



### Softwareverträge

Vorlesung Informations-, Informatik- und  
Telekommunikationsrecht | SS04  
Juristische Fakultät, Universität Basel

David Rosenthal

---

---

---

---

---

---

---

---

### Überblick

- Grundsätze
- Vertragsqualifikation
- Lizenzfragen
- Leistungsstörungen

---

---

---

---

---

---

---

---

### Phasen der Softwareentwicklung

- Erstellung des Konzepts / Prototypen
- Erstellung der Software
- Einbindung / Installation der Software
- Test und Abnahme gemäss Spezifikation
- Dokumentation
- Schulung
- Wartung / Pflege

---

---

---

---

---

---

---

---

## Vertragszweck

- Software-Konzeption und -Gestaltung
- Software-Entwicklung
- Software-Pflege
- Software-Nutzung
- Software-Aufbewahrung
- Software als Service
  
- ... und Mischformen

17.04.2004

Homburger  
4

---

---

---

---

---

---

---

---

## Grundsätze

- Vertragsfreiheit
  
- Zwingendes Vertragsrecht
  - Art. 100 Abs. 1 OR (Enthftung)
  - Art. 404 OR (Kündigung)
  - Art. 24 Abs. 2 URG (Backups)
  - Art. 288 OR (Wegbedingung der Gewährleistung)
  
- Vertragsqualifikation ist wichtig

17.04.2004

Homburger  
5

---

---

---

---

---

---

---

---

## Vertragsqualifikation 1

- Auslegung des Vertrags
  - Wirklicher Parteiwille
  - Mutmasslicher Parteiwille
  - Art. 18 OR (unrichtige Bezeichnung)
  
- Lückenfüllung\*
  - Dispositives Vertragsrecht (OR BT, dann AT)
  - Gefestigte Normen des Gewohnheitsrechts
  - Hypothetischer Parteiwille

\* oder Dissens soweit Vertrauensprinzip nicht greift

17.04.2004

Homburger  
6

---

---

---

---

---

---

---

---

## Vertragsqualifikation 2

- Werkvertraglicher Charakter
  - Erstellung von Software, Konzepten, Websites
  - Wartung von Software, Websites
  - Software als Service (ASP)
- Auftragsrechtlicher Charakter
  - Beratung, Konzeption, Design
  - Schulung, Support
  - Wartung von Software, Websites

17.04.2004

Homburger  
7

---

---

---

---

---

---

---

---

## Vertragsqualifikation 3

- Kaufrechtlicher Charakter
  - Einräumung und Übertragung von Nutzungsrechten
  - Erwerb von Datenträgern
- Lizenzcharakter (Innominatvertrag)
  - Einräumung, Übertragung von Nutzungsrechten
  - Auch denkbar: Pacht- und Mietrecht
- Einfache Gesellschaft

17.04.2004

Homburger  
8

---

---

---

---

---

---

---

---

## Vertragsinhalt

- Rahmenverträge, Leistungsverträge
- AGB, Preislisten
- Pflichtenheft, Ausschreibung
- Offerte, Konzepte
- Annahmeerklärung
  
- Shrink-Wrap-Lizenzen
- Click-Wrap-Lizenzen

17.04.2004

Homburger  
9

---

---

---

---

---

---

---

---

## Lizenzfragen

- Verschiedene Rechte
  - Urheberrechte, Patentrecht, Know-how
  - Anbieter muss Rechte seinerseits einholen
- Einräumung oder Abtretung von Rechten?
  - Sachliche, zeitliche, örtliche Beschränkungen?
  - Unterlizenzen? Übertragbarkeit
  - Exklusivität? Verwendung durch den Anbieter?
- Abgrenzen: Werkerstellung, Geheimhaltung

17.04.2004

Homburger  
10

---

---

---

---

---

---

---

---

## Leistungsstörungen

- Beim Anbieter
  - Verzug
  - Mängel
  - Konkurs
- Beim Anwender
  - Nicht-Bezahlung
  - Übernutzung

17.04.2004

Homburger  
11

---

---

---

---

---

---

---

---

## Verzug

- Vertragsregelung
  - Verzugsbegründende Termine vereinbart?
  - Regelung Nachfristen
- Art. 107-109 OR
- Spezialfall Werkvertrag
  - Verzug absehbar: Art. 366 Abs. 1 OR (Rücktritt)
  - Abgrenzung zu Art. 377 OR

17.04.2004

Homburger  
12

---

---

---

---

---

---

---

---

## Mängel

- Leistungen ohne Erfolgsverantwortung
  - Anzuwendende Sorgfalt und Kenntnisse
- Leistungen mit Erfolgsverantwortung
  - Spezifikation des Ergebnisses
  - Abnahme
  - Gewährleistung
    - Mängelrüge
    - Nachbesserung, Wandelung oder Minderung, ev. Schadenersatz

17.04.2004

Homburger  
13

---

---

---

---

---

---

---

---

## Stolpersteine

- Falschverhalten auf beiden Seiten
- Ermessensfragen
  - Wesentlicher Vertragsbruch? Zumutbare Zahl an Reparaturversuchen? Sorgfaltsmassstab?
- Beweis des Sachverhalts, des Schadens
- Abweichen vom Vertrag
- Ausübung von Wahlrechten, Kündigungen und Erklärungen
  - Probleme: Klarheit, Fristen, Rücknahme

17.04.2004

Homburger  
14

---

---

---

---

---

---

---

---

## Konkurs

- Keine automatische Vertragsauflösung
- Konkursiter Schuldner darf nicht mehr über seine Vermögenswerte verfügen
  - Kundenarbeiten, Urheberrechte
- Problem: Art. 211 Abs. 1 und 2 SchKG
  - Umwandlung von Realschulden in Geldschulden
  - Konkursverwaltung darf in Vertrag eintreten
  - Gläubiger kann Bezahlung verweigern, falls Gegenleistung nicht sichergestellt wird

17.04.2004

Homburger  
15

---

---

---

---

---

---

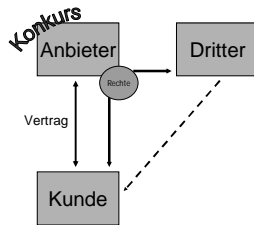
---

---

## Konkurs 2

Schicksal falls

- Rechte versilbert
- Rechte eingeräumt
- Rechte übertragen
- Rechte erschöpft  
d.h. Werkexemplar  
«veräußert» wurde  
(Art. 12 URG)



17.04.2004

Homburger  
16

---

---

---

---

---

---

---

---

## Erschöpfung im Urheberrecht

- Art. 12 URG Erschöpfungsgrundsatz
  1. Hat ein Urheber oder eine Urheberin ein Werkexemplar veräußert oder der Veräußerung zugestimmt, so darf dieses weiterveräußert oder sonstwie verbreitet werden.
  2. Hat ein Urheber oder eine Urheberin ein Computerprogramm veräußert oder der Veräußerung zugestimmt, so darf dieses gebraucht oder weiterveräußert werden.
  3. [...]

17.04.2004

Homburger  
17

---

---

---

---

---

---

---

---

## Konkurs 3

- Auflösung im Konkurs?
  - Vertragliches Recht des Kunden
  - Vertraglicher Automatismus
- Massnahmen für den Konkurs?
  - Gestaffelte Bezahlung
  - Software-«Veräußerung»
  - Rechteüberlassung im Konkursfall
  - Software-Hinterlegungsvertrag
    - Für Source-Codes sowie Rechte

17.04.2004

Homburger  
18

---

---

---

---

---

---

---

---

## Nicht-Bezahlung

- Regelfall: Gestaffelte Bezahlung
- Allgemeine Verzugsfolgen
  - Zinsen, Art. 107-109 OR
- Aussetzen der eigenen Leistung?
- Verrechnungsverbote?
- Schutzmassnahmen
  - Übergang von Rechten erst nach Bezahlung
  - Technische Softwaresperren

17.04.2004

Homburger  
19

---

---

---

---

---

---

---

---

## Übernutzung

- Falls Nutzungsbefugnis des Kunden örtlich, sachlich, zeitlich oder quantitativ beschränkt
- Vertragliche Ansprüche
  - Konventionalstrafe
  - Schadenersatz
  - Vertragsauflösung
- Urheberrechtliche Unterlassungsansprüche
  - Gewinnherausgabe oder Schadenersatz
  - Strafrechtliche Sanktionen

17.04.2004

Homburger  
20

---

---

---

---

---

---

---

---

## Entscheide 1

- BGE vom 22.12.1981 (unveröffentlicht, «DVD»), zitiert in BGE 109 II 465
  - Software-Entwicklung als Werkvertragsleistung
- BGE 124 III 456 (27.8.1998)
  - Vertragsqualifikation bei Systemlieferung
  - Fehlgeschlagene Nachbesserung
  - Minderung statt Wandelung

17.04.2004

Homburger  
21

---

---

---

---

---

---

---

---

## Entscheide 2

- BGE 125 III 263 (29.4.1999)
  - Änderungsrecht an Software
  - Aufklärungspflichten bei Wissensgefälle
  - Qualifikation einer Lieferung von Source-Code
- BGE 4C.440/1998 vom 29.2.2000
  - Vertraglicher Übergang der Rechte an Software beim Konkurs des Entwicklungspartners

17.04.2004

Homburger  
22

---

---

---

---

---

---

---

---

## Open Source

- Begriffsverständnis unterschiedlich
- "Offizielle" Definition der Open Source Initiative ([www.opensource.org](http://www.opensource.org))
- Kernpunkte: Freie Verteilung, Offenlegung des Quellcodes, Standardlizenz
- Gegenstück zur Open Source Software: Proprietäre Software

17.04.2004

Homburger  
23

---

---

---

---

---

---

---

---

## Geschichte

- 1983: Richard Stallmann gründet "Free Software Foundation" zwecks Entwicklung freier, Unix-kompatibler Software (GNU)
- 1991: Linus Torvalds entwickelt Linux und stellt das Produkt unter die "General Public License" (GPL) von GNU, bittet im Internet um Mitarbeit

17.04.2004

Homburger  
24

---

---

---

---

---

---

---

---

## Geschichte 2

- Kommerzielle Distributoren greifen Linux auf; Siegeszug um die Welt
- 1998: Weltweit 750'000 Server laufen unter Linux
- Diverse Lizenzformen und Geschäftsmodelle entwickeln sich
- Das Feindbild der Open Source Gemeinde: Microsoft

17.04.2004

Homburger  
25

---

---

---

---

---

---

---

---

## Open-Source-Lizenz

- Standardlizenzen spielen zentrale Rolle (häufigste Lizenz ist GPL)
- Sollen "Freiheit" der Software rechtlich absichern
- "Frei" schliesst kommerzielle Verwertung nicht aus, erlaubt aber kostenloser Vertrieb und Bearbeitung
- Bearbeitungen (Weiterentwicklungen) müssen ebenfalls Open Source bzw. als solche freigegeben sein, falls sie veröffentlicht werden

17.04.2004

Homburger  
26

---

---

---

---

---

---

---

---

## General Public License (GPL)

- Vertragsrechtliche Qualifikation unklar
  - Schenkung (Art. 239 ff. OR) nicht nur Schenkungsversprechen (Art. 243 OR), d.h. kein Schriftformerfordernis
- Urheberrechtliche Qualifikation umstritten
  - Einräumung eines Nutzungsrechts an jedermann (h.L.)
  - Verzicht auf Verwertungsrechte?

17.04.2004

Homburger  
27

---

---

---

---

---

---

---

---

## Nutzungsrecht 1

- Nutzungsrecht der GPL wird unter der (resolutiven) Bedingung gewährt, dass
  - im Falle einer Publikation oder eines Vertriebs (Distribution) einer eigenen Bearbeitungen diese ebenfalls der GPL unterstellt wird (d.h. kostenlose Lizenz)
  - das Programm mit dem Quellcode ausgeliefert oder dieser in angemessener Weise zugänglich gemacht wird
  - Veränderungen als solche gekennzeichnet werden

17.04.2004

Homburger  
28

---

---

---

---

---

---

---

---

## Nutzungsrecht 2

- Keine Verpflichtung zu Bearbeitungen
- Keine Verpflichtung zur Veröffentlichung von Bearbeitungen
- Keine Pflicht zur Unterstellung unter die GPL von eigenständigen Bestandteilen oder selbständigen Werken
- Kein Verbot der kommerziellen Verwertung

17.04.2004

Homburger  
29

---

---

---

---

---

---

---

---

## Nutzungsrecht 3

- Schutz vor Entstellung des eigenen Werkes durch GPL aufgegeben?
- Namensnennung ist erwünscht und möglich
- Neue Nutzungsarten sind nicht erfasst
  - Abgedeckt durch Neuverfassungen der GPL (Pauschalunterstellung unter künftige Fassungen nach h.L. nicht möglich)

17.04.2004

Homburger  
30

---

---

---

---

---

---

---

---

## Haftung für Open-Source-Software?

- Haftungsausschluss mittels GPL nicht vollständig möglich
  - Art. 248 Abs. 1 OR: Verantwortlichkeit des Schenkers ohnehin auf absichtliche und grobfahrlässige Schädigung beschränkt
  - Art. 248 Abs. 2 OR: Keine gesetzliche Gewährleistung im Falle der Schenkung
- Wer ist für welche Teile der Bearbeitung verantwortlich?

17.04.2004

Homburger  
31

---

---

---

---

---

---

---

---

## Risiken 1

- Eigene Software kann unter verschiedenartigen Lizenzen (zeitgleich, versetzt) vertrieben werden
  - GPL verbietet dem Autor nicht, seine Software auch anders einzusetzen
  - Kostenlose Verteilung einer (reduzierten) Open Source-Version kann Verbreitung fördern (Beispiel: Sun OpenOffice / StarOffice)
  - Einsatz von eigener Software in Nicht-GPL-Software nur mittels Nicht-GPL-Lizenz möglich (GPL würde die Unterstellung der Gesamtsoftware unter GPL verlangen)

17.04.2004

Homburger  
32

---

---

---

---

---

---

---

---

## Risiken 2

- Aber: GPL-Software eines Dritten darf nicht unter einer Nicht-GPL-Lizenz weitergegeben werden
  - Diskussion "copyleft" vs. "non-copyleft"-Lizenzen: Müssen veränderte oder verbesserte Teile einer Software unter die Lizenz der ursprünglichen Software gestellt werden?
  - Abgrenzung zur Freigabe einer Software als "public domain" (Verzicht Geltendmachung eigener Rechte)
  - Verbesserungen am GPL-Code darf nicht auf Code übertragen werden, der nicht unter der GPL steht
- GPL-Lizenzierung kann nicht rückgängig gemacht werden

17.04.2004

Homburger  
33

---

---

---

---

---

---

---

---

## Alternativen zur GPL

- **Berkeley Software Distribution-Lizenzen (BSD):** Verbreitung ist unter beliebigen Bedingungen erlaubt, ob verändert oder nicht, aber Berkeley und die bisher mitwirkenden Programmierer müssen genannt werden ("Advertising"-Klausel)
- **Sun Community Source License (SCSL):** Wird SCSL-Software verändert, darf sie nur weiterverbreitet werden, wenn Sun ein unbeschränktes Nutzungsrecht an der Änderung erhält (auch zur Verwendung in nicht-freier Software)

17.04.2004

Homburger  
34

---

---

---

---

---

---

---

---

## Alternativen zur GPL 2

- **Netscape Public License (NPL):** Für den Browser Netscape Communicator (Quellcode seit 1998 freigegeben). Netscape darf Verbesserungen selbst auch in nicht freier Software verwenden. Die NPL-Software darf auch von anderen in nicht freier Software verwendet und vertrieben werden, solange die Open-Source-Bestandteile offen bleiben.
- Besondere Lizenzen für Funktionsbibliotheken
- etc.

17.04.2004

Homburger  
35

---

---

---

---

---

---

---

---

## Fragen?

### David Rosenthal

Homburger Rechtsanwälte

Weinbergstr. 56|58, CH-8035 Zürich  
Tel. 043 222 1000  
Fax 043 222 1500

david.rosenthal@homburger.ch  
www.homburger.ch

17.04.2004

Homburger  
36

---

---

---

---

---

---

---

---

HOMBURGER

Ich danke für  
Ihre Aufmerksamkeit.

---

---

---

---

---

---

---

---