
10. Tagungsband

IT-Verträge

Herausgegeben von:

FLORIAN S. JÖRG
OLIVER ARTER

Beiträge von:

GIANNI FRÖHLICH-BLEULER
JAN KLEINER
LUKAS MORSCHER
STEFAN RENFER
MARK REUTTER
DIDIER SANGIORGIO
CHRISTOPHE MARCLAY
ROGER STAUB
WOLFGANG STRAUB
URSULA WIDMER



Stämpfli Verlag AG Bern 2007

Kostenüberschreitungen in IT-Verträgen

WOLFGANG STRAUB

Inhaltsverzeichnis

Kostenüberschreitungen in IT-Verträgen	115
1. Bemessung von Vergütungen	116
2. Generische Anpassungsgründe	119
2.1 Vom Leistungsbezüger zu vertretender Zusatzaufwand	119
2.2 Korrektur von Rechnungsfehlern.....	121
2.3 Clausula rebus sic stantibus	121
3. Spezifische Anpassungsgründe einzelner Vertragstypen	122
3.1 Werkvertragsrecht.....	122
3.1.1 Überschreitung von Kostenschätzungen.....	123
3.1.2 Eintritt ausserordentlicher Umstände	127
3.2 Auftragsrecht.....	130
3.3 Dienstleistungsverträge mit Langzeitcharakter	132
4. Haftung für Kostenschätzungen	134
4.1 Haftung der Parteien des Hauptvertrages.....	135
4.1.1 Vertragliche Informationspflichten und Abmahnungsobliegenheiten	135
4.1.2 Vorvertragliche Informationspflichten	136
4.2 Haftung externer Berater	137
5. Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten	139
5.1 Risikoanalyse.....	139
5.2 Kostendächer	140
5.3 Instrumente zur Vergütungsanpassung.....	142
5.3.1 Senkung der Vergütung.....	142
5.3.2 Benchmarking.....	143
5.3.3 Flexibilisierung der Vergütung.....	144
5.4 Vertragsvollzug	146
Anhang: Checkliste	148
Literaturverzeichnis	152

Bau- und IT-Projekte¹ sind berüchtigt für Termin- und Kostenüberschreitungen². Tatsächlich kommt es hier besonders häufig zu Mehrkosten ge-

Für wertvolle Anregungen und Hinweise danke ich Frau Fürsprecherin MANUELA GERBER-GEBERT sowie den Herren Dr. ANDRÉ PIERRE HOLZER, PD Dr. FELIX SCHÖBI und Prof. Dr. FRIDOLIN WALTHER.

genüber dem vom Besteller ursprünglich eingeplanten Budget. Die Gründe dafür sind vielfältig und reichen von unsorgfältigen Kostenschätzungen über lückenhafte Spezifikationen und Projektänderungen bis zu Suchkosten für externe Störungsursachen. In vielen Fällen ist umstritten, wer die aufwanderhöhenden Faktoren zu vertreten hat und inwieweit diese zu einer Heraufsetzung der Gesamtvergütung berechtigen. Nachfolgend soll ein Überblick über typische Fälle der Aufwanderhöhung sowie über gesetzliche Regelungen und vertragliche Vorsorgemöglichkeiten gegeben werden. Dabei beschränke ich mich auf Werkverträge, Aufträge und Dauerdienstleistungsverträge, da diese im IT-Bereich von besonderer praktischer Bedeutung sind.

1. Bemessung von Vergütungen

Ausgangspunkt für Überlegungen über nachträgliche Kostenerhöhungen bildet zunächst die vertragliche Bemessung der Vergütung. Verbreitet sind insbesondere folgende Modelle³:

- **Keine Preisbestimmung:** Leistungen ohne vorgängige Vereinbarungen über deren Vergütung sind häufiger, als man zunächst vermuten würde. Dazu kann es etwa kommen, wenn sich der Leistungsbezüger gar nicht bewusst war, überhaupt kostenpflichtige Leistungen in Anspruch zu nehmen oder wenn er diese als von geringer wirtschaftlicher Bedeutung betrachtete (z.B. Vorabklärungen im Hinblick auf ein späteres Projekt). Auch bei sehr detaillierten Vergütungsregelungen – oder vielleicht gerade in diesen Fällen – werden mitunter einzelne Leistungsarten vergessen⁴. Sofern werkvertragliche Regeln anwendbar sind

¹ Der Begriff des „IT-Projekts“ wird vorliegend weit gefasst und beinhaltet auch Dienstleistungen zum Betrieb von Informationssystemen (z.B. Outsourcingleistungen).

² Eine Untersuchung aus dem Jahr 1994 zeigte bereits, dass etwa die Hälfte aller IT-Projekte von Kostenüberschreitungen betroffen war. Die Budgetüberschreitungen lagen dieser Studie zufolge je nach Unternehmensgrösse im Bereich von 178-214 %. Vgl. http://www.standishgroup.com/sample_research/chaos_1994_1.php. Neuere Umfrageergebnisse legen nahe, dass die durchschnittliche Höhe der Kostenüberschreitungen seither zwar eher gesunken, die Anzahl der budgetgerecht realisierten Projekte aber kaum gestiegen ist. Vgl. auch FRÖHLICH-BLEULER, Rz. 208 mit weiteren Hinweisen, wonach es bei der Mehrheit aller Softwareprojekte zu Kostenüberschreitungen kommt.

³ Vgl. zu den einzelnen Vergütungsarten auch SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Rz. 767 ff.; RAUBER, 235 ff.; HEUSLER/MATHYS, 103 ff.; FRÖHLICH-BLEULER, Rz. 189 ff.; und STRAUB, Informatikrecht, 115 ff.

⁴ Vgl. dazu BGE 113 II 513 E. 2/3.

– und nicht ausnahmsweise Gratisleistungen vorliegen – ist die Vergütung grundsätzlich nach dem Aufwand⁵ des Leistungserbringers⁶ zuzüglich eines angemessenen Zuschlags für Risiko und Gewinn sowie allfälliger gesetzlicher Abgaben festzusetzen („*cost plus fee*“)⁷. Der Leistungserbringer trägt die Beweislast für Vergütungspflicht und Angemessenheit der Höhe⁸.

- Für einzelne Teile eines Projekts kann ein vorläufiger Betrag eingesetzt werden, welcher erst später konkretisiert wird (**Budgetpreis**)⁹. Je nach Gesamtkostenentwicklung wird dann eine günstigere oder teurere Variante gewählt.
- **Aufwandabhängige Vergütungen** sind in IT-Projekten insbesondere für Regieleistungen von grosser Bedeutung. Für solche Leistungen sollten Tages- oder Stundenansätze, Anforderungsprofile, Reisezeitschädigungen, Nebenkosten etc. vertraglich möglichst präzise definiert werden. Der Leistungserbringer trägt die Beweislast für Höhe und Notwendigkeit des Aufwands¹⁰.
- Aufwandabhängige Leistungen können mit einer **Kostenschätzung** (ungefähre Preisangabe) verbunden werden, welche eventuell in einer späteren Phase präzisiert wird. Bezeichnungen wie „unverbindlicher

⁵ Art. 374 OR. Vgl. dazu auch BGE 4C.440/1998 E. 3. Vgl. zur Bemessung des Aufwandes im Einzelnen SCHUMACHER, Vergütung, Rz. 22 ff.

⁶ Die Begriffe „Leistungserbringer“ und „Leistungsbezüger“ werden als Oberbegriffe für sämtliche Vertragsarten verwendet – wobei selbstverständlich auch Leistungserbringerinnen und Leistungsbezügerinnen mit gemeint sind.

⁷ Vgl. dazu generell GAUCH, Werkvertrag, Rz. 934 ff.; sowie in Bezug auf IT-Verträge FRÖHLICH-BLEULER, Rz. 200. Die quantitative Bestimmung der Vergütung wird im Werkvertrag nicht als *essentialium negotii* betrachtet. Vgl. dazu BasK-ZINDEL/PULVER, N 1 zu Art. 373 OR mit weiteren Hinweisen. Die Frage des grundsätzlichen Bestandes einer Vergütungspflicht dürfte auch im Werkvertragsrecht zu den *essentialia* zählen. Im Vergleich zu klassischen Austauschverträgen, bei denen kaum geeignete Instrumente zur Bestimmung des Preises zur Verfügung stehen, relativieren die werkvertraglichen Auffangregeln hingegen die Notwendigkeit einer Vereinbarung über deren Höhe.

⁸ Vgl. dazu BGE 4C.374/2004 E. 4.1 und 4.2 sowie BGE 119 II 40 E. 2b. Soweit der Leistungsbezüger nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen konnte, dass die Leistungen ohne zusätzliche Vergütung erbracht werden, hat der Leistungserbringer ihn auf die Vergütungspflicht aufmerksam zu machen.

⁹ Vgl. dazu SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Rz. 769.

¹⁰ IT-Projekte lassen sich kaum je fehlerfrei realisieren. Daher ist der übliche Aufwand für Tests und Fehlerbereinigung vor der Abnahme grundsätzlich zu vergüten. Vgl. dazu auch FRÖHLICH-BLEULER, Rz. 201. Fehlerbehebung im Rahmen der Gewährleistung sowie Mehraufwand durch unsorgfältiges Vorgehen ist dagegen nicht vergütungspflichtig. Vgl. dazu im Einzelnen STRAUB, Gewährleistung, 235 ff.

Kostenvoranschlag“, „ungefährer Kostenansatz“, „Preisangaben ohne Gewähr“ etc. deuten auf das Vorliegen eines ungefähren Kostenansatzes hin¹¹.

- Von der ungefähren Preisbestimmung ist die Angabe einer **Preisbandbreite** zu unterscheiden (z.B. Fr. 10'000 +/- 10 % oder Kombination eines Kostendachs¹² mit einem Kostensockel). Bei „Circa“-Angaben muss allenfalls geprüft werden, ob es sich um eine blossе Kostenschätzung oder um eine Preisbandbreite handelt.
- **Fix- bzw. Festpreise** kommen in verschiedenen Formen vor (z.B. Pauschalpreise, Globalpreise¹³, Stückpreise pro Bestelleinheit und wiederkehrende fixe Lizenz- oder Wartungsgebühren). Diese brauchen nicht unbedingt zahlenmässig festgelegt zu sein. Es genügt, dass sich ihre Höhe zum Voraus eindeutig bestimmen lässt (z.B. jährliche Wartungsgebühr in der Höhe von 10 % aller bis zum 31. Dezember des vorangegangenen Jahres bezahlten Lizenzgebühren). Das Vorliegen eines Festpreises muss von derjenigen Partei bewiesen werden, welche sich darauf beruft¹⁴.
- Dienstleistungen und Lizenzen werden oft durch **nutzungsabhängige Vergütungen** (*Utility Pricing*) abgegolten. Dieses Modell ist insbesondere dann sinnvoll, wenn nicht der Aufwand des Leistungserbringers, sondern der Nutzen des Leistungsbezügers im Vordergrund steht (z.B. Lizenzgebühren für Standardsoftware entsprechend der Anzahl Arbeitsplätze, Vergütung für Rechenleistungen nach beanspruchten MIPS).
- Mitunter werden in IT-Verträgen auch **erfolgsabhängige Komponenten** vorgesehen. Diese können sich sowohl auf die Vertragsleistung beziehen (z.B. Boni bei Erreichen von Qualitätszielen) als auch auf Umstände, welche ausserhalb der Einflussphäre des Leistungserbringers liegen (z.B. Mitberücksichtigung des Unternehmenserfolgs bei der Vergütung für Outsourcingleistungen oder Bindung von Lizenzgebühren für einen Onlineshop an den damit erzielten Umsatz).

¹¹ Vgl. zum Verhältnis zwischen „ungefährer Preisbestimmung“ im Sinn von Art. 374 OR und „ungefährer Ansatz“ im Sinn von Art. 375 OR BasK-ZINDEL/PULVER, N 3 ff. zu Art. 374 OR mit weiteren Hinweisen.

¹² Vgl. zu Kostendächern Ziff. 5.2.

¹³ Sofern Pauschalpreise mit einem Teuerungsvorbehalt gekoppelt sind, werden sie als „Globalpreise“ bezeichnet. Vgl. dazu auch BasK-ZINDEL/PULVER, N 6 zu Art. 373 OR.

¹⁴ Vgl. dazu BGE 4P.99/2005 E. 3.2; sowie FRÖHLICH-BLEULER, Rz. 197; und BasK-ZINDEL/PULVER, N 17 zu Art. 374 OR.

Diese Bemessungselemente werden oft miteinander **kombiniert** und durch weitere Mechanismen verfeinert¹⁵. Es sollte auch definiert werden, wer allfällige Nebenkosten (z.B. Reisezeit, Verbrauchsmaterial und Telekommunikationskosten) sowie gesetzliche Abgaben¹⁶ zu tragen hat.

Bei Leistungen nach Aufwand trägt grundsätzlich der Leistungsbezüger das Kostenrisiko, bei Leistungen zu einem Fixpreis der Leistungserbringer. Das bedeutet aber keineswegs, dass Fixpreise immer im Interesse des Kunden sind: Leistungserbringer müssen in Fixpreise **Risikozuschläge** einkalkulieren, sofern der Aufwand noch nicht klar abschätzbar ist. Kostenrisiken können zudem Kostenchancen für den Fall gegenüberstehen, dass der Realisierungsaufwand geringer ausfällt (z.B. durch Einsatz neuer Technologien). Solchen Unsicherheiten über Kostenfaktoren kann mitunter durch ein mehrstufiges Vorgehen Rechnung getragen werden: Der Aufwand wird zunächst nur grob geschätzt und die Höhe der Vergütung erst nach Erarbeitung von Detailspezifikationen fixiert.

2. Generische Anpassungsgründe

2.1 Vom Leistungsbezüger zu vertretender Zusatzaufwand

Umstände, welche in der Verantwortlichkeitssphäre des Leistungsbezügers liegen, können z.B. in folgenden Fällen zu einer **Erhöhung des ursprünglich kalkulierten Aufwandes**¹⁷ führen:

¹⁵ Vgl. zu weiteren Gestaltungsmöglichkeiten auch Ziff. 5.

¹⁶ Soweit nichts anderes vereinbart wurde, umfassen Fixpreise auch die Mehrwertsteuern (vgl. dazu auch Art. 4 Abs. 1 PBV). Bei nachträglicher Erhöhung des Mehrwertsteuersatzes kann in diesem Fall grundsätzlich keine Preisanpassung verlangt werden. Vgl. dazu SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Rz. 772; und GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1224 f. Eine solche Risikoverteilung ist aber unter Umständen ökonomisch ineffizient. Vgl. dazu Ziff. 5.3.3.

¹⁷ Die Erhöhung des Aufwandes bedeutet eine Veränderung des ursprünglichen Preis-Leistungsverhältnisses. Vergleichsmaßstab ist damit der „Ohnehin-Aufwand“. Dessen Ermittlung kann allerdings mit praktischen Schwierigkeiten verbunden sein. Vgl. dazu im Einzelnen SCHUMACHER, Vergütung, Rz. 596 ff.

- **Bestellungsänderungen¹⁸ und Zusatzbestellungen¹⁹**. Bei Projekten mit Fixpreis ist zwischen den Parteien allerdings oft umstritten, ob es sich um kostenpflichtige Zusatzbestellungen oder um blossе Konkretisierungen der Spezifikationen handelt. Zu einer kostenrelevanten Bestellungsänderung kann es auch kommen, wenn der Leistungsbezüger verlangt, dass Mängel oder Störungen zu besseren Konditionen als vertraglich vereinbart behoben werden (z.B. Pikettkosten).
- Irrtümer über den effektiven Realisierungsaufwand wegen **mangelhaften oder unrichtigen Angaben** des Leistungsbezügers. Soweit dieser nicht fachkundig ist, muss der Leistungserbringer solche Angaben aber eventuell überprüfen, was Nachforderungen wegen Aufwanderhöhung entgegenstehen kann²⁰.
- Verletzung von **Mitwirkungspflichten** des Leistungsbezügers. Inhalt und Umfang solcher Pflichten (z.B. Vorbereitungsmaßnahmen für eine Softwareinstallation) müssen vom Leistungserbringer allerdings rechtzeitig kommuniziert und gegebenenfalls abgemahnt werden²¹.
- Sonstige **Erschwerungen der Vertragsdurchführung** seitens des Leistungsbezügers (z.B. eigene Eingriffe in ein unter der Verantwortung des Leistungserbringers stehendes Informationssystem).
- Unnötige **Suchkosten** bei der Behebung von Mängeln (z.B. wegen unrichtiger Angaben oder nicht vom Leistungserbringer zu vertretender Mangelursachen)²².
- **Zahlungsverzug** löst allenfalls gesetzliche oder vertragliche Verzugszinsen auf den fälligen Vergütungen aus²³.

In wessen Verantwortungsbereich die kostenerhöhenden Ursachen fallen, ist zwischen den Parteien oft umstritten. Gründe, welche vom Leistungserbringer zu vertreten sind (z.B. unnötiger Mehraufwand durch eigene Konzeptionsfehler), berechtigen nicht zu einer Anpassung der Vergütung. In der Praxis kommt es aber relativ häufig zu Konstellationen, in

¹⁸ Da es bei IT-Projekten fast immer zu Änderungen kommt, geht FRÖHLICH-BLEULER, Rz. 208, davon aus, dass eine zusätzliche Vergütungspflicht nur besteht, wenn die Modifikationen ein gewisses Mass überschreiten. Vgl. dazu auch BGE 4C.256/2004 E. 9.2.2.

¹⁹ Vgl. dazu generell SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Rz. 544 ff.

²⁰ Vgl. zu mangelhaften Angaben des Bestellers generell SCHUMACHER, Vergütung, Rz. 351 ff. Vgl. zur Problematik von Informations- und Abmahnpflichten auch Ziff. 4.1.1.

²¹ Vgl. dazu BGE 4C.393/2006 E. 3.3.3. Vgl. zum Claim Management auch Ziff. 5.4.

²² Vgl. zur Bedeutung externer Ursachen von Störungen auch Ziff. 5.4.

²³ Art. 104 ff. OR.

welchen **beide Parteien Mitverantwortung** für Zusatzkosten tragen: Die Ursache liegt zwar nicht in der primären Verantwortung derjenigen Partei, welche sich auf die Aufwanderhöhung beruft, diese hat aber etwa Informationspflichten verletzt (z.B. hat der Leistungserbringer nicht rechtzeitig mitgeteilt, dass ein Kostendach überschritten wurde). In solchen Fällen kommt es zu einer vollständigen oder teilweisen Verlagerung der Verantwortung²⁴.

2.2 Korrektur von Rechnungsfehlern

In Offerten und Rechnungen tauchen gelegentlich **Rechenfehler** auf (z.B. unrichtige Addition verschiedener Einzelposten). Eine falsche Summe kann nur dann nachträglich korrigiert werden, wenn ihre Berechnungsgrundlagen Bestandteil des Vertrages waren²⁵. Betrifft der Irrtum hingegen die internen Kalkulationsgrundlagen (z.B. wenn Drittleistungen irrtümlich unter dem Einstandspreis offeriert wurden), so sind allenfalls die Regeln über Willensmängel anwendbar. Die Grenzen zwischen blossen Rechnungsfehlern und eigentlichen Willensmängeln verlaufen allerdings nicht immer ganz eindeutig. Eine falsche Stückzahl in einer Offerte kann einen offensichtlichen Rechnungsfehler darstellen oder aber nur interne Kalkulationsgrundlagen des Leistungserbringers betreffen²⁶.

2.3 Clausula rebus sic stantibus

Bei über längere Zeit hinweg zu erfüllenden Verträgen können sich die zugrunde liegenden wirtschaftlichen Umstände schwerwiegend verändern. Art. 119 OR enthält nur für den gravierendsten Fall von veränderten Verhältnissen – nämlich die Verunmöglichung der Leistungserbringung – eine gesetzliche Regel. Daneben hat die Lehre mit der *Clausula rebus sic stantibus* eine weitere Auflösungsmöglichkeit für gravierende Verände-

²⁴ Vgl. zur Verletzung von Informationspflichten und Obliegenheiten Ziff. 4.1.1.

²⁵ Art. 24 Abs. 3 OR.

²⁶ Wurden beispielsweise in einer Offerte drei statt fünf Ventilatoren für ein Serverrack aufgeführt, kann es sich um einen blossen Übertragungsfehler handeln, wenn die Offertanfrage bereits fünf Lüfter enthielt. Es kann aber auch sein, dass der Offerent der Ansicht war, dass drei Ventilatoren ausreichen.

rungen entwickelt. Obwohl primär als Vertragsauflösungsgrund konzipiert, werden auch sonstige **Vertragsänderungen** auf sie abgestützt²⁷.

Eine **Erhöhung der Vergütung** gestützt auf die *Clausula rebus sic stantibus* kommt nur in Betracht, wenn durch nachträgliche, nicht voraussehbare Umstände ein krasses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung eingetreten ist, so dass ein Beharren des Leistungsbezügers auf dem Vertragstext als rechtsmissbräuchlich erscheinen würde²⁸. Obwohl auch Art. 373 Abs. 2 OR auf demselben Gedanken beruht²⁹, dürften die Anforderungen an das Ausmass der Äquivalenzstörung bei einer direkten Berufung auf die *Clausula* höher sein. Im Werkvertragsrecht bleibt bei Aufwanderhöhung daher kein Bedürfnis für einen Rückgriff auf sie³⁰. Denkbar wäre eine Anwendung allerdings bei sonstigen Äquivalenzstörungen des Preis-Leistungsverhältnisses³¹.

3. Spezifische Anpassungsgründe einzelner Vertragstypen

3.1 Werkvertragsrecht

Die **individuelle Herstellung von IT-Produkten** (z.B. Websites, Individualsoftware und integrierte Informationssysteme) fällt generell unter das Werkvertragsrecht³². Eine Anwendung werkvertraglicher Bestimmungen

²⁷ Dogmatisch kann die *Clausula rebus sic stantibus* als eine stillschweigend mitvereinbarte Vertragsbedingung betrachtet werden, dass sich die Verhältnisse nicht grundlegend ändern. Vgl. dazu BUCHER, 395 ff.; a.M. indessen BasK-WIEGAND, N 112 zu Art. 18 OR. Diese Konstruktion steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den in IT-Verträgen häufig zu findenden Vertragsbestimmungen, wonach keine stillschweigenden Nebenabreden bestehen. Die *Clausula rebus sic stantibus* kann aber auch als Anwendungsfall von Art. 2 Abs. 2 ZGB aufgefasst werden, welcher durch Vollständigkeitsklauseln nicht wegbedungen werden kann. Vgl. dazu BasK-WIEGAND, N 95 f. zu Art. 18 OR.

²⁸ Vgl. BGE 97 II 390 E. 6.

²⁹ Vgl. dazu BGE 104 II 314 E. a; sowie ERDIN, Rz. 92 ff.

³⁰ Als Beispiel wird in der Literatur etwa die Hyperinflation im Deutschen Reich zwischen 1919 und 1923 genannt. Vgl. dazu BISCHOFF, 187.

³¹ Vgl. zu Konstellationen massiver Aufwandsenkungen auch Ziff. 3.1.

³² Vgl. dazu URSULA WIDMER, 46 ff.; BARBEY, 299 f.; sowie GAUCH, Werkvertrag, Rz. 334. SLONGO WAGEN, 155 f.; RAUBER, 229 ff.; und ZK-BÜHLER, N 101 ff. zu Art. 363 OR; betrachten Softwareherstellungsverträge hingegen generell als Innominatkontrakte *sui generis*.

kommt zudem für die Erarbeitung von Planungsunterlagen (z.B. Pflichtenhefte und Datenflusspläne) in Betracht³³.

Im Fall von fixen Vergütungen trägt grundsätzlich der Unternehmer das **Kostenrisiko**, d.h. er muss einen möglichen Verlust wegen nicht vorhergesehenem Mehraufwand tragen³⁴. Die Bindung der Parteien an den ursprünglich vereinbarten Preis wird allerdings durch Art. 373 Abs. 2 OR relativiert³⁵.

Umgekehrt hat der Besteller den vereinbarten Preis auch dann zu bezahlen, wenn die Fertigstellung des Werkes **weniger Aufwand** verursacht als ursprünglich angenommen³⁶. Ob die Einsparungen bei der Arbeit oder beim Material erfolgten, spielt grundsätzlich keine Rolle³⁷. Eine analoge Anwendung von Art. 373 Abs. 2 OR kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn sich das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Preis aufgrund von unvorhersehbaren Umständen massiv zugunsten des Unternehmers verändert hat³⁸. Solche Konstellationen können bei lang dauernden Projekten vor allem durch neue technologische Möglichkeiten eintreten. Nach der hier vertretenen Auffassung wird das Äquivalenzverhältnis allerdings nicht alleine durch eine Senkung des Aufwands beeinträchtigt, sondern erst bei gleichzeitigem Zerfall des Werts der Leistung für den Besteller. In solchen Fällen ist allenfalls auch eine Berufung auf die *Clausula rebus sic stantibus* möglich³⁹.

3.1.1 Überschreitung von Kostenschätzungen

Mitunter werden für IT-Projekte lediglich Honoraransätze fixiert und eine **Aufwandschätzung** vorgenommen⁴⁰. Zeigt sich, dass die ursprünglich angenommenen Kosten unverhältnismässig überschritten werden, gibt das

³³ Vgl. zur Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht auf Planungsdokumente differenzierend GUROVITS, 67 ff.

³⁴ Mitunter werden auch einfache Gesellschaften zur Entwicklung von Informationssystemen gebildet. Vgl. zur Verteilung von Mehraufwand in solchen Konstellationen HÖHN, 125 ff.

³⁵ Vgl. dazu im Einzelnen Ziff. 3.1.2.

³⁶ Art. 373 Abs. 3 OR.

³⁷ Vgl. dazu BGE 4C.90/2005 E. 3.2.

³⁸ Vgl. dazu GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1146; SLONGO WAGEN, 98; ERDIN, Rz. 499; und ZK-BÜHLER, N 47 zu Art. 373 OR.

³⁹ Vgl. zur *Clausula rebus sic stantibus* Ziff. 2.3.

⁴⁰ Vgl. zum Begriff des „ungefähren Ansatzes“ im Sinn von Art. 375 OR GAUCH, Werkvertrag, Rz. 937 ff. und 1018; ZK-BÜHLER, N 6 zu Art. 375 OR; TWERENBOLD, Rz. 54 ff. und 90 ff.; sowie BGE 132 III 24 E. 5.1.2.

Werkvertragsrecht dem Besteller eine besondere Rücktrittsmöglichkeit⁴¹. Voraussetzung ist, dass die Überschreitung ohne sein Zutun erfolgt ist. In komplexen IT-Projekten sind oft beide Parteien für Kostenüberschreitungen mitverantwortlich. Nach der hier vertretenen Auffassung schliesst dies die Anwendung von Art. 375 OR nicht von vornherein aus. In solchen Konstellationen sollte darauf abgestellt werden, ob der nicht vom Besteller verursachte Anteil der Kostenüberschreitung übermässig ist.

Wann die Überschreitung einer Kostenschätzung **unverhältnismässig** ist, muss anhand der Umstände des Einzelfalles bestimmt werden. Es können im Voraus Anhaltspunkte dafür in den Vertrag aufgenommen werden⁴². Im Baubereich wird als Faustregel teilweise angenommen, dass Preisschwankungen bis zu 10 % hinzunehmen sind⁴³. Es gibt indessen keine allgemeingültige Prozentregel. Wer den Rücktritt erklärt, trägt stets ein gewisses Risiko, dass die Messlatte für die Übermässigkeit bei einer allfälligen gerichtlichen Überprüfung höher angesetzt wird. Nach der hier vertretenen Auffassung kommt es darauf an, mit wie hohen Schwankungen der Besteller vernünftigerweise rechnen musste⁴⁴. Dabei spielt eine Rolle, inwieweit die Parteien bereits bei Vertragsschluss über die Möglichkeit von Preisschwankungen diskutiert haben – insbesondere ob eine Toleranzgrenze für die Kostenschätzung oder gar eine absolute Kostenlimite⁴⁵ festgelegt wurde⁴⁶. Inwieweit relevant ist, ob der Besteller das Werk nicht bestellt hätte, wenn er den Mehraufwand bei Vertragsschluss gekannt hätte, wird kontrovers diskutiert⁴⁷. Diesbezüglich sind die Regeln über den Grundlagenirrtum allenfalls analog heranzuziehen.

⁴¹ Art. 375 Abs. 1 OR. Vgl. zum Verhältnis dieser Bestimmung zum Grundlagenirrtum ZK-BÜHLER, N 4 zu Art. 375 OR.

⁴² Art. 375 OR ist dispositiver Natur. Vgl. dazu BasK-ZINDEL/PULVER, N 23 zu Art. 375 OR mit weiteren Hinweisen.

⁴³ Vgl. dazu BasK-ZINDEL/PULVER, N 12 zu Art. 375 OR mit weiteren Hinweisen.

⁴⁴ Vgl. dazu BGE 115 II 460 E. 3b; sowie ZK-BÜHLER, N 20 ff. zu Art. 375 OR, mit weiteren Hinweisen.

⁴⁵ Vgl. zur Bedeutung von Toleranzgrenzen und Kostenlimiten Ziff. 4.2.

⁴⁶ Nach HEUSLER/MATHYS, 108 f., soll die Toleranzgrenze für die Überschreitung eines Kostenvoranschlages bei IT-Projekten im Bereich von 10-20 % liegen. FRÖHLICH-BLEULER, Rz. 202, weist zu Recht darauf hin, dass Schätzungen je nach Projektphase mit unterschiedlich hohen Ungenauigkeiten behaftet sind. Er geht davon aus, dass sich diese bei Vorstudien im Bereich von 50 % und bei Detailstudien in der Grössenordnung von 10 % bewegen. IT-Projekte können nach unterschiedlichen Phasenmodellen realisiert werden, weshalb auch diese Zahlen keinen allgemeingültigen Charakter haben.

⁴⁷ Vgl. dazu GAUCH, Werkvertrag, Rz. 986; und BasK-ZINDEL/PULVER, N. 11 zu Art. 374 OR mit weiteren Hinweisen.

Im Verlauf von IT-Projekten entsteht meist auch beim Besteller erheblicher Aufwand (Mitarbeit bei Detailspezifikationen, Anpassung der IT-Umgebung, Testaufwand etc.). Zudem ist bei lange dauernden Projekten ein Lieferantenwechsel ab einem gewissen Zeitpunkt kaum mehr möglich. Das Rücktrittsrecht ist für den Besteller daher in der Regel nur interessant, wenn die Kostenüberschreitung frühzeitig zutage tritt. Das Erkennen einer massiven Aufwanderhöhung löst sowohl beim Besteller wie auch beim Unternehmer **Informations- bzw. Abmahnpflichten** aus⁴⁸. Mahnt der Besteller nicht rechtzeitig ab, verliert er nach der wohl herrschenden Lehre nur seinen Rücktrittsanspruch – nicht aber ein allfälliges Recht auf Reduktion der Vergütung⁴⁹. Wird die übermässige Überschreitung während der Werkausführung erkannt, so muss der Besteller den Rücktritt nach einer kurzen Bedenkfrist erklären, da der Unternehmer im Hinblick auf die Kosten- und Ressourcenplanung ein erhöhtes Interesse an der raschen Klärung des weiteren Vorgehens hat⁵⁰.

Die **Erklärung des Rücktritts** ist grundsätzlich unwiderruflich. Dadurch wird der Vertrag aufgehoben und beide Parteien nehmen allfällig bereits erbrachte Leistungen zurück. Bei individuell hergestellten IT-Produkten, welche kaum anderweitig verwendet werden können, ist der Rücktritt für den Unternehmer äusserst schwerwiegend, so dass an dessen Voraussetzungen hohe Anforderungen gestellt werden müssen. Der Unternehmer kann die Vertragsauflösung allerdings auch dadurch abwenden, dass er den übermässigen Teil des Aufwandes selbst trägt.

Währenddem Art. 375 Abs. 1 OR bei unverhältnismässiger Überschreitung eines ungefähren Kostenansatzes nur ein Rücktrittsrecht vorsieht, erlaubt Abs. 2 derselben Bestimmung dem Besteller bei auf seinem Grund und Boden errichteten **Bauten** alternativ auch eine angemessene Herabsetzung der Vergütung. Ein Rücktritt hat gegen „billigen Ersatz“ – d.h. in der Praxis gegen volle Vergütung der bereits geleisteten Arbeit⁵¹ – zu erfolgen. Diese Sonderregelung will dem Umstand Rechnung tragen,

⁴⁸ Vgl. dazu TWERENBOLD, Rz. 256 ff.; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1007; und CR-CHAIX, N 19 zu Art. 375 OR. Vgl. zu den vertraglichen Informationspflichten auch Ziff. 4.1.1.

⁴⁹ Vgl. dazu GAUCH, Werkvertrag, Rz. 991; sowie BasK-ZINDEL/PULVER, N 16 zu Art. 375 OR mit weiteren Hinweisen.

⁵⁰ Vgl. dazu TWERENBOLD, Rz. 248 f. GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1005, schlägt zudem eine analoge Anwendung der Verwirkungsfrist von Art. 31 OR vor. Die Rücktritts- und Herabsetzungsrechte müssten demnach spätestens innert einem Jahr seit Kenntnis der unverhältnismässigen Kostenüberschreitung geltend gemacht werden.

⁵¹ Vgl. dazu GAUCH, Werkvertrag, Rz. 977; CR-CHAIX, N 32 zu Art. 375 OR; und ZK-BÜHLER, N 42 zu Art. 375 OR.

dass eine Rückabwicklung des Vertrages in solchen Fällen kaum praktikabel wäre. Nach der herrschenden Lehre ist Art. 375 Abs. 2 OR analog auf jene Fälle anwendbar, in welchen das Ergebnis der Werkleistung unmittelbar ins Eigentum des Bestellers übergeht⁵². Im IT-Bereich fallen darunter insbesondere Reparatur- und Wartungsleistungen. Nach der hier vertretenen Auffassung rechtfertigt sich eine analoge Anwendung auch auf Werke, welche nicht anderweitig eingesetzt werden können (z.B. Individualsoftware ohne Drittkommerzialisierungspotenzial).

Die Anwendung von Art. 375 Abs. 2 OR führt in der Praxis meist zu einer **Risikoteilung**, d.h. jener Teil der Vergütung, welcher über der Toleranzgrenze der Schätzung liegt, wird gleichmässig zwischen den Parteien aufgeteilt⁵³. Eine Halbierung ist nach der hier vertretenen Auffassung nur in Bezug auf Kostenerhöhungen sachgerecht, welche ausserhalb des Einflussbereichs der Parteien liegen. Soweit Kostenüberschreitungen vom Besteller (z.B. Bestellungsänderungen) oder vom Unternehmer (z.B. unnötiger Aufwand) verschuldet wurden, sind diese vom Verursacher zu übernehmen⁵⁴. Auch Aufwanderhöhungsgründe, welche zwar nicht von einer Partei verschuldet sind, aber in deren Verantwortungssphäre liegen (z.B. Schnittstellenprobleme), sind grundsätzlich von ihr zu tragen – es sei denn, die andere Partei habe eine Mitverantwortung an deren Eintritt⁵⁵.

In IT-Verträgen wird ein ungefährender Kostenansatz oft nur für bestimmte Leistungen vereinbart, währenddem für andere Projektteile ein Fixpreis gelten soll⁵⁶. In solchen Fällen muss durch Interessenabwägung anhand der gesamten Umstände entschieden werden, ob sich ein **Teilrücktritt** rechtfertigt. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, in welchem Verhältnis die Preiserhöhung zur Gesamtvergütung steht. Falls der Teilrücktritt unverhältnismässig erscheint, kommt in analoger Anwendung von

⁵² Vgl. dazu bejahend GAUCH, Werkvertrag, Rz. 993; CR-CHAIX, N 28 zu Art. 375 OR; BasK-ZINDEL/PULVER, N 25 zu Art. 375 OR; und TWERENBOLD, Rz. 232 f.; offen gelassen in BGE 98 II 299 E. 4b; und ZK-BÜHLER, N 34 zu Art. 375 OR. TERCIER, Rz. 4353, geht sogar von einer generellen Möglichkeit zur Vergütungsreduktion aus.

⁵³ Vgl. dazu BGE 115 II 460 E. 3; BasK-ZINDEL/PULVER, N 29 zu Art. 375 OR; ENGEL, 460; TERCIER, Rz. 4355; und ZK-BÜHLER, N 40 zu Art. 375 OR. Vgl. zu einer generellen Halbierung des übermässigen Betrages hingegen kritisch CR-CHAIX, N 30 zu Art. 375 OR; TWERENBOLD, Rz. 242; und GAUCH, Werkvertrag, Rz. 979.

⁵⁴ Vgl. dazu im Einzelnen TWERENBOLD, Rz. 149 ff.; sowie GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1009 f.; und CR-CHAIX, N 8 zu Art. 375 OR.

⁵⁵ Vgl. dazu auch TWERENBOLD, Rz. 180 ff.

⁵⁶ Vgl. zu den einzelnen Preisbestimmungselementen Ziff. 1.

Art. 375 Abs. 2 OR allenfalls eine Preisminderung für den aufwandabhängigen Teil in Betracht⁵⁷.

3.1.2 Eintritt ausserordentlicher Umstände

Falls unvorhersehbare Umstände die Fertigstellung des Werkes mit Festpreis übermässig erschweren, kann eine **Erhöhung der Vergütung oder die Auflösung des Vertrages**⁵⁸ beantragt werden (Art. 373 Abs. 2 OR). Diese Regelung geht nach der wohl herrschenden Lehre den Bestimmungen über den Grundlagenirrtum vor⁵⁹.

Eine Vergütungserhöhung kann grundsätzlich nur durch werkbezogene⁶⁰ **Umstände** gerechtfertigt werden, welche **bei Vertragsschluss nicht voraussehbar** waren⁶¹. Veränderungen, welche zwar im konkreten Fall nicht antizipiert wurden, nach den Umständen aber in die Überlegungen bei Vertragsschluss mit einbezogen werden mussten (z.B. Preisschwankungen bei Speicherbausteinen), berechtigen somit nicht zu einer Vertragsanpassung.

Zu den Anpassungsgründen zählen auch kostenrelevante **Angaben des Bestellers**, deren Unrichtigkeit für den Unternehmer nicht erkennbar war und die er nicht selbst überprüfen musste (z.B. Informationen eines sachkundigen Bestellers über seine bestehende IT-Architektur⁶²).

Die **Unvorhersehbarkeit** ist objektiviert vom damaligen Standpunkt eines sachkundigen und sorgfältigen Unternehmers aus zu beurteilen, wobei die subjektiven Kenntnisse und Erfahrungen des konkreten Unterneh-

⁵⁷ Vgl. dazu auch TWERENBOLD, Rz. 234.

⁵⁸ Nachfolgend wird nur auf die Preiserhöhungsmöglichkeit näher eingegangen. Vgl. zur Möglichkeit einer richterlichen Leistungsanpassung ERDIN, Rz. 73; und zu den Modalitäten einer richterlichen Vertragsauflösung CR-CHAIX, N 30 zu Art. 373 OR; sowie GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1117.

⁵⁹ Vgl. dazu ERDIN, Rz. 192 ff.; sowie ZK-BÜHLER, N 20 zu Art. 373 OR mit weiteren Hinweisen.

⁶⁰ In Betracht fallen nur Umstände, welche auch andere Unternehmer in vergleichbaren Verhältnissen betroffen hätten. Vgl. dazu BasK-ZINDEL/PULVER, N 16 zu Art. 373 OR mit weiteren Hinweisen.

⁶¹ Die Gründe der Aufwanderhöhung können im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vorgelegen haben. Entscheidend ist in diesem Fall, dass sie damals nicht erkennbar waren. Vgl. dazu GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1084 ff.; ZK-BÜHLER, N 22 ff. zu Art. 373 OR; TERCIER, Rz. 4306 ff.; und BasK-ZINDEL/PULVER, N 17 zu Art. 373 OR mit weiteren Hinweisen.

⁶² Vgl. dazu generell GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1095; und BasK-ZINDEL/PULVER, N 21 zu Art. 373 OR; sowie in Bezug auf IT FRÖHLICH-BLEULER, Rz. 194.

mers mit zu berücksichtigen sind. Dabei wird ein eher strenger Massstab angelegt⁶³.

Änderungen der Einkaufspreise für **Drittleistungen** sind grundsätzlich nicht unvorhersehbar. Der Unternehmer kann sich dagegen aber vertraglich mit Gleitklauseln⁶⁴ (Anpassung des Preises an die veränderten Einkaufsbedingungen) oder Substitutionsrechten (Ausweichen auf allfällige günstigere Ersatzprodukte gleicher Funktionalität) absichern⁶⁵.

Eine Erhöhung des Aufwandes ist **übermässig**, wenn sie zu einem Missverhältnis zwischen der Gesamtleistung des Unternehmers und der gesamten vertraglichen Vergütung des Bestellers führt⁶⁶. Hingegen sind Aufwanderhöhungen einzelner Positionen, welche das Kosten-Leistungsverhältnis insgesamt nicht wesentlich beeinflussen, grundsätzlich irrelevant. Allfällige Vergütungserhöhungsrechte von Subunternehmern können daher nicht ohne weiteres durch einen Generalunternehmer auf den Besteller überwältzt werden. Wann die Grenze der Übermässigkeit erreicht ist, bleibt letztlich eine Wertungsfrage. Lehre und Rechtsprechung legen hier einen strengen Massstab an und stellen auf die effektiven Herstellungskosten ohne Gewinn ab⁶⁷.

Die Vergütung wird nicht proportional, sondern nur um den **übermässigen Teil des Aufwandes** erhöht⁶⁸. Dadurch wird im Ergebnis nur der aus dem Vertrag entstehende Verlust zwischen den Parteien verteilt. Hingegen muss der Besteller alle Mehrkosten tragen, welche er selbst zu vertreten hat (z.B. Zusatzaufwand durch unrichtige technische Angaben)⁶⁹.

Ein Recht zur Erhöhung der Vergütung besteht nur, soweit der Unternehmer den Eintritt der ausserordentlichen Umstände oder ihre Auswirkung auf die Herstellungskosten nicht selbst zu vertreten hat. Erkennt er Aufwanderhöhungsgründe, hat er diese dem Besteller unverzüglich⁷⁰ **mitzuteilen**. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssen auch Preiserhöhung bzw. Vertragsauflösung unverzüglich verlangt wer-

⁶³ Vgl. dazu BGE 109 II 333 E. 3; 104 II 314 E. b; sowie BasK-ZINDEL/PULVER, N 16 zu Art. 373 OR mit weiteren Hinweisen.

⁶⁴ Vgl. dazu GAUCH, Werkvertrag, Rz. 634.

⁶⁵ Vgl. dazu FRÖHLICH-BLEULER, Rz. 197.

⁶⁶ Vgl. dazu GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1060; und BasK-ZINDEL/PULVER, N 23 zu Art. 373 OR mit weiteren Hinweisen.

⁶⁷ Vgl. BGE 104 II 314 E. b; sowie BasK-ZINDEL/PULVER, N 24 zu Art. 373 OR mit weiteren Hinweisen.

⁶⁸ Vgl. dazu im Einzelnen ERDIN, Rz. 405 ff.; sowie GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1115.

⁶⁹ Vgl. zu den vom Besteller zu vertretenden Aufwanderhöhungen Ziff. 2.1.

⁷⁰ Vgl. dazu im Einzelnen ERDIN, Rz. 324 ff.

den⁷¹. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte es allerdings genügen, dass der Unternehmer auf die kostentreibenden Umstände hinweist und sich die Möglichkeit einer Erhöhung der Vergütung oder einer Vertragsauflösung ausdrücklich vorbehält, da letztlich der Richter darüber zu entscheiden hat. Das ganze Ausmass des Mehraufwandes ist oft ohnehin erst zu einem späteren Zeitpunkt bezifferbar.

Ob der Unternehmer seine Rechte – unter Vorbehalt der richterlichen Überprüfung – durch einseitige Erklärung oder durch **Klage** geltend machen muss, wird kontrovers diskutiert⁷². Nach der hier vertretenen Auffassung ist grundsätzlich Letzteres der Fall, da der Unternehmer kein Wahlrecht zwischen Vertragsauflösung und Vergütungserhöhung hat. Vielmehr soll der Richter nach dem Konzept von Art. 373 Abs. 2 OR in solchen Krisensituationen nach seinem Ermessen entscheiden⁷³. Im Fall einer Vertragsauflösung hat er auch deren finanzielle Konsequenzen zu bestimmen. Dabei muss dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung getragen werden. Ob Vertragsauflösung oder Preiserhöhung für den Besteller schwerer wiegen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab: Wurde auf beiden Seiten noch kaum Arbeit geleistet, ist die Vertragsauflösung möglicherweise weniger gravierend als eine massive Vergütungserhöhung. Die gerichtliche Konkretisierung der Folgen einer Äquivalenzstörung erscheint zumindest auf den ersten Blick als unpraktisch, bewahrt den Unternehmer aber immerhin davor, Entscheidungen treffen zu müssen, welche einer richterlichen Überprüfung möglicherweise nicht standhalten. Dies schliesst nicht aus, dass die Parteien zunächst eine einvernehmliche Lösung suchen⁷⁴.

Die Parteien können das Recht zur richterlichen Preisanpassung und zur Vertragsauflösung sowohl **beschränken** als auch **erweitern**⁷⁵. Es kommen insbesondere folgende Regelungen in Betracht:

⁷¹ Vgl. BGE 116 II 315 E. 3. FRÖHLICH-BLEULER, Rz. 195, geht davon aus, dass eine entsprechende Mitteilung in der Regel nach der ersten genauen Kostenplanung erfolgen muss.

⁷² Vgl. dazu BGE 104 II 314 E. b (richterliche Vergütungsanpassung), aber auch BGE 48 II 119 (Vertragsauflösung durch Willenserklärung); vgl. zum Ganzen GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1122; BasK-ZINDEL/PULVER, N 27 ff. zu Art. 373 OR; FRÖHLICH-BLEULER, Rz. 196; und ERDIN, Rz. 377 ff.

⁷³ Vgl. demgegenüber jedoch ZK-BÜHLER, N 34 ff. zu Art. 373 OR; und CR-CHAIX, N 28 zu Art. 373 OR.

⁷⁴ Kommt es zu einer einvernehmlichen Lösung, so liegt allerdings kein direkter Anwendungsfall von Art. 373 Abs. 2 OR mehr vor. Vgl. dazu ERDIN, Rz. 540.

⁷⁵ Vgl. zu den vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten ERDIN, Rz. 511 ff.

- Definition bestimmter **Aufwanderhöhungsgründe** als „ausserordentliche Umstände“⁷⁶ oder Ausschluss der Anwendung von Art. 373 Abs. 2 OR für bestimmte Konstellationen⁷⁷.
- **Ausübungsmöglichkeit** der Rechte von Art. 373 Abs. 2 OR durch bloße Willenserklärung.
- **Erweiterung oder Einschränkung der Rechtsfolgen**, z.B. dass der Unternehmer selbst zwischen Vertragsauflösung oder Vergütungserhöhung wählen kann, dass lediglich eine Preisanpassung möglich sein soll⁷⁸ oder dass eine Auflösung des Vertragsverhältnisses nur *ex nunc* gegen Vergütung der bisher geleisteten Arbeit erfolgen kann.
- „**Neuverhandlungsklausel**“, wonach beide Parteien bei Eintritt ausserordentlicher kostenrelevanter Umstände eine Anpassung des Vertrages verlangen können⁷⁹. Im Rahmen der Neuverhandlung kann statt der Preiserhöhung auch eine Leistungsänderung erfolgen. Kommt es nicht zu einer Einigung, kann allenfalls immer noch eine richterliche Vertragsanpassung beantragt werden.
- Preisanpassung auch für den Fall unvorhergesehener, erheblicher **Aufwandverminderungen**⁸⁰.

3.2 Auftragsrecht

Auftragsrecht ist vor allem für **Planung, Beratung und Projektmanagementleistungen** von Bedeutung⁸¹. Die Abgrenzung zwischen Auftrag und Werkvertrag ist mitunter allerdings heikel⁸². So kann etwa die Erstellung von **Konzepten, Plänen und Studien** je nach dem konkreten Vertragsin-

⁷⁶ Streng genommen liegt beim Eintritt eines vertraglich geregelten Umstandes der Tatbestand von Art. 373 Abs. 2 OR nicht vor, da er ja als möglich vorhergesehen wurde. Vgl. demgegenüber TERCIER, Rz. 4323. Dennoch müssen solche Klauseln im Ergebnis als gültig betrachtet werden. Vgl. zu den Gestaltungsmöglichkeiten antizipierter Mehrvergütungs-Absprachen auch SCHUMACHER, Vergütung, Rz. 664 ff.

⁷⁷ Ein vollständiger Verzicht auf Art. 373 Abs. 2 OR kann allerdings unter dem Gesichtspunkt von Art. 27 ZGB überprüft werden. Vgl. dazu auch BASK-ZINDEL/PULVER, N 34 zu Art. 373 OR.

⁷⁸ Vgl. dazu ERDIN, Rz. 539.

⁷⁹ Vgl. zur Bedeutung von Neuverhandlungsklauseln GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1134 ff.; und BURKHARDT, 35 f.

⁸⁰ Vgl. zur analogen Anwendung von Art. 373 OR für den Fall unvorhergesehener Aufwandminderungen auch Ziff. 3.1.

⁸¹ Vgl. dazu GUROVITS, 85 ff.

⁸² Vgl. dazu etwa BGE 122 III 364 E. 3b; sowie TERCIER, Rz. 4589 ff.; und HOFSTETTER, 19 ff. mit weiteren Hinweisen. Vgl. zu Engineering-Verträgen auch ENGEL, 830 f.

halt unter Werkvertragsrecht oder unter Auftragsrecht fallen⁸³. Erfolgen Planungs- und Projektmanagementleistungen im Rahmen eines umfassenden Werkvertrages (z.B. eines Totalunternehmervertrages), so ist auf sie grundsätzlich einheitlich Werkvertragsrecht anwendbar. Allerdings können nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Architektenvertrag einzelne Komponenten innerhalb eines komplexen Vertragsverhältnisses ihren Auftragscharakter bewahren⁸⁴.

Nach Art. 394 Abs. 2 OR ist im Auftragsrecht eine **Vergütung** nur geschuldet, wenn sie verabredet wurde oder üblich ist⁸⁵. IT-bezogene Leistungen dürften in der Regel auch dann kostenpflichtig sein, wenn dies nicht ausdrücklich festgehalten wurde (z.B. wenn die Vergütungspflicht im Vertrag nur lückenhaft geregelt wurde). Vor der Realisierung von IT-Projekten werden vom Leistungserbringer in der Regel mehr oder weniger eingehende technische Abklärungen getroffen⁸⁶. Dabei kann es sich um unentgeltliche Leistungen im Rahmen der Offertstellung oder um eigentliche Planungsmandate handeln. Sofern die Vergütungsansätze nicht näher bestimmt wurden, können die Grundsätze von Art. 374 OR allenfalls analog herangezogen werden⁸⁷.

Nach der wohl herrschenden Lehre sind die Regeln von Art. 373 OR bei Eintritt ausserordentlicher kostenrelevanter Verhältnisse auch auf Auftragsverhältnisse sinngemäss anwendbar⁸⁸. Hinsichtlich des Rechts auf **Vergütungserhöhung** gelten daher analoge Überlegungen wie im Werkvertragsrecht⁸⁹.

⁸³ Vgl. dazu SLONGO WAGEN, 115; sowie BK-FELLMANN, N 179 ff. zu Art. 394 OR. Handelt es sich bei Planungsunterlagen eher um schriftlich festgehaltene Beratungsergebnisse, spricht dies für die Anwendung von Auftragsrecht. Stellen sie hingegen eine selbständige Teiletappe für ein Projekt dar, drängt sich eher Werkvertragsrecht auf. Das Bundesgericht hat bei Gutachten darauf abgestellt, ob diese objektiv überprüfbar sind oder ob sie weitgehend auf subjektiven Wertungen beruhen. Vgl. BGE 127 III 328 E. 2, wo es um eine Preisschätzung ging.

⁸⁴ Vgl. dazu BGE 109 II 466 E. 3. Die Spaltung der Rechtsfolgen ist in der Literatur allerdings auf Kritik gestossen. Vgl. dazu GAUCH, Architekturvertrag, Rz. 38 ff.

⁸⁵ Vgl. zu Bestand und Bemessung der Vergütungspflicht generell BK-FELLMANN, N 362 ff. zu Art. 394 OR; und TERCIER, Rz. 4769 ff.

⁸⁶ Im Rahmen von Planungs- und Projektleitungsmandaten ist der Beauftragte oft zu einer umfassenden Kosteninformation bzw. -kontrolle verpflichtet. Vgl. zur Verletzung solcher Pflichten Ziff. 4.1.

⁸⁷ Vgl. dazu BGE 119 II 40 E. 2; sowie BasK-ZINDEL/PULVER, N 9 zu Art. 374 OR mit weiteren Hinweisen.

⁸⁸ Vgl. dazu generell BK-KRAMER, N 319 f. zu Art. 18 OR; sowie in Bezug auf IT-Verträge HEUSLER, 211.

⁸⁹ Vgl. zur Vergütungserhöhung im Werkvertragsrecht Ziff. 3.1.2.

Im Auftragsrecht⁹⁰ ist für beide Parteien eine jederzeitige **Auflösung** möglich⁹¹. Erfolgte die Beendigung ohne sachlichen Grund und wurden dem Beauftragten dadurch besondere Nachteile verursacht (Auflösung zur Unzeit), hat dieser Anspruch auf eine Entschädigung⁹². Aufwanderhö- hungen dürften generell sachliche Gründe im Sinne dieser Bestimmung darstellen. Wann eine Kostenveränderung als erheblich zu betrachten ist und daher die Unzeitigkeit der Vertragsauflösung ausschliesst, bleibt in- dessen eine Wertungsfrage. Ansprüche auf Vergütung für bereits erbrach- te Leistungen werden durch eine Auflösung nicht berührt. Im Fall von er- folgsabhängigen Honoraren sollten die finanziellen Folgen einer vorzeiti- gen Beendigung allerdings zum Voraus vertraglich geregelt werden⁹³.

3.3 Dienstleistungsverträge mit Langzeitcharakter

Auf Dienstleistungen, welche keinem anderen gesetzlichen Vertragstyp zuzuordnen sind, ist grundsätzlich **Auftragsrecht** anwendbar⁹⁴. Für War- tung⁹⁵, Rechenleistungen⁹⁶, Application Service Providing⁹⁷, Managed

⁹⁰ Ein Rücktritt ist im Werkvertragsrecht vor der Vollendung des Werks ebenfalls jeder- zeit möglich, doch ist hier im Gegensatz zum Auftragsrecht das positive Vertragsinte- resse zu leisten (Art. 377 OR). Vgl. dazu immerhin BGE 4C.393/2006 E. 3.3.

⁹¹ Art. 404 OR. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes kann dieses Recht ver- traglich nicht beschränkt werden. Vgl. BGE 115 II 464 E. 2 mit weiteren Hinweisen. Dies stösst in der Lehre allerdings zunehmend auf Kritik. Vgl. den Überblick über den Meinungsstand bei BasK-WEBER, N 9 ff. zu Art. 404 OR.

⁹² Art. 404 Abs. 2 OR; vgl. dazu auch BGE 110 II 380 E. 3b; 106 II 157 E. 2c; und 104 II 317 E. 5; sowie BK-FELLMANN, N 48 ff. zu Art. 404 OR; BasK-WEBER, N 16 zu Art. 404 OR; und TERCIER, Rz. 4816.

⁹³ Um Auseinandersetzungen über Bestand und Höhe solcher Ansprüche zu vermeiden, werden in der Praxis mitunter Pauschalentschädigungen für den Fall vorgesehen, dass es ohne Verschulden des Auftragsnehmers zu einer vorzeitigen Vertragsauflösung kommt. Die vertraglich versprochene Zahlung darf allerdings nicht erheblich höher sein als diejenige, welche dem Beauftragten bei Kündigung zur Unzeit von Gesetzes wegen zustünde. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Vereinbarung im Streitfall als verbotene Umgehung des gesetzlichen Auflösungsrechtes betrachtet wird. Vgl. dazu BasK-WEBER, N 13 zu Art. 404 OR mit Hinweisen.

⁹⁴ Art. 394 Abs. 2 OR. Vgl. dazu PIAGET, 986 ff. mit weiteren Hinweisen; sowie GAUCH, Dauervertrag, 520 ff.; und HOFSTETTER, 26 ff.

⁹⁵ Vgl. zur Rechtsnatur von Wartungsverträgen BGE 130 III 458 E. 3/4; und BGE 4C.139/2005 E. 2.2/2.3; sowie MICHAEL WIDMER, 44 ff.; WASER, 102 ff.; BARBEY, 302 ff.; BERNI, 43; und BRINER, 158 ff.

⁹⁶ Vgl. dazu BARBEY, 303, welcher von einem gemischten Vertrag mit miet- und lizen- rechtlichen Aspekten ausgeht.

Services und IT-Outsourcing⁹⁸ ist eine unmittelbare Anwendung auftragsrechtlicher Bestimmungen allerdings nicht sachgerecht, da sie sich in wesentlichen Punkten vom Grundmuster des Auftrags unterscheiden:

- Das Vertragsverhältnis ist weder auf die einmalige Erledigung einer bestimmten Aufgabe beschränkt, noch soll es jederzeit beendet werden können. Stattdessen wird im Voraus eine **längere Dauer** festgelegt – in der Regel mehrere Jahre. Sofern der Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen wird, muss allerdings ab einem gewissen Zeitpunkt eine Auflösung möglich sein⁹⁹.
- Solche Verträge haben oft nur **Rahmencharakter** und müssen durch einzelne Aufträge konkretisiert werden (z.B. Festlegung der Rahmenbedingungen in einem Wartungsvertrag und Abruf der Leistungen im Einzelfall).
- Sie umfassen mitunter **charakteristische Elemente unterschiedlicher Vertragstypen** (z.B. Erwerb von Hardware, Miete von Infrastruktur und Lizenzierung von Software im Rahmen eines einheitlichen Outsourcingvertrages).
- Der Leistungserbringer soll meistens objektiv messbare **Arbeitserfolge** erzielen (z.B. Verfügbarkeit, Übertragungsbandbreiten und Datendurchsatz).

Die Bestimmungen des Auftrags- und Werkvertragsrechts gelten daher **höchstens sinngemäss** für Dienstleistungsverträge mit Langzeitcharakter¹⁰⁰. Die werkvertraglichen Regeln zur Anpassung von fixen Vergütungen bei Eintritt unvorhersehbarer Umstände können aber auch auf solche Verträge analog angewendet werden¹⁰¹.

⁹⁷ Vgl. zu den Erscheinungsformen und zur Rechtsnatur solcher Verträge JACCARD, 149 ff.; BERGER, 667 ff.; MORSCHER, Vertragsschluss, 79; JÖRG, 293 ff.; und KRAMER, Haftung, 120.

⁹⁸ Vgl. zur Rechtsnatur von Outsourcingverträgen KRAMER, Haftung, 120; und WEBER, 125 f.

⁹⁹ Vgl. zur übermässigen Selbstbindung durch faktisch unkündbare IT-Dienstleistungsverträge BGE 4C.382/2001; sowie den Entscheid des Obergerichts Luzern vom 23.1.1989, LGVE 1989 I, 1 f.

¹⁰⁰ Vgl. BGE 4C.96/2000 E. 3; BGE 4C.382/2001; den Entscheid des Kantonsgerichts Schwyz vom 28.11.1989, SJZ 1990, 379; sowie BRÄNDLI, 93 ff.

¹⁰¹ Vgl. dazu HEUSLER, 211 mit weiteren Hinweisen.

4. Haftung für Kostenschätzungen

Vor der Bestellung aufwandabhängiger Leistungen werden oft Kostenschätzungen vorgenommen. Erweisen sich diese nachträglich als fehlerhaft, stellt sich die Frage, inwieweit der Schätzer für den Mehraufwand aufzukommen hat. In diesem Zusammenhang sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden:

- Der **Erbringer der Hauptleistung** gibt im Rahmen der Vertragsverhandlungen eine zu tiefe ungefähre Kostenschätzung¹⁰² ab¹⁰³. Dies kann Ansprüche wegen Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten auslösen¹⁰⁴.
- Der Leistungserbringer offeriert gestützt auf **unzutreffende Angaben des Leistungsbezügers** einen zu niedrigen Fixpreis. Soweit sich der Leistungserbringer auf die Angaben des sachkundigen Bestellers verlassen durfte, geht der Zusatzaufwand zu dessen Lasten¹⁰⁵. Andernfalls muss er sich auf dem Festpreis behaften lassen.
- Nachträglich eingetretene **aufwanderhöhende Faktoren** werden nicht rechtzeitig kommuniziert. Die Verletzung entsprechender Informationspflichten kann zu Schadenersatzansprüchen oder zum Verlust von Vergütungserhöhungsrechten führen¹⁰⁶.
- **Externe Berater** (z.B. Projektmanager) machen zu tiefe Kostenschätzungen. Die sich als teurer erweisende Leistung wird von Dritten erbracht. Hinsichtlich der Haftung des externen Dienstleisters kommen primär auftragsrechtliche¹⁰⁷ Bestimmungen in Betracht.

¹⁰² Auf einer verbindlichen Preisangabe ist der Leistungserbringer grundsätzlich zu behaften. Vgl. dazu allerdings Ziff. 3.1.2. Allenfalls kommt auch eine Willensmängelanzfechtung in Betracht.

¹⁰³ Vgl. zur Überschreitung von Kostenschätzungen auch Ziff. 3.1.1.

¹⁰⁴ Vgl. zu vorvertraglichen Informationspflichten Ziff. 4.1.2.

¹⁰⁵ Vgl. zur Vergütungspflicht von Zusatzaufwand, welcher vom Besteller zu vertreten ist, Ziff. 2.1.

¹⁰⁶ Vgl. zur Verletzung vertraglicher Nebenpflichten Ziff. 4.1.1.

¹⁰⁷ Vgl. zur rechtlichen Qualifikation von Beratungsmandaten Ziff. 3.2.

4.1 Haftung der Parteien des Hauptvertrages

4.1.1 Vertragliche Informationspflichten und Abmahnungsbliegenheiten

Jede Partei muss die andere über **nicht ohne weiteres erkennbare Umstände** informieren, welche für die Projektrealisierung von Bedeutung sind¹⁰⁸. Dazu gehören insbesondere auch kostenrelevante Veränderungen der ursprünglich getroffenen Annahmen¹⁰⁹.

Das Obligationenrecht unterscheidet generell zwischen **vertraglichen Nebenpflichten**, deren Verletzung Schadenersatzansprüche auslöst, und **Obliegenheiten**, deren Nichtbeachtung rechtliche Nachteile nach sich zieht. Kommt der Leistungserbringer eigenständigen Kosteninformationspflichten (z.B. über Dittleistungen) nicht rechtzeitig nach, kann ihn dies schadenersatzpflichtig machen¹¹⁰. Hinsichtlich der Berechnung des Vertrauensschadens sind die auftragsrechtlichen Regeln analog anzuwenden¹¹¹. Wenn der Leistungserbringer den Besteller nicht zeitgerecht auf unvorhergesehene aufwanderhöhende Faktoren aufmerksam macht, kann er seine Ansprüche auf eine zusätzliche Vergütung verlieren¹¹².

Obliegenheiten werden als „Pflichten minderen Grades“ betrachtet, deren Verletzung tendenziell auch weniger schwer wiegende Folgen haben soll¹¹³. Der Verlust eines Anspruchs auf Vergütungserhöhung kann indes höher wiegen als der Vertrauensschaden, welcher im Fall einer vertraglichen Informationspflichtverletzung zu ersetzen wäre. Nach der hier vertretenen Auffassung ist zumindest im Bereich der Kosteninformation eine **Annäherung der Rechtsfolgen** von Obliegenheits- und Nebenpflichtverletzungen in Betracht zu ziehen. Bei nicht rechtzeitiger Erfüllung von Informationsobliegenheiten wäre allenfalls auch ein bloss teilweiser Verlust des Vergütungserhöhungsrechts möglich.

¹⁰⁸ Dies wird aus den vertraglichen Treuepflichten abgeleitet. Vgl. dazu TERCIER, Rz. 4690.

¹⁰⁹ Vgl. dazu SCHUMACHER, Vergütung, Rz. 543 und 716 ff.

¹¹⁰ Vgl. zum Verhältnis der Schadenersatzansprüche zu Art. 375 OR TWERENBOLD, Rz. 377 ff.

¹¹¹ Vgl. zum Begriff des Vertrauensschadens Ziff. 4.1.2.

¹¹² Vgl. zum Untergang von Ansprüchen nach Art. 373 OR auch Ziff. 3.1.2.

¹¹³ Vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 101 ff.

4.1.2 Vorvertragliche Informationspflichten

Dem Abschluss von IT-Verträgen gehen oft längere Verhandlungen voraus¹¹⁴. Mit deren Aufnahme entsteht ein Rechtsverhältnis, welches durch die Pflicht zum **Verhandeln nach Treu und Glauben** geprägt ist: Jede Partei darf von der anderen erwarten, dass sie sich fair verhält. Aus diesem Fairnessgebot werden Informationspflichten abgeleitet, deren Verletzung zu Schadenersatzansprüchen führen kann: Beide Parteien müssen kostenbildende Faktoren, welche sie der anderen Partei mitteilen, gewissenhaft ermitteln. Auch ein ungefährender Kostenansatz muss sorgfältig bestimmt werden.

Hat der Leistungserbringer im Rahmen der Vertragsverhandlungen kostenbildende Faktoren unsorgfältig ermittelt und eine zu tiefe ungefähre Kostenschätzung abgegeben, so kann dies zum Abschluss eines für den Leistungsbezüger ungünstigen Vertrages führen (Eintritt eines **Vertrauensschadens**¹¹⁵). Selbst dann, wenn eine Anfechtung wegen Willensmängeln möglich wäre, hat der Irrende oft kein Interesse an der Rückabwicklung des Vertrages (z.B. im Fall von Dauerdienstleistungen oder bei IT-Projekten, in welche bereits viel eigene Ressourcen investiert wurden). Hingegen möchte er die unerwarteten Mehrkosten nicht bezahlen bzw. mit allfälligen Schadenersatzansprüchen verrechnen.

Bei sich als unzutreffend erweisenden Kostenschätzungen ist zunächst zu prüfen, ob der Leistungserbringer darauf zu behaften ist oder ob er grundsätzlich ein Recht zur Erhöhung der Vergütung hat. Im letzteren Fall kann er wegen Verletzung vorvertraglicher Nebenpflichten für den Vertrauensschaden haften. Die Rechtsnatur solcher Ansprüche ist bisher noch

¹¹⁴ Nicht selten wird schon während der Vertragsverhandlungen mit der Realisierung eines Projekts begonnen. Kommt es in der Folge nicht zu einer Einigung über die Vergütungshöhe, ist zu prüfen, ob ein mündlicher Vertrag vorliegt bzw. ob Absichtserklärungen, Vorverträge etc. den Charakter eines eigentlichen Vertrages haben. Wurde in den grundsätzlichen Punkten kein Konsens erzielt, ist das Verhältnis rückabzuwickeln (Art. 62 ff. OR). Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass ein Vorgehen nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung bei Entwicklungsprojekten zu einer Benachteiligung des Leistungserbringers führen kann. Bereits entwickelte Softwareteile können in der Regel weder von der einen noch von der anderen Partei wirtschaftlich verwertet werden, so dass dem entsprechenden Aufwand kein Gegenwert gegenübersteht. Hat der Leistungsbezüger einem vorzeitigen Beginn der Realisierung zugestimmt, muss er die finanziellen Konsequenzen mittragen. Wenn sich die Parteien zwar über die Hauptpunkte, nicht aber über Nebenpunkte geeinigt haben (z.B. Fehlen einer detaillierten Leistungsbeschreibung), so sind die Lücken einvernehmlich oder allenfalls entsprechend Art. 2 Abs. 2 OR gerichtlich zu füllen.

¹¹⁵ Vgl. zur Berechnung des Vertrauensschadens Ziff. 4.1.

nicht abschliessend geklärt: Sind die Grundsätze der *Culpa in contrahendo* oder die Regeln zur Verletzung vertraglicher Nebenpflichten im Sinn einer Vorwirkung anwendbar¹¹⁶? Diese Frage kann aufgrund der unterschiedlichen Verjährungsmodalitäten durchaus von praktischer Bedeutung sein¹¹⁷. Da der Vertrauensschaden erst durch den Abschluss eines Vertrages – zu höheren Kosten als angenommen – eintritt, rechtfertigt sich nach der hier vertretenen Auffassung eine Anwendung der vertraglichen Bestimmungen, obwohl vertragliche Nebenpflichten streng genommen erst im Zeitpunkt des Vertragsschlusses entstehen.

4.2 Haftung externer Berater

Im Zusammenhang mit der Realisierung grösserer IT-Projekte werden oft externe Berater beigezogen. Wenn diese unsorgfältige Kostenschätzungen vornehmen oder Kontrollfunktionen unzureichend wahrnehmen, können sie selbst für die Kostenüberschreitungen verantwortlich gemacht werden. Das Rechtsverhältnis zwischen Leistungsbezüger und externem Berater dürfte in den meisten Fällen **auftragsrechtlicher Natur** sein. Es ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Haftung von Architekten für Kostenüberschreitungen¹¹⁸ sinngemäss auch auf IT-Projekte anwendbar ist. Danach sind Planer für Mehraufwand haftbar, welcher durch unsorgfältige Kostenschätzung¹¹⁹ oder Kostenkontrolle¹²⁰ entstanden ist. Davon zu unterscheiden ist die Haftung für allfällige unnötige Mehrkosten durch unsorgfältige Projektbegleitung.

Kostenschätzungen sind stets mit Ungenauigkeiten behaftet. Der Beauftragte hat daher **Angaben über die Genauigkeit** seiner Schätzung und deren rechtliche Tragweite zu machen¹²¹. Beziffert er die Toleranz z.B. auf +/- 15 %, so ist bei einer Überschreitung der Kosten um mehr als 15 % Unsorgfalt zu vermuten. Falls keine Angaben über die Genauigkeit der Schätzung gemacht wurden, gehen Lehre und Rechtsprechung bei Archi-

¹¹⁶ Vgl. dazu auch BGE 102 II 81 E. 2; sowie BGE 4C.256/2005 E. 9.2.

¹¹⁷ Die Verjährung von Ansprüchen aus *Culpa in contrahendo* ist umstritten. Das Bundesgericht unterstellt sie grundsätzlich Art. 60 OR. Vgl. BGE 108 II 419 E. 5; und 101 II 266 E. 4c. BUCHER, 287 ff.; und BK-KRAMER, Allg. Einleitung vor Art. 1 OR, N 141, setzen sich hingegen für eine Verjährung nach Art. 127 OR ein.

¹¹⁸ Vgl. insbesondere BGE 119 II 251 E. 3b; 108 II 197 E. 2; sowie BGE 4C.424/2004.

¹¹⁹ Vgl. dazu im Einzelnen SCHUMACHER, Haftung, Rz. 725 ff.

¹²⁰ Vgl. dazu SCHUMACHER, Haftung, Rz. 747.

¹²¹ Vgl. dazu BGE 4C.424/2004 E. 3.2.1 und 3.2.2.

tektenverträgen davon aus, dass bei einer Kostenüberschreitung von mehr als 10 % eine Unsorgfalt des Architekten zu vermuten ist¹²². Die 10 %-Regel kann nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nicht unbesehen auf Beraterverträge im IT-Bereich angewandt werden. Es ist insbesondere zu berücksichtigen, in welcher Projektphase die Schätzung vorgenommen wurde¹²³.

Will der Leistungsbezüger das Risiko einer von ihm zu tragenden Kostenüberschreitung selbst im Rahmen der Toleranzgrenze ausschliessen, kann er eine absolute **Kostenlimite** festlegen¹²⁴. Wenn der externe Berater erkennt, dass diese voraussichtlich nicht eingehalten werden kann, hat er dies dem Auftraggeber unverzüglich mitzuteilen.

Unrichtige Kosteninformationen führen nur dann zu einem Schaden im Rechtssinn, wenn der Auftraggeber auf die Korrektheit der Kostenschätzung vertraut hat und bei richtiger Information auf finanziell nachteilige Dispositionen verzichtet hätte (**Vertrauensschaden**)¹²⁵. Es ist grundsätzlich am Auftraggeber zu beweisen, dass er sich bei korrekter Kosteninformation anders verhalten hätte (z.B. indem er das Projekt nicht realisiert oder Kosteneinsparungen vorgenommen hätte)¹²⁶. Er muss sich allfällige aufgrund der Fehlplanung entstandene Vermögensvorteile anrechnen lassen, soweit diese im Rahmen der Zweckbestimmung des Werks realisiert werden können (z.B. Verringerung von Personalkosten durch zusätzliche Softwarefunktionen, welche bei korrekter Kostenprognose nicht bestellt worden wären)¹²⁷.

Neben Schadenersatz kommt bei Schlechterfüllung allenfalls eine **Minderung von Honorarforderungen** in Betracht¹²⁸.

¹²² Vgl. dazu BGE 4C.424/2004 E. 3.2; sowie SCHUMACHER, Haftung, Rz. 759 f. und 774 ff.

¹²³ Vgl. zur analogen Problematik der Aufwanderhöhung im Werkvertragsrecht Ziff. 3.1.1.

¹²⁴ Vgl. dazu im Einzelnen BGE 4C.424/2004 E. 3.3.

¹²⁵ Vgl. dazu SCHUMACHER, Haftung, Rz. 767 ff.

¹²⁶ Vgl. dazu BGE 4C.424/2004 E. 5.1.1.

¹²⁷ Vgl. dazu BGE 128 III 22 E. 2; sowie BGE 4C.424/2004 E. 5.2 mit weiteren Hinweisen.

¹²⁸ Vgl. dazu generell BGE 124 III 423 E. 4; sowie BasK-WEBER, N 43 zu Art. 395 OR; WERRO, Rz. 1056 ff.; DERENDINGER, 436 ff.; TERCIER, Rz. 4773 ff.; SCHUMACHER, Haftung, Rz. 601 ff.; und CHAPUIS, 159 ff. Vgl. zur Honorarminderung bei Schlechterfüllung von IT-bezogenen Aufträgen HEUSLER/MATHYS, 200; sowie GUROVITS, 171 f. und 189.

5. Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

5.1 Risikoanalyse

Budgetüberschreitungen stellen ein generisches Risiko in IT-Verträgen dar, welches den meisten derartigen Projekten inhärent ist. Die Ursachen möglicher Aufwanderhöhungen sind aber durchaus projektspezifisch: Beispielsweise kann bei Softwareentwicklungsverträgen Zusatzaufwand in Zusammenhang mit ungenügend definierten Schnittstellen entstehen und bei Outsourcingprojekten können sich die Bedürfnisse von den vereinbarten Leistungen weg entwickeln.

Verträge sind ein wichtiges Mittel zur Risikobegrenzung und Risikoverteilung. Nach dem hier vertretenen Ansatz des „Legal Engineering“ sollte jedem grösseren IT-Projekt eine Risikoanalyse zugrunde gelegt und fortlaufend überprüft werden, inwieweit sich die erkannten Risiken vertraglich optimieren lassen¹²⁹. Da nicht alle Risikoquellen einzeln erfasst werden können, sollten **Verantwortlichkeitssphären der Beteiligten** definiert werden¹³⁰. In der Praxis hat sich die Arbeit mit Verantwortlichkeitsmatrizen bewährt: Die bei Vertragsschluss erkennbaren Risiken werden in einer Tabelle der einen oder anderen Vertragspartei zugewiesen. Zusätzlich ist in generellen Auffangregeln festzuhalten, wer im Fall von Lücken der Tabelle wofür einzustehen hat.

Mögliche Mehrkosten stellen lediglich eines von vielen Risiken in IT-Projekten dar. Es können aber nicht alle Risiken gleichzeitig optimiert werden. Schlimmer als eine Kostenerhöhung ist für den Leistungsbezüger oft das Scheitern des Projekts. Ist es ihm gelungen, vertragliche Regelungen auszuhandeln, welche eine Anpassung der Vergütung praktisch bei jeder Veränderung externer Faktoren ausschliessen, kann ein Vertragsbruch für den Leistungserbringer unter Umständen ökonomisch günstiger sein als die Erfüllung zum Fixpreis. Es ist daher darauf zu achten, dass auch für den Leistungserbringer **wirtschaftliche Anreize** zum erfolgreichen Abschluss des Projekts bestehen bleiben¹³¹.

¹²⁹ Vgl. dazu STRAUB, Legal Engineering, Rz. 4 ff.

¹³⁰ Zur Übernahme bestimmter Kostenrisiken kann es allerdings auch durch vertrauensverweckendes Verhalten kommen. Vgl. dazu SCHUMACHER, Vergütung, Rz. 435 ff.

¹³¹ Vgl. dazu auch RAUBER, 237.

Risiken lassen sich mit verschiedenen **vertraglichen Instrumenten**¹³² beeinflussen. Nachfolgend kann nur auf einige ausgewählte Gestaltungsmöglichkeiten hingewiesen werden¹³³. Es ist zudem zu beachten, dass vertragliche Normierungen oft interdependent sind: Auch Regeln, welche primär andere Themen betreffen, wirken sich auf das Preis-Leistungsverhältnis aus und können daher in Bezug auf eine allfällige Vergütungserhöhung relevant werden (z.B. Leistungsdefinition, Gewährleistungsmodalitäten und Vertragsauflösungsmöglichkeiten).

5.2 Kostendächer

Kostendächer sind Preisobergrenzen für variable Vergütungen. Sie betreffen stets das ganze **Preis-Leistungsverhältnis** und erfordern somit auch eine präzise Definition der umfassten Leistungen. Im Fall von Bestellungenänderungen (Zusatzbestellungen, Changes etc.) ist daher stets zu klären, ob und wie sich diese auf das Kostendach auswirken.

Kostendächer können auf verschiedene Weise **modifiziert** werden:

- Statt eine absolute Preisobergrenze zu fixieren, können **degressive Preismodelle** vorgesehen werden (z.B. soll der Leistungserbringer nach Überschreiten eines bestimmten Kostenlimits nur seine Selbstkosten verrechnen dürfen). Damit kann einerseits der Risikozuschlag¹³⁴ gesenkt werden, welcher üblicherweise in Kostendächer einkalkuliert wird. Andererseits ist die Motivation des Leistungserbringers zur Vollendung seiner Leistung bei einem solchen Preismodell tendenziell höher, als wenn er ab einem gewissen Zeitpunkt gar nichts mehr erhält. Degressive Preise können mit einem (relativ hoch liegenden) absoluten Kostendach kombiniert werden.
- Bei Leistungen, deren Aufwand schwer prognostizierbar ist, besteht eine weitere Möglichkeit zur Senkung des Risikozuschlages in der **Kom-**

¹³² In der hier verwendeten Terminologie werden alle vertraglichen Regelungsmechanismen als „Instrumente“ bezeichnet. Instrumente in diesem Sinn sind z.B. Kostendächer, Auflösungsoptionen und Indexklauseln.

¹³³ Vgl. zur besonderen Problematik variabler Preismechanismen bei Beschaffungen der öffentlichen Hand STRAUB, Beschaffung, 1338 ff.

¹³⁴ Vgl. zur Bedeutung von Risikozuschlägen auch Ziff. 1. Diese sind bei Kostendächern tendenziell höher als bei Fixpreisen, da allfällige Einsparungen sich hier nur zugunsten des Bestellers auswirken.

bination mit einem Kostensockel¹³⁵: Falls die Vertragserfüllung sich als günstiger erweist, gehen die Einsparungen zugunsten des Leistungserbringers. Dem Risiko der Kostenüberschreitung steht dann die Chance von Einsparungen gegenüber. Anstatt einen Kostensockel zu fixieren, kann auch ein **Bonus** vorgesehen werden (z.B. erhöhte Ansätze bei Unterschreiten einer bestimmten Stundenzahl).

- Oft zeigt sich erst im Lauf der Projektrealisierung, dass zusätzliche Leistungen erforderlich sind. In solchen Fällen ist das Projekt bei Erreichen des Kostendaches eventuell noch nicht abgeschlossen. Der Leistungserbringer ist zwar generell dazu verpflichtet, auf die Kostspflicht zusätzlicher oder geänderter Leistungen hinzuweisen. Es empfiehlt sich jedoch, die Informationsmodalitäten vertraglich näher zu präzisieren¹³⁶. Kostendächer werden oft durch Schwellenwerte ergänzt, bei deren Erreichen der Leistungserbringer informieren muss (**Frühwarnsystem**). Dies ermöglicht allenfalls eine Kompensation von Zusatzaufwänden durch Einsparungen.
- Komplexe Projekte sollten möglichst in Teilprojekte zerlegt werden. Auch wenn aus technischen Gründen keine Aufteilung oder Etappierung in Betracht kommt, lassen sich Grossprojekte oft zumindest rechnerisch unterteilen: Für jede logische Einheit kann ein Teilkostendach (Microbudget) und für das Gesamtprojekt ein Gesamtkostendach (Macrobudget) fixiert werden. Ist absehbar, dass ein Microbudget überschritten wird, müssen die Mehrkosten bei einem anderen wieder eingespart werden, so dass das Macrobudget nicht überzogen wird (**Microbudgetausgleich**). Wo die Einsparungen erfolgen sollen, muss allenfalls im Rahmen eines Change Management-Verfahrens konkretisiert werden. Das Microbudgeting ist vor allem für sequentiell realisierte Projekte interessant, in welchen Alternativvarianten mit unterschiedlichen Kosten bestehen. Hingegen ist es nutzlos, wenn bei einer parallelen Realisierung alle Microbudgets überschritten werden oder keine Einsparungsmöglichkeiten bestehen.

¹³⁵ Vgl. dazu HEUSLER/MATHYS, 106 f.

¹³⁶ Vgl. dazu auch Ziff. 5.4.

5.3 Instrumente zur Vergütungsanpassung

5.3.1 Senkung der Vergütung

Eine mögliche Erhöhung von Kostenfaktoren während lang dauernden IT-Verträgen kann bis zu einem gewissen Grad durch **degressive Preismodelle** kompensiert werden. Mitunter werden auch zum Voraus Regeln definiert, wie Produktivitätsgewinne aufgrund technischer Fortschritte zwischen den Parteien aufgeteilt werden. Dabei ist beispielsweise zu berücksichtigen, welche Partei Investitionen in dedizierte Hard- und Software trägt.

Bei Outsourcingdienstleistungen liegt die Schwierigkeit einer Gesamtkostenplanung für den Leistungsbezüger weniger in der Verteuerung der bestellten Leistungen als in der Gefahr, dass sich seine eigenen Bedürfnisse nach und nach vom ursprünglich definierten Scope „wegentwickeln“ und zusätzliche Leistungen erfordern („*running out of scope*“). Da sich konnexe Zusatzleistungen aus technischen Gründen mitunter nicht durch Dritte erbringen lassen, ein kurzfristiger Ausstieg aus dem gesamten Vertragsverhältnis aber kaum praktikabel ist, kann eine Abhängigkeit vom Leistungserbringer entstehen. Dem kann der Leistungsbezüger bis zu einem gewissen Grad bei der Vertragsgestaltung entgegenwirken. Dafür kommen insbesondere folgende Instrumente in Betracht:

- **Degressive Preisgestaltung** für die Grundleistungen (z.B. jährliche Reduktion der Vergütung für Gigabytes und MIPS).
- **Umsatzmengenrabatte** und gestaffelte Ansätze für Regiestundenpakete.
- Das Recht, **nicht mehr benötigte Leistungen** zu stornieren und durch neue zu ersetzen (z.B. Ersatz von Mainframe-Kapazitäten durch Rechenleistung auf anderen Systemen, wenn COBOL-Programme im Lauf der Zeit auf Java portiert werden).
- Möglichkeit zu einem **Benchmarking**¹³⁷ für den Fall, dass man sich über die Vergütung einzelner Leistungen nicht einig wird.

Bei grösseren IT-Verträgen wird oft über **Meistbegünstigungsklauseln** diskutiert, wonach der Leistungsbezüger automatisch von allfälligen günstigeren Konditionen profitieren kann, welche der Leistungserbringer Dritten einräumt. Die Durchsetzung solcher Klauseln ist jedoch mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden: Der Leistungserbringer hat

¹³⁷ Vgl. zum Benchmarking Ziff. 5.3.2.

tendenziell ein Interesse daran, die Preis-Leistungspakete der einzelnen Kunden so zu schnüren, dass sie nicht miteinander vergleichbar sind. Allfällige Kontrollrechte des Leistungsbezügers können zudem mit Geheimhaltungsvereinbarungen gegenüber anderen Kunden kollidieren.

Mit Meistbegünstigungsklauseln ist der **Vorbehalt paralleler Preiserhöhungen** verwandt: Der Leistungserbringer darf Vergütungen für standardisierte Leistungen (z.B. Softwarewartung) nur insoweit erhöhen, als eine Anpassung gegenüber allen Kunden erfolgt. Falls keine Preislisten publiziert werden, sind zur Absicherung einer solchen Abrede Kontrollrechte erforderlich (z.B. Überprüfung durch einen unabhängigen Dritten). Zudem ist zu beachten, dass eine individuelle Erhöhung grundsätzlich zulässig bleibt, soweit dafür ein besonderer Grund vorliegt (z.B. überproportionale Erhöhung des Wartungsaufwandes einer Standardsoftware, weil für den betreffenden Kunden vorgenommene individuelle Anpassungen mitgepflegt werden müssen)¹³⁸.

5.3.2 Benchmarking

Mit Benchmarkingverfahren können Preise in Langzeitverträgen periodisch an die **Marktentwicklung** angepasst werden. Veränderungen der konkreten Produktionskosten des Leistungserbringers spielen dabei keine Rolle. Dieser hat im Ergebnis das Risiko einer unterdurchschnittlich effizienten Produktion zu tragen.

Zur Ermittlung der Marktpreise stehen unterschiedliche **Methoden** zur Verfügung: Es können bei Dritten Konkurrenzofferten eingeholt werden¹³⁹ oder ein unabhängiger Benchmarker wird als Gutachter eingesetzt¹⁴⁰.

¹³⁸ Vgl. dazu auch MICHAEL WIDMER, 146.

¹³⁹ Die Ausarbeitung von Offerten für komplexe IT-Dienstleistungen ist mit erheblichem Aufwand verbunden. Holt der Leistungsbezüger sie ausschliesslich zur Bewertung des bisherigen Anbieters ein, ohne einen Wechsel zum Offerenten ernsthaft in Betracht zu ziehen, so kann er für den Aufwand aus *Culpa in contrahendo* schadenersatzpflichtig werden. Vgl. dazu BUCHER, 82; und BasK-UCHER, N 82 zu Art. 1 OR mit weiteren Hinweisen. Wird die Absicht der Verwendung zu einem Benchmarking bekannt gegeben, so besteht hingegen die Gefahr, dass die Offerenten Angebote unter den effektiven Marktpreisen machen, da sie nicht damit rechnen müssen, darauf behaftet zu werden.

¹⁴⁰ Professionelle Benchmarker vergleichen die zu bewertende Leistung mit kürzlich abgeschlossenen ähnlichen Verträgen, welche ihnen zur Kenntnis gelangt sind. Bei stark individualisierten Leistungen bzw. nicht marktgängigen Leistungspaketen besteht die Gefahr, dass es an Vergleichswerten fehlt. Im Hinblick auf die Bewertbarkeit kann von

Benchmarkingverfahren können mit erheblichen Kosten verbunden sein. Aus diesem Grund wird von einem entsprechenden Recht oft kein Gebrauch gemacht. Es ist daher von grosser Bedeutung, wer die **Kosten des Verfahrens** zu tragen hat (z.B. der Leistungserbringer, falls die Benchmarkingergebnisse zu einer Preisanpassung berechtigen, im anderen Fall aber der Leistungsbezüger). Es sollte auch geklärt werden, wer allfällige Kosten vorzuschüssen hat (z.B. diejenige Partei, welche das Benchmarking verlangt).

Die **Preisanpassungsmodalitäten** sind vertraglich zu definieren. Meistens wird nur eine Reduktion der Vergütung vorgesehen. Mitunter soll eine Anpassung erst ab einem Schwellenwert erfolgen, d.h. wenn die Vergütung um einen bestimmten Prozentsatz über dem Marktpreis liegt. Der neue Preis braucht nicht notwendigerweise mit dem ermittelten durchschnittlichen Marktpreis übereinzustimmen, sondern kann nach einer eigenen Preisanpassungsformel berechnet werden (z.B. schrittweise Senkung während eines gewissen Zeitraums).

Zudem ist zu definieren, **welche Leistungen** bzw. Leistungspakete dem Benchmarking unterliegen und **wie häufig** dieses durchgeführt werden kann (z.B. erstmals nach 2 Jahren und von da an jährlich).

5.3.3 Flexibilisierung der Vergütung

Je mehr Kostenrisiken dem Leistungserbringer überbunden werden, umso einen höheren **Risikozuschlag**¹⁴¹ muss dieser einkalkulieren. Auch der Leistungsbezüger kann daher ein Interesse an einer gewissen Flexibilisierung¹⁴² der Vergütungen nach oben haben. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn er selbst der „cheapest cost avoider“ oder der „cheapest risk insurer“ ist.

- Bei grenzüberschreitenden Verträgen sind **Währungsrisiken** zu berücksichtigen. Ein global tätiger Leistungsbezüger kann solche Risiken eventuell günstiger absichern als ein kleiner Leistungserbringer.

entscheidender Bedeutung sein, wie genau die Vergütung für einzelne Leistungen im zu bewertenden Vertrag spezifiziert wurde und ob ein Benchmarking von Einzelleistungen oder der Gesamtleistung vereinbart wurde.

¹⁴¹ Vgl. zur Problematik von Risikozuschlägen Ziff. 1.

¹⁴² Vgl. zu vertraglichen Anpassungsmechanismen generell BURKHARDT, 25 ff. und 291 ff.; vgl. zur vertraglichen Konkretisierung von Art. 373 Abs. 2 OR auch Ziff. 3.1.2.

- Für **Mehrwertsteuererhöhungen** ist der Leistungsbezüger „cheapest cost avoider“, wenn er diese durch Vorsteuerabzug wieder ausgleichen kann. In grenzüberschreitenden Vertragsverhältnissen kann eine sachgerechte Risikoverteilung allerdings eine eingehende Analyse erfordern.
- Währenddem maschinenbezogene Leistungen (z.B. Speicherplatz, Rechenleistungen oder Übertragungsbandbreiten) tendenziell immer günstiger werden, verteuern sich personenbezogene Leistungen im Lauf der Zeit – insbesondere solche, welche vor Ort erbracht werden müssen und nicht in Billiglohnländer ausgelagert werden können. Solche Leistungen werden daher mitunter an einen **Teuerungsindex** gebunden (z.B. Konsumentenpreisindex). Die Koppelung mit einem Index hat den Vorteil der einfachen Handhabbarkeit. Da es keine spezifischen Indizes für IT-Leistungen gibt, wird aber nicht unbedingt die reale Kostenentwicklung abgebildet (z.B. erhöhten sich die Stundenansätze von COBOL-Programmierern vor der Jahrtausendwende aufgrund des Bedarfs an Spezialisten zur Behebung von Jahr-2000-Problemen vorübergehend überproportional).
- Durch „**Gleitklauseln**“ kann eine Anpassung an veränderte Einkaufspreise vorgesehen werden¹⁴³.
- Bei Dauerdienstleistungen mit fixer Vergütung wird oft ein generelles **Preiserhöhungsrecht nach Ablauf einer bestimmten Dauer** vorgesehen. Dieses kann wiederum limitiert werden, z.B. indem zum Voraus Obergrenzen festgelegt werden, die Erhöhung vom Nachweis aufwanderhöhender Faktoren oder von einem generellen Preisaufschlag gegenüber allen Kunden¹⁴⁴ abhängig gemacht wird.
- Die **Wartung individuell angepasster Standardsoftware** ist für den Leistungserbringer umso aufwändiger, je mehr kundenspezifische Modifikationen mitgepflegt werden müssen. Zusatzbestellungen fallen grundsätzlich in die Verantwortungssphäre des Leistungsbezügers. Der Leistungserbringer hat aber oft einen Ermessensspielraum, welche Modifikationen er in das nächste Release der Standardversion einfließen lassen will. Wenn vorgesehen wird, dass die Wartungsgebühr entsprechend dem Individualisierungsgrad steigt, ist bei jeder Zusatzbestellung zum Voraus zu definieren, inwieweit sie eine Erhöhung der Wartungsgebühr zur Folge hat.

¹⁴³ Vgl. dazu im Einzelnen GAUCH, Werkvertrag, Rz. 534.

¹⁴⁴ Vgl. zur Gleichbehandlung bei Preiserhöhungen Ziff. 5.3.1.

Vergütungserhöhungsrechte sind mit den **Vertragsauflösungsmöglichkeiten** zu koordinieren (z.B. Kündigungsrecht nach Ankündigung einer Preiserhöhung). Bei Wartungsverträgen erhält der Leistungsbezüger mitunter auch das Recht, aus dem Releasezyklus des Herstellers auszusteigen und auf eine rein aufwandabhängige Wartung seiner bisherigen Version umzusteigen.

5.4 Vertragsvollzug

Ansprüche auf Vergütungserhöhungen werden oft durch zusätzlich erforderliche Leistungen begründet. Diesem Risiko kann der Leistungsbezüger bereits bei Vertragsschluss bis zu einem gewissen Grad durch eine **funktionale Leistungsbeschreibung mit Vollständigkeitsklausel** entgegenwirken¹⁴⁵.

Um Überraschungen des Leistungsbezügers zu vermeiden und für den Leistungserbringer Klarheit zu schaffen, in welchem Zeitpunkt, worüber und in welcher Tiefe zu informieren ist, sollten IT-Verträge detaillierte **Kosteninformationsmechanismen** enthalten (z.B. periodische Information über den bisher aufgelaufenen und noch zu erwartenden Aufwand und zusätzliche Information bei Changes und beim Eintritt ausserordentlicher kostenrelevanter Umstände). Zudem sollte vertraglich ein niederschwelliges Verfahren vorgesehen werden, um allfällige Auseinandersetzungen frühzeitig zu erkennen und zu lösen (Claim Management mit Eskalationsprozedere)¹⁴⁶.

Der Leistungsbezüger kann die **Kostenkontrolle** nicht vollständig an den Leistungserbringer delegieren. Er muss Abrechnungen und Kosteninformationen selbst mit den ursprünglich vereinbarten Beträgen vergleichen und rechtzeitig gegen Überschreitungen von Kostenschätzungen protestieren¹⁴⁷. Dies tönt trivial, kann in der Praxis aber mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden sein, wenn Bestellungsänderungen bzw. ihre finanziellen Auswirkungen nicht klar dokumentiert wurden.

Fehlfunktionen von Informationssystemen werden oft durch Interaktionen und Schnittstellenprobleme verursacht. Mitunter zeigt sich erst nach

¹⁴⁵ Vgl. zur funktionalen Leistungsbeschreibung SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Rz. 700 ff.; vgl. zur Vollständigkeitsklausel GAUCH, Werkvertrag, Rz. 909.

¹⁴⁶ Vgl. dazu STRAUB, Informatikrecht, 60. Mitunter wird vertraglich die Einholung eines Schiedsgutachtens für den Fall von Auseinandersetzungen vorgesehen. Vgl. zu Schiedsgutachten und deren Anfechtungsmöglichkeit HÜRLIMANN, 403 ff.

¹⁴⁷ Vgl. dazu Ziff. 3.1.1.

eingehenden Abklärungen, welche Komponente ein Problem verursacht hat. Daher sollte von Anfang an möglichst präzise definiert werden, inwieweit der Leistungserbringer **Kompatibilität mit Fremdprodukten** (insbesondere mit vorbestehenden Elementen eines Informationssystems und der IT-Infrastruktur) garantiert. Für Suche und Behebung von Fehlfunktionen, welche durch Komponenten ausserhalb der Verantwortung des Leistungserbringers verursacht wurden, hat grundsätzlich der Leistungsbezüger aufzukommen. Immerhin kann eine Kosteninformationspflicht bestehen, sobald absehbar wird, dass eine Mangelursache nicht vom Leistungserbringer zu vertreten ist.

Bei Dienstleistungsverträgen mit Dauercharakter kann eine allfällige **Leistungseinstellung** (z.B. Abschalten von Servern) zu schweren Schädigungen des Leistungsbezügers führen¹⁴⁸. Für den Fall, dass sich die Parteien über die Zulässigkeit von Vergütungserhöhungen streiten, sollte daher eine andere Lösung gefunden werden¹⁴⁹. In zeitkritischen Vertragsverhältnissen wird mitunter ein genereller Verzicht auf Leistungsverweigerungsrechte vorgesehen. Allerdings fragt sich, ob Art. 82 OR vollständig wegbedungen werden kann¹⁵⁰.

Den Interessen beider Parteien kann in den meisten Fällen mit einer **Hinterlegungsmöglichkeit** Rechnung getragen werden: Der Leistungsbezüger hat den strittigen Teil der Vergütung mit befreiender Wirkung auf ein Sperrkonto zu bezahlen. Anschliessend ist im Rahmen eines Eskalationsverfahrens – falls keine einvernehmliche Lösung möglich ist, gerichtlich oder schiedsgerichtlich – zu bestimmen, an welche Partei die hinterlegten Gelder herauszugeben sind.

Durch geeignete Massnahmen können Kostenrisiken zwar nicht vollständig eliminiert, aber immerhin deutlich reduziert werden. Die Checkliste im Anhang soll dazu praktische Anregungen geben.

¹⁴⁸ Schädigungen des Leistungsbezügers lassen sich auch durch Vorwarnungen nicht immer vermeiden. Beispielsweise ist für das Backsourcing eines Informationssystems in der Regel ein von langer Hand und unter Mithilfe des Leistungserbringers vorbereitetes Migrationsprojekt erforderlich.

¹⁴⁹ Vgl. dazu ERDIN, N 537. Wenn eine einseitige Leistungseinstellung zu gravierenden Schäden des Vertragspartners führen kann, sollte der Leistungserbringer ausnahmsweise auch aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben verpflichtet sein, gewisse Leistungen aufrecht zu erhalten (z.B. dürfte ein Outsourcingprovider bei Auseinandersetzungen über Zusatzkosten für Informationssicherheit nicht ohne weiteres Firewalls abschalten).

¹⁵⁰ Art. 82 OR ist zwar grundsätzlich dispositiver Natur, die Rechtsstellung des Verzichtenden darf aber nicht unbillig verschlechtert werden. Vgl. dazu BasK-LEU, N 2 zu Art. 82 OR; sowie BGE 117 II 604 E. 4.

Anhang: Checkliste

Die vorliegende Checkliste geht von der Interessenlage der Leistungsbezüger bei Entwicklungs- und Dienstleistungsverträgen aus. Sie erhebt jedoch keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit. Es ist zu beachten, dass **vertragliche Instrumente oft interdependent** sind: Auch Regeln, welche primär andere Punkte betreffen (z.B. Leistungsdefinition, Gewährleistungsmodalitäten und Vertragsauflösungsmöglichkeiten), wirken sich auf das Preis-Leistungsverhältnis aus und können daher bei der Frage einer Vergütungserhöhung relevant werden.

Definition der Vertragsleistungen

- In Offertanfragen festhalten, welche **Angaben des Leistungsbezügers** durch den Leistungserbringer überprüft werden müssen
- Präzise Definition der zu erbringenden Leistungen
 - Eventuell funktionale Leistungsbeschreibung mit Vollständigkeitsklausel
 - Definition von Verantwortungssphären (z.B. Verantwortlichkeitsmatrix mit Auffangregeln)
- Recht zur **Leistungsänderung** und zum Verzicht auf nicht mehr benötigte Leistungen → Verfahren definieren
- Wenn möglich **Unterteilung** des Projekts in selbständige Etappen

Vergütung

- Genaue Zuordnung der einzelnen Leistungsarten zu **fixen oder variablen Vergütungen**, Auffangregeln für nicht erwähnte Leistungen
- Eventuell **mehrstufige Kostenbestimmung** bei schwer abschätzbarem Aufwand (z.B. vorläufige Kostenschätzung, Erarbeitung von Detailspezifikationen nach Aufwand und anschliessend Vereinbarung eines Fixpreises)
- **Leistungen nach Aufwand**
 - Anforderungsprofile für Leistungen nach Stunden- oder Tagessätzen
 - Anforderungen an Nachweis des Aufwandes
- **Kostenschätzungen**
 - Toleranzangaben → Auswirkungen auf Haftung und Verschuldensvermutung klären

- Anhaltspunkte, wann eine Überschreitung als übermässig im Sinn von Art. 375 OR anzusehen ist
- Eventuell absolute Kostenlimiten
- **Kostendächer**
 - Präzise Definition der erfassten Leistungen
 - Frühwarnmechanismen (Information beim Erreichen bestimmter Schwellenwerte)
 - Microbudgetausgleich bei seriellen Teilprojekten mit Kosteneinsparungsmöglichkeiten
 - Incentives zur Vertragserfüllung (z.B. nichtlineare Ansätze je nach aufgelaufenem Aufwand)
 - Bei jeder Bestellungsänderung Auswirkungen auf das Kostendach definieren
- **Fixpreise**
 - Anhaltspunkte zur Konkretisierung von Art. 373 OR (z.B. massgebende Berechnungsgrundlagen, Verfahren zur aussergerichtlichen Klärung, Ausschluss der Vertragsauflösung)
 - Eventuell Substitutionsrecht für verteuerte Drittleistungen
 - Verteilung von Kosteneinsparungen/Effizienzgewinnen
 - Berücksichtigung von Währungsrisiken
 - Eventuell Indexierung von Arbeitsleistungen
- Tragung von **Nebenkosten** (z.B. Spesen, Gebühren, Umsatzsteuern → Folgen einer allfälligen Erhöhung von Mehrwertsteuersätzen klären)
- Limitierung allfälliger genereller **Preiserhöhungsrechte** (insbesondere bei Dauerdienstleistungsverträgen)
 - Periodizität (wann erstmals, wann erneut?)
 - Eventuell Erhöhung nur bei Veränderung von Kostenfaktoren (bei Wartungsverträgen z.B. nach Individualisierung der Software) → Anforderung an Nachweis definieren
 - Eventuell Abhängigkeit von parallelen Preiserhöhungen gegenüber allen (vergleichbaren) Kunden → Überprüfungsmöglichkeit
 - Koordination mit Vertragsauflösungsmöglichkeiten
- **Umsatzmengenrabatte** für Zusatzbestellungen/Regieleistungen
- Eventuell **Benchmarking** standardisierter Leistungen
 - Art der Durchführung
 - Zu vergleichende Leistungen (z.B. Aufschlüsselung von Leistungspaketen)

- Verteilung der Verfahrenskosten und allfällige Kostenvorschusspflicht
- Periodizität
- Anpassungsformel
- **Zahlungsplan:** erfolgsabhängige Teilzahlungen, Garantierückbehalt
- **Verbot der Leistungseinstellung** bei Auseinandersetzungen über Vergütungshöhe, Hinterlegungsmöglichkeit von Zahlungen mit befreiender Wirkung → Herausgabeverfahren definieren

Vertragsdurchführung

- **Kosteninformationspflichten** (z.B. periodische Information über bisher aufgelaufenen und noch zu erwartenden Aufwand, Hinweis auf Kostenpflicht bei Zusatzleistungen)
- Allfällige **Kontrollrechte** des Leistungsbezügers (z.B. Einsicht in Abrechnungen von Subunternehmern)
- Form des Abrufs von **Mitwirkungspflichten** des Leistungsbezügers (z.B. nur schriftlich oder zuhänden des Protokolls gemeinsamer Claim Management-Sitzungen)
- Vergütungspflicht von **Aufwand in Zusammenhang mit der Vertragserfüllung** (z.B. Abklärungen in Zusammenhang mit Bestellungsänderungen, Teilnahme an Claim Management- und Abnahmeverfahren)
- **Change Management-Verfahren** zur Leistungsänderung
 - Verfahren inkl. Eskalationsprozedere
 - Auswirkung von Leitungsänderungen auf Kosten (auch auf spätere Wartungskosten)
 - Tragung der Kosten des Change Management-Verfahrens
- **Dokumentation** aller kostenrelevanten Umstände (z.B. welche potenziellen Kostenerhöhungsfaktoren bei Vertragsschluss diskutiert wurden, wann Abmahnungen stattgefunden haben und welche Leistungsanpassungen vereinbart wurden)
- Effektive **Wahrnehmung der Kostenkontrolle**

Vorzeitige Vertragsbeendigung

- Eventuell **Option zum Vertragsausstieg** zu einem im Voraus bestimmbaren Preis

- **Folgen** der Vertragsauflösung (z.B. erfolgsabhängige Vergütungen, Eigentums- und Immaterialgüterrechte an bereits vorhandenen Werkteilen etc.)
- Falls Beendigung einzelner Vertragsteile möglich ist: **Auswirkung** auf die übrigen Vertragsteile definieren (z.B. Cross Default konnexer Einzelverträge)

Literaturverzeichnis

- BARBEY, RICHARD: Les contrats informatiques, SJ 1987, 289.
- BERGER, MATHIS: ASP: ein neues Geschäftsmodell als Herausforderung für das Recht?, sic! 2002, 667.
- BERNI, MARKUS: Beschaffung und Wartung von Hardware, in: JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER (Hrsg.): Internet-Recht und IT-Verträge, Bern 2005, 17.
- BISCHOFF, JACQUES: Vertragsrisiko und *clausula rebus sic stantibus*, Diss., Zürich 1982.
- BRÄNDLI, THOMAS: Outsourcing; Vertrags-, Arbeits- und Bankrecht, Diss., Bern 2000.
- BRINER, ROBERT G.: Software-Wartungsverträge, in: JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER (Hrsg.): Internet-Recht und IT-Verträge, Bern 2005, 129.
- BUCHER, EUGEN: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1988.
- BÜHLER, THEODOR (ZK-BÜHLER): Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Teilband V/2d, Kommentar zu den Art. 363-379 OR, Zürich 1998.
- BURKHARDT, MARTIN: Vertragsanpassung bei veränderten Umständen in der Praxis des schweizerischen Privatrechts, Diss., St. Gallen 1996.
- CHAPUIS, OLIVIER: Responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat, Diss., Neuenburg 2005.
- DERENDINGER, PETER: Die Nicht- und nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Freiburg 1990.
- ENGEL, PIERRE: Contrats de droit suisse; traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, Bern 2000.
- ERDIN, RETO: Unvorgesehenes beim Werkvertrag mit Festpreis: zur Tragweite von Art. 373 Abs. 2 OR, Diss., St. Gallen 1997.
- FELLMANN, WALTER (BK-FELLMANN): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Kommentar zu Art. 394-406 OR, Bern 1992.
- FRÖHLICH-BLEULER, GIANNI: Softwareverträge; System-, Software-Lizenz- und Software-Pflegevertrag, Bern 2004.
- GAUCH, PETER (Architekturvertrag): Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA-Ordnung 102, in: GAUCH, PETER/TERCIER, PIERRE (Hrsg.): Das Architektenrecht, Freiburg 1995, 1.
- GAUCH, PETER (Werkvertrag): Der Werkvertrag, Zürich 1996.
- GAUCH, PETER (Dauervertrag): Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR, SJZ 2005, 520.
- GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R./SCHMID, JÖRG: Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, Zürich 2003.
- GUROVITS, ANDRÁS: EDV-Beratungsverträge, Diss., Zürich 1993.
- HEUSLER, BERNHARD: Change Management, in: JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER (Hrsg.): Internet-Recht und IT-Verträge, 8. Tagungsband, Bern 2006, 205.
- HEUSLER, BERNHARD/MATHYS, ROLAND: IT-Vertragsrecht; praxisorientierte Vertragsgestaltung in der Informationstechnologie, Zürich 2004.
- HÖHN, JAKOB: Die Vertragsbeziehungen zwischen EDV-Anbieter und EDV-Anwender bei der gemeinsamen Entwicklung von Branchensoftware, Diss., Zürich 1990.

- HOFSTETTER, JOSEF: Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, SPR Band VII/6, Basel/Genf/München 2000.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Basel/Frankfurt am Main 2003.
- HÜRLIMANN, ROLAND: Schiedsgutachten und deren Anfechtung, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich 2005, 401.
- JACCARD, MICHEL: Les contrats de fourniture de services d'application, in: BAGNOUD, RAPHAËL/DALLEVES, LAURE (Hrsg.): Internet 2005, Lausanne 2006, 149.
- JÖRG, FLORIAN S.: Application Service Providing-Vertrag, in: JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER (Hrsg.): Internet-Recht und IT-Verträge, Bern 2005, 285.
- KRAMER, ERNST A. (BK-KRAMER): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986.
- KRAMER, ERNST A. (Haftung): Haftung für IT-Dienstleistungen; privatautonome Risiko-steuerung und rechtliche Rahmenordnung bei komplexen Langzeitverträgen, in: SUTTER-SOMM, THOMAS/HAFNER, FELIX/SCHMID, GERHARD/SEELMANN, KURT (Hrsg.): Risiko und Recht; Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel/Genf/München/Bern 2004, 113.
- MORSCHER, LUKAS: Softwareüberlassungsverträge, Teil I: Vertragsschluss, Rechtseinräumung, Typisierung, Anknüpfung, in: TRÜEB, HANS RUDOLF (Hrsg.): Softwareverträge; Referate der Tagung der Stiftung für juristische Weiterbildung Zürich vom 11. November 2003, Zürich 2004, 61.
- PIAGET, EMMANUEL: Les règles du mandat face aux contrats innommés; analyse conceptuelle et typologique du contrat de mandat, AJP 2005, 986.
- RAUBER, GEORG: IT-Projektvertrag, in: JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER (Hrsg.): Internet-Recht und IT-Verträge, 5. Tagungsband, Bern 2005, 221.
- SCHUMACHER, RAINER (Haftung): Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: GAUCH, PETER/TERCIER, PIERRE (Hrsg.): Das Architektenrecht, Freiburg 1995, 113.
- SCHUMACHER, RAINER (Vergütung): Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Freiburg 1998.
- SCHUMACHER, RAINER (Vertragsgestaltung): Vertragsgestaltung; Systemtechnik für die Praxis, Zürich 2004.
- SLONGO WAGEN, DORIS: Der Softwareherstellungsvertrag, Diss., Zürich 1991.
- STRAUB, WOLFGANG (Informatikrecht): Informatikrecht; Einführung in Softwareschutz, Projektverträge und Haftung, Bern/Zürich 2004.
- STRAUB, WOLFGANG (Legal Engineering): Legal Engineering – eine neue Disziplin, Jusletter vom 24. Mai 2004.
- STRAUB, WOLFGANG (Beschaffung): Beschaffung komplexer Leistungen zwischen Vertragsfreiheit und Beschaffungsrecht, AJP 2005, 1330.
- STRAUB, WOLFGANG (Gewährleistung): Gewährleistung und Haftung aus IT-Verträgen, in: JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER (Hrsg.): Internet-Recht und IT-Verträge, 8. Tagungsband, Bern 2006, 227.
- TERCIER, PIERRE: Les contrats spéciaux, Zürich 2003.
- THÉVENOZ, LUC/WERRO, FRANZ (Hrsg.) (CR-BEARBEITER): Commentaire Romand, Code des obligations I (art. 1-529 CO), Genf/Basel/München 2003.
- TWERENBOLD, THOMAS: Der „unverbindliche“ Kostenvoranschlag beim Werkvertrag, Diss., St. Gallen 2000.
- WASER, URS: Der Computerwartungsvertrag, Diss., Zürich 1980.

- WEBER, ROLF H.: Haftungsgrundlagen beim IT-Outsourcing, in: WEBER, ROLF H./BERGER, MATHIS/AUF DER MAUR, ROLF (Hrsg.): IT-Outsourcing, Zürich 2003, 117.
- WERRO, FRANZ: Le mandat et ses effets; une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations, analyse critique et comparative, Freiburg 1993.
- WIDMER, MICHAEL: Der Softwarepflegevertrag, Diss., Zürich 2000.
- WIDMER, URSULA: Risikofolgeverteilung bei Informatikprojekten, Haftung für Softwaremängel bei Planung und Realisierung von Informationssystemen, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsnatur des Entwicklungsvertrags für Informationssysteme, Diss., Bern 1990.