängel

5.1 Mängel

[Rz 36] Es kann schwierig sein, einen Mangel in einem EDV-System festzustellen. So ist es gemäss einem Entscheid ohne Expertise praktisch unmöglich festzustellen, welche Ursache der Mangel eines gewerbsmässig eingesetzten EDV-Systems hat⁶⁷. Der Anwender muss allerdings bei der Prüfung des EDV-Systems keinen Sachverständigen beiziehen⁶⁸ – auch wenn dies für einen Anwender ohne besonderes Know-how häufig zu empfehlen ist. Gemäss einem Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Tessin kann der Anwender die Kosten für eine Expertise vom Lieferanten zurückverlangen, wenn der Anwender mit der Expertise die vom Unternehmer bestrittenen Mängel feststellt. Entdeckt der Experte auch Fehler, die dem Unternehmer nicht anzu-lasten sind, so auferlegt das Gericht die Kosten für die Expertise dem Lieferanten nur zu einem Teil⁶⁹.

[Rz 37] Oft vereinbaren die Parteien im Vertrag *Fehlerklassen* und bestimmen, für welche der Anwender den Vertrag wandeln darf. In einem Vertrag hatten die Parteien die wesentlichen Mängel definiert: diese umfassten nur die kritischen Systemkomponenten – nämlich Server, Hub und Router. Mängel anderer Komponenten sollten immer mindere Mängel sein. Für diese minderen Mängel war die Wandlung ausgeschlossen. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat diese Bestimmung für zulässig erachtet, obwohl damit eine Einschränkung der Gewährleistung einherging⁷⁰.

[Rz 38] Liegt ein Mangel vor, wenn der Software-Fehler durch *Umprogrammierung* der Applikation ausgemerzt werden kann? Gemäss Bundesgericht beeinträchtigt die Notwendigkeit einer solchen Umprogrammierung den vorausgesetzten

⁵⁷ FRÖHLICH-BLEULER, FN 10, N. 399 und 975 jeweils mit weiteren Hinweisen.

⁵⁸ BGE 124 III 456, S. 462, E. 4.d)aa).

⁵⁹ Urteil Handelsgericht Kanton Zürich vom 6. September 1996, E. 8.a)aa).

⁶⁰ Urteil Handelsgericht Kanton Zürich vom 28. August 2002, E.C. 3.2.1.

⁶¹ FRÖHLICH-BLEULER, FN 10, N. 396.

⁶² GAUCH, FN 14; N. 94; STRAUB, FN 32, S. 95; FRÖHLICH-BLEULER, FN 10, N. 393.

⁶³ Urteil Handelsgericht Kanton Zürich vom 28. August 2002, E.C. 3.2.1.

⁶⁴ BGE 124 III 456, S. 460; E. 4.c).

⁶⁵ Gemäss Sachverhalt wurde das EDV-System nach der Installation für die Entwicklung der Applikationssoftware eingesetzt; der Anwender nutzte das EDV-System daher noch nicht produktiv (BGE 124 III 456, S. 457 E.A.).

⁶⁶ HEUSLER/MATHYS, FN 14; S. 134; STRAUB, FN 23, N. 155; vgl. dazu auch FRÖHLICH-BLEULER, FN 10, N. 410.

⁶⁷ Urteil Cour Civile Kanton Neuenburg CC.2003.51 vom 3. Mai 2007, E. 5.

⁶⁸ FRÖHLICH-BLEULER, FN 10, N. 414.

⁶⁹ Urteil Tribunale d'appello Kanton Tessin 12.2001.65 vom 6. März 2002, E. 4.f).

⁷⁰ Urteil Handelsgericht Kanton Zürich vom 28. August 2002, E.C. 4.

Gebrauch und somit liegt auch ein rechtserheblicher Mangel vor⁷¹.

5.2 Mängelrüge

[Rz 39] Zu den *Anforderungen* an die Mängelrüge hat sich das Handelsgericht des Kantons Zürich wie folgt geäußert: Rügt der Anwender Mängel des EDV-Systems, so hat er die konkreten Eigenschaften zu beanstanden und sie so genau wie möglich zu beschreiben. Vom Anwender kann aber nicht verlangt werden, dass er die Mängel fachlich richtig bezeichnet oder sie dem entsprechenden Ursachenbereich zuordnet. Er hat aber das Erscheinungsbild des Mangels bzw. die eingetretene Störung (unrichtiges Verarbeitungsergebnis, Datenzerstörung, Systemabsturz usw.) so ausführlich wie möglich zu beschreiben⁷².

VI. Gewährleistungsansprüche

6.1 Voraussetzungen für Wandlung

[Rz 40] Der Anwender kann einen Werkvertrag nur unter erschwerten Voraussetzungen wandeln: Das EDV-System muss an so erheblichen Mängeln leiden, dass es für den Anwender unbrauchbar ist oder ihm die Annahme nicht zugemutet werden kann⁷³. Demgegenüber hat der Anwender gemäss Kaufrecht bei einem Mangel die Wahl, den Vertrag zu wandeln oder Minderung zu verlangen⁷⁴. Nach Art. 205 Abs. 2 OR ist der Richter aber berechtigt, anstatt auf Wandlung auf Minderung zu erkennen, sofern die Umstände die Vertragsauflösung nicht rechtfertigen. Für das Bundesgericht ist sie gerechtfertigt, wenn das EDV-System aufgrund des Mangels unbrauchbar ist oder wenn die Reparaturkosten bzw. der Minderwert hoch sind und sich der Mangel dennoch nicht gänzlich beseitigen lässt. Sind die Handbücher mangelhaft, so darf der Anwender gemäss Bundesgericht den Vertrag nur wandeln, wenn das gelieferte EDV-System dadurch unbrauchbar ist. Dies gilt z.B., wenn überhaupt keine Programmdokumentation geliefert wird⁷⁵ oder wenn sie in einer dem Käufer nicht verständlichen Fremdsprache abgefasst ist. Ist dem Käufer aber das Aufrechterhalten des Vertrages zumutbar und sprechen die Interessen des Verkäufers gegen eine Rückabwicklung des Vertrages, so erkennt der Richter bloss auf Minderung. Kann der Anwender einen Fehler umgehen und macht der Lieferant damit das System zum Gebrauch tauglich, ist es für den Anwender zumutbar, den Vertrag aufrecht zu erhalten⁷⁶. Mit dieser weiten Auslegung

von Art. 205 Abs. 2 OR hat das Bundesgericht die Voraussetzungen für die Wandlung im Kauf- denjenigen im Werkvertragsrecht weitgehend angeglichen⁷⁷; ob dies so tatsächlich beabsichtigt war, wird sich weisen⁷⁸.

[Rz 41] Die mit dieser Rechtsprechung verbundene Rechtsunsicherheit kann vermieden werden, wenn die Parteien Fehlerklassen vereinbaren und bestimmen, für welche der Anwender die Wandlung geltend machen darf.

6.2 Nachbesserung

[Rz 42] Die Parteien hatten in einem kaufrechtlichen Vertrag über ein EDV-System einen Nachbesserungsanspruch des Anwenders *vereinbart*⁷⁹. Das Bundesgericht wendete auf diesen Anspruch die Bestimmungen von Art. 97 ff. und Art. 102 ff. OR an. Der Anwender war vom Vertrag zurückgetreten, ohne dem Lieferanten eine Nachfrist für die nachträgliche Erfüllung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR anzusetzen. Der Mangel wäre aber mittels Nachbesserung behebbar und der Lieferant zur Nachbesserung auch bereit gewesen; aus diesem Grund konnte sich der Anwender nicht auf Art. 108 Ziff. 1 OR berufen und geltend machen, die Nachfristansetzung wäre sowieso unnützlich gewesen. Das Bundesgericht bestätigte zwar, dass neben der vereinbarten Nachbesserung der Anwender auch berechtigt gewesen wäre, Wandlung geltend zu machen. Dies aber erst, nachdem der Lieferant das vereinbarte Nachbesserungsrecht ausgeübt hätte⁸⁰. Ob der Anwender gemäss Vereinbarung *verpflichtet* war, zuerst das Nachbesserungsrecht auszuüben, ergibt sich aus dem Sachverhalt allerdings nicht klar.

[Rz 43] In einem Outsourcing-Vertrag hatten die Parteien eine Klausel für die *ausserordentliche Kündigung* vereinbart: Eine Partei konnte den Vertrag nur nach Mahnung mit Hinweis auf die Vertragsverletzung kündigen – also nachdem sie die andere Partei in Verzug gesetzt hatte. Der Anwender hatte aber den Vertrag sofort und unter Hinweis auf Art. 108 OR aufgelöst. Das Appellationsgericht des Kantons Tessin liess diese Kündigung nicht zu; es führte dazu aus, dass sich die Parteien über die Modalitäten der vorzeitigen Kündigung geeinigt hätten und dies die Anwendung von Art. 108 OR ausschliesse⁸¹. Bei Dauerverträgen, wie einem Pflege- oder Outsourcing-Vertrag, vereinbaren die Parteien in der Regel

⁷¹ BGE 124 III 456, S. 462; E. 4.d)bb).

⁷² Urteil Handelsgericht Kanton Zürich vom 28. August 2002, E.C. 2.2.

⁷³ Art. 368 Abs. 1 OR.

⁷⁴ Art. 205 Abs. 1 OR.

⁷⁵ Vgl. dazu auch oben Ziffer 4.2.

⁷⁶ BGE 124 III 456, S. 462, 4.d)bb).

⁷⁷ Vgl. dazu die Kritik an der weiten Auslegung von Art. 205 Abs. 2 OR durch WOLFGANG WIEGAND, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998, ZBJV 1999, S. 572.

⁷⁸ Vito Roberto, Bemerkungen zu BGE 124 III 456, AJP 1999, S. 344.

⁷⁹ Wobei aus dem Sachverhalt nicht hervorgeht, ob dieser Nachbesserungsanspruch bereits im ursprünglichen Vertrag oder erst nach der Rüge des Mangels vereinbart worden war.

⁸⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_251/2007 vom 6. Dezember 2007, E. 4.3 und 5.2.

⁸¹ Urteil Tribunale d'appello Kanton Tessin 12.1999.174 vom 24. Februar 2000, E. 11; bestätigt im Ergebnis durch das Urteil des Bundesgerichts 4C.96/2000 vom 7. Juli 2000.

die Voraussetzungen für die ausserordentliche Kündigung. In einem solchen Vertrag können sich die Parteien nicht auf Art. 108 OR berufen und ihn bei einer Vertragsverletzung durch die Gegenpartei ohne Ansetzung einer Nachfrist auflösen.

VII. Vorzeitige Vertragskündigung

[Rz 44] Gemäss Art. 404 Abs. 1 OR kann ein Auftrag jederzeit gekündigt oder widerrufen werden. Will der Anwender vorzeitig aus einem Dauervertrag «aussteigen», so tut er dies oft unter Berufung auf diesen Artikel⁸².

[Rz 45] Im unter Ziffer 2.7 genannten Entscheid hat das Appellationsgericht des Kantons Tessin einen Outsourcing-Vertrag als gemischten Vertrag gewertet, der unter anderem auch Elemente des Auftrags beinhaltete. Der Anwender hatte den Vertrag gekündigt und sich dabei auf Art. 404 OR berufen. Das Gericht aber lehnte diese Argumentation ab: Die Absicht der Parteien beim Vertragsschluss widersprach einem jederzeitigen Widerrufsrecht. Diese ergab sich aus dem Vertragszweck und der Tatsache, dass der Lieferant im Hinblick auf die Laufdauer des Vertrages neue Hardware beschafft hatte⁸³.

[Rz 46] Findet auf einen Softwarevertrag Werkvertragsrecht Anwendung und löst ihn der Anwender unberechtigterweise auf, so werten dies die Gerichte in der Regel als *Vertragsrücktritt gemäss Art. 377 OR*⁸⁴. Ein Anwender löste vor der Abnahme einen System-Integrationsvertrag auf. Es war aber nicht auszuschliessen gewesen, dass der Lieferant den ambitionierten Terminplan hätte einhalten können; ausserdem hatte der Lieferant bis zur Vertragsauflösung vertragskonform gearbeitet. Das Bundesgericht entschied aus diesen Gründen, dass sich der Anwender nicht auf Art. 366 OR berufen konnte. Es wertete die Vertragsauflösung dementsprechend als Rücktritt im Sinne von Art. 377 OR⁸⁵.

[Rz 47] Tritt der Anwender gemäss Art. 377 OR zurück, so löst er damit den Vertrag ex nunc auf. Er muss aber den Lieferanten so belassen, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre. Der Schaden wird um den Betrag reduziert, den der Lieferant anderweitig erwirbt oder treuwidrig zu erwerben

unterlässt⁸⁶. Nach dem Bundesgericht kann diese *Entschädigung allerdings reduziert* werden. Vorausgesetzt ist, dass der Lieferant die Auflösung des Vertrages durch sein fehlerhaftes Verhalten wesentlich (mit-)verursacht hat. Im Entscheid des Bundesgerichts hatte der Lieferant den Anwender zu wenig energisch und nicht früh genug auf die Einhaltung der Mitwirkungsobliegenheiten hingewiesen, obwohl diese für den Weiterbestand des Projektes wesentlich waren. Für das Bundesgericht rechtfertigte dies die Reduktion der geschuldeten Entschädigung um 10%⁸⁷.

[Rz 48] EDV-Projekte scheitern oft an der fehlenden Mitwirkung des Anwenders. Der Lieferant sollte sie frühzeitig mit dem nötigen Nachdruck einfordern; so setzt er sich nicht der Gefahr aus, dass die Entschädigung gemäss Art. 377 OR reduziert wird, wenn der Anwender den Vertrag auflöst.

VIII. Nutzungsrechte

8.1 Umfang

[Rz 49] Die Parteien vereinbaren im Software-Überlassungsvertrag, welche Nutzungsbefugnisse an der Software der Lieferant dem Anwender einräumt. Gemäss einem Lizenzvertrag war der Anwender berechtigt, die Software zu *ändern*; in einem Nachtrag hatten die Parteien demgegenüber vereinbart, dass das Computerprogramm im Objektcode installiert würde. Im Lizenzvertrag hatten die Parteien zudem abgemacht, dass bei Widersprüchen die «ausdrücklich anderslautenden Bestimmungen des Nachtrags» gegenüber dem Lizenzvertrag Vorrang haben sollten. Der Lieferant installierte in der Folge die Software sowohl im Objekt- als auch im Sourcecode. Nach Ansicht des Bundesgerichts ging der Nachtrag den Bestimmungen des Lizenzvertrages vor. Es taxierte die Bestimmung des Nachtrags als «ausdrückliche Andersregelung» im Sinne des Lizenzvertrages. Die Vereinbarung im Nachtrag hob daher das Abänderungsrecht des Anwenders auf. Das Bundesgericht hielt auch fest, dass der Lieferant nicht verpflichtet gewesen sei, den Anwender über die Bedeutung der Bestimmung des Nachtrages aufzuklären⁸⁸. Anders hatte das Kantonsgericht Schwyz als Vorinstanz entschieden⁸⁹.

8.2 Schadenersatz

[Rz 50] Der Lieferant kann dem Anwender die Software auf

⁸² Vgl. z.B. Urteil Kantonsgericht St. Gallen VZ.2008.49 vom 6. November 2008; Urteil Kantonsgericht St. Gallen vom 6. Januar 1988, GVP 1988 Nr. 43 (SJZ 86 1990, 26, S. 125 f.); Urteil Kantonsgericht Schwyz vom 28. November 1989 (SJZ 1990, 78, S. 379).

⁸³ Urteil Tribunale d'appello Kanton Tessin 12.1999.174 vom 24. Februar 2000, E. 10; bestätigt durch Bundesgericht Urteil 4C.96/2000 vom 7. Juli 2000.

⁸⁴ GEORG RAUBER, in FLORIAN S. JÖRG/OLIVER ARTER (Hrsg.), *Internet-Recht und IT-Verträge*, 5. Tagungsband, Bern 2005, S. 247; GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Basel 2007, N. 2 zu Art. 377.

⁸⁵ Urteil des Bundesgerichts 4C.393/2006 vom 27. April 2007, E. 3.2.

⁸⁶ GAUCH, FN 14, N. 528 ff.

⁸⁷ Urteil des Bundesgerichts 4C.393/2006 vom 27. April 2007, E. 3.5; vgl. dazu auch die Kritik bei THOMAS SIEGENTHALER/ROLAND HÜRLIMANN, *Das Werkvertragsrecht in den Entscheiden des Bundesgerichtes in den Jahren 2006 und 2007*, in: Jusletter 22. September 2008, Rz 145.

⁸⁸ BGE 125 III 263, S. 267.

⁸⁹ Urteil Kantonsgericht Schwyz KG 436/96 vom 4. August 1998 (sic! 1999, S. 410 ff.).

Zeit oder auf Dauer überlassen⁹⁰. Ist das Nutzungsrecht zeitlich beschränkt, verpflichtet er den Anwender, das Computerprogramm am Ende der Vertragslaufzeit zu löschen. Dies hatte der Anwender gemäss Sachverhalt eines Entscheids nicht getan. Das Zürcher Handelsgericht taxierte das Nichtlöschen als Vertragsverletzung⁹¹. Der Lieferant hatte keinen Anspruch auf Schadenersatz, da ihm durch die Nutzung über das Vertragsende hinaus kein Schaden entstanden war. Als Lizenzgeber hatte er aber einen Anspruch aus *faktischem Vertragsverhältnis*. Der Anwender hatte die Software nach dem Vertragsende nur noch selten und nur für das Abrufen von historischen Daten benutzt. Aus diesem Grund bemass das Handelsgericht die Entschädigung auf 20% der vertraglichen Lizenzgebühr.

* * *

[Rz 51] Der Anwender sollte bei Vertragsabschluss klären, ob er das Computerprogramm im Zusammenhang mit der Archivierung seiner Daten oder aus beweisrechtlichen Gründen in Einzelfällen weiterhin nutzen muss. Falls ja, ist er gezwungen, ein entsprechendes Nutzungsrecht in den Vertrag mit dem Lieferanten aufzunehmen. Falls nein, muss er sicherstellen, dass das Computerprogramm tatsächlich gelöscht bzw. in seinem Unternehmen nicht mehr genutzt wird.

IX. Schlussbemerkung

[Rz 52] Für viele Probleme des Software-Vertragsrechts findet man Lösungen in Entscheiden aus anderen Rechtsbereichen. Nach wie vor klein ist der Bestand an Urteilen, die sich spezifisch zu Problemen des Software-Vertragsrechts äussern. Das mag daran liegen, dass viele Konflikte im EDV-Bereich mit einem Vergleich gelöst werden. Bei komplexen EDV-Projekten ist die «Alles-oder-nichts-Lösung» des Gerichts für alle Beteiligten ungünstig⁹². Entscheide zum Software-Vertragsrecht haben bisher in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung zum Software-Vertragsrecht nur eine untergeordnete Rolle gespielt. Eine Ausnahme bildet BGE 124 III 456 ff., der allerdings in der Lehre kritisiert worden ist⁹³. In den nächsten Jahren werden wohl zusätzliche Urteile zum Software-Vertragsrecht aus den Kantonen im Internet aufgeschaltet werden. Es ist zu hoffen, dass sich damit auch die Auseinandersetzung zwischen Rechtsprechung und Lehre verstärkt.

Gianni Fröhlich-Bleuler ist als Rechtsanwalt in Zürich tätig.

⁹⁰ Siehe dazu oben Ziffer 2.4.

⁹¹ Urteil Handelsgericht Kanton Zürich vom 31. Januar 2008 (ZR 107 (2008) S. 214 ff.).

⁹² THOMAS LAPP, in JOCHEN SCHNEIDER (Hrsg.), Festschrift für Benno Heussen, Köln 2009, S. 140.

⁹³ WIEGAND, FN 77, S. 569 ff.