

Kommentar zu: Urteil: [4A\\_446/2015](#) vom 3. März 2016  
Sachgebiet: Obligationenrecht (allgemein)  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

De | Fr | It |

## Lieferung einer mangelhaften Softwarelösung

Wann kann ein Käufer die Mängelreue gemäss Art. 210 Abs. 5 OR erheben?

### Autor / Autorin

Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

### Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM  
ATTORNEYS AT LAW

*In seinem Urteil vom 3. März 2016 hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung zu Art. 210 Abs. 5 OR dahingehend präzisiert, dass eine Mängelreue nur dann vom Käufer geltend gemacht werden könne, wenn dieser neben dem rechtzeitigen Erheben der Mängelrüge gemäss Art. 201 OR sich nicht im Verzug befunden habe.*

### Sachverhalt

[1] Die Y. SA (Käuferin, Beschwerdegegnerin) verwendete seit 2004 eine durch die X. AG (Verkäuferin, Beschwerdeführerin) vermarktete Softwarelösung. Am 12. Juli 2010 unterbreitete die Verkäuferin der Käuferin eine Offerte in der Höhe von CHF 62'500.00 für die Installation der neuesten Version ihrer Softwarelösung. Nach Annahme der Offerte durch die Käuferin schlossen die Parteien gleichentags einen Vertrag ab. Sie kamen darin überein, dass die neue Software bis Oktober 2010 installiert und funktionsfähig sein müsse, damit die Käuferin diese im neuen Geschäftsjahr «A. 2010» verwenden könne. In Abweichung von der gesetzlichen Gewährleistungsordnung vereinbarten die Parteien zudem ein Reparaturrecht.

[2] Die Verkäuferin installierte die Software am 23. September 2010. Bereits am Folgetag rügte die Käuferin diverse Mängel. Mit E-Mail vom 6. Oktober 2010 informierte die Käuferin die Verkäuferin erneut darüber, dass die Software immer noch nicht vollständig funktionsfähig sei. Die Käuferin forderte daher die Verkäuferin auf, ihr bis zum Folgetag mitzuteilen, ob sie die neue Software gebrauchen könne oder ob sie im kommenden Geschäftsjahr «A. 2010» mit der alten Softwareversion arbeiten müsse.

[3] Am 12. Oktober 2010 teilte die Verkäuferin der Käuferin mit, dass sie an einer Lösung des Problems arbeite. Gleichentags erklärte die Käuferin der Verkäuferin, dass sie im neuen Geschäftsjahr «A. 2010» die alte Software

verwenden wolle. In der Folge wurde die alte Software unter Mithilfe der Verkäuferin installiert. Dessen ungeachtet forderte die Käuferin die Verkäuferin auf, die Mängel der neuen Software zu beheben.

[4] Die Verkäuferin versuchte darauf verschiedentlich, die neue Software zu reparieren. Die Käuferin gewährte ihr jedoch keinen Zutritt zu ihren Geschäftsräumen und löste am 20. Januar 2012 überdies den Vertrag vom 12. Juli 2010 auf. Die Verkäuferin widersetzte sich am 2. März 2012 dieser Vertragsauflösung. Sie wies die Käuferin darauf hin, dass sie sich im Verzug befinde und setzte ihr deshalb eine 14-tägige Frist an, um Terminvorschläge zu machen, wann sie die neue Software installieren könne. Da die Käuferin diesen Vorschlag ablehnte, erklärte die Verkäuferin am 12. April 2012 gemäss Art. 107 [OR](#), dass sie auf die nachträgliche Erfüllung des Vertrags verzichte und machte Schadenersatz in Höhe von CHF 61'560.00 (positives Vertragsinteresse) geltend.

[5] Mit Klage vom 4. Oktober 2012 beantragte die Verkäuferin, die Käuferin sei zur Bezahlung der Summe von CHF 61'560.00 zzgl. Zins zu verurteilen. Mit Urteil vom 8. September 2014 wies das Zivilgericht des Bezirks «*Broye et du Nord vaudois*» die Klage ab. Das gegen dieses Urteil erhobene Rechtsmittel der Verkäuferin wies der Appellationshof des Kantonsgerichts Waadt mit Entscheid vom 21. April 2015 ab. Gegen diesen Entscheid gelangte die Verkäuferin mit einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und beantragte u.a., es sei die Käuferin zur Bezahlung von CHF 61'560.00 zzgl. Zins zu verurteilen.

## Erwägungen

[6] Die Verkäuferin rügte vor Bundesgericht eine Verletzung von Art. 210 Abs. 2 aOR (heute Art. 210 Abs. 5 [OR](#)). Sie führte im Wesentlichen aus, die Käuferin habe am 20. Januar 2012 den Vertrag nicht auflösen können, ohne ihr eine Frist zur Reparatur anzusetzen, da die Parteien ein Reparaturrecht vereinbart hätten. Demgegenüber vertrat die Vorinstanz die Ansicht, dass die Unmöglichkeit, eine gelieferte Sache (i.c. die Software) nutzen zu können, einen schweren Mangel darstelle. Daher könne von der Käuferin nicht erwartet werden, den Vertrag einzuhalten. Folglich habe die Käuferin, als sie auf Zahlung des Schadenersatzes verklagt worden sei, die Mängelinrede vorbringen können. (E. 2./3.)

[7] Das Bundesgericht erwog, der Verkäufer hafte dem Käufer gemäss Art. 197 [OR](#) sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Liege ein Fall der Gewährleistung wegen Mängel der Sache vor, so habe der Käufer die Wahl, mit der Wandelungsklage den Kauf rückgängig zu machen oder mit der Minderungsklage Ersatz des Minderwertes der Sache zu fordern. Das Bundesgericht erinnerte daran, dass weder der Verkäufer noch der Käufer *ex lege* ein Reparaturrecht besitzen. (E. 3.2.)

[8] Weiter führte das Bundesgericht aus, die Normen über die Gewährleistung wegen Mängel der Sache seien dispositiver Natur. Daher sei es zulässig, vertraglich ausschliesslich ein Reparaturrecht zu vereinbaren. In einem solchen Fall sei der Käufer jedoch verpflichtet, die Durchführung der Reparatur zu ermöglichen (sog. Obliegenheit). Die Verletzung dieser Obliegenheit führe *ex lege* zum Verzug des Käufers (Art. 91 [OR](#)) und schliesse aus, dass der Verkäufer auch in Verzug geraten könne. Das Bundesgericht hielt ausdrücklich fest, dass der sich im Verzug befindliche Käufer seine Gewährleistungsrechte nicht geltend machen könne. Weiter bemerkte es, dass der Gesetzgeber entschieden habe, dass die Verletzung der Obliegenheit gleich behandelt werden solle wie die Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung (Art. 95 i.V.m. Art. 107 ff. [OR](#)). Liege keiner der Gründe von Art. 108 [OR](#) vor, müsse der Verkäufer dem Käufer jedoch vorgängig eine Frist zur nachträglichen Erfüllung der Obliegenheit ansetzen. Nach unbenutztem Ablauf dieser Frist könne der Verkäufer, sofern er dies unverzüglich erkläre, auf die nachträgliche Leistung verzichten und Schadenersatz in Form des positiven Vertragsinteresses fordern. (E. 3.3.2.)

[9] Sodann erläuterte das Bundesgericht, dass gemäss Art. 210 Abs. 1 aOR Klagen auf Gewährleistung wegen Mängeln an der Kaufsache mit Ablauf eines Jahres nach deren Ablieferung an den Käufer verjähren. Die Einrede des Käufers wegen vorhandener Mängel bleibe aber bestehen, wenn der Käufer innerhalb eines Jahres nach

Ablieferung die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht habe. Der Käufer könne daher mit der Mängelreklame das Klagerecht des Verkäufers (z.B. in Bezug auf die Kaufpreisforderung) blockieren, wenn dieser nach Ablauf der Frist von Art. 210 Abs. 1 aOR gerichtlich gegen ihn vorgehe. Die Berufung auf die Mängelreklame sei aber nicht statthaft, wenn der Verkäufer die gerügten Mängel wegen des Verhaltens des Käufers, d.h. weil dieser seine Obliegenheit verletzt habe, nicht reparieren könne. (E. 3.4.)

[10] Das Bundesgericht erwog, dass die Parteien ein Reparaturrecht vereinbart haben. Folglich sei die Käuferin verpflichtet gewesen, alle nötigen Massnahmen zu treffen, damit die Verkäuferin die mangelhafte Software reparieren könne. Die Käuferin habe der Verkäuferin jedoch nie Zugang zu ihren Geschäftsräumlichkeiten gewährt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz könne in einem solchen Fall die Käuferin, welche sich infolge Verletzung ihrer Obliegenheit im Verzug befunden habe, nicht die Mängelreklame geltend machen. Denn die Verkäuferin habe einzig aufgrund des Verhaltens der Käuferin die Mängel nicht reparieren können. Gleiches gelte auch innerhalb der Frist von Art. 210 Abs. 1 aOR – die sich im Verzug befindliche Käuferin könne weder die Verkäuferin in Verzug setzen noch ihr gegenüber die Gewährleistungsansprüche geltend machen. (E. 3.5.)

[11] Im Ergebnis hielt das Bundesgericht fest, dass die Verkäuferin gemäss Art. 95 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 [OR](#) rechtsgültig auf die Erfüllung des Vertrags verzichtet und daher Anspruch auf Schadenersatz habe. Da die Vorinstanz diese Frage nicht behandelt habe, könne das Bundesgericht die Schadenskalkulation allerdings nicht vornehmen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde vollumfänglich gut, hob den angefochtenen Entscheid auf und wies die Sache zur Berechnung der Höhe des Schadenersatzes an die Vorinstanz zurück. (E. 3.6./4.)

### Kurzkomentar

[12] Vorliegend hatte das Bundesgericht eine Streitigkeit aus einem Vertrag betreffend die Lieferung einer mangelhaften Softwarelösung zu beurteilen (einlässlich zum Mangelbegriff: MARKUS VISCHER, Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, in: recht 2015, S. 1 ff.). Vor Bundesgericht war die Qualifikation des Vertrags nicht mehr strittig. Das Bundesgericht und die Vorinstanz haben den Vertrag als Kaufvertrag qualifiziert, wogegen die erste Instanz noch von einem Werkvertrag ausgegangen war (vgl. E. 2). Die Rechtsnatur des «*Softwarevertrags*» ist umstritten (vgl. LUKAS MORSCHER, Software-Überlassungsverträge, Teil I: Vertragsschluss, Rechtseinräumung, Typisierung, Anknüpfung, in: Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Softwareverträge, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 61 ff.). Wie das Bundesgericht bereits in einem Entscheid aus dem Jahr 1998 festgehalten hat, ist «*seine rechtliche Behandlung nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zu beurteilen*» ([BGE 124 III 456](#) E. 4.b.bb). In Bezug auf die Qualifikation von Verträgen betreffend die dauerhafte Überlassung von Software gegen Einmalzahlung gilt folgende Faustregel: Auf die Lieferung von *Standardsoftware* finden zumeist die kaufrechtlichen Bestimmungen (analog) Anwendung, wohingegen auf einen Vertrag betreffend individuell hergestellte Software (sog. *tailor-made software*) die werkvertraglichen Bestimmungen (analog) heranzuziehen sind ([BGE 124 III 456](#) E. 4.b.bb; Urteil des Bundesgerichts [4C.393/2006](#) vom 27. April 2007 E. 3.1; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. November 2014 [[HG110021](#)] E. II.2.C.1.1.; ROBERTO VITO, Bemerkungen zu [BGE 124 III 456](#), in: AJP 1999, S. 343; einlässlich: GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, 2. Aufl., Bern 2014, N. 2091 ff. m.w.H.). Nach dem Gesagten haben das Bundesgericht und die Vorinstanz richtigerweise die kaufvertraglichen Regeln auf den streitgegenständlichen Vertrag angewendet, da die Verkäuferin – soweit ersichtlich – lediglich eine Standardsoftware geliefert hat.

[13] Kernstück des Urteils bildete die Frage, ob die Käuferin, welche sich infolge Verletzung einer Obliegenheit im Verzug befand, nach Ablauf der Verjährungsfrist ihre Sachgewährleistungsansprüche einredeweise gegenüber der Schadenersatzforderung der Verkäuferin geltend machen konnte. Bevor die Autoren auf diese Frage eingehen (Rz. 15 f. hiernach), erläutern sie kurz das Rechtsinstitut der *Mängelreklame* gemäss Art. 210 Abs. 5 [OR](#) (Rz. 14 hiernach).

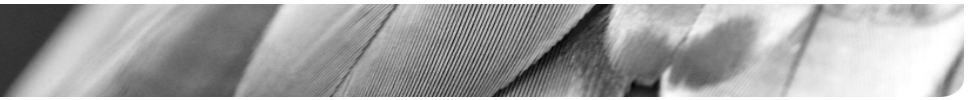
[14] Der Käufer kann auch nach Eintritt der Verjährung seine nicht mehr gerichtlich durchsetzbaren Sachgewährleistungsansprüche gegenüber den Ansprüchen des Verkäufers (etwa der Kaufpreisklage) einredeweise geltend machen, wenn er die Mängel gemäss Art. 201 [OR](#) rechtzeitig gerügt hat (HANS GIGER, in:

Arthur Meier Hayoz [Hrsg.], Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf [Art. 184–215 OR], Bern 1979, Art. 210 N. 64). Wird die Mängel einrede vom Gericht gutgeheissen, zeitigt diese (als sog. *Wandlungseinrede*) die gleichen Rechtsfolgen wie wenn der Käufer vor Ablauf der Verjährung den Vertrag gewandelt hätte (statt vieler GIGER, a.a.O., Art. 210 N. 70). Der Käufer kann demnach, wenn er den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat, die Kaufpreiszahlung verweigern, muss dem Verkäufer im Gegenzug aber die mangelhafte Sache zurückgeben (MARKUS MÜLLER-CHEN, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakt, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete und Leihe, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 210 N. 15). Hat der Käufer jedoch bereits eine Anzahlung geleistet, bezieht sich sein Zahlungsverweigerungsrecht nur auf den Restkaufpreisanspruch (BSK OR I-HEINRICH HONSELL, 6. Aufl. 2015, Art. 210 N. 7). Zu beachten ist, dass der Käufer unter den gleichen Voraussetzungen zudem seine verjährten Ansprüche aus Sachmängeln gemäss Art. 120 Abs. 3 [OR](#) gegenüber *sämtlichen* Forderungen des Verkäufers verrechnen kann ([BGE 91 II 213](#) E. 3.c S. 216 f.; CR CO I-SILVIO VENTURI/MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN, 2. Aufl. 2012, Art. 210 N. 13). Diese zwei Ausnahmen sind auf das alte Rechtssprichwort «*Anspruch vergeht, Einrede besteht*» zurückzuführen (HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010, S. 98).

[15] Das Bundesgericht hat zutreffend entschieden, dass die Käuferin die Mängel einrede nur dann geltend machen kann, wenn sie sich nicht im Verzug befindet. Zur Begründung führte das Bundesgericht an, es folgere aus der allgemeinen Regel, dass der Gläubigerverzug den Schuldnerverzug ausschliesse. Gläubiger- resp. Annahmeverzug liegt u.a. vor, wenn ein Käufer – wie im vorliegenden Fall – eine Mitwirkungshandlung (*in casu* Gewährung des Zutritts zu den Geschäftsräumlichkeiten) ungerechtfertigterweise verweigert. Die Geltendmachung der Mängel einrede setzt somit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts notwendigerweise zweierlei voraus. *Erstens* muss der vertrags- und gesetzeskonform handelnde Käufer dem Verkäufer die Mängel rechtsgültig angezeigt haben. *Zweitens* darf sich der Käufer zum Zeitpunkt der Klageerhebung resp. während des Prozesses nicht im Verzug befinden, d.h. die Kaufsache muss aufgrund des Verhaltens des Verkäufers immer noch mangelhaft sein. Gleiches gilt – wie das Bundesgericht richtig festgehalten hat – auch in jenen Fällen, in denen die Verjährungsfrist von Art. 210 [OR](#) noch nicht abgelaufen ist. Es wäre nämlich genau so stossend, wenn ein Käufer, der die vertraglich vereinbarte Reparatur einer Sache verhindert, bspw. den Kaufvertrag wandeln könnte.

[16] Die Vorinstanz hatte argumentiert, die Käuferin sei zur Auflösung des Vertrags berechtigt gewesen, weil es sich um einen schweren Mangel gehandelt habe. Daher habe sie automatisch auch die Mängel einrede geltend machen können. Dieses Argument verfängt u.E. nicht. Die Parteien haben *in casu* (in Abweichung von der gesetzlichen Gewährleistungsordnung) ausdrücklich ein Reparaturrecht vereinbart. Gemäss dem Grundsatz «*pacta sunt servanda*» war die Käuferin verpflichtet, der Verkäuferin die Reparatur der Sache zu ermöglichen. Folglich hatte die Käuferin weder das Recht, den Vertrag zu wandeln, noch das Recht, die Mängel einrede geltend zu machen. Anders hätte selbstverständlich entschieden werden müssen, wenn die Verkäuferin die Reparatur der Sache verweigert hätte. Würde man zudem konsequent der Ansicht der Vorinstanz folgen, könnte ein Käufer, welcher bei Vorliegen eines schweren Mangels vorsätzlich die vertraglich vereinbarte Reparatur der Sache vereitelt, die gerichtliche Durchsetzung der Ansprüche des Verkäufers unter Berufung auf die nicht behobenen Mängel verhindern. Ein solches Verhalten wäre u.E. rechtsmissbräuchlich, womit auch unter dem Gesichtspunkt von Art. 2 [ZGB](#) dem Urteil des Bundesgerichts zuzustimmen ist.

**Zitiervorschlag:** Dario Galli / Markus Vischer, Lieferung einer mangelhaften Softwarelösung, in: dRSK, publiziert am 16. August 2016



**Weblaw AG** | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

**weblaw.ch**