

Philipp Possa / Melanie Gasser

Was geschieht mit Software im Konkurs des Entwicklers oder Anbieters?

Der Frage, was im Konkursfall des Software-Entwicklers oder des Anbieters mit der Software geschieht, wird in der Praxis bei der Vertragsgestaltung oft nicht genügend Aufmerksamkeit gewidmet. Es treffen hier verschiedene Spezialgebiete aufeinander: Das Insolvenz- und das IT-Recht inklusive dem Urheberrecht. Deren Besonderheiten und Tücken sind im Zusammenspiel zur optimalen Interessenwahrung und Vermeidung von Fehlinvestitionen bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen. Nachfolgend wird das Thema allgemein betrachtet (Ziffer 2) und anschliessend in Ziffer 3 anhand von zwei Praxisbeispielen inklusive Lösungsvorschlägen veranschaulicht.

Beitragsart: Beiträge
Rechtsgebiete: SchKG

Zitiervorschlag: Philipp Possa / Melanie Gasser, Was geschieht mit Software im Konkurs des
Entwicklers oder Anbieters?, in: Jusletter 24. Juni 2019

Inhaltsverzeichnis

1. Einführung in die Thematik
 - a. Kein Eigentum an Software
 - b. Urheberrechte und vertragliche Ansprüche an Software
 - c. Zwangsvollstreckung in Urheberrechte gemäss Art. 18 URG
 - d. Das gesetzliche Gebrauchsrecht gemäss Art. 12 Abs. 2 URG
 - e. Das Wahlrecht der Konkursverwaltung nach Art. 211 Abs. 2 SchKG
2. Problemanalyse am Praxisbeispiel
 - a. Erstes Beispiel: Software-Lizenzverträge (Software-Überlassung auf Zeit)
 - b. Zweites Beispiel: Fehlende Regelung für den Konkursfall
3. Fazit

1. Einführung in die Thematik

a. Kein Eigentum an Software

[Rz 1] Im Konkursfall gehört sämtliches pfändbare Vermögen des Schuldners zur Konkursmasse, welche zur Befriedigung der Gläubiger dient (Generalliquidation der schuldnerischen Vermögenswerte).¹ Auch Immaterialgüter fallen in die Konkursmasse, sofern sie pfändbar und somit verwertbar sind.²

[Rz 2] Beansprucht ein Dritter Vermögenswerte, die sich im Gewahrsam der Konkursmasse befinden, kann er als sog. Ansprecher deren Herausgabe bei der Konkursverwaltung verlangen und diese nötigenfalls auch mittels Aussonderungsklage nach Art. 242 Abs. 2 SchKG gerichtlich geltend machen.³ Dabei muss der Ansprecher seinen Aussonderungstitel beweisen, und nicht etwa die Konkursmasse ihren Erwerbstitel.⁴

[Rz 3] Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Aussonderung allerdings nur mit Bezug auf körperliche Gegenstände anwendbar.⁵ Computerprogramme⁶ sind demgegenüber Daten.⁷ Diese sind strikt zu unterscheiden von den physischen Datenträgern, auf welchen sie gespeichert sind. Während Datenträger Sachen im Sinne des Sachenrechts sind und damit den Normen über Eigentum und Besitz unterliegen,⁸ gilt dies für Computerprogramme nach herrschender Rechtsauffassung mangels Körperlichkeit gerade nicht.⁹

¹ LUKAS HANDSCHIN/DANIEL HUNKELER in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar SchKG II, 2. Aufl., Basel 2010, N. 1f. zu Art. 197.

² Ibid., N. 43 zu Art. 197. Betreffend Urheberrechte im Besonderen siehe unten.

³ Vgl. MARC RUSSENBERGER in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar SchKG II, 2. Aufl., Basel 2010, N. 28 zu Art. 242.

⁴ BGE 131 III 595, E. 2.3.3, S. 600.

⁵ Vgl. hierzu MARC RUSSENBERGER (Fn. 3), N. 10 zu Art. 242 m.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; PETER K. NEUENSCHWANDER/SIMON OESCHGER, Daten im Konkurs, in: Jusletter IT Flash 11. Dezember 2017, Rz. 11 sowie DAVID SCHWANINGER/STEPHANIE S. LATTMAN, Cloud Computing: Ausgewählte rechtliche Probleme in der Wolke, in: Jusletter 11. März 2013, Rz. 55.

⁶ bzw. Software (die beiden Begriffe werden vorliegend synonym verwendet).

⁷ GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Eigentum an Daten?, in: Jusletter 6. März 2017, Rz. 4.

⁸ URS HESS-ODONI, Die Herrschaftsrechte an Daten, in: Jusletter 17. Mai 2004, Rz. 5.

⁹ Ibid., Rz. 7 und 9, wobei sich URS HESS-ODONI für eine «*eigentumsähnliche Verfügungsmacht*» des Datenberechtigten «*in Analogie zu Art. 641 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (SR 210; ZGB)*» ausspricht, sowie für die Einräumung eines analogen Herausgabeanspruchs nach Art. 641 Abs. 2 ZGB, jedoch ohne konkrete Ausführungen dazu zu machen, wer dieser «Datenberechtigte» ist, vgl. hierzu *ibid.*, Rz. 38 f. Zum Begriff der Körperlichkeit siehe ausserdem GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Eigentum an Daten? (Fn. 7), Rz. 13. A.M. im Übrigen MARTIN ECKERT, der die These vertritt, digitale Daten seien unter den Sachbegriff subsumierbar als «*res di-*

[Rz 4] Sofern der Ansprecher somit sein Eigentum am Datenträger, welcher die interessierende Software enthält, nicht nachzuweisen vermag, ist sein Aussonderungsanspruch von vornherein zu verneinen.¹⁰ In diesem Fall bleibt ihm einzig die Möglichkeit, seinen Anspruch an der Software als Konkursforderung (die gestützt auf Art. 211 Abs. 1 SchKG in eine Geldforderung «von entsprechendem Werte» umgewandelt wird) anzumelden, und auf eine hohe Konkursdividende zu hoffen.¹¹

[Rz 5] Vor diesem Hintergrund bemerken NEUENSCHWANDER/OESCHGER, es sei interessant, «dass trotz fehlender Regulierung im Schweizer Recht, Konkursämter im Einzelfall nach eigenem Ermessen Hilfeleistung und Pragmatismus zeigen und gegebenenfalls Gesuche von Berechtigten akzeptieren können, wenn diese um Herausgabe von Daten, welche auf Datenträgern von konkursiten Unternehmen zu finden sind, bitten». Gleichzeitig betonen sie aber auch, dass dafür allerdings keine rechtliche Grundlage vorliegt.¹² Im Übrigen bezieht sich ihre Aussage auf Daten im Konkurs eines Cloud-Providers, der Unternehmen und Privaten Speicherdienstleistungen anbietet.¹³ Betroffen dürften hier also vorderhand Daten sein, welche (im Unterschied zu einem Computerprogramm) eher nicht ohne Weiteres über einen (Markt-)Wert verfügen. Der Anspruch auf solche Daten liesse sich darum auch nur schwer in eine geldwerte Forderung von entsprechendem Wert umwandeln. Demgegenüber besteht bei Herausgabe von Software ein viel höheres Risiko, dass damit eine Gläubigerbevorzugung erfolgt.

[Rz 6] Die Herausgabe von Daten im Konkursfall eines Cloud-Providers behandelt auch die parlamentarische Initiative Dobler¹⁴, welche eine Anpassung von Art. 242 SchKG wie folgt vorschlägt:

[Rz 7] «Die Konkursverwaltung trifft eine Verfügung über die Herausgabe von nichtkörperlichen Vermögenswerten, welche von einem Dritten beansprucht werden. Die Herausgabe setzt voraus, dass die nichtkörperlichen Vermögenswerte separiert werden können und der Antragsteller glaubhaft machen kann, dass diese dem Schuldner nur anvertraut sind. Die anfallenden Kosten sind vom Antragsteller zu tragen».

[Rz 8] Im Fokus sind hier also Daten, die der Kunde als deren «Eigentümer» beim Cloud-Provider hinterlegt.¹⁵ Entsprechend wäre selbst bei Umsetzung dieser parlamentarischen Initiative damit die eingangs geschilderte Problematik nicht gelöst, wenn es um die Aussonderung von Software geht, welche seitens des konkursiten Unternehmens – allenfalls individuell für den Kunden – entwickelt oder auch nur vertrieben wurde. Sogar wenn die Software in einem solchen Fall «separiert werden» könnte, wäre diese dem Schuldner nämlich nicht «nur anvertraut» gewesen.

gitalis», daher handle es sich um (Fahrnis-)Sachen. Basierend darauf beantwortet er die Frage, wem digitale Daten gehören. Vgl. hierzu MARTIN ECKERT, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 112/2016, S. 265–274, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten, S. 265 (Vorbemerkung).

¹⁰ Vgl. hierzu wiederum MARC RUSSENBERGER (Fn. 3), N. 10 zu Art. 242 m.H. auf den Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden vom 29. Oktober 2007 (SKA 07 22, E. 4.2) sowie PETER K. NEUENSCHWANDER/SIMON OESCHGER (Fn. 5), Rz. 20.

¹¹ Vgl. hierzu DAVID SCHWANINGER/STEPHANIE S. LATTMAN (Fn. 5), Rz. 54 sowie ROGER SCHOBER/MONIKA AVDYLI-LUGENBÜHL, in: Kren Kostkiewicz/Vock (Hrsg.), Schulthess Kommentar SchKG, 4. Aufl., Zürich 2017, N. 11f. zu Art. 211, wonach der Gläubiger die Umwandlung selbst nach seinem Ermessen vorzunehmen hat, indem seine Forderungseingabe im Konkurs auf eine bestimmte Summe Geld lautet.

¹² PETER K. NEUENSCHWANDER/SIMON OESCHGER (Fn. 5), Rz. 15.

¹³ Ibid., Vorwort.

¹⁴ Parlamentarische Initiative 17.410, eingereicht von Nationalrat Marcel Dobler am 07. März 2017, mit dem Titel: Daten sind das höchste Gut privater Unternehmen. Datenherausgabe beim Konkurs von Providern regeln.

¹⁵ Ibid., Begründung.

[Rz 9] Einen solchen Sachverhalt sollte das zuständige Konkursamt auch nicht ohne Weiteres «pragmatisch» lösen, da es vor der Aussonderung an einen Dritten die Gläubigerrechte nach Art. 47 Abs. 1 KOV i.V.m. Art. 260 SchKG zu wahren hat, wobei die Ausnahme davon gemäss Art. 51 KOV mangels «Eigentum des Drittsprechers» im Rechtssinn gar nicht zur Verfügung steht.

[Rz 10] Darüber hinaus muss der Ansprecher seine (trotz Konkurs des Anbieters noch bestehende) Berechtigung an der angebotenen Software u.E. selbst dann noch nachweisen, wenn ihm der Nachweis seines Eigentums am Datenträger, auf dem die besagte Software gespeichert ist, gelingt, wenn ihm der Datenträger herausgegeben werden soll, ohne dass die Software darauf vorgängig zu löschen ist. Dies ergibt sich wiederum aus dem Umstand, dass daran kein eigentliches Eigentum besteht und die Berechtigung daran vielmehr auf sehr unterschiedliche Art ausgestaltet sein kann, wobei nicht jede davon «konkursfest»¹⁶ ist. So überlebt insbesondere die Softwarelizenzierung auf Zeit den Konkurs nicht.¹⁷

b. Urheberrechte und vertragliche Ansprüche an Software

[Rz 11] Computerprogramme sind meist urheberrechtlich geschützte Werke, wobei vom Schutz sowohl der Quellcode¹⁸ als auch der Objektcode umfasst wird.¹⁹ Das Urheberrecht setzt sich aus Urheberpersönlichkeits- und vermögensrechtlichen Nutzungs- oder Verwertungsrechten zusammen. Die Urheberpersönlichkeitsrechte, welche nicht übertragbar sind, beinhalten das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und auf Autorenbezeichnung (Art. 9 Abs. 1 URG), das Recht auf Werkintegrität (Art. 11 URG) sowie das Recht auf Veröffentlichung (Art. 9 Abs. 2 URG). Zu den vermögensrechtlichen Nutzungsrechten, welche übertragbar sind, gehören demgegenüber das Vervielfältigungsrecht, das Verbreitungsrecht, das Recht zur öffentlichen Wahrnehmbarmachung und das Vermiet- und Verleihrecht (vgl. Art. 10 Abs. 2 URG).²⁰

[Rz 12] Betreffend Software primär von Bedeutung sind das Vervielfältigungsrecht nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG, welches insbesondere die Befugnis umfasst, Kopien (sog. Werkexemplare) zu erstellen sowie das Verbreitungsrecht nach Art. 10 Abs. 2 lit. b URG, welches den Vertrieb des Computerprogramms betrifft.²¹

[Rz 13] Aufgrund der Ausschliesslichkeitsrechte, die Immaterialgüterrechte dem Inhaber verleihen, kann dieser Dritten die Nutzung des Immaterialguts untersagen. Ein Computerprogramm

¹⁶ Zu diesem Begriff siehe GEORG RAUBER, Die konkursfeste Softwarelizenz, in: Oscar Olano (Hrsg.), Jurisprudenz und Musik; Liber amicorum für Felix H. Thomann zum 80. Geburtstag, 2016, S. 171–196, S. 174 sowie 193, wonach die Softwarelizenz «konkursfest» ist, «wenn der Anwender das Softwareprodukt unter urheberrechtlichen Gesichtspunkten ungehindert weiternutzen kann, wenn die Urheberrechte infolge Konkurses des Rechtsinhabers an einen Dritten übergehen».

¹⁷ Siehe hierzu *ibid.*, S. 183 sowie unsere Ausführungen und das erste Praxisbeispiel hiernach.

¹⁸ Der Quell- oder auch Sourcecode ist das in der Programmiersprache geschriebene Computerprogramm. Es wird mittels Übersetzerprogramm in ein Zielprogramm – den Objektcode – übersetzt oder ausgeführt. Der Objektcode hat die Form eines Binärcodes; Siehe hierzu GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, 2. Aufl., Bern 2014, S. 9f., N. 26.

¹⁹ *Ibid.*, S. 25, N. 78 sowie ROLAND VON BÜREN / EUGEN MARBACH / PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, S. 56, N. 265f., unter Verweis auf Art. 2 Abs. 3 URG.

²⁰ GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge (Fn. 18), S. 28 f., N. 88–90.

²¹ MICHAEL HYZIK, Kein Schutz des Softwarekonsumenten durch das Urheberrecht, in: Jusletter 19. Juni 2000, Rz. 3–5.

darf durch den Anwender entsprechend nur verwendet werden, sofern und soweit ihm vom Rechtsinhaber eine Nutzungsbefugnis daran erteilt wurde.²² Wie weit diese geht, sollte vertraglich jeweils ausdrücklich, individuell und umfassend geregelt werden, weil es eben nicht den einen normierten Softwarevertrag gibt, sondern Software-Dienstleistungen vielmehr «*in verschiedenster Form*» erbracht werden und die unterschiedlichsten Bedürfnisse abdecken.²³

[Rz 14] Immerhin lassen sich Softwareverträge aber nach zwei Einteilungskriterien erfassen: Zum einen kann zwischen Software-Überlassung auf Dauer und solche auf Zeit unterteilt und zum andern zwischen Standard- und Individualsoftware unterschieden werden:

- Auf Dauer wird die Software überlassen, wenn der Anwender die Befugnis zur Nutzung dauerhaft erteilt erhält, wofür der Anwender dem Anbieter meist eine einmalige Gebühr bezahlt, was wirtschaftlich einem Kaufvertrag entspricht. Wird die Software dem Anwender vom Lieferanten hingegen nur für eine bestimmte Zeitspanne überlassen, spricht man von der Software-Überlassung auf Zeit, wobei der Anbieter vom Anwender dafür in der Regel eine wiederkehrende Lizenzgebühr erhält. Dieser Vertrag ist oft von beiden Parteien kündbar, sofern er nicht automatisch nach einer festen Dauer ausläuft. Zur Lückenfüllung ist hier der Rückgriff auf einzelne Bestimmungen des Mietrechts möglich.²⁴
- Standardsoftware wird für eine Vielzahl von Anwendern hergestellt und existiert üblicherweise bei Vertragsabschluss bereits. Demgegenüber wird Individualsoftware nach den Bedürfnissen des Kunden entwickelt. Wird Standardsoftware dem Kundenbedarf angepasst, handelt es sich um eine Zwischenform. In den beiden letzten Fällen wird ein Werkvertrag abgeschlossen.²⁵

[Rz 15] Ob und in welchem Umfang eine Übertragung von Urheberrechten vertraglich vereinbart wurde, bestimmt sich grundsätzlich in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (subjektive Auslegung; Art. 18 Abs. 1 OR). Bleibt dieser unbewiesen, ist der mutmassliche Parteiwillen zu ermitteln, wobei aufgrund des Vertrauensprinzips Parteierklärungen so auszulegen sind, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Kann ein tatsächlich übereinstimmender Parteiwille nicht festgestellt werden, werden spezielle Regeln für die Inhaltsbestimmung von Verträgen im Bereich der Übertragung von Urheberrechten zusätzlich zum Vertrauensprinzip angewandt. Dabei ist gemäss der Zweckübertragungstheorie im Zweifel insbesondere davon auszugehen, dass der Urheber keine weitergehenden Befugnisse übertragen hat, als durch den Vertragszweck erforderlich sind.²⁶ Diese Theorie findet auch bei der Feststellung des Umfangs der eingeräumten Rechte Anwendung. Dabei ist im Zweifelsfall eher von der Erteilung einer Lizenz auszugehen, als von der Übertragung von Urheberrechten.²⁷

²² GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge (Fn. 18), S. 22, N. 71.

²³ Ibid., S. 5, N. 12.

²⁴ Ibid., S. 630, N. 2385, m.H. auf die Rechtsprechung des Zürcher Handelsgerichts.

²⁵ Vgl. zum Ganzen: Ibid., S. 5f., N. 14–19.

²⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_104/2008 vom 8. Mai 2008, E. 4.2.

²⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_643/2012 vom 23. April 2013, E. 3.1, m.H. auf die restriktive Vertragsauslegungsregel «*in dubio pro auctore*» gemäss Art. 16 Abs. 2 URG sowie auf Art. 16 Abs. 3 URG, wonach die blosser Übertragung des Eigentums an einem Werkexemplar allein keine urheberrechtlichen Verwendungsbefugnisse miteinschliesst. Gemäss Bundesgericht bedarf es für deren Übertragung vielmehr eines eigenständigen Vertrages.

[Rz 16] So räumen die meisten Software-Überlassungsverträge dem Anwender denn auch nur Nutzungsbefugnisse ein – sei es nun auf Dauer oder nur auf Zeit, als einfache oder ausschliessliche Lizenz, mit oder ohne Erlaubnis des Lizenznehmers zur Unterlizenzierung – ohne Urheberrechte zu übertragen.²⁸ Werden solche demgegenüber auf den Anwender übertragen und der Anbieter übt seine Urheber-Persönlichkeitsrechte nicht aus, befindet sich der Anwender in einer dem Urheber ähnlichen Stellung.²⁹ Der Unterschied vom einen zum andern ist von zentraler Bedeutung, weil nur der Inhaber von Urheberrechten Urheberrechtsverletzungen Dritten gegenüber geltend machen oder einem Dritten Nutzungsrechte übertragen kann.³⁰

c. Zwangsvollstreckung in Urheberrechte gemäss Art. 18 URG

[Rz 17] Der Zwangsvollstreckung unterliegen laut Art. 18 URG ausschliesslich vermögensrechtliche Urheberbefugnisse, wozu die obenerwähnten Verwendungsbefugnisse gemäss Art. 10 URG gehören sowie auch das Änderungsrecht nach Art. 11 URG und das Recht zur Schaffung von Werken zweiter Hand nach Art. 3 URG. Die Urheberpersönlichkeitsrechte sind dagegen von der Zwangsvollstreckung ausgeschlossen (was allerdings die Möglichkeit eines vertraglichen Verzichts auf deren Ausübung durch den Urheber nicht berührt). Der Urheber muss die Nutzungsrechte ausserdem bereits ausgeübt haben, damit diese zwangsvollstreckt werden können. Letzteres ist der Fall, wenn der Urheber einem Dritten eine Lizenz einräumt, wobei es nicht darauf ankommt, dass der Dritte diese bereits genutzt hat. Die Software muss zudem im Einverständnis mit dem Urheber schon veröffentlicht worden sein.³¹

[Rz 18] Sind diese Voraussetzungen erfüllt, gehören die Urheber- bzw. Nutzungsrechte zur Konkursmasse und werden nach Möglichkeit durch entgeltliche Übertragung auf einen Dritten veräußert. Letzterer ist originärer Erwerber der Nutzungsrechte, womit bestehende Nutzungsverträge nicht auf ihn übergehen, wobei allerdings gegebenenfalls der Erschöpfungsgrundsatz nach Art. 12 Abs. 2 URG beachtlich ist.³²

d. Das gesetzliche Gebrauchsrecht gemäss Art. 12 Abs. 2 URG

[Rz 19] Für ein Werkexemplar ist gesetzlich allgemein vorgesehen, dass dieses «*weiterveräußert oder sonst wie verbreitet*» werden darf, wenn sein Urheber es veräußert oder der Veräußerung zugestimmt hat.³³ Dies bedeutet, dass das Verbreitungsrecht des Urhebers mit der ersten rechtmässigen Veräußerung eines Werkexemplars bezüglich dieses konkreten Werkexemplars erschöpft

²⁸ Vgl. hierzu GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge (Fn. 18), S. 30f., N. 95–100.

²⁹ Ibid., S. 29, N. 91.

³⁰ Ibid., S. 31, N. 101.

³¹ Vgl. Art. 18 URG sowie GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge (Fn. 18), S. 385f., N. 1442–1444.

³² Ibid., S. 390 f., N. 1462f. und S. 758, N. 2933. Ausserdem zu Lizenzverträgen betreffend in die Konkursmasse fallende Immaterialgüterrechte allgemein und den Gesetzgeber zum Handeln aufrufend: ROLAND FISCHER, Lizenzverträge im Konkurs, Diss. Bern 2008, S. 237 ff. (insb. S. 241), wonach sich aufgrund «*rechtssystematisch-dogmatischen, gesetzestechnischen und rechtstatsächlichen Erwägungen*» de lege lata kein automatischer Übergang von Lizenzverträgen im Konkurs des Lizenzgebers begründen lässt, weshalb grundsätzlich die allgemeinen Regeln für Vertragsverhältnisse, gemäss welchen obligatorische Rechte lediglich inter partes wirksam sind und gegenüber Dritten grundsätzlich nicht geltend gemacht werden können, im Konkurs zur Anwendung gebracht werden müssen.

³³ Vgl. Art. 12 Abs. 1 URG.

ist. Der Erwerber des Werkexemplars kann dieses ungehindert weiterverbreiten, wobei das Recht am Werk (d.h. die Urheberrechte mit Ausnahme des Verbreitungsrechts bezüglich des konkreten Werkexemplars) vollständig beim Urheber verbleibt.³⁴

[Rz 20] Gemäss Art. 12 Abs. 2 URG geht dieser Erschöpfungsgrundsatz bei einem Computerprogramm (bzw. einem Werkexemplar davon) allerdings weniger weit, indem dieses nach erster rechtmässiger Veräusserung nur «*gebraucht oder weiterveräussert*» werden darf. Somit wirkt sich die Erschöpfung hier nicht auf das Recht des Urhebers zur Vermietung des Computerprogramms (erwähnt in Art. 10 Abs. 3 URG) aus, sondern dieses steht dem Urheber vielmehr auch nach erfolgter rechtmässiger Veräusserung des Computerprogramms weiterhin zu. Der Erwerber des Werkexemplars muss für die Vermietung desselben entsprechend die Erlaubnis des Urhebers einholen.³⁵

[Rz 21] Will der Inhaber des Programmexemplars dieses hingegen an einen Dritten weiterveräussern (welcher damit gesetzlich berechtigt wird, das Programm bestimmungsgemäss zu gebrauchen), so ist er verpflichtet, alle Kopien davon bei ihm zu löschen.³⁶

[Rz 22] Die soeben beschriebene Erschöpfung tritt ausserdem nur dann ein, wenn das Werkexemplar veräussert wurde, hingegen nicht, wenn dieses vom Urheber bloss vermietet oder ausgeliehen wird.³⁷

[Rz 23] Bei der oben bereits thematisierten Software-Überlassung auf Zeit tritt entsprechend keine Erschöpfung am zur Verfügung gestellten Werkexemplar ein. In dieser Kategorie der Software-Verträge wird unterschieden zwischen dem Software-Lizenzvertrag, wobei der Anwender die Software zur Installation auf seiner EDV-Anlage zur (zeitlich beschränkten) Nutzung erhält, und dem Application Service Providing Vertrag (ASP-Vertrag), bei dem die Software beim Lieferanten verbleibt und der Anwender über ein Datennetz (für eine beschränkte Zeitspanne) darauf zugreifen kann. Beim Software-Lizenzvertrag wird das Werkexemplar dem Anwender also zwar überlassen, jedoch ohne daran die «*Sachherrschaft*» aufzugeben: Der Anwender hat nach Vertragsende kein Recht mehr auf Nutzung der Software, vielmehr muss er diese dann löschen oder zurückgeben. Beim ASP-Vertrag bleibt die Software demgegenüber sogar unter direkter Kontrolle des Anbieters auf dessen Server, d.h. das Werkexemplar wird weder physisch noch elektronisch dem Anwender übertragen. Das in Art. 12 Abs. 2 URG gesetzlich verankerte Gebrauchsrecht ist somit für beide zur Software-Überlassung auf Zeit zählenden Vertragstypen nicht einschlägig, weshalb sich der Anwender für die Nutzung der Software ausschliesslich auf die ihm vertraglich eingeräumten Nutzungsbefugnisse berufen kann.³⁸

³⁴ Vgl. Art. 16 Abs. 3 URG sowie zum Ganzen ROLAND VON BÜREN / EUGEN MARBACH / PATRIK DUCREY (Fn. 19), S. 66f., N. 321.

³⁵ Ibid., S. 64, N. 309f. und S. 67f., N. 326 sowie MICHAEL HYZIK (Fn. 21), Rz. 5.

³⁶ GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge (Fn. 18), S. 54 f., N. 175 f.

³⁷ ROLAND VON BÜREN / EUGEN MARBACH / PATRIK DUCREY (Fn. 19), S. 67, N. 322 sowie mit Bezug auf Computerprogramme im Besonderen GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge (Fn. 18), S. 30, N. 98 und S.43, N. 141.

³⁸ GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge (Fn. 18), S. 626, N. 2368–2371; S. 628, N. 2381; S. 655, N. 2483; S. 664, N. 2528 sowie S. 46, N. 150; m.H. auf die abweichende Meinung von GEORG RAUBER. Letzterer vertritt die Minderheitsmeinung, dass die Gebrauchsbezugnis gemäss Art. 12 Abs. 2 URG auch dann gilt, wenn Software bloss zum zeitlich limitierten Gebrauch überlassen wird, wobei diese dann mit Ablauf der Vertragsdauer endet; vgl. GEORG RAUBER (Fn. 16), S. 190ff.

e. Das Wahlrecht der Konkursverwaltung nach Art. 211 Abs. 2 SchKG

[Rz 24] Bei der Software-Überlassung auf Zeit handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis mit wiederkehrenden Leistungen beider Vertragsparteien. Dieses wird durch den Konkurs einer Vertragspartei nicht automatisch beendet.³⁹

[Rz 25] Art. 211 Abs. 2 SchKG verleiht der Konkursverwaltung in Bezug auf zweiseitige Verträge, die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht (vollständig) erfüllt sind, das Wahlrecht, diese Verträge anstelle des Gemeinschuldners zu erfüllen oder auf den Vertragseintritt zu verzichten. Dieses Wahlrecht ist einseitig, d.h. die Konkursverwaltung kann zum Eintritt nicht verpflichtet werden. Der Gläubiger hat gegenüber der Konkursverwaltung also keinen Anspruch auf Realerfüllung.⁴⁰

[Rz 26] Bei der Ausübung ihres Wahlrechts hat die Konkursverwaltung zu prüfen, ob die Erfüllung des durch die Konkurseröffnung beeinträchtigten Vertrages von Vorteil für die Konkursmasse und im Interesse der Gläubigersamtheit wäre.⁴¹ Entscheidet sich die Konkursverwaltung für die Erfüllung des Vertrages, muss sie diesen dann aber grundsätzlich so einhalten, wie er vom Gemeinschuldner abgeschlossen wurde.⁴² Durch die SchKG-Revision 2014 wurde für Dauerschuldverhältnisse allerdings der Art. 211a Abs. 2 SchKG eingeführt⁴³, der nun in sachlicher sowie in zeitlicher Hinsicht auch einen nur teilweisen Vertragseintritt ermöglicht, was der Konkursverwaltung grössere Flexibilität verleiht.⁴⁴

2. Problemanalyse am Praxisbeispiel

a. Erstes Beispiel: Software-Lizenzverträge (Software-Überlassung auf Zeit)

[Rz 27] Rund 18 Monate bevor über die TÜFTLER AG der Konkurs eröffnet wurde, schloss diese mit der GIBSMIR AG einen Vorvertrag ab. Dieser zielte auf den Abschluss eines Vertrages zwischen den Parteien ab, gemäss dem die GIBSMIR AG von der TÜFTLER AG insbesondere eine ausschliessliche und befristete Lizenz zum Vertrieb einer von der TÜFTLER AG entwickelten Software (hiernach als T-Software bezeichnet) erhalten sollte. Diese bereits veröffentlichte T-Software wurde in Kombination mit Software der OhneUnsLäuftNichts AG (hiernach: OULN AG) verwendet (hiernach bezeichnet als O-Software). Bedingung für den Vertragsschluss zwischen der TÜFTLER AG und der GIBSMIR AG war deshalb der Abschluss eines Software-

³⁹ GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, *Softwareverträge* (Fn. 18), S. 627, N. 2374; S. 632, N. 2394 zum Software-Lizenzvertrag im Besonderen sowie S. 756, N. 2925f. Vgl. ausserdem URS BÜRGI in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), *Kurzkommentar SchKG*, 2. Aufl., Basel 2014, N. 3 zu Art. 211 und N. 8 zu Art. 211a.

⁴⁰ ROGER SCHOBER/MONIKA AVDYLI-LUGINBÜHL (Fn. 11), N. 19 zu Art. 211.

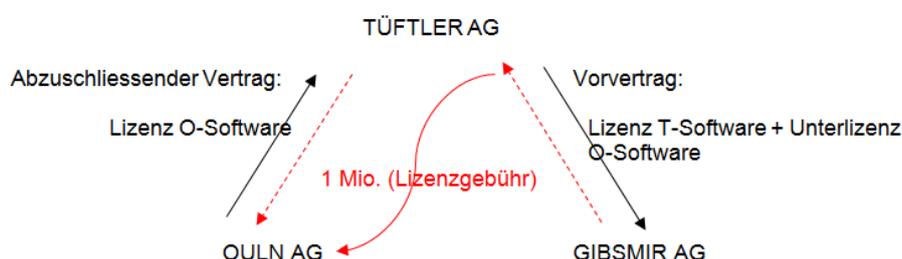
⁴¹ RENATE SCHWOB in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), *Basler Kommentar SchKG II*, 2. Aufl., Basel 2010, N. 10 zu Art. 211 sowie ROLAND FISCHER (Fn. 32), S. 169.

⁴² RENATE SCHWOB (Fn. 41), N. 11 zu Art. 211 SchKG, unter Hinweis darauf, dass die übernommenen Verpflichtungen zu Masseschulden werden, für welche der Vorrang gemäss Art. 262 SchKG gilt.

⁴³ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) BBl 2010 6455 vom 8. September 2010, 6472 ff.

⁴⁴ URS BÜRGI (Fn. 39), N. 25 und 29 zu Art. 211a SchKG sowie DANIEL STAEHELIN in: Bauer/Staehelin (Hrsg.), *Basler Kommentar SchKG; Ergänzungsband zur 2. Auflage*, Basel 2017, N. 10f. zu Art. 211a SchKG, m.H: darauf, dass ein in sachlicher Hinsicht partieller Vertragseintritt bedingt, dass die Leistung teilbar ist, wobei er auf Art. 70 OR verweist.

Lizenzvertrages zwischen der TÜFTLER AG und der OULN AG, welcher zum integrierenden Bestandteil des besagten Vorvertrages zwischen der TÜFTLER AG und der GIBSMIR AG erklärt wurde. Zum eigentlichen Vertragsschluss zwischen der TÜFTLER AG und der GIBSMIR AG kam es nicht, jedoch enthielt der Vorvertrag bereits alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrages (weshalb später ein direkter Erfüllungsanspruch daraus durch die zuständige Konkursverwaltung bejaht wurde).⁴⁵ So sollte laut Vorvertrag⁴⁶ die GIBSMIR AG von der TÜFTLER AG nicht nur Lizenzen betreffend deren T-Software, sondern auch für die O-Software erwerben, welche die OULN AG der TÜFTLER AG im abzuschliessenden Lizenzvertrag einräumt. Im Gegenzug dafür sollte die GIBSMIR AG die von der TÜFTLER AG an die OULN AG zu bezahlenden Lizenzgebühren für die O-Software von rund einer Million Euro übernehmen. Schematisch lässt sich dies folgendermassen darstellen:



[Rz 28] Zur Absicherung der GIBSMIR AG im Insolvenzfall der TÜFTLER AG sah der Vorvertrag vor, dass die TÜFTLER AG der GIBSMIR AG den Source Code für ihre Software in einem versiegelten Briefumschlag zur Verfügung stellt, um sicherzustellen, dass die GIBSMIR AG deren Vertrieb weiterführen kann, wobei sämtliche Lizenzen weiterhin bestehen bleiben sollten. Gleichzeitig wurde ausdrücklich festgehalten, dass unter dem Vorvertrag oder dem noch abzuschliessenden Vertrag keinerlei Übertragung von Immaterialgüterrechten erfolgt. Auch die Rückgabe⁴⁷ der jeweiligen Software nach Ablauf oder sonstiger Beendigung des abzuschliessenden Vertrages wurde geregelt, und zwar dahingehend, dass die GIBSMIR AG der TÜFTLER AG unverzüglich sämtliche Kopien der Software zurückgibt oder diese zerstört und sofort jeglichen Gebrauch und Vertrieb davon einstellt. Der zwischen der TÜFTLER AG und der GIBSMIR AG abgeschlossene (Software-Lizenz-)Vorvertrag beinhaltet somit eine Software-Überlassung auf Zeit.

[Rz 29] Rund eine Woche nach Abschluss dieses Vorvertrages trat der Software-Lizenzvertrag⁴⁸ zwischen der TÜFTLER AG und der OULN AG in Kraft, für den wiederum eine befristete Laufzeit vereinbart wurde. Die OULN AG gewährte der TÜFTLER AG darin eine unübertragbare Lizenz zum Vertrieb der O-Software, und zwar ausschliesslich in Kombination mit der T-Software, direkt oder durch Dritte. Die O-Software sollte dabei integriert in die T-Software und unter dem Produktnamen der TÜFTLER AG vertrieben werden. Auch hier wurde jegliche Übertragung von Immaterialgüterrechten ausgeschlossen und nach Vertragsablauf oder -beendigung sollte die

⁴⁵ Vgl. hierzu BGE 118 II 32, S. 34, E. 3c.

⁴⁶ Auf den schweizerisches Recht sowie die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte am Sitz der GIBSMIR AG für anwendbar erklärt wurde.

⁴⁷ «Return of Properties».

⁴⁸ Auf den ebenfalls schweizerisches Recht für anwendbar erklärt wurde sowie der Gerichtsstand am schweizerischen Sitz der unterzeichnenden Niederlassung der OULN AG.

TÜFTLER AG der OULN AG wiederum unverzüglich sämtliche Kopien der lizenzierten O-Software zurückgeben oder zerstören und sofort jeglichen Gebrauch und Vertrieb derselben stoppen (also ebenfalls eine Software-Überlassung auf Zeit).

[Rz 30] Zudem wurde auch der Software-Vertrieb durch Dritte ausführlich geregelt. So wurde im Vertrag mit der OULN AG insbesondere auch vorgeschrieben, dass von der TÜFTLER AG an Dritte erteilte Unterlizenzen damit im Einklang und mindestens so restriktiv sein müssen und dass die TÜFTLER AG für die Einhaltung dieser Bestimmungen zu sorgen hat.

[Rz 31] Obwohl nach Vertragsabschluss zwischen der TÜFTLER AG und der OULN AG die dort vereinbarten Lizenzgebühren von der GIBSMIR AG (an Stelle der TÜFTLER AG) an die OULN AG geleistet wurden, ist es – aus unbekanntem Gründen – offenbar nicht zum Bezug der vertragsgegenständlichen O-Software durch die TÜFTLER AG gekommen. Als über Letztere der Konkurs eröffnet wurde, beantragte die GIBSMIR AG gestützt auf den besagten Vorvertrag deshalb nicht nur die Aussonderung der T-Software, sondern sinngemäss auch die Admassierung und im Nachgang dazu die Aussonderung der O-Software an sie.

[Rz 32] Um ein Werkexemplar der O-Software von der OULN AG erhältlich zu machen, hätte die zuständige Konkursverwaltung allerdings gestützt auf Art. 211 Abs. 2 SchKG in den Vertrag mit Letzterer eintreten müssen. Die Konkursverwaltung lehnte dies jedoch ab, da sie die Pflichten aus diesem Vertrag kaum zu erfüllen vermocht hätte und der Nutzen für die Konkursmasse der TÜFTLER AG daraus im Übrigen als gering eingeschätzt wurde.⁴⁹

[Rz 33] Die Aussonderung der O-Software an die GIBSMIR AG scheiterte somit bereits am fehlenden Gewahrsam der Konkursmasse daran. Darüber hinaus war der Anspruch der GIBSMIR AG daran rein (vor-)vertraglicher Natur, wobei ein eigentliches Eigentum an der (unkörperlichen) Software, wie oben dargelegt, laut herrschender Lehre und Rechtsprechung auch gar nicht möglich gewesen wäre.

[Rz 34] Aus ähnlichen Gründen war auch das Aussonderungsgesuch bezüglich der T-Software zum Scheitern verurteilt: Obwohl der Vorvertrag etwas anderes vermuten liess, befand sich in der Konkursmasse der TÜFTLER AG kein physischer Datenträger mit der T-Software darauf, der spezifisch für die GIBSMIR AG separat aufbewahrt worden wäre. Im Übrigen wäre eine Veräusserung eines Werkexemplars gestützt auf den Vorvertrag wiederum zu verneinen gewesen (Software-Überlassung nur auf Zeit), weshalb auch hier für die Herausgabe sowieso der Vertragseintritt durch die Konkursverwaltung nötig gewesen wäre, für den aber kein ausreichender Anreiz bestand, da die GIBSMIR AG ihre Hauptpflicht mit Bezahlung der Lizenzgebühren der OULN AG ja bereits erfüllt hatte und darüber hinaus im Vorvertrag keine weitere Gebühr für die Überlassung der T-Software vorgesehen worden war. Die GIBSMIR AG konnte ihren vorvertraglichen Anspruch deshalb nur als Geldforderung i.S.v. Art. 211 Abs. 1 SchKG im Konkurs der TÜFTLER AG anmelden.

[Rz 35] Obwohl der Konkursfall der TÜFTLER AG vorgängig bei der Vertragsgestaltung bereits bedacht worden war, hat die diesbezügliche vorvertragliche Bestimmung ihren Zweck verfehlt. Was hätte die GIBSMIR AG in diesem Zusammenhang also allenfalls anders machen können?

⁴⁹ So wäre die Konkursmasse insbesondere vertraglich nicht zur (dauerhaften) Veräusserung der O-Software bzw. eines Werkexemplars davon ermächtigt gewesen, woran auch das in Art. 12 Abs. 2 URG gesetzlich verankerte Gebrauchsrecht nichts geändert hätte, da dieses ja auf die Software-Überlassung auf Zeit gemäss h.L. nicht anwendbar ist. Somit wäre die Konkursverwaltung u.a. bei Vertragsablauf zur Sicherstellung verpflichtet gewesen, dass die O-Software nicht mehr verwendet wird.

[Rz 36] Die Bezahlung der Lizenzgebühren an die OULN AG hätte von folgenden Bedingungen abhängig gemacht werden können:

1. Ausdrückliche Regelung im Vertrag zwischen der TÜFTLER AG und der OULN AG, wonach die der TÜFTLER AG eingeräumte Lizenz in deren Konkursfall ohne Weiteres an die GIBSMIR AG abgetreten bzw. übertragen wird. So hätte die GIBSMIR AG die gewünschte Berechtigung an der O-Software direkt gegenüber der OULN AG geltend machen können.
2. Sicherstellung der Zugriffsmöglichkeit auf die T-Software, indem der Nachweis der Hinterlegung eines Werkexemplars auf einem Datenträger bei einem Dritten von der TÜFTLER AG verlangt wird, wobei der Dritte verpflichtet wird, den Datenträger im Konkursfall der TÜFTLER AG an die GIBSMIR AG herauszugeben.

Auch bei dieser Lösung bestünde jedoch noch das Problem der fehlenden Berechtigung an der T-Software im Konkursfall der TÜFTLER AG, wenn die Konkursverwaltung nicht in den Software-Lizenzvertrag eintritt, sondern vielmehr die vermögensrechtlichen Urheberrechte an einen Dritten überträgt, da Letzterer diese ja – wie oben ausgeführt – originär erwirbt.⁵⁰

Um diesem Investitionsschutzbedürfnis des Lizenznehmers allgemein zu begegnen, schlägt ROLAND FISCHER de lege ferenda vor, «den Fortbestand des Lizenzvertrages im Konkurs des Lizenzgebers generell anzuordnen» und «zur Wahrung der Interessen beider Parteien erweiterte, gesetzlich vorgegebene Kündigungs- bzw. Änderungsmöglichkeiten» vorzusehen, «um den Parteien eine Reaktion auf den Parteiwechsel zu ermöglichen».⁵¹

⁵⁰ A.M. GEORG RAUBER (Fn. 16), S. 195, wonach der Lizenznehmer seine Nutzungsrechte gemäss Softwarelizenzvertrag qua Gesetzes auch dann behält, wenn die Konkursverwaltung sich entscheidet, die Verpflichtungen des Lizenzgebers nicht weiterhin zu erfüllen.

⁵¹ ROLAND FISCHER (Fn. 32), S. 242f., wonach sich eine entsprechende Bestimmung als E-SchKG Art. 21 2a folgendermassen formulieren liesse:

«¹Werden Rechte am Patent, Marken-, Design- oder Urheberrechte im Rahmen der Verwertung der Konkursmasse auf einen Dritten übertragen, geht ein der Konkursverwaltung zur Kenntnis gebrachter entgeltlicher Lizenzvertrag mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über, sofern für den Fall der Konkursöffnung keine Beendigung des Lizenzvertrages erfolgt. Der Erwerber kann allerdings verlangen, dass er ungeachtet einer allfälligen vertraglich vereinbarten Enthaltungspflicht das lizenzierte Recht ohne Einschränkung selber gewerbsmässig nutzen darf. Die vom Lizenznehmer geschuldete Gegenleistung ist diesfalls entsprechend den veränderten Umständen anzupassen; auf Verlangen einer der Parteien entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände.

²Der Erwerber, der aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht in der Lage ist, einzelne der vertraglich vereinbarten Pflichten zu erfüllen, kann den Vertrag mit sofortiger Wirkung und ohne Schadenersatzfolge kündigen, wenn innert angemessener Frist nach dem Vertragsübergang keine Einigung der Parteien zur Anpassung des Vertrages erzielt wird. Der bisherige Lizenzgeber haftet dem Lizenznehmer für allen daraus entstehenden Schaden.

³Vorbehalten bleibt im Übrigen die Möglichkeit beider Parteien, den Vertrag aus wichtigen Gründen ausserordentlich zu kündigen.

⁴Bis zur Verwertung der Rechte am Patent, Marken-, Design- oder Urheberrechte ist dem Lizenznehmer die Nutzung der lizenzierten Rechte durch die Konkursverwaltung zu gestatten. Allfällige Ansprüche auf Lizenzgebühren fallen in die Masse. Zur Erfüllung weiterer vertraglicher Verpflichtungen ist die Masse nur verpflichtet, soweit die Erfüllung nicht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich oder unzumutbar ist».

b. Zweites Beispiel: Fehlende Regelung für den Konkursfall

[Rz 37] Bevor über die GUSSFORM AG der Konkurs eröffnet wurde, produzierte diese für ihre Kunden massgeschneiderte Gussformen aus Kunststoff. Dafür stellte sie jeweils eigens für den Kunden individuelle Werkzeuge her. Das Erscheinungsbild der Gussformen wurde vom Kunden vorgegeben und in Zusammenarbeit mit diesem von der GUSSFORM AG zunächst computer-technisch umgesetzt. Auf dieser Basis erarbeitete die GUSSFORM AG dann selbstständig das Computerprogramm zur Herstellung des kundenspezifischen Werkzeugs für die Produktion der gewünschten Gussformen.

[Rz 38] Laut den allgemeinen Verkaufsbedingungen (hiernach: AVB) der GUSSFORM AG ging das Eigentum am durch sie hergestellten Werkzeug auf den Kunden jeweils über, wobei die GUSSFORM AG das Werkzeug für den Kunden bei sich lagerte zur ausschliesslichen Nutzung für diesen Kunden. Dem Kunden wurden somit jeweils nur die produzierten Gussformen geliefert.

[Rz 39] Die Berechtigung an den von der GUSSFORM AG erstellten technischen Daten wurde in den erwähnten AVB nicht geregelt, vielmehr wurde aber festgehalten, dass sämtliche Ansprüche des Kunden darin abschliessend geregelt sind, unter Ausschluss jeglicher nicht ausdrücklich genannten Ansprüche.

[Rz 40] Gegenstand des jeweiligen (Werk-)Vertrags war somit das fertige Werkzeug, nur dieses sollte für ein Entgelt Eigentum des Kunden werden. Demgegenüber handelt es sich beim zur Herstellung des individuellen Werkzeuges erarbeiteten Computerprogramm um technisches Know-how der GUSSFORM AG im Bereich ihres Kerngeschäfts, an dessen Herausgabe sie kein ökonomisches Interesse hatte, hätten ihre Kunden die Werkzeuge theoretisch sonst künftig doch selbst herstellen können, statt diese bei ihr zu beziehen.

[Rz 41] Die besagte Software war auf dem fertigen Werkzeug zudem weder gespeichert, noch war diese notwendig, um mit dem Werkzeug die kundenspezifischen Gussformen zu produzieren. Vielmehr diente das Programm einzig der Werkzeugherstellung, welche allein durch die GUSSFORM AG zu erfolgen hatte. Entsprechend war das individuell erstellte Computerprogramm vom Vertragszweck (Lieferung eines Werks zur Produktion von Gussformen) nicht (direkt) erfasst, weshalb es keiner Übertragung von Befugnissen seitens des Urhebers (der GUSSFORM AG) daran auf den Kunden bedurfte. Die eingangs erwähnte Zweckübertragungstheorie kam hier somit nicht zum Tragen.

[Rz 42] Im Konkurs der GUSSFORM AG beantragten einzelne Kunden dennoch nicht nur die Aussonderung der Werkzeuge in ihrem Eigentum, sondern zusätzlich dazu auch noch das für deren Herstellung entwickelte Computerprogramm. Letzteres war durch die zuständige Konkursverwaltung wiederum bereits aufgrund mangelnder Körperlichkeit abzuweisen.⁵² Daran würde auch die Ergänzung von Art. 242 SchKG de lege ferenda gemäss der oben erwähnten parlamentarischen Initiative Dobler nichts ändern, da es sich nicht um bloss anvertraute Daten handelte.

[Rz 43] Darüber hinaus konnte hier gar keine Berechtigung der Kunden am interessierenden Computerprogramm dargelegt werden.⁵³ Deshalb wäre auch eine nach Art. 211 Abs. 1 SchKG in

⁵² Vgl. hierzu oben.

⁵³ So insbesondere auch keine Lizenz, für welche die von ROLAND FISCHER vorgeschlagene neue Bestimmung (E-SchKG Art. 212a) eine Lösung anbietet; Vgl. hierzu oben, Fn. 51.

eine Geldforderung umgewandelte und im Konkurs der GUSSFORM AG angemeldete Forderung abzuweisen gewesen.

[Rz 44] Zur Vermeidung der Verletzung allfälliger Immaterialgüterrechte (insbesondere design- und/oder markenrechtlicher Natur) der Kunden durch die Veräusserung an und die anschließende Verwendung durch Dritte sah die zuständige Konkursverwaltung trotzdem davon ab, die besagten Computerprogramme durch Veräusserung an Dritte zu verwerten. Hingegen konnte von den betroffenen Kunden bei Interesse ein Entgelt für die Herausgabe der angebotenen Software verlangt werden.

[Rz 45] Zur Risikenminimierung wäre aus Sicht der Kunden allenfalls trotzdem ratsam gewesen, ihren (ausschliesslichen) Anspruch am jeweiligen Computerprogramm im Konkursfall der GUSSFORM AG vertraglich sorgfältig und umfassend zu regeln, inklusive einem angemessenen Entgelt dafür zur Vermeidung allfälliger paulianischer Anfechtungsansprüche.⁵⁴ Denkbar wäre wiederum die Hinterlegung der Software auf einem Datenträger bei einem Dritten sowie die Übertragung der vermögensrechtlichen Urheberrechte (allenfalls in Kombination mit dem vertraglichen Verzicht auf die Geltendmachung von Urheberpersönlichkeitsrechten) daran auf den Kunden, im Fall, dass über die GUSSFORM AG der Konkurs eröffnet wird.

3. Fazit

[Rz 46] Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung ist Eigentum, und entsprechend dessen Aussonderung im Konkurs, nur für körperliche Gegenstände möglich. Bei Software empfiehlt es sich vor diesem Hintergrund, die Berechtigung daran im Konkursfall des Entwicklers oder Anbieters umfassend vertraglich zu regeln und sicherzustellen, wie anhand der beiden Beispiele aufgezeigt wurde. Eine allgemeingültige Lösung gibt es nicht, da Software-Verträge verschiedensten Zwecks und Inhalts existieren (können). Die Beachtung der hier beschriebenen Problematik und Lösungsansätze bei der Ausarbeitung von Verträgen, welche (auch) Software zum Gegenstand haben (sollen), kann aber das Risiko böser Überraschungen zumindest reduzieren. Abschliessend soll die folgende Checkliste hierfür als Hilfe dienen:

1. Berührt der abzuschliessende Vertrag die Erstellung und/oder die Nutzung von Software?
2. Falls ja: Ist eine Berechtigung an dieser Software gewünscht bzw. notwendig?
3. Falls ja: Wie soll diese Berechtigung aussehen? Sollen Urheberrechte daran übertragen werden?
 - I. Falls ja:
 - Ausdrücklich und umfassend individuell konkret vertraglich regeln, allenfalls inklusive Abgeltung für den Verzicht auf die Geltendmachung von Urheberpersönlichkeitsrechten.
 - Zugang zur Software vor Bezahlung, bzw. Zug um Zug sicherstellen.

⁵⁴ Vgl. hierzu Art. 285ff. SchKG.

II. Falls ja, aber nur im Konkursfall des Entwicklers/Anbieters:

- Ausdrücklich und umfassend individuell konkret vertraglich regeln, allenfalls inklusive Abgeltung für den Verzicht auf die Geltendmachung von Urheberpersönlichkeitsrechten.
- Zugang zur Software im Konkursfall des Entwicklers/Anbieters vor Bezahlung sicherstellen, bspw. durch Hinterlegung auf einem Datenträger bei einer Drittperson.

III. Falls nein:

- Umfang und Reichweite der vertraglichen Nutzungsbefugnis (Lizenz) an der Software ausdrücklich und umfassend individuell konkret regeln, im Bewusstsein darüber, dass die Software-Überlassung auf Zeit nicht konkursfest ist sowie dass bei (dauerhafter) Veräusserung eines Programmexemplars das gesetzliche Gebrauchsrecht gemäss Art. 12 Abs. 2 URG zwar anwendbar, jedoch auf die Berechtigung zum Gebrauch oder zur Weiterveräusserung des konkreten Programmexemplars beschränkt ist und insbesondere das Vermietrecht nicht umfasst.
- Zugang zur Software vor Bezahlung bzw. Zug um Zug sicherstellen.

PHILIPP POSSA, lic.iur., ist Partner bei der Transliq AG, Bern/Zürich.

MELANIE GASSER, MLaw, Rechtsanwältin, LL.M., ist bei der Transliq AG, Bern/Zürich, tätig.

Die Verfasser danken Herrn Rechtsanwalt lic.iur. Bernhard Volken, Partner der Kanzlei Fuhrer Marbach & Partner in Bern, für die Unterstützung und sachdienlichen Hinweise zu den urheberrechtlichen Fragen sowie Herrn Rechtsanwalt lic.iur. Stéphane Vaucher, Senior Legal Counsel der Swisscom (Schweiz) AG, für sein aufmerksames Lektorat und die zahlreichen Hinweise zu den IT-rechtlichen Aspekten.