

Europa Institut an der Universität Zürich
3. Tagung zur Vertragsredaktion
Softwareverträge vom 09.04.2014

Der Software-Entwicklungsvertrag

Wolfgang Straub



Überblick

- > Software Engineering und Legal Engineering
- > Interessen-, Chancen- und Risikoanalyse
- > Vertragliche Strategien und Instrumente
- > Qualitätssicherung

Software Engineering und Legal Engineering

Was Softwareentwicklungsverträge regeln:

- > Leistungsbeschreibung
- > Prozesse/Abläufe/Konfliktlösungsmechanismen
- > Risikoverteilung
- > ...

Software Engineering und Legal Engineering

Was ist Legal Engineering?

- > **Vorgehensmethodik**
- > zur **Gestaltung von Rechtsverhältnissen**
- > **mithilfe von** vertraglichen Instrumenten

Legal Engineering in diesem Sinn ist wertneutral.

Interessen-, Chancen- und Risikoanalyse

Analyse der Interessenlage

- > Welche **Ziele** werden mit dem Projekt verfolgt?
- > Welche **Interessen** haben die einzelnen Beteiligten?
- > Welche wirtschaftlichen **Incentives** gibt es?
(z.B. Wo hat der Anbieter die grösste Marge?
Wofür erhalten Mitarbeiter Boni?)

Interessen-, Chancen- und Risikoanalyse

Analyse der Chancen und Risiken

- > Welche **Chancen und Risiken** sind für die Parteien mit dem Vorhaben verbunden?
- > Wer kann die Risiken am besten **beeinflussen**?
„Who is the cheapest risk avoider/risk insurer?“
- > Wie können diese vertraglich **optimiert** werden (reduzieren, Auswirkungen begrenzen, überwälzen)?

Vertragliche Risikoanalyse mit dem Risk Management des Projekts abstimmen!

Interessen-, Chancen- und Risikoanalyse

Generische Risiken, z.B.:

- > Streit über Leistungsinhalt
- > Verspätung
- > Schlechterfüllung
- > Veränderung der eigenen Bedürfnisse
- > Insolvenz des Vertragspartners

Spezifische Risiken, z.B.:

- > Schnittstellenprobleme
- > Datenschutz
- > Veränderungen bestimmter Kostenfaktoren

AD & P

7

Interessen-, Chancen- und Risikoanalyse

Trend	Beschreibung Risiko	Probability	Impact	Risiko faktor	Massnahmen
↑	Verspätung	3	4	12	Milestones mit Konventionalstrafen, periodisches Informationsverfahren
↓	Kostenerhöhung	3	3	9	KD mit Frühwarnung, Vertragswahrung CHF, Kosteninformation
→	Scheitern Abnahme XY	3	3	9	Vorabnahme, Vertragsauflösungsmöglichkeit
→	Insolvenz	3	3	9	Konzerngarantie, Escrow
NEU	Koordination Teilprojekte X und Y	3	3	9	Account/Claim Management Verfahren, Integrationsabnahme
↑	Management der Abhängigkeiten und Abgrenzungen mit anderen Projekten	3	2	6	Koordinationsmeetings, Definition von Schnittstellen

Probability: Wahrscheinlichkeit dass ein Risiko eintritt (1: tief, 2: eher tief, 3: eher hoch, 4: hoch)

Impact: Auswirkung falls das Risiko eintritt (1: tief, 2: eher tief, 3: eher hoch, 4: hoch)

Risikofaktor: Multiplikation aus Probability und Impact

Trend: ↑ Risiko ist grösser geworden → Risiko ist konstant geblieben ↓ Risiko ist kleiner geworden

AD & P

8

Interessen-, Chancen- und Risikoanalyse

Streit über Spezifikationen

- > **Funktionale Leistungsbeschreibung** oder Agile Methodik
- > **Document of Common Understanding** zur Bereinigung von Widersprüchen zwischen Offerte und Pflichtenheft
- > Konkretisierung durch **Account/Claim Management**
- > Einbezug von **Standards** und **Best Practices**
- > **Eskalationsverfahren**

Interessen-, Chancen- und Risikoanalyse

Mangelhafte Vertragserfüllung

- > **Präzise Leistungsbeschreibung** und Verfahren zu deren fortlaufenden Konkretisierung
- > **Informationspflichten**, Reviews, Kontrollrechte
- > **Abnahmeverfahren**
- > Erfolgsabhängige **Zahlungsvoraussetzungen**, Garantierückbehalte
- > **Haftung**, Konventionalstrafen, Boni/Mali
- > **Auflösungsmodalitäten**

Interessen-, Chancen- und Risikoanalyse

Veränderung der Kundenbedürfnisse

- > **Change Management** mit Eskalationsverfahren
- > (Teil-)**Auflösungsoptionen**
- > **Optionale Regiestundenpakete**

Interessen-, Chancen- und Risikoanalyse

Investitionsschutz

- > **Erfolgsabhängige Zahlungen**/Garantierückbehalt
- > **Mindestwartungsdauer**
- > **Änderungsrechte**, Herausgabe/Escrow von Sourcecode, Dokumentationen etc.
- > Verpflichtung zur **Migrationsunterstützung**
- > Upgradekonditionen
- > **Release Management**, Unterstützung von Schnittstellen

Interessen-, Chancen- und Risikoanalyse

Nichtbeachtung des Vertragswerks

- > **Verständlichkeit** des Vertragstextes
- > Abstimmung mit **Projektmanagement**
- > **Vertragsinformationssystem** (Zugang, Versionierung, Dokumentation)
- > **Account/Claim Management Verfahren**
- > **Auffangregeln im Vertrag**
- > **Vertragscontrolling**
- > **Checkliste** zum Vertragsvollzug

Interessen-, Chancen- und Risikoanalyse

Vielen Risiken stehen auch **Chancen** gegenüber:

- > **Kosteneinsparungen**
- > Erhöhte **Leistungsfähigkeit** der Software
- > **Raschere Realisierung** als ursprünglich geplant
- > Möglichkeit zur flexiblen **Weiterentwicklung**
- > Möglichkeit zur **Weitervermarktung** von Individualentwicklungen

Im Vertrag können Anreize (Incentives) für die Realisierung solcher Chancen gesetzt werden (z.B. Boni, Kickbacks).

Strategien und Instrumente

Abgrenzung von Verantwortlichkeitssphären

z.B. RACI-Matrix mit subsidiären Auffangregeln

Projektaktivitäten	Verantwortlichkeit	
	Leistungs- erbringerin	Bestellerin
Disasterbackup <ul style="list-style-type: none">• Erstellen Drehbuch• Test	A/V M	M A/V
Netzwerk <ul style="list-style-type: none">• Physikalischer Connectivityaufbau• Neukonfigurierung Firewalls• Installationen und Anschlüsse Kundennetzwerk• Neuverkabelung Backupstandort	A/V A/V A/V A/V	I M M K

Legende

A Ausführung M Mitarbeit V Verantwortung K Konsultation I Information

AD & P

15

Strategien und Instrumente

Flexibilisierung des Vertragswerks

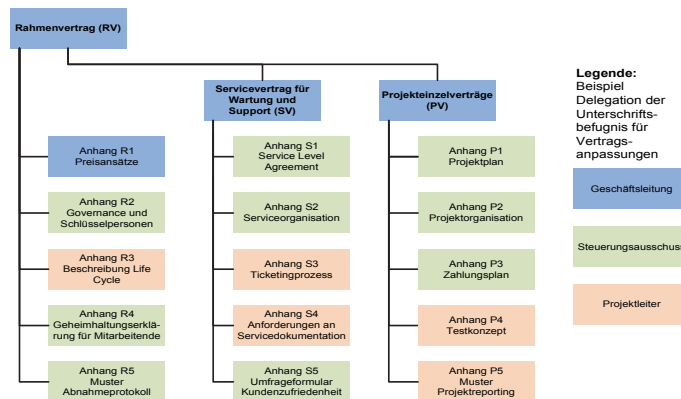
- > Prozessorientiertes statt spezifikationsorientiertes Vertragsdesign
- > Account/Claim Management Verfahren zum frühzeitigen Erkennen von Problemen
- > Strukturiertes Change Management Verfahren zur Anpassung der Vertragsbestimmungen

AD & P

16

Strategien und Instrumente

Flexibilisierung des Vertragswerks



AD & P

17

Strategien und Instrumente

Formalisierung

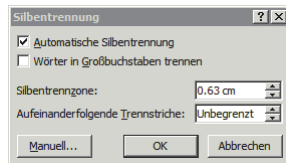
- > Form von **Vertragsänderungen**. Achtung: auf Formvorbehalte kann auch formlos verzichtet werden! Der Verzicht muss aber im Streitfall bewiesen werden.
- > Abgabe von **Willenserklärungen** (z.B. Konkretisierung und Abmahnung von **Mitwirkungspflichten**) nur durch eingeschriebenen Brief/E-Mail an eine bestimmte Adresse.
- > **Pflichttraktanden** von Account Meetings (z.B. Thematisierung der Konformität mit Zeit- und Kostenplänen)
- > **Protokollierung** von Abnahmen etc.

AD & P

18

Strategien und Instrumente

„Drafting by default“



Strategien und Instrumente

„Drafting by default“

Möglichst viele Fragen auf höchster Ebene regeln (z.B. im Rahmenvertrag), damit sie später nicht mehr verhandelt werden müssen.

« ...sofern im Einzelvertrag nicht anders vereinbart, erfolgt ein Garantierückbehalt von 10% während 3 Monaten... »

Strategien und Instrumente

„Limitierungen“

«Mängel sind innert angemessener Frist – **welche 30 Tage nicht übersteigt** – zu beheben.»

Strategien und Instrumente

„Limitierungen“

«Die Konventionalstrafe beträgt pro Verspätungstag 1 Promille, insgesamt aber höchstens 10 Prozent der Gesamtvergütung...»

Wie hoch ist die 'Gesamtvergütung'?

- > Betrag vertraglich fixieren

Strategien und Instrumente

„Sampling“

Der ‚Teufel steckt im Detail‘

- > Abnahmeprotokolle, Eingabemasken für Fehlermeldungen, Ticketingprozesse etc. als **Muster in Vertragsanhang** aufnehmen.
- > Verfahren zur Erarbeitung von noch nicht vorhandenen Vertragsanhängen definieren und z.B. Inhaltsverzeichnis bereits beifügen

Strategien und Instrumente

Sach- und Kostenfragen trennen

„Mängel sind mit folgenden Prioritäten zu beheben:“

Priorität	Behebungszeit
P1	2 Arbeitsstunden
P2	8 Arbeitsstunden
P3	5 Arbeitstage
P4	mit dem nächsten Release

Wer entscheidet über die Priorisierung der Mangelbehebung?

Strategien und Instrumente

Sach- und Kostenfragen trennen

- > **Bestellerin gibt Priorität vor**
- > Wenn die Unternehmerin damit nicht einverstanden ist, so hat sie dies schriftlich mitzuteilen
- > Die Bestellerin entscheidet abschliessend über Priorisierung
- > Die Behebung erfolgt mit der von der Bestellerin vorgegebenen Priorität
- > Falls sie eine raschere als vertraglich geschuldete Behebung verlangt hat, bezahlt sie Zusatzaufwand
- > Über diese **Frage einer zusätzlichen Vergütung** wird im Rahmen des **Eskalationsverfahrens** entschieden

Qualitätssicherung

Erstellen einer Checkliste zum Vertragsvollzug

Parallel zum Entwerfen und Verhandeln der Vertragsentwürfe wird eine Checkliste zum Vertragsvollzug erstellt.

- > Defaultregelungen zulasten der eigenen Partei
- > Fristen für die Prüfung oder Vornahme von Handlungen (z.B. Kündigungstermine)
- > Nützliche Informationen für Personen, welche später mit dem Vertragswerk arbeiten werden
- > ...

Qualitätssicherung

Use Case Analyse

- > Das Projektteam erarbeitet eine Anzahl von Szenarien: (z.B. Scheitern von Abnahmen, Verspätung, Gewährleistung)
- > Anhand des Vertragsentwurfs werden die Szenarien durchgespielt
- > Gegebenenfalls werden der Vertragsentwurf und die Checkliste zum Vertragsvollzug ergänzt

Fragen, Anregungen, Kritik?

Dr. Wolfgang Straub, LL.M.
Augsburger Deutsch & Partner
Effingerstrasse 17
Postfach 5860
3001 Bern

+41 31 381 44 25
wolfgang.straub@ad-p.ch

www.ad-p.ch
www.it-recht.ch