

DER BEIZUG FEHLERHAFTER SOFTWARE UND BERECHNUNGSHILFEN IM RAHMEN DER ANWALTlichen MANDATS- FÜHRUNG (TEIL I)

GABRIELA TSCHÜMPERLIN

Rechtsanwältin, MLaw, Kessler Landolt Giacomini & Partner, Schwyz

PATRICK SUTTER

Rechtsanwalt, Dr. iur., Partner bei Kessler Landolt Giacomini & Partner, Wollerau

Stichworte: Anwaltliche Sorgfaltspflichten bei der Verwendung von Software und anderen Berechnungshilfen, Haftung des Anwalts und des Softwareanbieters, Haftungsbeschränkungen, prozessuale Schadenminderungspflichten des Anwalts

Der anwaltlichen Sorgfaltspflicht folgend, muss der Anwalt die Ergebnisse aus der Anwendung von Software und anderen Berechnungshilfen überprüfen, da diese Automatisierungen keine Gewissheit bieten, dass die Ergebnisse korrekt ausfallen. Dies bedeutet im Minimum das Erfordernis einer Plausibilisierung dieser Ergebnisse. Anwälte, die diesen Pflichten nicht nachkommen (oder aufgrund eines Übernahmeverschuldens nicht nachzukommen vermögen), laufen Gefahr, für den dem Klienten durch die mangelhafte Software entstehenden Schaden als Folge unrichtiger Schadens- oder Unterhaltsberechnung haftbar gemacht zu werden. Ein Rückgriff auf den Softwareanbieter dürfte hierbei schwierig sein, allein schon aufgrund der vertraglichen Haftungsbeschränkungen.

I. Ausgangslage

Unterstützende, automatisierende Software erhält zunehmend Einzug in den Alltag von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten.¹ Zu denken ist etwa an *Unterhaltsberechnungstabellen* im Rahmen familienrechtlicher Angelegenheiten² oder von *Schadensberechnungsprogrammen* im Haftpflichtbereich.

Diese Software ist immer nur so genau und gut wie die der Programmierung zugrunde liegenden Formeln. Sind in der Programmierung fehlerhafte Formeln hinterlegt, die z.B. nicht der aktuellen Lehre und Rechtsprechung zur Schadensberechnung oder zur Unterhaltsberechnung entsprechen, sind die Anträge der Anwältin in Rechtschriften, die Grundlagen des Anwalts für Vergleichsgespräche oder die Bemessungsgrundlagen im gerichtlichen Urteil unrichtig. Falls dieser Fehler in der Software, der sich materiell auswirkt, unbemerkt bleibt, bedeutet dies für die Klientschaft bzw. die Parteien, dass sie eine Klage auf falscher Grundlage erhoben haben, einem Vergleich auf falschen Annahmen zugestimmt haben und ein

Urteil auf falschen Grundlagen nicht weitergezogen haben. Im Mittelpunkt dieses Beitrags stehen die Fragen der anwaltsrechtlichen Sorgfaltspflichten bei der Anwendung von fehlerhafter Software sowie haftungsrechtliche Implikationen.

II. Anwaltliche Sorgfaltspflicht gegenüber des Klienten

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Anwalt und seinem Klienten untersteht dem Auftragsrecht, und zwar der gesamte forensische und nicht forensische Bereich.³

¹ Aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit wird nachstehend in der Regel die männliche Form verwendet.

² CHRISTIAN WYSS, Der pauschale Verweis auf Unterhaltstabellen im Entscheid – Fragen zur Begründungspflicht der Gerichte, *Anwaltsrevue* 9/2018, S. 387.

³ WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Bern 2010, § 4 N 999.

Ausgangspunkt der anwaltlichen Sorgfaltspflicht bildet folglich Art. 398 Abs. 2 OR und die dort verankerte Pflicht des Beauftragten zur *getreuen und sorgfältigen Ausführung* des ihm übertragenen Geschäftes. Gemäss Bundesgericht bemisst sich «das Mass der Sorgfalt (...) nach objektiven Kriterien». Erforderlich ist demnach «die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt».⁴ Die regelmässig zu beachtende minimale Sorgfalt verlangt, dass:

- a) kein Auftrag angenommen wird, der die Fähigkeiten des Beauftragten übersteigt;
- b) der Auftragnehmer sofort nach Annahme des Auftrages die Interessenlage des Auftraggebers analysiert;
- c) die Arbeiten lege artis ausgeführt werden.

Zu der sorgfältigen Auftragsführung gehört u. a. die in lit. a erwähnte Vermeidung eines *Übernahmeverschuldens*. Der Auftragnehmer muss seine Eignung zur Erfüllung des entsprechenden Auftrags selbstkritisch einschätzen.⁵ Nimmt ein Auftraggeber einen konkreten Auftrag an, obschon er nicht in der Lage ist, die Interessen des Auftraggebers zu wahren, liegt ein Übernahmeverschulden vor.⁶ Dies gilt insbesondere für Mandate, in denen komplexe Berechnungen zu erstellen sind, wie etwa im Haftpflichtrecht. Hier müssen die Fähigkeiten des Anwalts eine korrekte eigenständige Schadensberechnung und eine korrekte Anwendung der auf dem Markt verfügbaren Software und anderer Berechnungshilfen zulassen.

An die Fachkenntnisse des Anwalts sind daher hohe Anforderungen zu stellen, da der Mandant auf diese angewiesen ist, und er sich dessen besondere Fachkenntnisse auch zunutze machen will. Übernimmt ein Anwalt den Auftrag, der seine Fähigkeiten übersteigt, stellt dies einen Verstoss gegen die bei der Erfüllung geforderte Sorgfalt und damit gleichzeitig eine Vertragsverletzung dar.⁷

III. Qualifikation des Softwarevertrags

An dieser Stelle wird die genaue Vertragsqualifikation nur summarisch beleuchtet, da die rechtliche Behandlung je nach Vertragsausgestaltung nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zu beurteilen ist. Der vorliegende Beitrag beschränkt sich darauf, die gängigsten Vertragskonstellationen zu beleuchten.

1. Unentgeltliche Überlassung

Eine Vielzahl von Software wird unentgeltlich der breiten Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt, namentlich gerichtliche Unterhaltsberechnungstabellen.

A) Rechtliche Qualifikation

Die Unterscheidung, ob ein Schuldverhältnis oder eine blosser Gefälligkeit vorliegt, ist im Einzelnen nicht einfach. Massgebend sind – wie so oft – die Umstände des Einzelfalles. Die Unentgeltlichkeit einer Leistung alleine genügt für die Annahme eines blossen Gefälligkeitsverhältnisses nicht.⁸ Von Bedeutung sind gemäss Bundesgericht die Art

der Leistung, der Grund und Zweck, die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung, die Umstände, unter denen sie erbracht wird, und die Interessenlage der Parteien.⁹

Im Unterschied zum Vertrag erfolgt die Gefälligkeit unentgeltlich, uneigennützig und bei Gelegenheit, ohne dass eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Leistungserbringung besteht.¹⁰

Im Fall der Unterhaltsberechnungstabellen ist zu berücksichtigen, dass das Interesse ausschliesslich bei den Anwälten bzw. Nutzern liegt, die durch die von den Gerichten verwendeten und zur Verfügung gestellten Dateien die Prozessanträge und folglich die Prozessrisiken optimieren wollen. Selbstverständlich erhoffen sich die Gerichte auch für ihre eigene Arbeit durch die Standardisierung mittels (oft eigener) einheitlich programmierter Tabellen Effizienzgewinne in den Verfahren, indem einerseits die Parteien schon im Vorfeld relativ genaue Berechnungen eines mutmasslichen Ausgangs des Verfahrens zumindest vor jener Instanz simulieren können und indem andererseits die Parteien die Belege und Unterlagen im Hinblick auf das gerichtliche Urteil schon in standardisierte Formeln eingiessen. Doch dies ändert nichts daran, dass die Gerichte hier nur Tabellen zur Verfügung stellen, die interne Arbeitsmittel darstellen – ohne rechtsgeschäftliche Verpflichtung gegenüber den Anwälten oder deren Mandanten.

B) Haftung

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung haftet die Person, welche aus Gefälligkeit eine Leistung erbringt, aus unerlaubter Handlung.¹¹ Die deliktische Haftung des Gefälligen ist systematisch dadurch gerechtfertigt, dass das Zustandekommen eines Vertrags gerade verneint wird und daher auch keine Vertragspflichten entstehen.

Bei reinen Vermögensschädigungen ohne Verletzung einer Verhaltensnorm, die nach ihrem Zweck vor solchen Schädigungen schützen soll, wird die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR verneint, weshalb in der Regel die Haftung in den hier interessierenden Fällen zu verneinen sein wird.

2. Entgeltliche Überlassung

Im Vordergrund stehen hier die Anwendung von kauf- und werkvertraglichen Normen sowie das Miet-, Pacht- und Lizenzrecht.¹²

⁴ BGE 115 II 62 S. 64, E. 3a.

⁵ SIMONE GLOOR, Das vertragliche Übernahmeverschulden, Einordnung und Erweiterung zur fahrlässigen Leistungsübernahme, Zürich 2012, N 1 und 43.

⁶ Die Frage, ob es nur in offensichtlichen Fällen zu einem Übernahmeverschulden kommen kann, ist noch nicht abschliessend geklärt.

⁷ GLOOR (N 5), N 43 ff.

⁸ BK-KRAMER, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR, N 63 ff.

⁹ BGE 137 III 539 S. 541, E. 4.1.

¹⁰ KRAMER (N 8), N 63 ff.

¹¹ BGE 116 II 695 E. 4 S. 699; BGE 137 III 539 E. 5.1 S. 543.

¹² BGE 124 III 456 E. 4b; Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 19. 12. 2016, HG 150050-O.

Ein Computerprogramm, welches grundsätzlich unter den urheberrechtlichen Werkbegriff im Sinne von Art. 2 Abs. 3 URG fällt, wird bei individuellem Charakter durch das Urheberrecht geschützt. Die Einräumung des Nutzungsrechts für eine entsprechende Dauer und gegen eine Entschädigung dürfte in der Regel die Voraussetzungen des Lizenzvertrags erfüllen.

Bei der Globalübertragung von Nutzungsrechten dürften wohl vor allem – je nachdem, ob es sich um Standardsoftware handelt oder nicht – kauf- und werkvertragliche Regelungen zur Anwendung kommen.¹³

A) Kaufvertrag

Ein Teil der Lehre spricht sich für die (zumindest analoge) Anwendung des Kaufvertrags beim Kauf von Software aus.¹⁴

Leidet der Kaufgegenstand unter wesentlichen Sachmängeln, ist der Käufer grundsätzlich frei, Wandelung oder Minderung zu verlangen.¹⁵ Hingegen besteht kein gesetzlicher Nachbesserungsanspruch, weshalb IT- und Softwareverträge meistens die Mängelbeseitigung durch unentgeltliche Nachbesserung vorsehen. Wurde eine solche Klausel nicht vereinbart, soll dennoch – wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen – ein Nachbesserungsanspruch des Käufers bestehen.¹⁶

Vom Nachbesserungsanspruch des Käufers ist das Nachbesserungsrecht des Verkäufers klar abzugrenzen. Gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB bejaht die herrschende Lehre auch hier ein Nachbesserungsrecht.¹⁷

Sofern in der Zwischenzeit eine (mangelfreie) Veröffentlichung der betreffenden Software verfügbar ist, stellt sich die Frage, ob der Käufer im Rahmen von Art. 206 Abs. 1 OR einen Nachlieferungsanspruch hat. Dies kann wohl nur bejaht werden, wenn die Gattung so definiert wird, dass sie auch neuere Produktversionen umfasst. Gegebenenfalls kommt auch eine analoge Anwendung des in der Literatur geforderten Nachbesserungsrechts an Speziessachen in Betracht.¹⁸ In Softwareverträgen wird aber ohnehin in der Regel unterschieden zwischen Updates (die Bugs korrigieren und Verbesserungen bringen) und Upgrades (neuen Versionen), wobei für Nachbesserungen, also Updates, ein vertraglicher Nachlieferungsanspruch eingeräumt wird.

B) Werkvertrag

Die individuelle Herstellung von IT-Produkten fällt unter Umständen unter das Werkvertragsrecht.¹⁹

Der Werkvertrag nimmt vorliegend eine untergeordnete Rolle ein, da die heute gängige Arbeit mit Software im Anwaltsberuf auf Standardsoftware beruht. Wir gehen deshalb hierauf nicht weiter ein.

C) Lizenzvertrag

Obschon einige Spezialgesetze die Erteilung einer Lizenz ausdrücklich vorsehen, fehlt es an einer eigenständigen gesetzlichen Regelung des Lizenzvertrags.

Durch den Lizenzvertrag verpflichtet sich der Lizenzgeber meist (aber nicht zwingend), gegen Bezahlung eines

Entgelts dem Lizenznehmer ein Immaterialgut, das vom Gesetzgeber als absolutes Recht mit *erga omnes*-Wirkung konzipiert worden ist, zu überlassen.²⁰

Der Lizenzvertrag ist also typischerweise ein entgeltlicher Gebrauchsüberlassungsvertrag, unentgeltliche Lizenzverträge sind jedoch auch möglich.²¹ Dogmatisch betrachtet steht der Lizenzvertrag folglich an der Schnittstelle zwischen Vertrags- und Immaterialgüterrecht.

Beim Lizenzvertrag handelt es sich in der Regel um einen Dauervertrag, der Ähnlichkeiten zur Gebrauchsüberlassung eines körperlichen Objekts im Rahmen eines Miet- oder Pachtvertrags aufweist. Eine direkte Anwendung miet- und pachtrechtlicher Bestimmungen wird von der herrschenden Lehre mit Blick auf die besondere Interessenlage der Lizenz, die ausgeprägte Sozialschutzkomponente und die Starrheit des Miet- und Pachtrechts abgelehnt.²²

Mangels besonderer Gesetzesbestimmungen unterliegt der Lizenzvertrag in erster Linie den von den Parteien stipulierten Vertragsbestimmungen (inkl. AGB) sowie den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts.²³ Die analoge Anwendung des besonderen Teils des Obligationenrechts kann im Einzelfall in Betracht kommen. Ein solches Vorgehen soll aber nur mit einer grossen Zurückhaltung erfolgen, da die Füllung von Vertragslücken nach dem hypothetischen Parteiwillen eine sachadäquatere Lösung darstellt als eine gesuchte Analogie zu einem Nominatvertrag.

IV. Umgang mit entgeltlicher fehlerhafter Software

Die nachstehenden Überlegungen basieren auf folgender Situation: Im Rahmen der anwaltlichen Direktschadens- oder Unterhaltsberechnung wird ein Programm verwendet, in welchem unrichtige Parameter hinterlegt worden

¹³ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 19. 12. 2016, HG 150050-O, E. 1.2.

¹⁴ WOLFGANG STRAUB, Gewährleistung und Haftung aus IT-Verträgen, Bern 2009, S. 240 ff.

¹⁵ Art. 205 Abs. 1 OR.

¹⁶ BSK OR I-HONSELL, Art. 205 N 5.

¹⁷ BSK OR I-HONSELL, Art. 205 N 5f.

¹⁸ BK OR-GIGER, Art. 205 N 43.

¹⁹ STRAUB (N 14), Ziff. 3.1. ZK-BÜHLER, N 104 zu Art. 363 OR, betrachtet Softwareherstellungsverträge hingegen generell als gemischte Verträge oder Verträge sui generis, da der Leistungsgegenstand eine Kombination von materiellen und immateriellen Gütern und von Dienstleistungen ist, nämlich: Erbringung von Beratungs-, Planungs-, Organisations-, Konfigurations-, Integrations-, Schulungs- und weiteren Unterstützungsleistungen; Lieferung (Kauf, Miete, Leasing) von Hardware, die eventuell kundenspezifisch zu konfigurieren ist; Überlassung systemnaher Software (Betriebsprogramme), in der Regel als Standardprogramme bereits auf dem Markt; usw.

²⁰ THOMAS PROBST, Der Lizenzvertrag: Grundlagen und Einzelfragen, in: Jusletter 2. 9. 2013, N 10 ff.

²¹ PROBST (N 20), Ziff. 4 ff.

²² STRAUB (N 14), Ziff. 5.1.

²³ PROBST (N 20), N 54 ff.

sind. Der Anwalt überprüft die hinterlegten Daten nicht und berechnet den haftpflichtrechtlichen Haushaltsschaden bzw. Ehegatten- oder Kindesunterhalt falsch, was sich in den Rechtsbegehren widerspiegelt. Der Anwalt wird erst auf Hinweis eines Bürokollegen darauf aufmerksam oder erfährt auf Hinweis des Softwareanbieters von einem Update, mit welchem dieser Fehler behoben werde.

1. Aktualität und Zuverlässigkeit

Hinsichtlich der Qualität der Software sind zwei Aspekte zu unterscheiden: Zum einen geht es um die Aktualität der hinterlegten Daten, zum anderen um deren Richtigkeit.

Zumindest bei der Aktualität bestehen keine wirklichen Probleme: Nahezu alle Datenquellen, Software und Unterhaltsberechnungstabellen lassen den letzten Stand der Nachführung (sog. Updates) erkennen, weshalb der Anwender den Stand des Programmes stets überprüfen kann. Hierzu ist es jedoch unerlässlich, dass der Anwender vor jeder Nutzung nach verfügbaren Updates sucht.

Dies alles garantiert jedoch nicht die (insbesondere nach rechtlichen Kriterien) richtige, sprich fehlerfreie Erfassung und Zuordnung der Daten durch den Entwickler/Hersteller. Es stellt sich daher die Frage, welcher Massstab an die Überprüfung oder zumindest Plausibilisierung der hinterlegten Parameter gestellt werden kann.

So hatte die Autorin des vorliegenden Beitrags im Rahmen einer Direktschadensberechnung bemerkt, dass eine weitverbreitete hierzu verwendete Software einen Fehler bei der Berechnung des Haushaltsschadens enthält,²⁴ was die Autorin dem Softwareanbieter dann meldete und was inzwischen gemäss dessen Auskunft im Rahmen des nächsten Updates behoben worden ist. Zuvor hatten aber Hunderte von Anwälten in der Schweiz Hunderte von solchen Berechnungen mit (in diesem Punkt) falschen Grundlagen gemacht und dies nicht bemerkt.

2. Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Mandant

A) Sorgfaltspflichten in der Mandatsführung

Was für sämtliche Rechtsanwender bei der Verwendung von juristischen Kommentaren und Artikeln gilt, muss auch in Bezug auf die Verwendung von Software/Tabellen zur Anwendung kommen: Ein Urteil oder ein Hinweis auf eine Literaturstelle darf nie verwendet werden, ohne das Urteil oder die Literaturstelle selbst gelesen und überprüft zu haben; sonst begeht der Anwalt eine Sorgfaltspflichtverletzung. Dabei hat der Anwalt insbesondere auch sicherzustellen, dass eine Fundstelle, auf die sich eine Autorin stützt, auch tatsächlich als Stütze für die Aussage dient, die die Autorin daraus ableitet (und auf die sich der Anwalt dann wiederum beruft). Eine Literaturstelle, die z. B. auf einem offensichtlichen Fehlverständnis bezüglich einer Zitatstelle beruht, kann nicht als Grundlage für einen strittigen Rechtsstandpunkt verwendet werden – ein Anwalt, der sich damit zufrieden gibt, auf eine solche auf einer offensichtlichen Fehlinterpretation beruhende Fundstelle zu verweisen, wird seiner Sorgfaltspflicht nicht genügen, wenn er dadurch den eigentlich rechtserheblichen

Sachverhalt nicht oder nicht genügend substantiiert oder dadurch überhaupt erst einen Prozess einleitet.

Zufolge der anwaltlichen Sorgfaltspflichten muss ein Anwalt genauso auch die Ergebnisse der Software verstehen und *eigenständig berechnen* oder zumindest *plausibilisieren* können, wenn er in seiner Arbeit darauf abstellt. Nur so kann sichergestellt werden, dass er nicht leichthin einem Algorithmus vertraut, den er weder versteht noch nachvollziehen kann. Obschon sich dies in der Regel als äusserst zeitaufwendig und kostspielig erweist, entbindet es den Anwalt nicht davon, das Programm oder die Unterhaltsberechnungstabellen vor Verwendung eingehend auf Unstimmigkeiten zu prüfen. Zumindest der *Nachweis einer Plausibilisierung* des durch die Software errechneten Ergebnisses wird man dem Anwalt nicht ersparen können.

B) Bemerkungen zu einigen Voraussetzungen von Schadenersatzansprüchen

Definitionsgemäss ist ein Schaden die unfreiwillige Verminderung des Reinvermögens, verursacht durch eine Verminderung der Aktiven, eine Vermehrung der Passiven oder entgangener Gewinn. Der Schaden besteht in der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand des Vermögens ohne schädigendes Ereignis.²⁵

Erfüllt der Anwalt seinen Auftrag schlecht, indem er beispielsweise Software bzw. Unterhaltsberechnungstabellen unkritisch übernimmt und in der Folge falsche Unterhaltsbeiträge oder Schadenssummen geltend macht, ist der Klient so zu stellen, wie wenn die Vertragsverletzung nicht erfolgt und der Auftrag gehörig erfüllt worden wäre.

Wie jeder Auftragnehmer haftet der Rechtsanwalt grundsätzlich für jedes Verschulden, die Haftung besteht somit auch bei einem geringen Verschulden.²⁶ Ein Verschulden ist gegeben, wenn die Verletzung der Sorgfaltspflicht dem Anwalt zugerechnet werden kann, was voraussetzt, dass der beauftragte Anwalt unter Berücksichtigung der Umstände des betreffenden Falles hätte angemessen vorgehen können, dies jedoch vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat. Der Anwalt kann sich jedoch exkulpieren, wenn jeder Anwalt mit Kenntnissen und beruflichen Fähigkeiten, die gesetzlichen Anforderungen genügen, in der gleichen Situation nicht anders gehandelt hätte.²⁷ Hier wird insbesondere abzuwarten sein, ob die zunehmende Spezialisierung in Fachanwaltsbereichen auch eine Verschärfung dieser Anforderungen mit sich bringt, indem die Träger von Fachanwaltstiteln an diesen (überdurchschnittlichen) Kenntnissen gemessen werden.

²⁴ Im Programm wurden die vom Bundesamt für Statistik erfassten SAKE-Tabellen im Falle einer alleinerziehenden Mutter mit Kindern falsch hinterlegt. Dies führte dazu, dass der Haushaltsschaden (mit Konsequenzen in mehrstelliger Höhe) falsch berechnet wurde.

²⁵ BGE 116 II 441 E. 3 S. 444.

²⁶ BGE 117 II 563 E. 2a S. 566.

²⁷ BGE 117 II 563 E. 2a S. 567.

C) Verlust des Honoraranspruchs

Neben Schadenersatzfolgen kann die unsorgfältige Ausführung eines Auftrages durch den Anwalt dazu führen, dass er seinen Vergütungsanspruch teilweise (Schlechterfüllung) oder ganz (Nichterfüllung) verliert. Dies ist davon abhängig, ob das Ergebnis vollständig unbrauchbar ist oder nicht.²⁸

D) Haftungsbeschränkungen und Berufshaftpflichtversicherung

Anwaltskanzleien versuchen zuweilen die Haftung gegenüber den Klienten mit sogenannten Disclaimern zu beschränken. Hier ist zu beachten, dass nicht jede Haftungsbeschränkung, welche in den Vertrag aufgenommen wird, tatsächlich eine Wirkung entfaltet. Es sind primär zwei Ebenen zu unterscheiden:

- zivilrechtlich gültige Haftungsbeschränkung;
- zulässige Haftungsbeschränkung nach BGFA.²⁹

a. Zivilrechtliche Haftungsbeschränkung

Die wichtigste gesetzliche Haftungsbeschränkungsklausel findet sich in Art. 100 Abs. 1 OR. Danach kann die Haftung im Voraus für absichtlich oder grob fahrlässig zugefügten Schaden vertraglich nicht ausgeschlossen werden.³⁰

Bei zwei Konstellationen sieht der Gesetzgeber strengere Vorschriften vor: Gemäss Art. 100 Abs. 2 OR kann nach richterlichem Ermessen auch ein im Voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichte Fahrlässigkeit als nichtig betrachtet werden, wenn (1) der Verzichtende zur Zeit seiner Erklärung im Betriebe des anderen Teils stand oder wenn (2) die Verantwortlichkeit aus dem Dienste eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt.

«Obrigkeitlich konzessionierte Gewerbe» sind zwar zunächst nur die Inhaber einer verwaltungsrechtlichen Konzession, wie beispielsweise Transportgesellschaften, Post- und Elektrizitätswerke.³¹ Inwieweit auch jene Gewerbe, die einer Polizeierlaubnis bedürfen, wie Anwälte, Ärzte, Apotheker, unter den Begriff der «obrigkeitlich konzessionierten Gewerbe» fallen, ist in der Lehre umstritten.³²

Weitere Haftungsfreizeichnungen finden sich im Besonderen Teil des OR und in Sondergesetzen. Dies wird an dieser Stelle aber nicht vertieft.

b. Zulässige Haftungsbeschränkung nach BGFA

Ein Verbot zur Haftungsfreizeichnung ist dem Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA) nicht ausdrücklich zu entnehmen. Das BGFA verlangt jedoch eine angemessene Haftpflichtversicherung des Anwalts, wobei die Versicherungssumme mindestens eine Million Franken pro Jahr betragen muss.³³

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass Anwälte das Verhältnis zu ihren Klienten zwar vertraglich regeln und dabei vom dispositiven Auftragsrecht abweichen dürfen, die Wegbedingung der Berufspflichten jedoch ausgeschlossen ist,³⁴ da es nicht mit dem gesetzgeberischen Willen zu vereinbaren ist, dass Anwälte zwar eine gesetzliche Mindestversicherungspflicht zu erfüllen

haben, diese jedoch jederzeit durch eine vertragliche Haftungsbeschränkungsvereinbarung unterlaufen können.³⁵ Daraus folgt, dass die Haftungsbeschränkung im Umfang der Versicherungspflichten in jedem Fall unzulässig sein muss.³⁶

Die Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung bedingt, dass die Haftungsbeschränkung des Anwalts bezüglich des eine Million Franken übersteigenden Schadens möglich sein kann, wenn der Mandant ausdrücklich und einlässlich über die Tatsache, dass von der gesetzlichen Regelung abgewichen und er über die Konsequenzen sowie Tragweite dieser Haftungsbeschränkung belehrt wird. Inwiefern die Haftung des Anwalts eingeschränkt werden kann, hängt auch von der Geschäftserfahrung des Mandanten ab.³⁷

3. Rechtsverhältnis zwischen Softwareanbieter und Anwalt**A) Seltenheit von rechtlichen Auseinandersetzungen**

In der Praxis erweist es sich oft als schwierig, Schadenersatz für fehlerhafte Software geltend zu machen, da der Schaden erst durch ein Zusammenspiel verschiedener Faktoren entsteht. Insbesondere wird sich der Anwalt im Verhältnis zum Softwareanbieter oft mit seinem (haftungsmindernden oder -ausschliessenden) Selbstverschulden auseinandersetzen müssen. Oft sind Ansprüche im Zeitpunkt der Geltendmachung zudem nicht mehr durchsetzbar (z. B. aufgrund vertraglicher Haftungsausschlüsse, Verjährung oder nicht rechtzeitiger Rüge von Mängeln). Es ist hierbei insbesondere zu beachten, dass der vom Anwalt verursachte Schaden bzw. dessen Schadenersatzpflicht in der Regel erst in letzter Instanz definitiv feststeht, aber die Mängelrüge des Anwalts gegenüber dem Softwareanbieter umgehend vorzunehmen ist und die Verjährung für Schadenersatzansprüche des Anwalts gegenüber dem Softwareanbieter bereits zu laufen beginnt, sobald Schädiger und Schaden bekannt sind.

²⁸ BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 56, m. w. H. auf Lehre und Rechtsprechung.

²⁹ Art. 12 lit. a BGFA.

³⁰ BSK OR I-WIEGAND, Art. 100 N 4.

³¹ BK OR-WEBER, Art. 100 N 114.

³² BK OR-WEBER, Art. 100 N 116 f.

³³ Art. 12 lit. f BGFA.

³⁴ KASPER SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich, Zürich/Basel/Genf, 2009, N 1630; CHRISTOPH BERNHART, Die professionellen Standards des Anwalts, Handbuch zum Anwaltsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2011, S. 57; Beschluss der Zürcher Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte vom 5. 7. 2007, E. 7 (abrufbar unter http://www.entscheidsuche.ch/kantone/zh_zivstr/2530fe87c9e08d70b91f6b01b672d558131125d3.pdf).

³⁵ SCHILLER (N 34), N 1630; BERNHART (N 34), S. 57; Beschluss der Zürcher Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte vom 5. 7. 2007 (N 34), E. 7.

³⁶ SCHILLER (N 34), N 1630.

³⁷ Beschluss der Zürcher Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte vom 5. 7. 2007 (N 34), E. 7.

B) Haftungsbeschränkung des Softwareanbieters

Fehlerhafte Software kann folgenschwere Konsequenzen haben und beträchtliche finanzielle Schäden verursachen.

Zu beachten ist, dass Haftungsbeschränkungen in der Praxis praktisch nie individuell zwischen den Parteien ausgehandelt werden. Vielmehr finden sich die meisten Freizeichnungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), wie beispielhaft der Softwarelösung im Haftpflicht- und Versicherungsrecht Leonardo entnommen werden kann: «Jede Haftung der Leonardo für Vermögensschäden verursacht durch Dienstleistungen im Zusammenhang mit diesem Vertrag sind wegbedungen, soweit dies gesetzlich zulässig ist.»³⁸ Die rechtliche Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen bzw. Haftungsausschlüssen mittels AGB ist komplex und kann nicht allgemein beantwortet werden, da sie primär von dem zwischen den Parteien vereinbarten Vertrag abhängt. Unabhängig vom Vertragstyp ist die Gültigkeit solcher Klauseln jedoch mittels AGB-Kontrolle, insbesondere unter Bezugnahme auf Art. 8 UWG, zu prüfen.

C) Rückgriff des Anwalts auf den Softwareanbieter

Bei der Frage nach der Verantwortung des Softwareanbieters sind vorab zwei Besonderheiten hervorzuheben: Erstens geht es praktisch immer um reine Vermögensschäden, und zweitens ist der eigentlich Geschädigte (sprich: der Klient des Anwalts) grundsätzlich nicht Vertragspartner des Softwareanbieters. Deshalb erfolgt die Schadensliquidation gegenüber dem Softwareanbieter grundsätzlich in zwei Schritten zwischen Anwalt und Klient sowie anschliessend zwischen Anwalt und Softwareanbieter.

Wird der Anwalt durch den geschädigten Klienten bezüglich der Schadenersatzansprüche prozessual belangt, ist eine Streitverkündung³⁹ bzw. Streitverkündungsklage⁴⁰ zu empfehlen, um den Einwand des *schlecht geführten Prozesses* nicht gegen sich gelten lassen zu müssen und die *Regress- und Gewährleistungsansprüche* des Streitverkünders zu erhalten.⁴¹

Bei Softwarefehlern stellt sich regelmässig die Frage nach der Eigenverantwortung des Anwenders. In der Folge kann ein Selbstverschulden zum Wegfall oder zur Reduktion allfälliger Schadenersatzansprüche des Anwalts gegenüber dem Softwareanbieter führen, weshalb der Anwalt angehalten ist, die prozessualen Korrekturmöglichkeiten zugunsten seines Klienten vollständig auszuschöpfen (vgl. hierzu dann Teil 2 dieses Beitrags in der kommenden Ausgabe). Andernfalls droht dem Anwalt die Einrede des Softwareanbieters, dass ihm der Softwaremangel noch rechtzeitig bekannt gewesen sei, um noch mit im Prozessrecht vorgesehenen Mitteln die Auswirkungen des Softwaremangels im Verfahren des Klienten zu verhindern (mithin also, um noch den Eintritt des Schadens selbst zu verhindern). In diesem Fall wäre von einem die Kausalität unterbrechenden Selbstverschulden des Anwalts auszugehen.

D) Ausserordentliche Kündigung

Gemäss herrschender Lehre handelt es sich beim Software(-pflege)-vertrag prinzipiell um ein Dauerschuldverhältnis, da in der Regel die regelmässige Leistungserbringung auf unbestimmte Zeit vereinbart wird.⁴² Daraus folgt die Möglichkeit der ausserordentlichen Kündigung bei Vorliegen von wichtigen Gründen und bei Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung. Auch weniger gravierende Vertragsverletzungen können aber eine Fortsetzung des Vertrags für die Gegenpartei unzumutbar machen, wenn sie trotz Verwarnung oder Abmahnung immer wieder vorgekommen sind, sodass nicht zu erwarten ist, dass weitere Verwarnungen den Vertragspartner von neuen Vertragsverletzungen abhalten würden.⁴³

Falls die Unzumutbarkeit der Vertragsfortführung vorliegt, muss die Kündigung unmittelbar nach dem Vorfall des wichtigen Grundes ausgesprochen werden, ansonsten wird von einer Verwirkung des Beendigungsrechts ausgegangen.⁴⁴ Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung wird eine unwirksame ausserordentliche Kündigung grundsätzlich nicht in eine ordentliche Kündigung konvertiert, es sei denn, die Kündigung sei bloss irrtümlich als ausserordentliche Kündigung bezeichnet worden.⁴⁵

V. Ausblick auf Teil II

Wesentliches Element der Schadensminderungspflicht bzw. der Verhinderung des Schadenseintritts, die der Anwalt gegenüber dem Softwareanbieter als Schadenersatzpflichtigem hat, ist es, sämtliche prozessuale Möglichkeiten auszuschöpfen (insbesondere mittels Novenrecht), um eine falsche Berechnung noch zu korrigieren und den Schaden für den Klienten und damit die eigene Schadenersatzpflicht des Anwalts gegenüber dem Klienten noch abzuwenden. Im Rahmen des zweiten Teils dieses Beitrags, der in der nächsten Ausgabe (5/2020) erscheint, werden die prozessualen Möglichkeiten erörtert.

³⁸ Ziff. 13 Allgemeine Geschäftsbedingungen der Leonardo Productions AG, Stand: 22. 4. 2015.

³⁹ Art. 78 Abs. 2 ZPO.

⁴⁰ Art. 81 ZPO.

⁴¹ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2013, § 13 N 64; BSK ZPO-FREI, Art. 78 N 4.

⁴² PROBST (N 20), N 96.

⁴³ BGE 138 III 304 E. 7 S. 319.

⁴⁴ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 19. 12. 2016, HG 150050-O, E. 2.2.3.

⁴⁵ BGE 138 III 304 E. 11 S. 321 ff.; Art. 18 OR. Gestützt auf Art. 8 ZGB obliegt es dem Anwalt, zu beweisen, dass ein wichtiger Grund vorgelegen hat, welcher zu einer ausserordentlichen Vertragskündigung berechtigt. Ebenso obliegt ihm die Beweislast, dass die Kündigung zu einer Reduktion der Forderung des vereinbarten Preises führt.

«Nimm die Menschen,
wie sie sind,
es gibt keine anderen.»



Institut für systemische Entwicklung
und Fortbildung

GRUNDLAGEN IN MEDIATION

Fundamentale Aspekte der Mediation, praxisbezogen und mit vielen Trainingsmöglichkeiten. Das grundlegende Handwerkszeug für die Mediationstätigkeit wird vermittelt und trainiert.

18 Tage: Anerkennung durch SAV,

21,5 Tage: Abschluss als CAS IEF möglich

Leitung: Raymund Solèr, lic. iur., Coach und Mediator SDM

Nächster Beginn: 11. Mai 2020

MEDIATIVES HANDELN

Im Berufsalltag mit mediativen Methoden Spannungssituationen und Konflikte klären.

Seminar mit Raymund Solèr,

lic. iur., Coach und Mediator SDM

Mo./Di., 21./22. September 2020

KLÄRUNGSHILFE UND DIE LUST AM DOPPELN

Methoden im Umgang mit Vorwürfen und Kränkungen in eskalierten Konflikten.

Seminar mit Christian Prior,

Dipl. Psych., Mediator, Unternehmensberater

Mi./Do., 18./19. November 2020

PROFESSIONELLE UNTERSTÜTZUNG BEI HOCHSTRITTIGEN FAMILIENKONFLIKTEN

Weiterbildung für Mitarbeitende von Beratungsstellen, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, Beistände und Mediatoren*innen

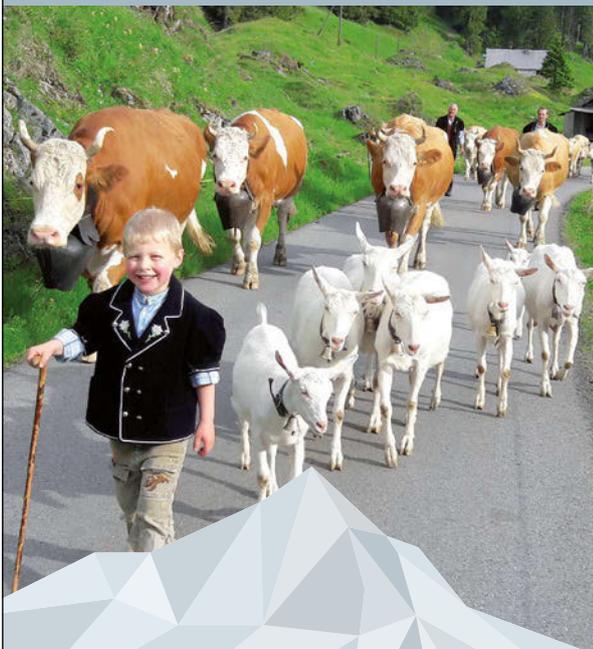
Seminar mit Heiner Krabbe, Dipl. Psych., Mediator

Fr./Sa., 11./12. Dezember 2020

IEF Institut für systemische Entwicklung und Fortbildung

Schulhausstrasse 64, 8002 Zürich, Tel. 044 362 84 84, ief@ief-zh.ch, www.ief-zh.ch

Hilfe für unsere Bergbevölkerung schafft neue Perspektiven



Die Schweizer Patenschaft für Berggemeinden fördert die Solidarität mit der Schweizer Bergbevölkerung und mindert das Gefälle zwischen wohlhabenden und wirtschaftlich benachteiligten Regionen.

Mit projektbezogener Hilfe an unterstützungswürdige Gemeinden, Korporationen usw. hilft sie, dass unsere Bergregionen bewohnbar bleiben und aktiv bewirtschaftet und gepflegt werden. Die objektbezogenen Spenden werden ohne Spesenabzug den Begünstigten weitergereicht. Bei grösseren Vermächtnissen bietet sich die Möglichkeit, einen Fonds mit klar umschriebener Zweckbestimmung zu eröffnen.

**PATENSCHAFT
BERGGEMEINDEN**

Asylstrasse 74
8032 Zürich
Telefon

berggemeinden.ch
info@patenschaft.ch
044 382 30 80

Postkonto 80-16445-0
IBAN CH51 0900 0000 8001 6445 0

