

30.4.2008-14.5.2008



Juristische Fakultät | Informations- und Telekommunikationsrecht (FS 2008):

IT-Verträge

David Rosenthal



IT-Verträge dienen vielen Zwecken

- Beratung
- Konzeption und Gestaltung
- Entwicklung
- Lizenzierung, Übertragung von Rechten
- Vertrieb
- Betrieb (Outsourcing, Managed Services)
- Wartung
- Hinterlegung (Escrow)
- ... und Mischformen

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
2

Beispiel Software-Entwicklung

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

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
3

Vertragsinhalt | 1

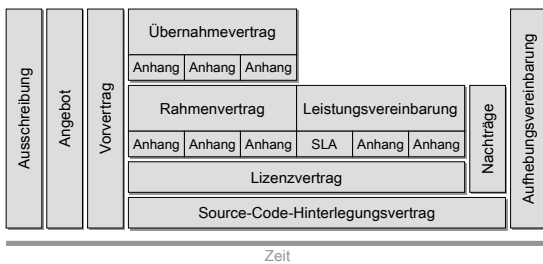
- Rahmenverträge, Leistungsverträge
- AGB, Preislisten
- Pflichtenheft, Ausschreibung
- Offerte, Konzepte
- Annahmeerklärung
- Term-Sheets

- Shrink-Wrap-Lizenzen
- Click-Wrap-Lizenzen

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
4

Vertragsinhalt | 2



30.04.2008
14.05.2008

Homburger
5

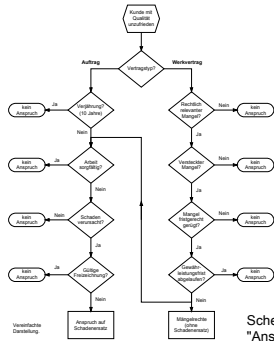
Umgang mit Qualitätsmängeln

- Schritt 1: Welcher Vertragstyp liegt vor?
- Schritt 2: Liegen relevante Mängel vor?
- Schritt 3: Wie reagieren Sie richtig?
- Schritt 4: Was tun mit den Mängeln?
- Schritt 5: Gibt es Schadenersatz?

- Ausstieg aus dem Vertrag als Option

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
6



Schema "Ansprüche bei Qualitätsmängeln"

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
7

Schritt 1: Vertragstyp ermitteln

- Gibt es einen Unterschied zwischen A und B?
 - "A behebt die über die Hotline gemeldeten Störungen gemäss den Vorgaben des SLA"
 - "B betreibt zu den Bürozeiten eine Hotline zur Entgegennahme und Bearbeitung von Fehlern"
 - "A implementiert die spezifizierte Lösung unter gehöriger Mitwirkung des Kunden"
 - "B unterstützt den Kunden zwecks erfolgreicher Umsetzung der spezifizierten Lösung"

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
8

Relevanz des Vertragstyps

- | | |
|--|---|
| <u>Werkvertrag</u> (Art. 363 ff. OR) | <u>Auftrag</u> (Art. 394 ff. OR) |
| - Resultat hat bestimmte Eigenschaften | - Arbeit mit bestimmter Sorgfalt erbracht |
| - Abnahme | - Keine Abnahme |
| - Diverse Mängelrechte | - Nur Schadenersatz |
| - 1 Jahr "Garantie" | - 10 Jahre Verjährung |
| - Keine Treuepflicht | - Treuepflicht |
| - Nicht kündbar | - Jederzeit kündbar |

30.04.2008
14.05.2008

* Regeln gemäss OR (mangels anderer Abrede)

Homburger
9

Vertragsqualifikation

- Werkvertraglicher Charakter
 - Projektleistungen mit Abnahme des Resultats
 - Erstellung von Software, Konzepten, Websites
 - Wartung von Software, Websites
 - Software als Service (Application Service Providing, ASP)
- Auftragsrechtlicher Charakter
 - Beratung, Konzeption, Design
 - Schulung, Support
 - Wartung von Software, Websites

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
10

Vertragsqualifikation

- Kaufrechtlicher Charakter
 - Einräumung und Übertragung von Nutzungsrechten
 - Erwerb von Datenträgern, Shrink-Wrap-Software
- Lizenzcharakter (sog. Innominatvertrag)
 - Einräumung, Übertragung von Nutzungsrechten
 - Auch denkbar: Pacht- und Mietrecht
- Einfache Gesellschaft
 - Mit gemeinsamen Mitteln ein gemeinsames Ziel erreichen
 - Joint-Ventures, Entwicklungs-Partnerschaften

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
11

Schritt 2: Relevante Mängel?

- Software stürzt bei Liste Nr. 36 bisweilen ab
- Debitorenlösung kann bezahlte Rechnungen nur automatisch abbuchen, nicht manuell
- Unverträglichkeit zwischen einzelnen Teilen einer SAP-R/3-Implementation
- Server fällt trotz garantierter Verfügbarkeit von 99.5% während 4 Wochen täglich 1h aus
- Benutzerfehler wird nicht abgefangen, System überlastet sich selbst und kollabiert

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
12

Nicht jeder Mangel "zählt"

- Mangel: Ist-Zustand eines Werks entspricht nicht dem rechtlich relevanten Soll-Zustand
 - Zugesicherte (= vereinbarte) Eigenschaften
 - Ausdrücklich oder stillschweigend
 - Auch unbedeutende Abweichungen sind Mängel
 - Vorausgesetzte (\approx erwartete) Eigenschaften
 - Kriterium der Gebrauchstauglichkeit (und Wertqualität)
 - Muss schon bei Ablieferung bestanden haben

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
13

Beispiele

- Kein "Mangel" – Beispiel Server
 - $4 \times 7 \times 1 = 28$ h Ausfall; 8760 h Betriebszeit|Jahr
 - Verfügbarkeit: $100 - (28/8760 \times 100) = 99.68\%$
 - Garantierte Verfügbarkeit: 99.5%
- Kein "Mangel" – Beispiel Debitorenlösung
 - Pflichtenheft sah für die Rechnungsabbuchung nur Automatik vor, keine manuelle Abbuchung
 - Gewährleistung wurde für nicht ausdrücklich vereinbarte Eigenschaften ausgeschlossen

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
14

Vertragsgestaltung (Kundensicht)

- Gewährleistung im Vertrag offen formulieren
 - "Die Lieferantin gewährleistet, dass ihre Arbeitsergebnisse mängelfrei sind, sie die zugesicherten Eigenschaften und jene Eigenschaften aufweisen, die die Kundin auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen voraussetzen darf [sowie, dass alle Leistungen zum vorausgesetzten Gebrauch tauglich sind]."

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
15

Vertragsgestaltung (Kundensicht)

- Gebrauchszweck und Rahmenbedingungen festhalten (z.B. Infrastruktur, Mengengerüste)
 - Nicht vergessen: Interaktion mit Drittsystemen
- Projekt vertraglich zweiteilen, wenn detaillierte Spezifikationen zu Beginn noch fehlen
 - Phase 1: Detailspezifikation erstellen lassen
 - Ggf. als Auftrag formulieren (Treuepflicht!)
 - Phase 2: Umsetzung, sofern noch gewünscht
 - Grobspezifikation zu Beginn erlaubt Kostendach

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
16

Service Level Agreements (SLAs)

- SLAs definieren mittels messbarer Kriterien, wie Dauerleistungen zu erbringen sind
 - Gut auch für den Provider: Er muss Service Levels lediglich einhalten, nicht übertreffen
- Sind die SLA-Parameter wirklich praxisnah?
- Können Sie mit allen Vorbehalten leben?
- Was bringen die vereinbarten Rechtsbehelfe, wenn Levels massiv unterschritten werden?

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
17

Die durchschnittliche monatliche Verfügbarkeit der Connectivity beträgt 99,5 % mit Ausnahme der Verfügbarkeit der Connectivity im Local Loop (Verbindung zwischen Kundenstandort und Gateway durch Standleitung), die mit einer durchschnittlichen jährlichen Verfügbarkeit von 99,0 % bereitgestellt werden.

= 3,65 h Ausfall im Monat erlaubt

98,5% Gesamtverfügbarkeit
= 131,4 h Ausfall im Jahr erlaubt

= 87,6 h Ausfall im Jahr erlaubt

Die Connectivity gilt als verfügbar, wenn der Anschluss (Port) Verkehr senden und empfangen kann. Falls die Leistung nicht

(aus einem zufällig gefundenen ISP-SLA aus dem Internet)

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
18

Schritt 3: Wie richtig reagieren?

- Fussangel Nr. 1: Mitwirkung

- Wer nicht wie erforderlich mitgewirkt hat, kann diesbezügliche Mängel nicht geltend machen
 - Vorbeugen: Verantwortlichkeiten klar regeln
("Mitwirkungspflichten von B müssen schriftlich vereinbart sein. Sie gelten als Obliegenheiten. Sollte B ihnen nicht nachkommen, hat A B unverzüglich schriftlich zu ermahnen, über die Folgen aufzuklären und eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung anzusetzen.")

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
19

Schritt 3: Wie richtig reagieren?

- Fussangel Nr. 2: Abnahme

- Der Kunde muss das abgelieferte Werk auf erkennbare Mängel prüfen und solche anzeigen
 - Sonst droht der Verlust aller Mängelrechte
- Vorbehaltlose Teilabnahmen sind ein Risiko
 - Vorbeugen: "Teilabnahmen, sofern vom Kunden erlaubt, wirken nur auf den Zeitpunkt und nur unter Vorbehalt der erfolgreichen Endabnahme."
- Oft gibt es unbedachte Äusserungen, die sich als Genehmigung des Werks deuten lassen

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
20

Schritt 3: Wie richtig reagieren?

- Fussangel Nr. 3: Mängelrüge

- Mitteilung des Mangels genügt nicht
 - Fehlerbild genau (nachvollziehbar) umschreiben
 - Vertragsverletzung geltend machen
- Gefahr kurzer Fristen (wenige Tage!)
 - Vorbeugen: "Mängel sind innert 60 Tagen zu rügen. Vom Lieferanten gekannte oder erkannte Mängel gelten als rechtzeitig gerügt."

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
21

Schritt 3: Wie richtig reagieren?

- Fussangel Nr. 4: Verjährung
 - Der Kunde muss Mängelrechte innerhalb der Gewährleistungsfrist geltend machen
 - Gesetz: Ein Jahr nach Ablieferung des Werks
 - Vertrag: Oft kürzer (z.B. 3 oder 6 Monate)
 - Die Verkürzung der Gewährleistungsfrist darf die Rechtsverfolgung nicht "unbillig" erschweren
 - Anerkennungshandlung unterbricht Verjährung
 - z.B. mit der verlangten Mängelbeseitigung wird begonnen oder Anbieter verspricht, dies zu tun

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
22

Schritt 4: Behebung der Mängel?

- Wahlrechte beim Werkvertrag (Art. 368 OR)
 - Unentgeltliche Nachbesserung
 - Preisminderung (d.h. Mangel bleibt bestehen)
 - Wo unzumutbar: Rücktritt von Vertrag
 - Wahlrecht kann vertraglich abgeändert werden
 - Keine unbedachte Ausübung des Wahlrechts
- Recht zur Ersatzvornahme durch einen Dritten nach angemessener Frist (Art. 366 Abs. 2 OR)
- Verschulden des Anbieters irrelevant

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
23

Schritt 5: Schadenersatz?

- Haftung für Mangelfolgeschaden
 - Nur bei Verschulden (Fahrlässigkeit|Absicht)
 - Mangel mit zumutbarem Aufwand vermeidbar?
 - Tip: Besondere Sorgfaltspflichten vereinbaren
- Den Schaden muss der Kunde nachweisen
 - Ev. Reduktion bei Mitverschulden des Kunden
 - Sollte sich für Schadensminderung einsetzen
 - US-GAAP: Hohes Haftungsrisiko = kein Umsatz

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
24

Art. 100

¹ Eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, ist nichtig.

² Auch ein zum voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden kann nach Ermessen des Richters als nichtig betrachtet werden, wenn der Verzichtende zur Zeit seiner Erklärung im Dienst des anderen Teiles stand, oder wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt.

³ Vorbehalten bleiben die besonderen Vorschriften über den Versicherungsvertrag.

(Art. 100 Obligationenrecht)

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
25

Art. 101

¹ Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer vornehmen lässt, hat dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht.²⁸

² Diese Haftung kann durch eine zum voraus getroffene Verabredung beschränkt oder aufgehoben werden.

³ Steht aber der Verzichtende im Dienst des andern oder folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes, so darf die Haftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden.

(Art. 101 Obligationenrecht)

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
26

Weitere Möglichkeiten | 1

- Zurückbehalten des Entgelts
 - Preis muss bis zur Erfüllung der Gegenleistung nicht bezahlt werden, wenn diese vorher oder gleichzeitig fällig ist (Art. 82 OR)
 - Werkvertrag: Zahlung erst bei Ablieferung des vertragsgemässen Werks, falls nichts anderes vereinbart (umstritten)
 - Aber: Kein Rückbehaltungsrecht zur Sicherung von Schadenersatzansprüchen

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
27

Weitere Möglichkeiten | 2

- Verzugsrechte (Art. 102-109 OR)
 - Nachfrist ansetzen, falls Anbieter verspätet ist
 - Leistet der Anbieter nicht, ist Leistungsverzicht oder Rücktritt (sowie je Schadenersatz) möglich
 - Möglich auch bei Teillieferungen (warnen!)
 - Bei Werkverträgen ist ein Rücktritt sogar vor Fälligkeit möglich, wenn Verzug absehbar ist und den Kunden keine Schuld trifft (Art. 366 OR)
 - Achtung: Rücktritt führt ev. zu Rückabwicklung

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
28

Weitere Möglichkeiten | 3

- Kündigung von Dauerverträgen
 - Ohne Grund bei Aufträgen jederzeit*, sonst wo nichts vereinbart, mit 6 Monaten (Faustregel)
 - Jederzeit aus "wichtigen Gründen"
- Irrtum über notwendige Vertragsgrundlage
 - Anfechtung innert Jahresfrist seit Entdeckung
 - Schadenersatz bei fahrlässigem Irrtum

30.04.2008
14.05.2008

* Entschädigung, falls "zur Unzeit"

Homburger
29

Erwerb von Software

- Art des Erwerbs bestimmt Nutzungsrechte
- Fall 1: Kauf von Software bei einem Händler als Einzelpaket oder vorinstallierte OEM-Software
- Fall 2: Abschluss einer Lizenzvereinbarung zur Nutzung von Software
- Fall 3: Open Source

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
30

Fall 1: Kauf von Softwarepaketen

- Weiterverkauf ist erlaubt (→ Erschöpfung)
 - Ohne Rückbehalt einer eigenen Kopie
 - Kein klagbarer Anspruch auf Weiterverkauf
- In der Schweiz keine Beschränkung durch nachträgliche Lizenzbedingungen
 - z.B. EULA, Shrink-Wrap-Lizenzen, Installation nur nach Bestätigung der Lizenzbedingungen
 - Aber: Nachträgliche Online-Updates können zur vertraglichen Bindung führen

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
31

Weiterverkauf von Software?

"Hat ein Urheber oder eine Urheberin ein Computerprogramm veräußert oder der Veräußerung zugestimmt, so darf dieses gebraucht oder weiterveräußert werden." (Art. 12 Abs. 2 URG)

Der zulässige Gebrauch umfasst gem. Art. 17 URV:

- die bestimmungsgemäße Verwendung des Programms, zu der das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern sowie die im Rahmen dieser Tätigkeiten erforderliche Herstellung eines Werkexemplares durch den rechtmässigen Erwerber oder die rechtmässige Erwerberin gehören;
- das Beobachten des Funktionierens des Programms, das Untersuchen oder Testen desselben zum Zweck der Ermittlung der einem Programmelement zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze, wenn dies im Rahmen der Handlungen zur bestimmungsgemässen Verwendung erfolgt.

Aber: Weiterverkauf kann vertraglich untersagt sein

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
32

Fall 2: Lizenzvereinbarung

- Beispiele: Volumenlizenzverträge, Verträge zur Softwareerstellung, Click-Wrap-Verträge
 - Beauftragung und Bezahlung einer Softwareentwicklung führt nicht zwingend zur Übertragung der Rechte an der Software
 - Lizenzverträge erlauben Nutzung nicht nur, sondern schränken sie oft auch ein
 - Anbieterseitig beliebt: Kostenautomatismen und Regeln, die den Umsatz langfristig sichern

30.04.2008
14.05.2008

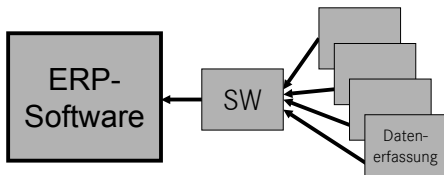
Homburger
33

AGB eines grossen Anbieters ...

- Der Software-Einsatz ist nur zur Abwicklung von eigenen Geschäftsvorfällen und solchen mehrheitlich kontrollierter Firmen erlaubt
- Ein Outsourcing des Servers ist nur aufgrund einer schriftlichen Vereinbarung erlaubt
- Ein lizenzpflichtiger Nutzer ist ein Mitarbeiter, der berechtigt ist, direkt oder indirekt auf die überlassene Software zuzugreifen

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
34



"indirekte Nutzung"

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
35

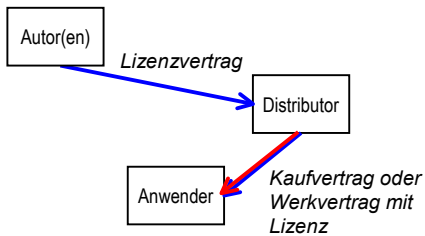
Fall 3: Open Source

- Open-Source ist urheberrechtlich geschützt
- Viele verschiedene Standardlizenzen
 - Nutzung i.d.R. kostenlos erlaubt, Änderungen und Vertrieb aber regelmässig nur mit Einschränkung
 - <http://www.opensource.org/licenses/alphabetical>
 - Open-Source-Lizenzbedingungen bezüglich "Risiken und Nebenwirkungen" studieren
 - z.B. Apache-Lizenz viel unproblematischer als GPL
- Trennung von Lizenzgeber und Distribution
 - GPL: Jeder Empfänger erhält kostenlose Lizenz

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
36

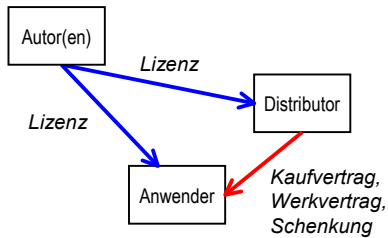
Software-Lizenzierung klassisch



30.04.2008
14.05.2008

Homburger
37

Lizenzmodell GPL



30.04.2008
14.05.2008

Homburger
38

GPLv2: Was erlaubt ist

- Nutzung: Unbeschränkt erlaubt
- Kopieren, Veränderung, Vertrieb: Beschränkt
- Nur die Lizenz ist kostenlos, nicht unbedingt aber das Werkexemplar (d.h. die Code-Datei)
 - Zur Lizenzierung genügt es, die Software mit passendem GPL-Hinweis in Umlauf zu setzen
- Aber: GPL gilt nur, insoweit als Lizenzgeber über Rechte verfügt (kein Gutgläubensschutz)

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
39

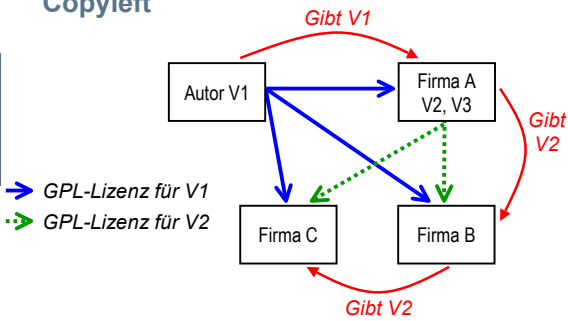
GPLv2: Wichtige Beschränkungen

- Source-Code muss für Dritte zugänglich sein
- Wer veränderten GPL-Source-Code vertreibt oder publiziert, muss für eigene Änderungen kostenlose GPL-Lizenz gewähren ("Copyleft")
 - Aber: Keine Pflicht zum Vertrieb
- Verbot, den Empfänger bei der Ausübung der Rechte gemäss Lizenz zu beschränken
 - z.B. durch Non-Disclosure Agreement

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
40

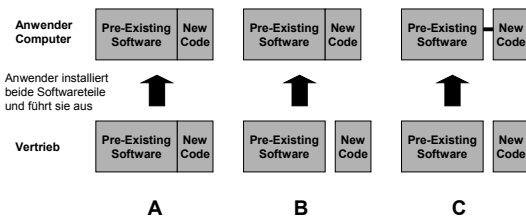
Copyleft



30.04.2008
14.05.2008

Homburger
41

Independent and separate works?



30.04.2008
14.05.2008

Homburger
42

Folgen

- GPL-Lizenzierung kann nicht rückgängig gemacht werden
- GPL-Software eines Dritten darf nicht unter einer Nicht-GPL-Lizenz weitergegeben werden
- Software unter inkompatiblen Lizenzen darf nicht als ein vereintes Werk vertrieben werden
- Eigene Software kann unter verschiedenen Lizenzen gleichzeitig vertrieben werden
 - Schützt Firmenkunden z.B. vor dem Copyleft

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
43

Durchsetzbarkeit

- Landgericht München, Urteil vom 19.5.2004
 - Az. 21 O 6123/03
 - Einstweilige Verfügung gegen Router-Hersteller, der GPL-Software in Firmware einsetzte, ohne darauf hinzuweisen und Source-Code anzubieten
- Landgericht Frankfurt, Urteil vom 6.9.2006
 - Az. 2-6 O 224/06
- September 2007: Erster Fall in den USA
 - <http://www.linux-watch.com/news/NS3973290690.html>

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
44

Was ändert sich mit GPLv3?*

- Vertrieb umfasst nicht "Software-as-a-Service"
- Endverbraucherprodukte müssen das Aufspielen veränderter Software erlauben
- Gewisse Lizenzbeschränkungen sind erlaubt
- Automatische Wiederherstellung der Lizenz
- Pflicht zur Erteilung gewisser Patentlizenzen
- GPLv3 ist nicht kompatibel mit GPLv2

30.04.2008
14.05.2008

* Infos: http://www.fsf.org/news/gplv3_launched

Homburger
45

Fragen?

David Rosenthal

Homburger AG

Weinbergstr. 56|58, CH-8006 Zürich

Tel. 043 222 1000

Fax 043 222 1500

david.rosenthal@homburger.ch

www.homburger.ch

30.04.2008
14.05.2008

Homburger
46

HOMBURGER

Ich danke für
Ihre Aufmerksamkeit.
