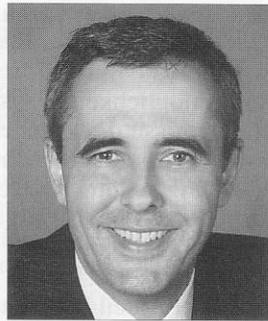


Informatikbeschaffung

Vertragskonzepte für IT-Kunden



Dr. URS EGLI,
Rechtsanwalt, Zürich

Inhaltsübersicht:

1. Der Beschaffungsprozess: Sein und Sollen
2. Geschäftstypen
 - 2.1. Hardware- und Technologieprojekte
 - 2.2. ERP-Software Projekte
 - 2.3. Softwareentwicklungsverträge
 - 2.4. Einkauf von Office-Software
 - 2.5. ASP-Verträge
 - 2.6. Provider Services, Webhosting und Webdesign
 - 2.7. Personalverleih
 - 2.8. Consulting
 - 2.9. Wartung, Support und ähnlich Leistungen
 - 2.10. Outsourcing
3. Dispositiv anwendbares Gesetzesrecht
 - 3.1. Ziel- oder Dauerschuld
 - 3.2. Grad der Ergebnisverantwortung
4. Kommerzielle und technische Vertragsinhalte
 - 4.1. Wer sind die Vertragspartner?
 - 4.2. Was ist die Leistung?
 - 4.3. Wann ist zu leisten?
 - 4.4. Wie viel kostet es?
 - 4.5. Wartung
5. Rechtliche Vertragsinhalte
 - 5.1. Nutzungsrechte an Standardsoftware
 - 5.2. Nutzungsrechte an Individualentwicklungen
 - 5.3. Mitwirkungspflichten
 - 5.4. Klauseln mit Abnahmefiktionen
 - 5.5. Einschränkung der Verzugsrechte
 - 5.6. Einschränkung der Gewährleistungsrechte
 - 5.7. Haftungsausschluss
 - 5.8. Geheimhaltung und Datenschutz
 - 5.9. Exklusivität, Konkurrenzverbot, Abwerbeverbote
 - 5.10. Konventionalstrafen
 - 5.11. Eigentumsvorbehalt
 - 5.12. Verrechnungsausschluss
 - 5.13. Projektorganisation
 - 5.14. Change Management
 - 5.15. Schriftlichkeitserfordernis
 - 5.16. Gerichtsstand und anwendbares Recht
6. Vertragskonzepte
 - 6.1. Eigene Einkaufsbedingungen
 - 6.2. Einkaufsbedingungen der öffentlichen Hand
 - 6.3. Swico Bedingungen
 - 6.4. Akzeptieren der Lieferantenbedingungen mit "chirurgischen Eingriffen"

- 6.5. Individueller Vertrag
- 6.6. Beschränkung auf ein Term Sheet
- 6.7. Vollständiger Verzicht auf einen schriftlichen Vertrag?
7. Ablauf der Beratung
 - 7.1. Instruktion
 - 7.2. Definition der wesentlichen Vertragspunkte und rechtliche Qualifikation
 - 7.3. Vertragskonzept und Verhandlungsführung
 - 7.4. Risikoanalyse und Exit Szenario
8. Betreuung bei der Vertragserfüllung
 - 8.1. Leistungs-, Kosten- und Terminkontrolle
 - 8.2. Dokumentation
 - 8.3. Problembehandlung und Eskalation

1. Der Beschaffungsprozess: Sein und Sollen

Im idealtypischen Beschaffungsprozess hat der Kunde seine Bedürfnisse in einem Pflichtenheft beschrieben, bevor er eine Mehrzahl von Lieferanten zur Offertstellung einlädt. Anschliessend evaluiert er die Lieferanten unter Berücksichtigung von Preis und Qualität¹. Es gelingt ihm, seine Ansprüche vertraglich abzusichern, beispielsweise durch Konventionalstrafen und griffige Garantie- und Haftungsbestimmungen.

Dieses Vorgehen lässt sich oft nicht realisieren, weil der Kunde zu Beginn gar nicht klar weiss, was er braucht. Häufig fehlt zudem die Zeit. Schliesslich soll der Aufwand für die Beschaffung in einem vernünftigen Verhältnis zum Vertragswert stehen. Im Folgenden soll nun gezeigt werden, wie Kunden mit angemessenem Aufwand trotz dieser Schwierigkeiten gute Verträge aushandeln können.

2. Geschäftstypen

Die IT-Beschaffung soll einem Geschäftstyp zugeordnet werden. Dabei wird hier Geschäftstyp in einem kommerziell-technischen und nicht in einem rechtlichen Sinn verstanden. Der Unterschied ist vor allem im Softwarebereich relevant. Die Beschaffung von ERP²-Software und von Office-Software ist nicht vergleichbar, obwohl es beide Male rechtlich betrachtet um Lizenzverträge geht.

- 1 MARIO BECKER/REINHARD HABERFELLNER/GEORG LIEBETRAU/SIEGFRIED VÖSSNER, EDV-Wissen für Anwender, Zürich 2004, 169 ff.
- 2 Enterprise Resource Planning, dazu BECKER/HABERFELLNER/LIEBETRAU/VÖSSNER (FN 1), 64.

Grundsätzlich wird zwischen Projekten und auf Dauer ausgerichteten Leistungen unterschieden. Projekte haben ein Projektziel und einen Endtermin. Auf Dauer ausgerichtete Leistungen wie z.B. die Wartung unterstützen den laufenden Betrieb einer bereits realisierten Informatikanlage.

Weiter ist wichtig, ob die IT-Anlage vom Hersteller selber erworben wird oder – was im Hardwarebereich praktisch immer und im Softwarebereich immer häufiger der Fall ist – von einem Lieferanten, der Bestandteile der IT-Anlage seinerseits einkaufen muss. Seine Leistung besteht dann in der Integration von verschiedenen Komponenten. Man spricht deshalb auch von Systemintegration³. Der Verhandlungsspielraum eines Systemintegrators ist in Bezug auf die von ihm zugekauften Produkte eingeschränkt.

Es haben sich im Wesentlichen die folgenden Geschäftstypen herausgebildet.

2.1. Hardware- und Technologieprojekte

Dazu zählen die Beschaffung von Hardware (PC, Server, Drucker) und Betriebssoftware, das Einrichten von Netzwerken, die Datensicherung und die Informatiksicherheit (Firewalls, Virenschutz). Solche Projekte können eine grosse Komplexität aufweisen, etwa dann, wenn eine Vielzahl von Arbeitsplätzen verteilt über mehrere Betriebsstandorte miteinander vernetzt werden müssen. Es geht dann nicht einfach um den Kauf von Hardware, sondern vor allem auch um das Einrichten von Software für den Betrieb und die Überwachung der Systeme. Solche Projekte setzen technische Kompetenz beim Lieferanten und beim Kunden voraus. Ihre Realisation erstreckt sich über mehrere Monate. Die Beschaffung ist entsprechend aufwändig.

Am anderen Ende des Spektrums steht der Kauf eines einzelnen PC, allenfalls verbunden mit der Installation von Office-Software.

2.2. ERP-Software Projekte

ERP-Software bildet Geschäftsprozesse ab wie etwa den Marketing- und Verkaufsprozess, das Bestellwesen, die Rechnungsstellung, die Buchhaltung oder die Lagerbewirtschaftung.

Die ERP-Software ist das Herzstück der betrieblichen Informatik. Neben den grossen Herstellern (SAP, Oracle etc.) existiert eine Vielzahl von kleineren Unternehmen, welche Nischenprodukte für bestimmte Branchen (Software für Treuhänder, Software für Transportunternehmen etc.) entwickeln und vertreiben.

Für ERP-Projekte charakteristisch ist, dass die Geschäftsabläufe des Kunden in der Software abgebildet werden. Der Lieferant muss deshalb die Abläufe im Kundenbetrieb analysieren und verstehen. Das Resultat dieser Analyse kann ein Business Process Reengineering⁴ (BPR) sein, in dessen Verlauf der Kunde seine gewohnten Abläufe aufgibt und sich dem in der Software abgebildeten Branchenstandard anpasst. Die Grenzen zwischen Softwareeinführung und Unternehmensberatung sind fließend.

Projekte über die Einführung von ERP-Software haben den Erwerb einer Lizenz für Standardsoftware als Basis. Diese ist dann an die Bedürfnisse des Kunden anzupassen, wobei heute Standardsoftware bereits vielfältige Anpassungsmöglichkeiten systemseitig bereit stellt. Besondere Bedürfnisse des Kunden können es jedoch erforderlich machen, dass in beschränktem Umfang auch Individualentwicklungen nötig sind, etwa dann, wenn eine Schnittstelle zu realisieren ist. Hingegen ist es eher selten, dass eine Software individuell für einen Kunden von Grund auf neu entwickelt wird.

Ist der Anteil individueller Leistungen im Vergleich zum Gesamtprojektwert klein, wird also praktisch ein Branchenstandard übernommen, so kann von einem unproblematischen Standardprojekt ausgegangen werden. Die Leistungsbeschreibung solcher Projekte ergibt sich bereits aus dem Benutzerhandbuch der Software, der Preis lässt sich fixieren und die Einführungsdienstleistungen sind bei anderen Kunden mehrfach erprobt worden. Sowohl Termine als auch Kosten lassen sich zuverlässig abschätzen.

Ist der Anteil individueller Leistungen hingegen gross, wird es kritischer. Die Leistungsbeschreibung liegt erst nach dem Erstellen der Detailspezifikationen definitiv vor. Preis, Termine und Kosten sind mit grösseren Unsicherheiten behaftet.

Die im Rahmen eines ERP-Projektes zu erbringenden individuellen Leistungen lassen sich in folgende Leistungskomponenten unterteilen: Bedürfnisanalyse und Beratung, Customizing (Anpassen der Standardsoftware auf die Bedürfnisse des Kunden), Parametrisierung (Einfügen von numerischen Parametern, z.B. Preistabellen), Entwicklung von kundenindividueller Zusatzsoftware, Installation, Datenübernahme, Durchführen von Systemtests, Projektmanagement und Schulung.

Der Kunde versteht diese Leistungen zusammen mit der Softwarelizenz als Gesamtpaket.

2.3. Softwareentwicklungsverträge

Trotz der immer grösseren Bedeutung standardisierter Produkte wird nach wie vor Software individuell entwickelt, etwa dann, wenn sich die Entwicklung eines Standardproduktes nicht lohnt, weil der Markt dafür zu klein ist. Allerdings wird auch hier nicht Softwarecode von Grund auf neu geschrieben, sondern es wird auf Datenbanksoftware und Entwicklungstools abgestellt. Bei solchen Geschäften ist die Fixierung von Leistungsgegenstand, Preis und Terminen noch schwieriger als bei ERP-Projekten.

3 BERNHARD HEUSLER/ROLAND MATHYS, IT-Vertragsrecht, Zürich 2004, 16.

4 BECKER/HABERFELLNER/LIEBETRAU/VÖSSNER (FN 1), 173 ff.

2.4. Einkauf von Office-Software

Office-Software dient der allgemeinen Büroadministration wie Textverarbeitung, Kalkulation, Präsentation oder Datenverwaltung in einfachen Datenbanken.

Office-Software ist das Paradebeispiel von Standardsoftware. Sowohl die kommerziellen als auch die rechtlichen Konditionen sind standardisiert und kaum verhandelbar. Bei Office-Software beschränken sich die Einführungsdienstleistungen auf die Installation. Office-Software wird in der Regel beim Hardwarelieferanten gekauft. Ihre Beschaffung ist unproblematisch.

2.5. ASP-Verträge

Bei ASP⁵-Verträgen wird Software nicht im Betrieb des Kunden installiert, sondern beim Lieferanten. Der Kunde kann die Funktionalitäten der Software über dedizierte Datenleitungen oder über das Internet in Anspruch nehmen⁶. Mit ASP-Verträgen wird auch der Softwareunterhalt und die Datensicherung an den Lieferanten delegiert. Solche Geschäfte sind mit der oben dargestellten Beschaffung von ERP-Software vergleichbar, machen jedoch nur in überschaubaren Verhältnissen Sinn, in denen ein Standard übernommen werden kann.

2.6. Provider Services, Webhosting und Webdesign

Ein Access-Provider betreibt im Auftrag des Kunden einen Internet- und E-Mail Server. Er vermittelt lediglich den Zugang zum Netz⁷. Als Webhosting bezeichnet man den Betrieb von Webseiten für Kunden auf einem permanent an das Internet angeschlossenen Server⁸. Es handelt sich um Standardleistungen mit fixierten Preisen. Die Beschaffung ist tendenziell unproblematisch.

Webdesign demgegenüber besteht in der Entwicklung und der Gestaltung von Webseiten⁹. Das hat sowohl einen softwaretechnischen, wie auch einen graphisch-gestalterischen Aspekt. Der Dienstleistungsanteil und damit auch der Beschaffungsaufwand ist grösser.

2.7. Personalverleih

Nicht immer übernimmt der Lieferant die Projektverantwortung. Grosse Kunden verfügen über eigene Informatikabteilungen, welche eine Mehrzahl der Projekte selber realisieren. Entsteht in solchen Projekten Bedarf nach zusätzlichen Ressourcen, so werden diese über Personalverleihverträge bei spezialisierten Unternehmen beschafft¹⁰. Die Instruktion und Überwachung erfolgt dabei direkt durch den Einsatzbetrieb. Der Personalverleiher administriert lediglich das Arbeitsverhältnis mit dem Informatikspezialisten und hat keinen Einfluss auf die Leistungserbringung. Die Beschaffung ist unproblematisch, weil der Lieferant keine Resultatverantwortung zu übernehmen hat.

2.8. Consulting

In grösseren Projekten zieht der Kunde manchmal externe Berater bei, welche ihn bei der Evaluation der Lieferanten sowie im Projektmanagement unterstützen. Hier geht es um eine Dienstleistung ohne Resultatverantwortung. Die Beschaffung bietet, abgesehen von der AHV-rechtlich korrekten Abrechnung der Honorarzahungen, keine besonderen Probleme.

2.9. Wartung, Support und ähnlich Leistungen

Die *Wartung von Hardware* ist eine Art verlängerte Garantie. Sie besteht in der Ersetzung defekter Hardwareteile.

Ganz anders die Softwarewartung, welche deshalb besser als *Softwarepflege* bezeichnet wird. Neben der klassischen Mängelbehebung geht es um die laufende Weiterentwicklung der Software, insbesondere um die Anpassung an neue Hardwaresysteme oder an neue kommerzielle oder gesetzliche Anforderungen.

Support ist eine allgemeine Bezeichnung für laufende Unterstützung und kann sowohl Hardware wie auch Software umfassen. Im Gegensatz zur Softwarepflege, bei welcher das Produkt und dessen Weiterentwicklung im Zentrum steht, geht es beim Support um das Lösen einer kundenspezifischen Problemstellung.

Hotlinedienstleistungen bestehen darin, dass der Kunde via Telefon oder E-Mail Unterstützung in Anspruch nehmen darf. Diese Leistungen können Bestandteil eines Wartungsvertrages sein oder ein separates Leistungspaket darstellen.

Monitoring Services beinhalten die permanente Überwachung bestimmter Informatiksysteme, beispielsweise grösserer Netzwerke. Dadurch lassen sich frühzeitig Störungen erkennen.

Auch weitere Leistungen wie *Datensicherung*, *Ersatzteilhaltung*, *das Führen eines Journals der gemeldeten Störungen*, *Releasemanagement* und *Archivierung* können als separate Leistungspakete extern bezogen werden.

Der Beschaffungsaufwand variiert je nach Komplexität der unterstützten IT-Anlage.

- 5 Application Service Providing, BECKER/HABERFELLNER/LIEBETRAU/VÖSSNER (FN 1), 605.
- 6 MATHIS BERGER, ASP: Ein neues Geschäftsmodell als Herausforderung für das Recht, sic! 2002, 667 ff.; HEUSLER/MATHYS (FN 2), 17 f.
- 7 ROLF H. WEBER, E-Commerce und Recht, Zürich 2001, 345.
- 8 WEBER (FN 7), 352 ff.
- 9 WEBER (FN 7), 354 ff.
- 10 Zum Personalverleih: Weisungen und Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, Bern 2003; ROMAN HEIZ, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Bern 2005; ANDREAS RITTER, Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz, Bern 1994.

2.10. Outsourcing

Der Begriff "Outsourcing" wird für unterschiedliche Geschäftstypen verwendet¹¹.

Zum einen versteht man darunter ein Geschäft, bei welchem der Kunde den technischen Betrieb der Informatik an einen Lieferanten übergibt. Das Informatiksystem steht im Eigentum des Lieferanten und wird dem Kunden zur Benutzung überlassen. Neben einer Gebrauchüberlassung enthalten solche Verträge auch eine Dienstleistungskomponente. So muss der Lieferant das System warten. Daneben kann er auch für die Datensicherung sowie die Anwenderunterstützung verantwortlich sein. Im Rahmen eines Service Level Agreement wird genau definiert, welche Art der Dienstleistung der Kunde erwarten kann¹². Die Beschaffung von Outsourcingleistungen stellt hohe Anforderungen.

Zum anderen wird unter Outsourcing die vollständige Auslagerung der Informatikabteilung (inkl. Mitarbeiter) verstanden. Befindet sich der Lieferant im Ausland, so spricht man von Offshoring¹³. Es handelt sich dabei um eine M&A-Transaktion mit hoher Komplexität.

3. Dispositiv anwendbares Gesetzesrecht

Manche IT-Verträge sind Innominatverträge. Andere wie der Projekt- oder Systemvertrag lassen sich einem gesetzlichen Vertragstyp, in diesem Fall dem Werkvertrag¹⁴, zuordnen. Es soll hier keine rechtliche Einordnung der einzelnen Geschäftstypen vorgenommen werden. Es kann auf die bereits reichhaltig vorhandene Literatur verwiesen werden¹⁵.

Bei der Beratung ist es jedoch wichtig, das Geschäft einer rechtlichen Analyse zu unterziehen mit dem Ziel, die relevanten Leistungsmerkmale (essentialia negotii) herauszuarbeiten und das dispositiv anwendbare Recht zu ermitteln. Wenn sich dieses nicht zweifelsfrei feststellen lässt, ist es unabdingbar, alle Themen abschliessend im Vertrag zu regeln.

Die Leistungsmerkmale ergeben sich aus dem Geschäftstyp. Folgende zwei Fragen sind jedoch unabhängig vom Geschäftstyp in jedem Fall anzugehen.

3.1. Ziel- oder Dauerschuld

Bei einer Zielschuld¹⁶ genügt es, das Ziel – d.h. den Leistungsgegenstand – und den Leistungstermin zu definieren. Ist rechtzeitig und korrekt geleistet worden, geht die Schuld durch Erfüllung unter¹⁷. Typische Zielschulden ergeben sich aus einem Hardwarekauf- oder einem Projektvertrag.

Eine Dauerschuld hingegen verlangt ein fortdauerndes oder wiederholtes Leistungsverhalten. Bei Dauerschulden ist eine Kündigungsregelung zu treffen, denn die Dauerschuld geht nicht infolge Erfüllung unter¹⁸. Typische Dauerschulden ergeben sich aus Wartungs- und Outsourcingverträgen.

Verträge mit Zielschulden sollten deshalb immer Terminpläne und eine Abnahmeregulierung, Verträge mit Dauerschulden eine Kündigungsklausel enthalten.

3.2. Grad der Ergebnisverantwortung

Der Grad der Ergebnisverantwortung hängt davon ab, ob dispositiv Kaufrecht, Werkvertragsrecht, Auftrags- oder Mietrecht zur Anwendung gelangt.

Der Kaufvertrag ist aus Sicht des Kunden das geeignete Rechtsgeschäft, wenn es um den Erwerb von Standardprodukten ohne Einführungsunterstützung geht, wie etwa die Beschaffung von Hardware oder Office-Software.

Die Lizenzierung von handelsüblicher Standardsoftware wird ebenfalls als kaufrechtsähnliches Geschäft beurteilt¹⁹. Dies hat zur Konsequenz, dass bei Übertragung eines Werkexemplars das Erschöpfungsprinzip zur Anwendung gelangt²⁰ und dass der Lizenzgeber dem Kunden die einmal erteilte Lizenz nicht mehr entziehen²¹ oder ihm den Weiterverkauf der Software privat untersagen kann²².

Im Kaufrecht fehlt hingegen ein Nachbesserungsanspruch. Der Kunde kann lediglich die Rückabwicklung oder eine Preisreduktion verlangen.

Das Werkvertragsrecht ist für den Kunden ebenfalls günstig, weil es eine umfassende Resultatverantwortung vorsieht. Immer dann, wenn sich die Beschaffung nicht auf eine simple Warenlieferung bezieht, sondern Dienstleistungen mit einschliesst, sollte der Kunde sich eine Resultatverantwortung zusichern lassen, wodurch dispositiv Werkvertragsrecht zur Anwendung gelangt.

Folgende Bestimmungen des Werkvertragsrechts sind für den Kunden vorteilhaft:

- Der Kunde muss erst bei Ablieferung/Abnahme des Werks bezahlen (Art. 372 OR).

11 WOLFGANG STRAUB, Einführung in Softwareschutz, Projektverträge und Haftung, Bern 2003, 225, mit einem umfassenden Überblick über die verschiedenen Erscheinungsformen; HEUSLER/MATHYS (FN 2), 17 f. THOMAS BRÄNDLI, Outsourcing, Bern 2001; R. WEBER/M. BERGER/R. AUF DER MAUER (Hrsg.), IT-Outsourcing, Zürich 2003.

12 ANDRAS GUROVITS KOHLI in WEBER/BERGER/AUF DER MAUER (FN 11), 97 ff.

13 NZZ vom 3.6.2005, 63.

14 STRAUB (FN 11), 105.

15 Weiterführend STRAUB (FN 11), 49 ff., GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, Bern 2004, 14 ff. sowie ausführlich für das deutsche Recht JOCHEN SCHNEIDER, Handbuch des EDV-Rechts, 3. A., Köln 2003.

16 Eine einfache Schuld oder Zielschuld hat eine einmalige Leistung zum Gegenstand. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2003, Nr. 94.

17 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 16), Nr. 94.

18 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 16), Nr. 94.

19 Ausführlich über den Stand der Lehre FRÖHLICH-BLEULER (FN 15), 242 ff.

20 STRAUB (FN 11), 20.

21 Nach deutschem Recht wären anderslautende Klauseln ungültig, sofern sie in AGB's enthalten sind. SCHNEIDER (FN 15), Nr. 1687.

22 SCHNEIDER (FN 15), Nr. 1671.

- Entspricht das Werk nicht der Spezifikation und ist die Abweichung so wesentlich, dass es nicht als vollendet gelten kann, so muss der Kunde es nicht abnehmen²³.
- Bei geringeren Mängeln kann der Kunde eine Preisreduktion oder eine Nachbesserung, bei erheblichen Mängeln die Rückabwicklung verlangen (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR).
- Bei wesentlicher Überschreitung eines Kostenvorschlags hat der Kunde gemäss Art. 375 Abs. 1 OR ein Rückabwicklungsrecht, wobei als Faustregelung eine Toleranzgrenze von 10 Prozent gilt²⁴.

Lieferanten versuchen, sich dem Werkvertragsrecht zu entziehen, indem sie separate Verträge für den Kauf von Hard- und Software und die damit verbundenen Dienstleistungen vorschlagen. Trotzdem können solche aus mehreren Verträgen bestehenden Geschäfte gesamthaft als Werkverträge verstanden werden²⁵, mit der Konsequenz, dass der Kunde die Annahme der unter Kaufrecht gelieferten Hardware verweigern darf, wenn es dem Lieferanten nicht gelingt, die gleichzeitig vereinbarten Integrationsleistungen korrekt zu erbringen.

Demgegenüber liegt die Anwendung von Auftragsrecht nur ausnahmsweise im Interesse des Kunden, nämlich dann, wenn er keine Resultatverantwortung erwartet und an einer schnellen Kündigungsmöglichkeit interessiert ist (Art. 404 Abs. 1 OR).

Die Anwendbarkeit von Mietrecht schliesslich hat zur Folge, dass der Lieferant während der ganzen Vertragsdauer verpflichtet ist, die IT-Anlage im bestimmungsgemässen Zustand zu erhalten²⁶. Die mietrechtlichen Gewährleistungsbestimmungen sind für Kunden günstig. Mietrecht kann bei Lizenzverträgen, welche Nutzungsrechte nur für einen begrenzten Zeitraum einräumen²⁷, oder bei Outsourcingverträgen zur Anwendung kommen²⁸.

4. Kommerzielle und technische Vertragsinhalte

Ein Vertrag muss in erster Linie technisch und kommerziell ein Erfolg sein. Die rein juristischen Punkte wie Gewährleistungs- und Haftungsklauseln sind im Vergleich dazu zweitrangig. Sie dienen lediglich der Absicherung des primären Ziels²⁹.

Das will aber nicht heissen, dass der Jurist keine wichtige Funktion bei der Vertragsgestaltung hat. Seine Aufgabe ist es, die Bedürfnisse des Kunden in Vertragsform umzusetzen. Ein guter Vertragsjurist ist in der Lage, dem Kunden wichtige Unterstützung zu geben und zwar auch bezüglich der technischen und kommerziellen Vertragspunkte.

Hierbei sind folgende Themen anzugehen, wobei man sich mit der 4W-Regel als Eselsbrücke helfen kann:

- Wer sind die Vertragspartner?
- Was ist die Leistung?
- Wann ist zu leisten?
- Wie viel kostet es?

Bei IT-Verträgen muss man sich überdies immer fragen, wie der längerfristige Einsatz der IT-Lösung sichergestellt werden kann. Dies geschieht im Rahmen der Wartung.

4.1. Wer sind die Vertragspartner?

Der Kunde soll sich gut überlegen, mit welchem Lieferanten er es zu tun hat. Ist der Lieferant von seiner Organisation und seinem Know-how her in der Lage, den Vertrag erfolgreich zu erfüllen? Referenzprojekte können Anhaltspunkte liefern. Wichtig ist auch, dass der Lieferant erfolgreich, d.h. gewinnbringend, arbeitet. Wenn nämlich der Lieferant sein Geschäft mitten in einem wichtigen Projekt wegen finanzieller Schwierigkeiten aufgeben muss, so hat das für den Kunden gravierende Konsequenzen.

Besondere Aufmerksamkeit verdient das Thema der Subakkordanten. Setzt der Lieferant solche ein, muss sich der Kunde die gleichen Fragen auch bezüglich der Subakkordanten stellen. Darüber hinaus muss sich der Kunde dafür interessieren, ob der Lieferant seine Subakkordanten vertraglich korrekt eingebunden hat. Erfüllt der Subakkordant einen wesentlichen Beitrag nicht, so schlägt das auf den Kunden durch. Daraus resultierende Schadenersatzansprüche gegenüber dem Lieferanten sind ein schwacher Trost.

In Konzernverhältnissen müssen die richtigen Konzerngesellschaften vertraglich eingebunden werden. Schliesslich ist sicher zu stellen, dass die Verträge von zeichnungsberechtigten Personen unterschrieben werden.

4.2. Was ist die Leistung?

Wichtig ist, dass die Leistungsbeschreibung eine zweifelsfreie rechtliche Zuordnung ermöglicht. Erwartet der Kunde eine Ergebnisverantwortung im Sinne eines Werkvertrages, so muss das aus dem Vertrag erkennbar hervorgehen.

Im Idealfall hat der Kunde ein Pflichtenheft, welches seine Bedürfnisse abdeckt und welches zum Vertragsgegenstand gemacht werden kann. Hat er dies nicht, so soll er seine Projektziele schriftlich festhalten und zum Vertragsbestandteil machen. Hat der Kunde bereits ein Vorgängersystem im Einsatz, welches abgelöst werden soll, so kann der Lieferant dazu verpflichtet werden, im Minimum die Funktionalitäten des Vorgängersystems zu realisieren.

23 FRÖHLICH-BLEULER (FN 15), N 399.

24 BSK OR I-GAUDENZ ZINDEL/URS PULVER, Art. 375 N 12.

25 FRÖHLICH-BLEULER (FN 15), Nr. 658 ff.

26 Art. 259a OR.

27 FRÖHLICH-BLEULER (FN 15), Nr. 823.

28 HEUSLER/MATHYS (FN 2), 49.

29 Ausführlich zu den Aufgaben der Vertragsgestaltung: RAINER SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Zürich 2004.

Bei komplexeren Projekten (grössere Hardwarebeschaffungen, Beschaffung von ERP-Software) kann der Vertrag nicht alles im Detail vorschreiben. Stattdessen ist zu regeln, wie der Leistungsgegenstand im Projektverlauf weiter konkretisiert oder geändert werden kann³⁰.

Bei Outsourcingverträgen ist die IT-Anlage, welche dem Kunden zur Verfügung gestellt wird, genau zu beschreiben. Dabei ist man mit dem Problem konfrontiert, dass sich diese Anlage laufend verändert. Es braucht deshalb ein permanent nachgeführtes Inventar.

Unzutreffende oder ungenaue Leistungsbeschreibungen haben auf den Preis und die Terminkontrolle negative Auswirkungen. Der Lieferant kann nämlich nicht geschuldete Leistungen zusätzlich in Rechnung stellen und die Einhaltung eines Termins kann nur geprüft werden, wenn das abzunehmende Resultat auch nachvollziehbar beschrieben ist.

Ist der Kunde nicht in der Lage, auch nur eine rudimentäre Leistungsbeschreibung abzuliefern, so ist grösste Vorsicht angezeigt. Eine kompetente Beschaffung setzt ein Minimum an Vorbeschäftigung mit der Thematik voraus, sonst endet das Projekt im Kostenfiasko.

4.3. Wann ist zu leisten?

Die Abnahme hat eine grosse Bedeutung. Damit hat der Lieferant seine primäre Leistungspflicht erfüllt, der Werklohn ist geschuldet und die Gewährleistungsfrist beginnt zu laufen³¹. In der Praxis wird der Abnahmebegriff allerdings mehrdeutig verwendet. Abnahme kann dabei als Gegenstück zur Ablieferung, als formelles Abnahmeverfahren oder gar als Genehmigung verstanden werden³².

Unter Abnahme im Rechtssinn wird die Prüfung des Werkes durch den Kunden verstanden, ob es den vertraglichen Vereinbarungen entspricht. Von der Abnahme ist die Genehmigung des Werkes zu unterscheiden. Treten bei der Abnahme Mängel zutage, so kann der Kunde diese entweder genehmigen oder aber seine Gewährleistungsrechte geltend machen.

In Informatikprojekten wird nach der Ablieferung oft ein formelles Abnahmeverfahren durchgeführt. Es dient dazu, festzustellen, ob das Werk den vertraglichen Spezifikationen entspricht³³.

Eine effektive Terminkontrolle setzt nicht erst beim Abnahmetermin an. Das gesamte Projekt will geplant sein, wobei die Parteien für einzelne Projektabschnitte Meilensteine definieren. Der Terminplan soll im Minimum den Projektstart sowie die Abnahme der betriebsbereiten Informatiklösung regeln. Bei Softwareentwicklungsprojekten stellt die Abnahme der Detailspezifikationen (auch Detailkonzept genannt) einen wichtigen Meilenstein dar. Mit dem Detailkonzept³⁴ wird die Konzeptionsphase abgeschlossen und die Anforderungen an die Software werden endgültig fixiert.

Ist die Einführung für den Kunden zeitkritisch, so soll er wichtige Termine mittels Konventionalstrafen absichern.

Auch bei Outsourcingverträgen als Dauerschuldverhältnissen hat die Abnahme eine Bedeutung. Ab diesem Zeit-

punkt steht das System dem Kunden zur Nutzung zur Verfügung. Wichtig sind hier in zeitlicher Hinsicht aber vor allem die Kündigungsbestimmungen. Outsourcingverträge werden in der Regel auf lange Frist abgeschlossen.

Bei Outsourcingverträgen ist zu regeln, was mit der IT-Anlage nach Vertragsablauf zu geschehen hat³⁵. Soll diese vom Kunden zu einem bestimmten Preis übernommen werden können oder fällt sie an den Lieferanten zurück? In der Regel ist Ersteres der Fall.

4.4. Wie viel kostet es?

Der Kunde hat ein Budget und dieses muss eingehalten werden. Das kann nur durch die Vereinbarung eines Kostendaches oder eines Festpreises erreicht werden. Im Gegensatz zum Festpreis muss der Anbieter beim Kostendach seine Leistungen zusätzlich ausweisen. Das bringt für den Kunden grössere Transparenz und er kann auch von Kostenunterschreitungen profitieren. Ein Kostendach ist deshalb für den Kunden grundsätzlich vorteilhafter als ein Festpreis.

Ganz wichtig ist, eine am Projektfortschritt orientierte Bezahlung zu vereinbaren. Die beste Versicherung für den Kunden ist es, wenn er immer etwas weniger bezahlen muss, als er bereits erhalten hat. Wie zu bezahlen ist, soll deshalb vom Terminplan und vom Grad der Leistungserbringung abhängig gemacht werden.

Weiter ist ein Zahlungsrückbehalt bis nach Ablauf der Mängelbehebung anzustreben, üblicherweise in der Gröszenordnung von 10%.

In einem Projekt über die Einführung von ERP-Software könnte etwa folgender Zahlungsmodus vorgeschlagen werden: 10% bei Projektstart, 30% bei Abnahme der Detailspezifikationen, 50% bei Abnahme der installierten Softwarelösung, 10% nach Ablauf der Garantiefrist.

Der Kunde sollte sich bewusst sein, dass ein Systemintegrator, der die Software nicht selber entwickelt, sondern lediglich die Einführung verantwortet, die Lizenzgebühren normalerweise bereits bei Installation an den Hersteller abführen muss. Der Lieferant wird nicht in Zahlungsmodalitäten einwilligen, welche ihm eine Vorfinanzierung auferlegen. In solchen Fällen kann es deshalb sinnvoll sein, für Softwarelizenzen und Dienstleistungen separate Zahlungsmodalitäten zu vereinbaren, wobei eine frühere Zahlung der Lizenzgebühren mit einem entsprechend höheren Rückbehalt bei den Dienstleistungen ausgeglichen werden kann.

30 Siehe unten 5.13 und 5.14 (Projektorganisation und zum Change Management).

31 Dazu ausführlich FRÖHLICH-BLEULER (FN 15), Nr. 389 ff.

32 STRAUB (FN 11), 149.

33 STRAUB (FN 11), 149.

34 BECKER/HABERFELLNER/LIEBETRAU/VÖSSNER (FN 1), 214 ff.

35 HEUSLER/MATHYS (FN 2), 267.

Bei Outsourcingverträgen spielen Preisanpassungsklauseln eine wichtige Rolle, weil die vom Outsourcing umfasste IT-Anlage sich erfahrungsgemäss verändert. Dies gilt insbesondere für ein Hardware Outsourcing. Jeder weitere PC muss hier zwangsläufig zu höheren Gebühren führen. Ein Ansatzpunkt kann sein, zwischen einer Finanzierungs- und einer Dienstleistungskomponente zu unterscheiden. Die Finanzierungskomponente wird anhand einer projektspezifischen Anlagebuchhaltung kalkuliert. Die vom Kunden zu bezahlende Gebühr entspricht dabei den Abschreibungen zuzüglich einer Finanzierungsmarge.

Die Dienstleistungskomponente wird hingegen nicht im gleichen Umfang angepasst, da nicht jedes weitere Gerät auch zu mehr Aufwand führt. Hier kann vom Lieferanten eine gewisse Pauschalisierung verlangt werden. Ein massiver Aus- oder Abbau der Anlage wird jedoch auch zu anderen Dienstleistungspreisen führen müssen.

4.5. Wartung

Wenn der Kunde das Resultat eines Informatikprojekts längerfristig einsetzen will, so braucht er auch nach Projektabschluss die Unterstützung des Lieferanten. In welcher Form soll diese erfolgen?

Will sich der Kunde ein definiertes Leistungspaket zu einem Festpreis zusichern lassen und zwar während einer bestimmten Minimaldauer? Dann ist ein Wartungsvertrag abzuschliessen. Wenn der Kunde aber über Know-how verfügt, kann er die Wartung auch selber sicher stellen und nur fallweise auf den Lieferanten zurückgreifen.

Mit einem Wartungsvertrag wird nicht die permanente Funktionsfähigkeit der Anlage zugesichert. Die Leistung des Lieferanten besteht vielmehr darin, während eines bestimmten Zeitraums ein Paket von Dienstleistungen anzubieten, welche Störungen vorbeugen oder schnellstmöglich beheben.

a) Die *Leistungsbeschreibung* ist bei Wartungsverträgen anspruchsvoll, da nicht auf die Beschreibung eines Ergebnisses zurückgegriffen werden kann. Es müssen die einzelnen Leistungskomponenten definiert werden. Dies geschieht entweder im Vertrag selber oder in einem "Service-Level"-Agreement³⁶. Wartungsleistungen werden vom Lieferanten oft so vage formuliert, dass der Kunde keinen echten Gegenwert erhält.

Während bei Hardware die Störungsbehebung und die Störungsprävention im Vordergrund stehen, geht es bei Software vor allem um die Weiterentwicklung³⁷. Der wesentlichste Leistungsbestandteil der Softwarepflege ist deshalb die Lieferung von neuen Releases. Ein Release ist eine neue Fassung der Software, die aufgetretene Fehler behebt und/oder technische Verbesserungen oder Programmiererweiterungen enthält, welche den Leistungsumfang der Software nicht wesentlich erweitern³⁸. Demgegenüber enthält eine neue Version der Software eine wesentliche Erweiterung der Funktionalität und/oder eine grundlegende technische Verbesserung³⁹. Neue Versionen werden im Rahmen der Softwarepflege nicht zur Verfügung gestellt. Sie sind wie ein neues Produkt separat zu beschaffen.

Lieferanten sehen in ihren Bedingungen in der Regel vor, dass nur die Lieferung von Software-releases nicht aber deren – oft kostenintensive – Installation geschuldet ist.

Für den Kunden wichtige Eckwerte sind die Bereitschafts- und die Reaktionszeiten. Während der Bereitschaftszeit erbringt der Lieferant seine Leistungen. Die Bereitschaftszeit entspricht normalerweise den üblichen Geschäftszeiten. Hat der Kunde das Bedürfnis, auch ausserhalb dieser Geschäftszeiten Unterstützung zu erhalten, so ist die Bereitschaftszeit auszudehnen. Dann wird ein Pikettbetrieb vereinbart, was meist teuer ist.

Die Reaktionszeit regelt, wie schnell der Lieferant mit der Störungsbehebung beginnt. Hier ist es sinnvoll, nach Störungskategorien zu unterscheiden. Bei Systemausfällen muss eine kurze Reaktionszeit vereinbart werden; wie kurz, entscheidet sich nach dem Grad der Abhängigkeit des Kunden von der gewarteten Anlage.

Störungsbehebungszeiten hingegen werden selten vereinbart. Da der Lieferant die potentiellen Störungsursachen nur schwierig voraussehen kann, übernimmt er diese Zusicherung nur in Ausnahmefällen. Sie ist zudem mit hohen Kosten verbunden, weil der Lieferant besondere Vorkehrungen zu treffen hat (Pikettorganisation, Ersatzteillager).

Das gleiche gilt für Verfügbarkeitsgarantien. Hierbei handelt es sich um die Zusicherung des Lieferanten, dass ein System während einer in Prozenten ausgedrückten Zeit auch tatsächlich benutzt werden kann. Solche Verfügbarkeitsgarantien sollten wegen der damit verbundenen hohen Kosten nur verlangt werden, wenn es sich um kritische Systeme handelt, die praktisch nicht ausfallen dürfen.

Vor allem im Bereich der Softwarepflege möchten Lieferanten ihre Leistungen auf die jeweils jüngsten Software-releases beschränken. Dieser Wunsch ist verständlich, kann sich doch die gepflegte Software im Verlaufe der Zeit wesentlich verändern. Es verursacht für den Lieferanten Zusatzkosten, das Know-how für sämtliche alten Releases aufrecht zu erhalten. Die Interessenlage des Kunden ist jedoch eine andere. Er möchte einen eingespielten Release möglichst lange betreiben. Umstellungen sind für ihn mit Zusatzkosten und Problemen verbunden. Aus Kundensicht ist deshalb sicherzustellen, dass auch ältere Releases – zumindest während einer bestimmten Zeit – weiter gepflegt werden.

36 Siehe dazu FN 12.

37 Zur Softwarepflege siehe MICHAEL WIDMER, Der Softwarepflegevertrag, Zürich 2000. Zur Hardwarewartung siehe SCHNEIDER (FN 15), Nr. 1389 ff.

38 FRÖHLICH-BLEULER (FN 15), Nr. 1169.

39 FRÖHLICH-BLEULER (FN 15), Nr. 1169.

b) In *zeitlicher* Hinsicht will sich der Kunde einerseits die Unterstützung langfristig zusichern lassen. Das würde für eine möglichst lange Vertragsdauer sprechen. Andererseits können im Kundenbetrieb Situationen eintreten, welche einen raschen Ausstieg aus dem Vertrag wünschbar machen. Da asynchrone Kündigungsklauseln erfahrungsgemäss schlecht durchsetzbar sind, ist eine überschaubare Vertragsdauer anzustreben, z.B. die Kündigung jeweils per Jahresende mit einer dreimonatigen Frist. Es ist im übrigen selten der Fall, dass Lieferanten einen Wartungsvertrag von sich aus kündigen, da ihnen dadurch Umsatz verloren geht.

c) Der *Preis* für die Wartungsleistung wird in der Form einer fixen Wartungsgebühr bezahlt, wobei diese Gebühr nur die definierten Leistungen abdeckt und weitere Leistungen zusätzlich nach Aufwand verrechnet werden.

Bei Wartungsverträgen ist die Fälligkeit der Wartungsgebühr zu regeln. Lieferanten wollen diese jährlich im Voraus fakturieren. Dadurch gewährt der Kunde dem Lieferanten Kredit. Den Lieferanten zu einer Fakturierung im Nachhinein zu bewegen, ist schwierig. Ein Ansatz könnte sein, eine Fakturierung in kürzeren Intervallen (quartalsweise oder monatlich) vorzuschlagen.

Bisweilen will sich der Lieferant die Möglichkeit für Preiserhöhungen offen lassen. Dagegen kann sich der Kunde mit gutem Recht wehren. Bei einer überschaubaren Vertragsdauer kann der Lieferant Preiserhöhung ja über Änderungskündigungen einbringen.

5. Rechtliche Vertragsinhalte

5.1. Nutzungsrechte an Standardsoftware

Bei Verträgen über Software sind immer die Nutzungsrechte zu regeln. Lieferanten umschreiben diese generell eng. Der vom Kunden beauftragte Jurist muss sicherstellen, dass die beabsichtigte Nutzung möglich ist.

Die Nutzung kann sowohl in persönlicher wie auch in sachlicher Hinsicht beschränkt sein. In persönlicher Hinsicht wird die Nutzung auf das Unternehmen begrenzt, das die Lizenz erwirbt. Das kann in Konzernverhältnissen zu Problemen führen, wenn Schwestergesellschaften die Produkte ebenfalls mitbenutzen sollen. Weiter wird die Nutzung meist auf eine Anzahl zugelassener Nutzer beschränkt. Normalerweise ist damit die Anzahl gleichzeitiger Nutzer (*concurrent user*) gemeint. Es ist aber auch denkbar, dass der Lieferant vom Kunden die namentliche Bekanntgabe der nutzungsberechtigten Personen verlangt (*named user*).

In sachlicher Hinsicht wird bei Standardsoftware nur der bestimmungsgemässe Gebrauch erlaubt. Damit ist der Gebrauch für eigene betriebliche Zwecke gemeint. Nicht zulässig sind die Bearbeitung, der Weitervertrieb oder die Gebrauchsüberlassung an Dritte.

Erwirbt der Kunde die Software nicht vom Hersteller und damit nicht vom originären Rechteinhaber, so sollte er sich die Frage stellen, ob sein Lieferant über die Vertriebsrechte verfügt. Andernfalls läuft er Gefahr, eine illegale

Softwarekopie zu erwerben. Geben die Umstände zu Zweifeln Anlass, so sollte der Kunde entweder ein Zertifikat des Herstellers verlangen oder sich einen Auszug aus dem Vertriebsvertrag zeigen lassen.

5.2. Nutzungsrechte an Individualentwicklungen

Bei kundenfinanzierten Individualentwicklungen ist zu regeln, wem die Rechte am Arbeitsergebnis zustehen sollen. Der Lieferant will die individuell entwickelten Produkte auch anderen Kunden anbieten können. Der Kunde hat demgegenüber nur dann ein wirkliches Interesse an der Übertragung der Rechte, wenn er diese selber weiterentwickeln und weiterverbreiten will. Der Kunde kann sich deshalb sein Einlenken in dieser Frage entschädigen lassen, indem er sich eine Rückvergütung zusichern lässt für den Fall, dass der Lieferant die Individualentwicklungen an Dritte verkauft.

Hingegen sollte sich der Kunde fragen, ob er sich einen Wettbewerbsvorteil vergibt, wenn der Lieferant die individuell entwickelten Produkte an Konkurrenten vertreibt. Wenn dem so ist, so kann der Vertrieb an Konkurrenten ausgeschlossen bzw. von der Zustimmung des Kunden abhängig gemacht werden.

Wenn sich die Parteien nicht einigen können, wem die Rechte zustehen, so besteht die Möglichkeit einer Duplizierung. Bei dieser Lösung räumen sich der Kunde und der Lieferant auf vertraglichem Weg gegenseitig umfassende Bearbeitungs- und Verbreitungsrechte ein⁴⁰.

5.3. Mitwirkungspflichten

Informatikprojekte setzen voraus, dass der Kunde bei der Leistungserbringung mitwirkt. Bei einfachen Verträgen über die Beschaffung von Hardware bestehen seine Mitwirkungspflichten in der Annahme und der Prüfung der gelieferten Hardware. Je komplexer das Projekt wird, desto umfassender sind auch die Mitwirkungspflichten des Kunden. Bei Projekten über die Einführung von ERP-Software muss der Kunde den Lieferanten detailliert über seine Betriebsabläufe informieren. Kommt der Kunde seinen Mitwirkungspflichten nicht nach, so gerät er in Annahmeverzug⁴¹, was wiederum den Eintritt des Schuldnerverzugs bei darauf folgenden Terminverzögerungen ausschliesst⁴².

Lieferantenverträge können eine lange Liste von Mitwirkungspflichten enthalten. Der Kunde muss diese im Detail studieren und sich gegen eine unrichtige Zuweisung von Aufgaben wehren.

40 HEUSLER/MATHYS (FN 2), 165 f.

41 FRÖHLICH-BLEULER (FN 15), 80 f.

42 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 16), Nr. 3165 und 3177.

5.4. Klauseln mit Abnahmefiktionen

Lieferantenbedingungen enthalten oft Klauseln über die Abnahme. So wird etwa festgehalten, dass die Aufnahme des produktiven Betriebs als Abnahme gilt oder dass nach dem Verstreichen einer bestimmten Frist nach Ablieferung von einer Abnahme auszugehen ist, sofern der Kunde nicht reagiert. Dabei wird der Begriff der "Abnahme" in einem untechnischen Sinn als Genehmigung verstanden. Die Bedeutung dieser Klauseln besteht darin, dass sie die Prüfungs- und Rügepflichten des Kunden konkretisieren und es dadurch dem Lieferanten erleichtern, mit einer Verwirkung der Mängelrechte wegen verpasster Prüfungs- und Rügepflichten zu argumentieren⁴³.

5.5. Einschränkung der Verzugsrechte

Lieferantenbedingungen können verlangen, dass die Verzugsrechte schriftlich oder gar durch eingeschriebene Post geltend gemacht werden. Überdies können sie festhalten, dass dem Lieferanten weitere Nachfristen eingeräumt werden. Letzteres sollte aus Kundensicht nicht akzeptiert werden.

5.6. Einschränkung der Gewährleistungsrechte

Die Mängelrechte des Kunden werden in Lieferantenbedingungen zuerst regelmässig auf den Nachbesserungsanspruch beschränkt und es wird eine grosszügige Nachbesserungsfrist definiert. Zudem kann dem Lieferanten ein zweiter Nachbesserungsversuch eingeräumt werden. Für den Fall des Misslingens der Nachbesserung kann das Wandelungsrecht entweder ganz ausgeschlossen oder auf schwerwiegende Mängel beschränkt werden, wobei Letzteres der gesetzlichen Regelung von Art. 368 Abs. 2 OR entspricht. Klauseln, welche das Wandelungsrecht auch bei schwerwiegenden Mängeln ausschliessen wollen, sollte der Kunde nicht akzeptieren.

Häufig anzutreffen ist auch eine Verkürzung der Gewährleistungsfrist unter die gemäss Gesetz⁴⁴ geltende Jahresfrist.

In Softwarelizenzverträgen üblich sind Klauseln, welche besagen, dass die Software nicht fehlerfrei ist und dass kein ununterbrochener und störungsfreier Betrieb garantiert wird. Diese Bestimmung schliesst nicht die Gewährleistung also solche aus, sondern sie hält nur fest, dass eine Fehlerfreiheit der Anlage vom Kunden nicht erwartet werden darf.

Die Bedeutung der Gewährleistungsrechte sollte nicht überbewertet werden. Die kritischste Phase in Informatikprojekten ist die Projektrealisation, welche mit der Abnahme abgeschlossen wird. Ist ein System einmal abgenommen und befindet es sich gar im produktiven Betrieb, ist das Wichtigste erreicht.

Die Gewährleistungsbestimmungen werden meistens durch einen Wartungsvertrag ergänzt. Die Gewährleistungspflicht des Lieferanten und der Leistungsumfang des Wartungsvertrags überschneiden sich allerdings nur partiell, weil ein Wartungsvertrag auch die Lieferung von Software-

releases mit erweitertem Funktionsumfang oder die Erbringungen von Hotlineleistungen umfasst. Es kann deshalb durchaus angebracht sein, die Wartungsleistungen schon vom Zeitpunkt der Inbetriebnahme an zu beziehen. Allerdings kann der Kunde während der Gewährleistungsfrist tiefere Wartungsgebühren aushandeln, mit dem Argument, ein Teil der Wartungsleistungen sei ja schon aufgrund der Gewährleistungspflichten geschuldet.

5.7. Haftungsausschluss

Beim Thema der Haftung geht es um den Ersatz von Schäden, welche durch fehlerhafte IT-Produkte verursacht werden. Der Kunde sollte sich deshalb überlegen, wie solche Schäden aussehen könnten und was die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ist. Muss er mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit einem substantiellen Schaden rechnen, sollte er in erster Linie versuchen, diesen Schaden durch technische Massnahmen auszuschliessen. Gelingt ihm das nicht, sollte er ganz vom Projekt Abstand nehmen. Sich als einzige Sicherheit auf Schadenersatzzahlungen des Lieferanten zu verlassen, ist nicht zu verantworten.

Lieferanten wollen ihre Haftung für Schäden so weit wie möglich ausschliessen. Oft anzutreffen ist eine Beschränkung der Haftung für Personen- und Sachschäden auf einen bestimmten Betrag unter gleichzeitig vollständigem Ausschluss der Haftung für Vermögensschäden und indirekte Schäden. Ebenfalls ausgeschlossen wird die Hilfspersonenhaftung.

Eine gewisse Haftungsbeschränkung ist sachgerecht. Man kann vom Lieferanten nicht erwarten, unbeschränkte Risiken zu übernehmen. Ein vollständiger Ausschluss der Haftung für Vermögens- und indirekte Schäden sollte jedoch nicht akzeptiert werden, da die meisten potentiellen Schäden in diese Kategorie fallen. Das Gleiche gilt für den Ausschluss der Hilfspersonenhaftung. Die Haftungsgrenze sollte sich am Vertragswert orientieren. Das Doppelte des Vertragswertes, mindestens jedoch CHF 100000, wäre aus der Sicht des Kunden ein guter Ausgangspunkt für die Verhandlungen. Es kann auch sinnvoll sein, für Personen- und Sachschäden einerseits sowie für Vermögensschäden andererseits unterschiedliche Haftungsgrenzen vorzusehen, wobei dem Lieferanten für Personen- und Sachschäden eine höhere Haftungsgrenze zugemutet werden kann.

43 Zur Genehmigungsfiktion siehe PETER GAUCH, Der Werkvertrag, Zürich 1996, Nr. 2071 und Nr. 2082.

44 Art. 210 Abs. 1 OR, Art. 371 Abs. 2 OR.

Geht es tatsächlich einmal um den Ersatz von Schäden, so wirken sich Klauseln über den Haftungsausschluss für den Kunden negativ aus. Es kommt zu einer Art Beweislastumkehr, weil nämlich der Kunde dem Lieferanten grobe Fahrlässigkeit nachweisen muss – bei Grobfahrlässigkeit ist ein Haftungsausschluss gemäss Art. 100 Abs. 1 OR ungültig –, während ohne Haftungsausschlussklausel der Lieferant sich exkulpieren müsste. Es lohnt sich deshalb für den Kunden, hier keine Kompromisse zu machen.

5.8. Geheimhaltung und Datenschutz

Eine Geheimhaltungsklausel gehört in jeden Vertrag. Das wird üblicherweise auch von allen beteiligten Parteien akzeptiert. Besondere Geheimhaltungsbedürfnisse bestehen dort, wo Berufs- oder Amtsgeheimnisse gelten, aber auch dort, wo Datensammlungen unterhalten werden.

Es ist sicherzustellen, dass der Lieferant die Geheimhaltung auch gegenüber seinen Mitarbeitern und Subakkordanten durchsetzt. In besonders sensiblen Bereichen sollten deshalb alle am Projekt beteiligten Personen eine individuelle Geheimhaltungsverpflichtung unterzeichnen.

5.9. Exklusivität, Konkurrenzverbot, Abwerbeverbote

Eine Exklusivitätsvereinbarung ist nur ausnahmsweise sachgerecht und zwar dann, wenn es um grosse Investitionen geht, welche vollumfänglich durch den Kunden finanziert werden, und der Kunde gleichzeitig in einem starken Wettbewerb steht. Der Kunde hat in diesem Fall ein Interesse, dass der Lieferant das im Projekt gewonnene Know-how nicht auch den Konkurrenten des Kunden anbietet.

Ein Konkurrenzverbot macht nur dann Sinn, wenn der Kunde nicht Endanwender, sondern seinerseits Lieferant ist und gleichzeitig die Investition vollumfänglich finanziert. Er möchte dann natürlich nicht, dass er vom Lieferanten, den er ja für seine Leistungen bezahlt hat, konkurrenziert wird.

Das bisweilen anzutreffende Verbot, Mitarbeiter der anderen Vertragspartei anzustellen⁴⁵, liegt wohl eher im Interesse des Lieferanten, der nicht will, dass seine Mitarbeiter zum Kunden abwandern.

5.10. Konventionalstrafen

Konventionalstrafen können vom Kunden zur Absicherung von Terminvorgaben eingesetzt werden. Sinnvoll ist eine mit fortschreitender Zeitdauer anwachsende Konventionalstrafe, wobei vernünftigerweise ein Maximalbetrag fixiert werden soll. Dieser muss in einem Verhältnis zum Gesamtprojektprice stehen. Kein Lieferant wird einen Vertrag unterzeichnen, bei welchem die gesamte Entschädigung bei einer Verzögerung wieder in Form von Konventionalstrafen abzuliefern ist.

Daneben sind Konventionalstrafen auch im Zusammenhang mit Geheimhaltungspflichten und Konkurrenzverboten denkbar.

Konventionalstrafen sind ein sehr effektives Mittel. Sie sind aus Kundensicht vor allem dann zu empfehlen, wenn die Einhaltung der Termine für den Kunden geschäftskritisch ist. Für Lieferanten stellen Konventionalstrafen ein erhebliches Risiko dar, weshalb sie sich dagegen auch stark zur Wehr setzen. Sofern die Konventionalstrafe jedoch in einem vernünftigen Verhältnis zum Vertragswert steht, sollten sie auch für Lieferanten akzeptabel sein.

5.11. Eigentumsvorbehalt

Lieferanten behalten sich in Kaufverträgen bisweilen das Eigentum an der übertragenen Sache bis zur vollständigen Bezahlung vor. Eigentumsvorbehalte werden jedoch praktisch nie registriert, weshalb sie nur zwischen den Parteien Wirkung entfalten. Bei Software wird die Erteilung des Nutzungsrechtes von der vollständigen Bezahlung der Lizenzgebühren abhängig gemacht.

Gegen Eigentums- und Nutzungsvorbehalte kann aus Kundensicht nichts Vernünftiges eingewendet werden. Sie verändern die Rechtslage ohnehin nicht entscheidend, da der Lieferant auch über die Verzugsregeln zum gewünschten Resultat – nämlich der Rückforderung der gelieferten Sache – gelangen kann.

5.12. Verrechnungsausschluss

Lieferantenbestimmungen schliessen bisweilen aus, dass der Kunde eigene Forderungen gegenüber der Lieferantenforderung zur Verrechnung bringen kann. Diese Klausel verändert das Kräfteverhältnis im Konfliktfall. Dem Kunden wird damit von vornherein verunmöglicht, sich mit einer Schadenersatzforderung gegenüber der Kaufpreis- oder Werklohnforderung des Lieferanten zur Wehr zu setzen. Eine solche Klausel sollte deshalb nicht akzeptiert werden.

5.13. Projektorganisation

Bei grösseren Projekten ist eine Projektorganisation zu definieren. Oberstes Organ ist ein Steuerungsausschuss. Diesem gehören sowohl auf Kunden- wie auf Lieferantenseite Geschäftsleitungsmitglieder an. Die Projektorganisation soll die wichtigsten involvierten Abteilungen des Kundenbetriebs einbinden. Neben der Informatikabteilung ist das bei ERP-Projekten diejenige Abteilung, welche die Software einsetzt.

45 HEUSLER/MATHYS (FN 2), 270.

Übernimmt der Kunde im Steuerungsausschuss eine aktive Rolle, so muss er sich bewusst sein, dass er dadurch den Lieferanten von seiner Verantwortung entbinden kann.

5.14. Change Management

Grössere IT-Projekte unterliegen in Bezug auf den Leistungsumfang und die Termine einer laufenden Anpassung⁴⁶. Es ist schon bei Vertragsabschluss zu überlegen, in welcher Weise der Steuerungsausschuss den Leistungsumfang und die Termine soll verändern können.

Ein Ansatz ist, dass dies nur über schriftliche Änderungsanträge geschehen kann. Andererseits hat auch der Kunde ein Interesse an einer möglichst unkomplizierten Projektsteuerung. Eine Lösung kann deshalb sein, dem Steuerungsausschuss genau definierte Kompetenzen einzuräumen. Aus Kundensicht ist jedoch sicherzustellen, dass wesentliche Leistungsänderungen nur über formelle Vertragsänderungen bewirkt werden können.

Im Hinblick auf Zusatzleistungen sollten im Minimum die Stunden- oder Tagessätze des Lieferanten fixiert werden. Ein Rabatt gegenüber den Standardsätzen ist gerechtfertigt.

5.15. Schriftlichkeitserfordernis

Die meisten Standardverträge enthalten eine Klausel, wonach Vertragsänderungen nur schriftlich erfolgen können. Diese Klausel kann sich für beide Parteien auch negativ auswirken, nämlich dann, wenn die Parteien im gemeinsamen Einverständnis den Leistungsgegenstand ändern, ohne dem Schriftlichkeitserfordernis Rechnung zu tragen. Zu solchen Konstellationen kommt es relativ häufig. Im Streitfall entsteht dann eine erhebliche Unsicherheit, ob die mündlich abgemachten Vertragsänderungen tatsächlich unverbindlich sind. Nach einem neueren bundesgerichtlichen Entscheid können nämlich trotz Schriftlichkeitsvorbehalt mündliche Abmachungen Gültigkeit haben⁴⁷.

5.16. Gerichtsstand und anwendbares Recht

Gerichtsstandsklauseln haben im Konfliktfall eine nicht zu unterschätzende Bedeutung. An einem anderen Ort prozessieren zu müssen, ist ein grosses Handicap. Für Gerichtsstände im Ausland gilt das noch verstärkt. Bei kleineren Streitwerten führt deshalb ein externer Gerichtsstand aus ökonomischen Überlegungen meistens dazu, auf die Rechtsdurchsetzung zu verzichten. Es lohnt sich deshalb, auf dem Gerichtsstand am Sitz des Kunden zu beharren.

Ähnliche Überlegungen gelten auch für Schiedsklauseln. Diese können höchstens im internationalen Verhältnis und bei hohen Vertragswerten sinnvoll sein, insbesondere dann, wenn dadurch der sonst drohende ausländische Gerichtsstand abgewendet werden kann.

Was das anwendbare Recht betrifft, so ist es angebracht, dieses dem Gerichtsstand folgen zu lassen.

6. Vertragskonzepte

6.1. Eigene Einkaufsbedingungen

Marktmächtige Kunden verwenden eigene Einkaufsbedingungen, welche die rechtlichen Themen in ihrem Sinne regeln. Das ist sicher die wirkungsvollste Art, seine eigenen Interessen durchzusetzen.

6.2. Einkaufsbedingungen der öffentlichen Hand

Mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bundes (AGB Bund) sowie den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der schweizerischen Informatikkonferenz (AGB SIK) liegen zwei Regelwerke vor, welche die rechtlichen Themen im Sinne der Kunden behandeln. Die Bundesverwaltung sowie deren Regiebetriebe machen die Verwendung der AGB Bund regelmässig zur Bedingung. Die AGB SIK werden vor allem von kantonalen Verwaltungen verwendet. Sie sind tendenziell lieferantenfreundlicher als die AGB des Bundes. Ihre Verwendung kann den Lieferanten zugemutet werden.

6.3. Swico Bedingungen

Eher abzuraten ist von den Allgemeinen Vertragsbedingungen Swico/SVD. Der Schweizerische Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisations-technik (Swico) und die Schweizerische Vereinigung für Datenverarbeitung (SVD) sind Interessenvereinigungen der Lieferanten. Entsprechend sind die kritischen Themen zu lieferantenfreundlich ausgestaltet.

6.4. Akzeptieren der Lieferantenbedingungen mit "chirurgischen Eingriffen"

Wenn die Allgemeinen Vertragsbedingungen des Lieferanten nicht allzu einseitig konzipiert sind, kann versucht werden, mit punktuellen Änderungen den wesentlichen Kundeninteressen gerecht zu werden.

Bei den rechtlichen Themen sollte man sich auf diejenigen Punkte beschränken, welche im konkreten Fall wirklich aktuell werden können. Dies gilt immer für die Lizenzbedingungen. Auch bei der Gewährleistung und Haftung soll man eine faire, dem dispositiven Gesetzesrecht angeglichene Regelung anstreben. Schliesslich lohnt es sich, einige Energie auf die Durchsetzung des eigenen Gerichtsstandes zu verwenden.

46 HEUSLER/MATHYS (FN 2), 245 f.

47 BGer, Urteil 4C.189/1999 vom 19.4.2000.

6.5. Individueller Vertrag

Bei grossen Projekten kann es gerechtfertigt sein, durch einen Rechtsberater einen individuellen Vertrag ausarbeiten zu lassen, welcher die relevanten Themen im Sinne des Kunden regelt. Wird ein individueller Vertrag hingegen vom Lieferanten erstellt, so werden sich darin die gleichen Klauseln finden wie auch in dessen Allgemeinen Vertragsbedingungen.

6.6. Beschränkung auf ein Term Sheet

Eine gute Lösung kann auch sein, überhaupt auf ein umfassendes Vertragswerk zu verzichten und darauf zu bauen, dass das dispositive Gesetzesrecht, meist Werkvertragsrecht⁴⁸, zur Anwendung gelangt. Themen wie Verzug, Gewährleistung und Haftung sind dort aus Kundensicht gut geregelt.

Auch bei dieser Variante sollten die kommerziell wichtigen Punkte wie die Leistung, der Preis und die Termine schriftlich in einem "Term Sheet" fixiert werden.

6.7. Vollständiger Verzicht auf einen schriftlichen Vertrag?

Es kann die Situation eintreten, dass grundsätzlich Konsens besteht, sich aber die Unterzeichnung einer schriftlichen Vereinbarung verzögert. Hier kann es eine Option sein, ohne schriftlichen Vertrag mit dem Projekt zu beginnen. Problematisch ist dies dort, wo Rechte übertragen werden müssen. Die Übertragung von Urheberrechten ist anders als die Übertragung von Marken- und Patentrechten zwar formlos möglich⁴⁹, jedoch wegen der damit verbundenen Beweisschwierigkeiten nicht zu empfehlen. Weiter ist darauf zu achten, dass der Lieferant in die Vorleistung geht. Auf keinen Fall sollte der Kunde Zahlungen ohne schriftlichen Vertrag leisten, wenn er den Gegenwert der Leistung nicht bereits erhalten hat.

7. Ablauf der Beratung

7.1. Instruktion

Zu Beginn der Instruktion sollen alle vorhandenen Unterlagen wie z.B. Pflichtenhefte, Offerten, Spezifikationen, Terminpläne und die vom Lieferanten abgegebenen Vertragsbedingungen gesichtet werden.

Das anschliessende Instruktionsgespräch soll folgende Themen abdecken:

a) *Informatik-Bedürfnisse des Kunden und Entscheidungswege im Kundenbetrieb:* Welches unternehmerische Problem soll das Informatikprojekt lösen? Was ist das interne Budget? Gibt es im Betrieb des Kunden Informatik Know-how? Wie ist die Entscheidungsstruktur im Unternehmen des Kunden? Gibt es einen Steuerungsausschuss? Wer hat darin Einsitz? Gibt es Auswirkungen auf andere Unternehmensteile?

b) *Kompetenz und Organisation des Lieferanten:* Wer ist der Lieferant? Wer sind die Entscheidungsträger im Lieferantenbetrieb? Handelt es sich um ein marktmächtiges Unternehmen oder um einen Betrieb, der grosser Konkurrenz ausgesetzt ist? Ist das Know-how im Betrieb des Lieferanten vor Ort vorhanden oder muss dieses von einer ausländischen Gesellschaft zur Verfügung gestellt werden? Gibt es erfolgreich durchgeführte Referenzprojekte? Werden Subunternehmer oder Nebenunternehmer eingesetzt⁵⁰?

c) *Stand der Verhandlungen:* Welche Personen verhandeln auf Kunden- und auf Lieferantenseite? Welches ist der Stand der Verhandlungen? Hat man sich im kommerziellen und technischen Teil bereits geeinigt? Wurde bereits über das Vertragskonzept diskutiert?

d) *Kommerzielle und technische Themen / "4W"-Regel:* Wer sind die Vertragsparteien? Was ist der Leistungsgegenstand? Wie viel kostet es? Wann ist zu erfüllen?

e) *Wartung und Support:* Wie lange möchte der Kunde das Arbeitsresultat einsetzen? Ist ein Wartungsvertrag erforderlich oder hat der Kunde genügend eigenes Know-how? Welches Service-Level braucht der Kunde? Wie lange soll die Vertragsdauer sein? Wie viele Kunden setzen das Produkt auch noch ein? In welchen Abständen werden neue Releases heraus gegeben und wodurch unterscheiden sie sich vom Vorgänger-Release? Wie ist der technische Stand des aktuellen Releases? Wieviel Personal setzt der Lieferant in der Entwicklung ein?

f) *Rechtliche Themen:* Auf welche Weise will der Kunde die Arbeitsresultate nutzen? Will er die Software lediglich im eigenen Betrieb einsetzen oder allenfalls Rechenzentrumsdienstleistungen für andere Konzerngesellschaften oder Dritte erbringen? Will er die Software selber weiterentwickeln oder weiterverkaufen können? Will der Kunde sich die umfassenden Immaterialgüterrechte an den Arbeitsresultaten übertragen lassen? Falls ja: Aus welchem Grund? Besteht auf Kundenseite ein besonderes Geheimhaltungsinteresse? Soll der Lieferant exklusiv für den Kunden arbeiten?

g) *Risikoanalyse und Exit:* Welches sind die Hauptrisiken? Wie hoch ist die Wahrscheinlichkeit, dass diese Risiken eintreten? Wie wird bei Eintritt dieser Risiken reagiert? Was sind die betrieblichen und die finanziellen Konsequenzen? Besteht die Möglichkeit, dass der Kunde das Projekt von sich aus abbrechen möchte? Gibt es andere Unternehmen, welche das begonnene Projekt anstelle des Lieferanten fertig stellen könnten?

48 STRAUB (FN 11), 105 f., FRÖHLICH-BLEULER (FN 15), Nr. 38 ff.

49 MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, Bern 2000, 164.

50 Falls ja, müssen die gleichen Fragen auch bezüglich solcher Sub- oder Nebenunternehmer gestellt werden, sofern sie

7.2. Definition der wesentlichen Vertragspunkte und rechtliche Qualifikation

Nach der Instruktion ordnet der juristische Berater das Geschäft einem Geschäftstyp zu. Anschliessend nimmt er die rechtliche Qualifikation vor und erarbeitet die wesentlichen Vertragspunkte.

7.3. Vertragskonzept und Verhandlungsführung

Jetzt ist zu entscheiden, aufgrund welcher Vertragsgrundlagen verhandelt wird. Schliesslich ist zu besprechen, wie taktisch vorzugehen ist. Soll der Berater gegen aussen auftreten oder lediglich als Ghostwriter agieren und die Vertragsänderungen formulieren?

Das Auftreten eines Rechtsberaters in Verhandlungen verursacht eine Zeitverzögerung und Kosten und bewirkt eine Veränderung des Verhandlungsklimas. Regelmässig wird dadurch die Gegenseite veranlasst, ebenfalls einen Rechtsberater einzuschalten. Dadurch erhalten die juristischen Themen im Verhältnis zu den kommerziellen und technischen Punkten ein zu grosses Gewicht. Zudem ist Vertrauen ein wichtiger Faktor für den Erfolg eines Geschäftes. Rechtsberater mit ihrem Fokus auf Risiken wirken hier negativ.

Der juristische Berater sollte sich deshalb eher im Hintergrund halten. Das heisst aber nicht, dass er sich aus dem Verhandlungsprozess verabschieden soll. Er sollte seinen Klienten möglichst aktiv begleiten und ihm Argumentationshilfen geben. Auf jeden Fall sollte er sich die unter-schriftsreife Version für eine Schlusskontrolle nochmals zeigen lassen.

7.4. Risikoanalyse und Exit Szenario

Abschliessend sollte man sich immer fragen, welches die grössten Risiken sind, wie hoch die Eintrittswahrscheinlichkeit ist und welche Kosten daraus entstehen können.

Die Risikoursachen liegen im technischen und kommerziellen Bereich. Vertragsklauseln können lediglich die Risikoverteilung beeinflussen, z.B. durch einen Gewährleistungs- und Haftungsausschluss. Bei der Risikoanalyse muss der juristische Berater somit ausgehend von Annahmen hinsichtlich des technischen Projektfortschritts die verschiedenen Risikoszenarien durchdenken. Ob bei einem Geschäft die Chancen die Risiken überwiegen, ist dann aber ein kommerzieller Entscheid, welchen der Kunde zu fällen hat.

Der "Elchtest" bei der Risikoanalyse ist die Frage, ob, auf welche Weise und zu welchen Kosten die Zusammenarbeit abgebrochen werden kann. Die finanziellen Konsequenzen eines Projektabbruchs (Exit) sind davon abhängig, wer das Scheitern zu verantworten hat. Je nachdem gelangen die Bestimmungen über den Schuldnerverzug, über den Gläubigerverzug oder die Kündigungsbestimmungen zur Anwendung, mit entsprechend anderen finanziellen

Konsequenzen. Jedes Projekt und jede Zusammenarbeit sollte mit vertretbaren Kosten abgebrochen werden können.

8. Betreuung bei der Vertragserfüllung

8.1. Leistungs-, Kosten- und Terminkontrolle

Nach Vertragsabschluss kann sich der Kunde nicht darauf beschränken, auf die Ablieferung des Resultats zu warten. Ein für ihn vermeintlich guter Vertrag kann sich durch ein geschicktes Verhalten des Lieferanten bei der Vertragserfüllung ins Gegenteil verkehren.

Dies betrifft vor allem die Kostenfrage. Der Lieferant kann sich zusätzliche finanzielle Mittel beschaffen, indem er sich vom Kunden Zusatzaufträge erteilen lässt, welche bei genauer Betrachtung Leistungsbestandteile wären. Der Lieferant kann auch Budgets transferieren, d.h. Mittel, welche für den einen Projektteil gesprochen sind, für einen anderen Teil einsetzen.

Sehr wichtig ist eine strikte Terminkontrolle. Bei Zeitverzögerungen wird der Lieferant argumentieren, diese seien durch den Kunden verursacht worden, weil er Zusatzaufträge erteilt oder seine Mitwirkungspflichten verletzt habe. Es ist deshalb wichtig, dass bei Leistungsänderungen im Rahmen des Change Management auch die Auswirkungen auf die Termine geregelt werden und dass der Kunde die Einhaltung seiner Mitwirkungspflichten dokumentieren kann.

Bei all dem sollte sich der Kunde bemühen, den Lieferanten nicht durch übergenaue Kontrollen zu schikanieren. Sonst verliert dieser das Interesse am Projekt und das wirkt sich negativ auf seine Leistungsbereitschaft aus.

8.2. Dokumentation

Der Vertrag sowie die wesentlichen Vertragsergänzungen und Änderungen müssen aufbewahrt werden. Alle Entscheide, welche die technischen und kommerziellen Vertragspunkte beeinflussen, sind zu dokumentieren, wie z.B. die Verschiebung von Terminen oder die Sprechung von Zusatzbudgets.

Welche Form der Dokumentation erforderlich ist, ergibt sich aus dem Vertrag. Die Projektverantwortlichen müssen in jedem Fall die entsprechenden Vertragsklauseln (Change Management Klausel und Schriftlichkeitserfordernis) genau befolgen.

8.3. Problembehandlung und Eskalation

Wenn Probleme mit der Qualität, mit den Kosten oder mit Terminen auftreten, muss der Kunde schnell und bestimmt reagieren. Dabei sollte er sich an ein Eskalationsschema halten. Der Konflikt soll immer nur soweit eskalieren, wie dies absolut notwendig ist.

In einem ersten Schritt können die Probleme auf der Ebene der Projektleiter adressiert werden. Die nächste Eskalationsstufe ist die Einschaltung einer vorgesetzten Stelle, z.B. des Finanzverantwortlichen oder des Geschäftsführers. Sinnvollerweise klären diese Personen den Sachverhalt vorgängig mit einem Juristen ab. Als Nächstes kann das Schreiben eines Juristen (Rechtsabteilung oder externer Anwalt) angezeigt sein. Der Kunde kann dem Auftreten des Juristen auch die Schärfe nehmen, indem er gleichzeitig persönlich mit dem Lieferanten Kontakt aufnimmt und nochmals Gesprächsbereitschaft signalisiert.

Die Reaktion soll bereits auf der ersten Eskalationsstufe schriftlich erfolgen. Es muss aber nicht immer sofort ein eingeschriebener Brief sein. Ein solcher kann zu einer unerwünschten frühzeitigen Verhärtung des Konfliktes führen. Auch ein E-Mail genügt, wenn der Empfang des E-Mails durch andere Mittel nachgewiesen werden kann, etwa weil der Lieferant später auf dieses E-Mail Bezug nimmt. Kann ausnahmsweise nur eine telefonische Reaktion erfolgen, so sollte anschliessend vom Gespräch eine Aktennotiz verfasst oder der Inhalt des Gesprächs schriftlich bestätigt werden.

Fristwahrende Äusserungen wie Mängelrügen sollten in jedem Fall per LSI (Lettre Signature) erfolgen, es sei denn, der Lieferant bestätige ausdrücklich den Erhalt.

Le conseiller juridique d'un client IT doit se familiariser avec les aspects techniques et commerciaux de l'affaire planifiée, ce qui nécessite que le conseiller doit être au courant des modèles commerciaux usuels dans la branche IT. Il élabore les éléments contractuels essentiels, il soutient son client lors de la définition des buts contractuels à atteindre et développe le concept du contrat. La collaboration du conseiller va donc au-delà d'un simple commentaire des aspects purements juridiques tels que conditions de licence ou de garantie.

(trad. Flurin von Planta)