



IT - PROJEKTE AUS KUNDEN- SICHT

Arbeitsrecht | Banken und Finanzdienstleister | Bau und Immobilien | Compliance | Datenschutz | Energie |
Finanzierungen | FinTech | Funds und Asset Management | Gesellschaftsrecht und Handelsrecht |
Immaterialgüterrecht | Interne und regulatorische Untersuchungen | Kapitalmarkt und kotierte Gesellschaften |
Mergers und Acquisitions | Migration | Notariat | Öffentliches Beschaffungswesen | Pharma und Gesundheit |
Private Equity | Privatklienten und Nachlassplanung | Prozessführung und Schiedsgerichtsbarkeit |
Restrukturierung und Insolvenz | Steuern | Stiftungen | **Technologie und Medien** | Venture Capital | Versicherungen |
Wettbewerb | Wirtschaftsstrafrecht | Sports Desk | Start-up Desk |

Wenger Vieli AG
Dufourstr. 56
Postfach
8034 Zurich
—
Metallstr. 9
Postfach
6302 Zug
—
+41 58 958 58 58
guidelines@
wengervieli.ch

Für jedes Unternehmen kommt regelmässig der Zeitpunkt, in welchem es veraltete Software ersetzen, bestehende manuelle Prozesse digitalisieren oder eigenbetriebene Software durch einen Cloud Service ersetzen möchte. In der Regel ist es nicht damit getan, eine Software bei einem Anbieter online herunterzuladen bzw. sich für den Cloud Service online zu registrieren. Es können insbesondere kundenspezifische Implementierungen, Anpassungen der Standardlösung, eine Individualentwicklung und zusätzlich eine Migration von bestehenden Daten in die neue Lösung notwendig sein. Es braucht somit ein IT-Projekt.



Typische Stolpersteine eines solchen IT-Projekts für den Kunden sind unklare Leistungen, eine mangelhafte Projektorganisation und für den Kunden nachteilige Kündigungs- bzw. Vergütungsregelungen. Diese Elemente können zu Ineffizienzen, Projektverzögerungen, unvorhergesehenen Kosten und letztendlich Streitigkeiten zwischen dem Kunden und dem Anbieter führen. Die vorliegende Darstellung soll eine Hilfestellung dafür bieten, welche Punkte in einem IT-Vertrag geregelt werden sollten.

Leistungen

Eine vollständige Beschreibung der vom Anbieter geschuldeten Leistungen ist das A und O eines IT-Projekts. Der Kunde muss wissen, was er im Gegenzug für die von ihm zu zahlende Vergütung bekommt, denn: soll der Anbieter eine im Vertrag nicht definierte Leistung erbringen, kann das dazu führen, dass sich die vom Kunden geschuldete Vergütung erhöht. Unklar definierte Leistungen können zudem Auswirkungen auf den Terminplan haben: wird eine wichtige Leistung bei der Definition des Leistungsumfangs vergessen und erst später vereinbart, können Meilensteine womöglich nicht eingehalten werden:

- Lizenzierung und Implementation von Standardsoftware oder einem Standard Cloud Service: die (wichtigsten) Funktionalitäten müssen im Vertrag oder einem Anhang beschrieben werden. So wird die Funktionalität Vertragsbestandteil. Ein Verweis auf die Homepage des Anbieters reicht beispielsweise nicht, denn diese kann vom Anbieter jederzeit geändert werden. Gleichzeitig muss im Vertrag geregelt werden, dass der Anbieter die Funktionalitäten nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zum Nachteil des Kunden ändern kann (z.B. rechtzeitige Information an den Kunden; Reduktion der Vergütung, wenn sich der Funktionsumfang wesentlich reduziert).
- Entwicklung von Individualsoftware oder einem individualisierten, spezifisch auf den Kunden zugeschnittenen Cloud Service: entweder wird wie oben beschrieben vorgegangen oder man wählt ein «agiles» Vorgehen. Das agile Vorgehen macht beispielsweise Sinn, wenn zu Beginn des Projekts nicht alle Funktionalitäten und Eigenschaften der zu entwickelnden Software/Cloud Service genau feststehen und somit auch kein definier-

ter Zeitplan für die einzelnen Leistungen vorliegt. Beim agilen Vorgehen wird der konkrete Entwicklungsumfang im Verlauf des Projekts in regelmässigen Teilschritten festgelegt, wobei die so vereinbarten Tranchen in definierten Zeitabschnitten entwickelt werden. Zudem sollte auch bei einem agilen Projekt von Anfang an klar beschrieben werden, welche Funktionalitäten bzw. Eigenschaften aus Sicht des Kunden in jedem Fall umfasst sein müssen und welche weiteren Optionen erst zu einem späteren Zeitpunkt final festgelegt werden. Nur so kann der Entwicklungsaufwand seriös abgeschätzt und können überbordende Kosten vermieden werden. Wichtig ist letztendlich, dass es auch bei einem agilen Vorgehen die Festlegung von klaren Regeln, Rollen und Verantwortlichkeiten braucht.

Wird die geschuldete Leistung nicht definiert, besteht das Risiko, dass im Streitfall nicht von einem geschuldeten Erfolg (Werkvertrag), sondern lediglich von einem sorgfältigen Tätigwerden des Anbieters (Auftrag) ausgegangen wird.

Zeitplan

Der Kunde will ein neues IT-System in der Regel auf einen klar definierten Zeitpunkt in Betrieb nehmen. Das zeitliche Element spielt deshalb in einem IT-Projekt eine wesentliche Rolle:

- Realistischer Terminplan mit Fristen und Terminen.
- Definition von Meilensteinen (wichtige zeitliche Eckpunkte der Leistungen). Je nach Projekt sind unterschiedliche Meilensteine denkbar. Gibt es im Projekt konkrete «Lieferungen» oder «(Teil)abnahmen», sollten diese als Meilensteine ausgestaltet werden.

«EINE KLARE REGELUNG VON LEISTUNGEN UND VERGÜTUNG HILFT, ÜBERRASCHUNGEN BEI DEN KOSTEN ZU VERMEIDEN.»

- Bestimmung, wonach der Anbieter bei Nichteinhaltung von Meilensteinen automatisch in Verzug gerät und damit für den daraus entstandenen Schaden haftet.
- Für den Fall des Verzugs können vom Anbieter geschuldete Strafzahlungen vereinbart werden.
- Definition eines mehrstufigen Eskalationsverfahrens bei Problemen inklusive Fristen (z.B. Projektleitung, Lenkungsausschuss).

Pflichten des Kunden

Die Definition der Pflichten des Kunden («Mitwirkungsobliegenheiten») dienen dazu, dem Anbieter die Erbringung seiner Leistungen zu ermöglichen. Diese Pflichten sollten im Vertrag geregelt werden – mit dem Hinweis, dass es keine weiteren Pflichten gibt. Solche Pflichten können beispielsweise sein:

- Fristgerechte Gewährung des Zugriffs des Anbieters auf bestimmte Systeme des Kunden bzw. des Zutritts zu Geschäftsräumlichkeiten, falls dies für die Leistungserbringung notwendig ist.
- Fristgerechte Prüfung von Lieferungen.
- Fristgerechte Beantwortung von projektbezogenen Fragen.

Generell gilt, dass mit weitgehenden oder vagen Mitwirkungsobliegenheiten des Kunden die Verantwortung des Anbieters reduziert wird.

Projektorganisation

Damit das Projekt effizient und zielgerichtet abgewickelt werden kann, braucht es eine Projektorganisation:

- Klare Aufgabenteilung der verschiedenen Rollen der Parteien (z.B. Projektmitarbeitende, Projektleitung, Projektverantwortliche).
- Festlegung eines regelmässigen Austauschs zwischen Anbieter und Kunde (z.B. Sitzungen, Videokonferenzen).
- Festlegung der Dokumentation zwecks späterer Nachvollziehbarkeit der erbrachten Leistungen, Diskussionen und Entscheide (z.B. schriftliche Protokolle oder Nutzung eines Online-Systems).

Vergütung

Die Vergütung ist ein wichtiger Bestandteil eines IT-Projekts. Deren Regelung soll dazu beitragen, dass die Kosten für den Kunden klar festgelegt bzw. zumindest abschätzbar sind und nicht aus dem Ruder laufen. Es sind insbesondere folgende Vergütungsregelungen denkbar:

- Festpreis: ein solcher ist für den Kunden attraktiv, weil er bei Vertragsschluss weiss, wieviel er dem Anbieter für die vereinbarten Leistungen bezahlen muss.
- Vergütung nach Aufwand: in diesem Fall werden im Vertrag Stundensätze für die Leistungen vereinbart. Der Kunde weiss aber zu Beginn des Projekts nicht, wie viel er letztendlich für die Leistungen bezahlen muss (Risiko). Es sollte deshalb in jedem Fall ein verbindliches Kostendach vereinbart werden (maximal geschuldete Vergütung).
- Spesen: es sollte geregelt werden, ob und welche Spesen vom Kunden zu vergüten sind.
- Rechnungsstellung: der Kunde sollte vom Anbieter verlangte Vorauszahlungen (bevor Leistungen erbracht werden) kritisch hinterfragen. Falls eine Vorauszahlung akzeptiert wird, sollte diese nur einen kleinen Teil der Gesamtvergütung ausmachen. Der Grossteil der Vergütung sollte an Meilensteine bzw. die Abnahme geknüpft werden.

Sowohl beim Festpreis als auch bei der Vergütung nach Aufwand mit Kostendach ist es wichtig, dass die Leistungen detailliert und klar beschrieben werden (bei einem agilen Vorgehen die wichtigsten Funktionalitäten und Eigenschaften) – denn nur dann sind sie vom Festpreis oder dem Kostendach umfasst. Zusätzliche Leistungen sind dagegen separat zu vergüten. Dies gilt entsprechend für vom Kunden verlangte Änderungen der vereinbarten Leistungen (ausser, die Änderungen erfolgen vergütungsneutral, wenn beispielsweise eine andere Leistung

entsprechend reduziert wird). Der Vertrag sollte eine entsprechende Regelung für das Vorgehen bei solchen Änderungsanträgen («Change Requests») enthalten.

Abnahme

Die «Abnahme» bedeutet, dass eine Leistung vom Kunden als «vertragsgemäss» befunden wird (im Einklang mit den im Vertrag vereinbarten Eigenschaften bzw. Spezifikationen):

- Damit der Kunde nicht erst am Ende des Projekts feststellt, dass das finale Resultat der Leistung nicht der vertraglichen Vereinbarung entspricht, sollten die Parteien nicht nur eine Endabnahme, sondern regelmässige Zwischenabnahmen vereinbaren. Zu diesem Zweck sollte das Projekt bzw. die Entwicklung in Meilensteine gesplittet werden.
- Das Abnahmeverfahren (wo, wie, wer, Zeitrahmen) und die Abnahmekriterien (z.B. keine kritischen oder wesentlichen Mängel) sollten detailliert beschrieben werden.
- Die Mängelkategorien sollten definiert und beschrieben werden (z.B. «kritischer», «wesentlicher», «unwesentlicher» Mangel).
- Das Vorgehen bei Mängeln sollte festgelegt werden. Dazu gehören die Vereinbarung von Behebungsfristen und die Rechte des Kunden, falls die Mängel nicht fristgerecht behoben werden. Das kann auch ein Kündigungsrecht sein, wenn kritische oder wesentliche Mängel auch nach Ansetzung einer zweiten Frist nicht fristgerecht behoben werden. Andere Möglichkeiten sind die Reduktion der Vergütung und Schadenersatz.
- Bei jeder Abnahme sollte ein Abnahmeprotokoll erstellt werden, in welchem die Mängel und Massnahmen beschrieben werden.

Gewährleistung

Nach der Abnahme startet die «Gewährleistung» des Anbieters. Gewährleistung bedeutet, dass der Anbieter gegenüber dem Kunden während einer bestimmten Zeit für Mängel am Leistungsgegenstand einstehen muss:

- Die Gewährleistungsfrist sollte im Vertrag vereinbart werden.
- Die Mängelkategorien sollten definiert und beschrieben werden (z.B. «kritischer», «wesentlicher», «unwesentlicher» Mangel).
- Das Vorgehen bei Mängeln sollte festgelegt werden. Dazu gehören die Vereinbarung von Behebungsfristen und die Rechte des Kunden, falls die Mängel nicht fristgerecht behoben werden. Das kann ein Kündigungsrecht sein, wenn kritische oder wesentliche Mängel auch nach Ansetzung einer zweiten Frist nicht fristgerecht behoben werden. Andere Möglichkeiten sind die Reduktion der Vergütung und Schadenersatz.

«Service Level Agreement» bei Cloud Services

Ist die Implementation eines Cloud Services abgeschlossen, werden im Zusammenhang mit der Erbringung des Cloud Service oft sogenannte «Service Level Agreements» vereinbart: Darin wird z.B. festgehalten, welche Verfügbarkeit der

Anbieter garantiert, innerhalb welcher Frist Fehler behoben werden und über welchen Kanal der Anbieter bei Problemen kontaktiert werden kann:

- Verfügbarkeit des Cloud Services: der Kunde sollte auf die Vereinbarung einer monatlichen Verfügbarkeit in Prozent (%) bestehen (wird nur eine jährliche Verfügbarkeit vereinbart, besteht die Gefahr, dass der Service in einem bestimmten Monat über längere Zeit nicht verfügbar ist und der Kunde dagegen keine Handhabe hat). Der Kunde sollte sich zudem vorab überlegen, welche Verfügbarkeit er mindestens benötigt, um einen ordentlichen Geschäftsgang aufrechterhalten zu können.
- Die Fehlerkategorien sollten definiert und beschrieben werden (z.B. «kritischer», «wesentlicher», «unwesentlicher» Fehler).
- Fehlerbehebungen: es sollten verbindliche Reaktions- und insbesondere Behebungsfristen vereinbart werden (je nach Schweregrad des Fehlers).
- Verletzung des vereinbarten Service Levels: für die Nichteinhaltung der Verfügbarkeit und der Fristen für Fehlerbehebungen können Strafzahlungen vereinbart werden. Auch die Kündigung des Vertrags durch den Kunden sollte unter bestimmten Bedingungen möglich sein.

Kündigung

Für den Fall, dass das IT-Projekt schief läuft, ist es wichtig, dass der Kunde die Möglichkeit hat, unter bestimmten, im Vertrag zu definierenden Voraussetzungen vorzeitig aus dem Vertrag auszusteigen:

- Der Vertrag sollte vorsehen, dass der Kunde dem Anbieter bei einer Vertragsverletzung eine kurze Nachfrist zur Erfüllung ansetzen muss und nach unbenutztem Ablauf den Vertrag kündigen und zudem Schadenersatz verlangen kann. Soll dieses Recht auf «wesentliche» Vertragsverletzungen beschränkt werden, ist es wichtig, dass die für den Kunden relevantesten Anwendungsfälle beschrieben werden (z.B. Nichteinhaltung von Fristen und Meilensteinen, Nicht- und Schlechterfüllung von Leistungen, Verletzung von Geheimhaltung und Datenschutz).
- Die Vereinbarung eines jederzeitigen Kündigungsrechts des Kunden gegen Entschädigung des Anbieters für den bis zur Wirksamkeit der Kündigung aufgelaufenen Aufwand ist für den Kunden vorteilhaft.

Bei der Kündigungsregelung sollten auch Drittservices (z.B. Cloud-Services) berücksichtigt werden. Solche Drittservices sind für den Kunden meist nutzlos, wenn der Hauptvertrag mit dem Anbieter aufgekündigt wird.

Sinnvoll ist auch eine Regelung, wonach der Anbieter bei einer Migration des Kundensystems bzw. der darin enthaltenen Daten auf einen anderen Anbieter mitzuwirken und dem Kunden während einer gewissen Zeit nach der Kündigung für weitere Unterstützungsleistungen zur Verfügung zu stehen hat.

Weitere wichtige rechtliche Klauseln eines IT-Vertrags (nicht abschliessend)

Drittsoftware, Free and Open Source Software («FOSS»): wird für den Kunden eine Individualsoftware entwickelt, so wird der Anbieter kaum sämtliche Komponenten selbst entwickeln, sondern auch gewisse FOSS Standardkomponenten einsetzen. Allenfalls soll sogar Drittsoftware eingesetzt werden (also proprietäre Produkte eines Dritten). Es ist wichtig, dass dazu eindeutige vertragliche Regelungen getroffen werden. In Frage kommen bspw.: Einsetzung von Drittsoftware und FOSS nur mit Zustimmung des Kunden, keine weitere Vergütung für die Nutzung der Drittsoftware, klare Dokumentation der Drittsoftware und FOSS, Einhaltung sämtlicher Vorgaben durch den Anbieter, Verbot des Einsatzes gewisser FOSS (sogenannte «virale» FOSS, welche zur Folge haben, dass die gesamte oder ein Teil der Individualsoftware ebenfalls zu FOSS wird), Schadloshaltung des Kunden durch den Anbieter bei Verletzung von Drittrechten.

Rechte an der Software: lizenziert der Anbieter eine Standardsoftware, erhält der Kunde daran nur ein (limitiertes) Nutzungsrecht. Macht der Anbieter für den Kunden dagegen kundenspezifische Anpassungen an der Standardsoftware, muss geklärt werden, wem die Rechte daran zustehen. Das gleiche gilt, wenn der Anbieter für den Kunden eine Individualsoftware entwickelt. In der Regel wird der Kunde die Rechte daran haben wollen, damit er frei über deren Weiterentwicklung (auch mit einem anderen Anbieter) entscheiden kann und der Anbieter die gleiche Software nicht einem anderen Kunden anbietet.

Haftung: der Anbieter wird versuchen, die Haftung soweit wie möglich zu beschränken (in der Höhe und Art der Schäden). Empfehlenswert ist die Vereinbarung einer maximalen Haftungssumme. Zudem sollte es für bestimmte Vertragsverletzungen keine Haftungsbegrenzungen geben (z.B. Verletzung von Drittrechten, Datenschutz, Geheimhaltung).

Datenschutz: bei Implementationen und Migrationen sind häufig Personendaten des Kunden im Spiel. Das können bspw. Mitarbeiterdaten sein, wenn ein HR- oder CRM-Tool implementiert wird. Hier ist wichtig, dass die Pflichten des Anbieters im Zusammenhang mit diesen Daten in einer «Vereinbarung zur Auftragsdatenverarbeitung» geregelt werden (z.B. Einhaltung des anwendbaren Datenschutzrechts, Nutzung der Personendaten durch den Anbieter nur im Auftrag des Kunden zur Erfüllung der vereinbarten Leistungen, Geheimhaltungspflicht, Regeln zum Beizug von Unterauftragsbearbeitern).



Regula Elisabeth Haegi
Counsel
r.haegi@wengervieli.ch
+41 58 958 55 31



Claudia Keller
Counsel
c.keller@wengervieli.ch
+41 58 958 53 15



Michael Tschudin
Partner
m.tschudin@wengervieli.ch
+41 58 958 53 36

Wenger Vieli ist Ihr
verlässliches Gegenüber in
Rechts- und Steuerfragen.
Wir sind nicht nur fachlich
exzellent, erfahren und
verantwortungsbewusst, wir
sind auch neugierig! Statt
Grenzen sehen wir Möglich-
keiten, entwickeln Lösungen
und eröffnen Perspektiven.
Dies tun wir mit Freude.
In der Schweiz, Europa und
der restlichen Welt.