



<b>Fall-Nr.:</b>	BE.2015.48
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	26.11.2015
<b>Entscheiddatum:</b>	26.11.2015

### Entscheid Kantonsgericht, 26.11.2015

**Art. 363 ff. OR. Suchmaschinenoptimierungsvertrag: Qualifikation als werkvertragsähnlicher Innominatkontrakt, der den gesetzlichen Bestimmungen über den Werkvertrag untersteht (Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 26. November 2015, BE.2015.48).**

#### Erwägungen (Auszug)

III.2/b) Eine andere Frage ist, ob die Vorinstanz den Vertrag vom 27. April 2012 zu Recht den Bestimmungen über den Werkvertrag unterstellte oder ob sie – wie die Beklagte geltend macht – jene über den einfachen Auftrag hätte anwenden müssen.

...

bb/aaa) Bei einem Auftrag hat der Beauftragte die ihm übertragenen Geschäfte vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR), während sich beim Werkvertrag der Unternehmer zur Herstellung eines Werks und der Besteller zur Leistung einer Vergütung verpflichtet (Art. 363 OR). Mit anderen Worten schuldet der Beauftragte bloss ein Wirken, der Unternehmer hingegen ein Werk (BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, N 8 vor Art. 363-379 OR). Als Herstellung eines Werks im Sinn von Art. 363 OR gilt nicht nur die Schaffung eines neuen Werks, sondern auch die Veränderung oder Erhaltung eines solchen, etwa durch Vergrösserung, Verbesserung oder Restauration (BGE 130 III 458 E. 4 [s. Pra 2005 Nr. 41]; CHK-Hürlimann/Siegenthaler, N 3 zu Art. 363 OR; BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, N 10 zu Art. 363 OR). Nach überwiegender Lehrmeinung und insbesondere auch nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts können unkörperliche Werke ebenfalls Gegenstand von Werkverträgen sein; die Verkörperung ist hier häufig nicht ein primäres und augenfälliges, sondern



bloss ein begleitendes, untergeordnetes Werkleistungselement (BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, N 2 vor Art. 363-379 OR; BGE 109 II 34 E. 3 [s. Pra 1983 Nr. 147]; BGE 115 II 50 E. 1 [s. Pra 1989 Nr. 250]; BGE 127 III 328 E. 2/c; BGE 130 III 458 E. 4 4 [s. Pra 2005 Nr. 41]; BGE 134 III 361 E. 6.2.3 f. [s. Pra 2009 Nr. 8]). Vorausgesetzt ist dabei allerdings, dass sich das Arbeitsergebnis nach objektiven Kriterien auf seine Vertragskonformität hin überprüfen lässt (BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, N 8 vor Art. 363-379 OR; BGE 127 II 328 E. 2/c; BGE 130 III 458 E. 4 [s. Pra 2005 Nr. 41]). Zur Qualifikation von Verträgen über eine Suchmaschinenoptimierung äusserten sich die Lehre und das Bundesgericht soweit ersichtlich bislang nicht. Immerhin qualifizierte aber das Bundesgericht einen Vertrag über die Optimierung von Wirtschaftsinformationen als Werkvertrag (BGer 4A\_51/2007 E. 4.4) und werden insbesondere Verträge über die Herstellung von Individualsoftware und solche über die Planung und Realisierung einer Website von namhaften Autoren ebenfalls den gesetzlichen Bestimmungen über den Werkvertrag unterstellt (so etwa Gauch, Der Werkvertrag, N 334 ff.; BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, N 2 f. vor Art. 363-379 OR; Dill, Internet-Verträge, AJP 2000, S. 1513 ff., S. 1521; Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, S. 281 [Letzterer mit Verweis auf: sic! 2000, S. 24 ff., S. 26]). Soweit die kantonale Rechtsprechung betroffen ist, kam der Präsident der III. Zivilkammer des Kantonsgerichts St. Gallen in einem Entscheid vom 6. November 2008 im Rahmen der Beurteilung einer altrechtlichen Rechtsverweigerungsbeschwerde zum Schluss, die Vorinstanz habe einen Vertrag über eine Suchmaschinenoptimierung als Werkvertrag qualifizieren dürfen (VZ.2008.49 [abrufbar unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)]). Zur Begründung führte er im Wesentlichen und dem Sinn nach aus, die Optimierung einer Website – wozu das individuelle Kodieren, die Anpassung des HTML-Codes und das Konfektionieren der Keywords gehöre – stelle ein geistiges Werk dar, weshalb die entsprechenden Leistungen Gegenstand eines Werkvertrages sein könnten. Da die Auswahl der geeigneten Suchbegriffe und – unter dem Gesichtspunkt der Suchergebnisse – die Qualität der Website nach objektiven Kriterien überprüfbare Leistungen seien, könne dabei ein Arbeitserfolg versprochen werden.

bbb) Hier hat zwar die Vorinstanz den umstrittenen Suchmaschinenoptimierungsvertrag – mit Blick darauf, dass Werkverträge typischerweise keine Dauerverträge sind (s. dazu etwa BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, N 14 vor Art. 363-379 OR, und CHK-Hürlimann/ Siegenthaler, N 5 zu Art. 363 OR) –



nicht als Werkvertrag qualifiziert; sie nahm aber immerhin an, es handle sich um einen (offenbar: werkvertragsähnlichen) Innominatkontrakt, der den gesetzlichen Bestimmungen über den Werkvertrag unterstehe. Dies ist im Lichte der soeben zitierten Lehre und Rechtsprechung einerseits und dem vorliegenden Vertragswortlaut andererseits nicht zu beanstanden: Wie im Fall VZ.2008.49 gehörten auch im vorliegenden Fall das individuelle Kodieren, die Anpassung des HTML-Codes und das Konfektionieren der Keywords zu den vertraglichen Aufgaben der Klägerin. Die optimierten Seiten sollten – immer gemäss Vertrag – in mindestens 60 Suchdiensten eingetragen werden mit dem Ziel, die Keywords über periodische Fortschrittskontrollen in den Top-Positionen dieser Dienste zu positionieren und dort zu halten. Die erste Programmierungsphase sollte spätestens sechs Monate nach Eingang der vollständigen Kundendaten abschlossen sein, wobei die Klägerin erste sichtbare Resultate sechs Wochen nach Aufschaltung der Neuprogrammierung garantierte. Nach erfolgter Eintragung sollte die Beklagte einen "Report (Positioncheck/Ist-Zustand)" erhalten, der es erlauben sollte, "Eintragungen und Platzierungen" der Website zu überprüfen, wobei ihr über einen "Zugangscode" auch "statistische Auswertungen der täglichen Besucherzahlen" möglich sein sollten. Entgegen der Ansicht der Beklagten liegt damit nicht bloss eine Vereinbarung über einen "Versuch" vor, ihre Website zu optimieren; vielmehr ist durchaus von einem vertraglich vereinbarten Arbeitsergebnis auszugehen, das sich im vorstehenden Sinn nach objektiven Kriterien auf seine Vertragskonformität hin überprüfen lässt. ...

Im Ergebnis ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den umstrittenen Suchmaschinenoptimierungsvertrag den Bestimmungen über den Werkvertrag unterstellte. Der sinngemässe Einwand der Beklagten, die Vorinstanz habe in diesem Zusammenhang das materielle Recht falsch angewendet, erweist sich somit als unbegründet.