

ICT – Recht und Praxis, 28. September 2022

## **Vertragliche Instrumente zur Streitprävention**

Contract Management, erfolgsabhängige Zahlungsflüsse, Konflikteskalationsverfahren etc.

Wolfgang Straub

## **Agenda**

- > Konfliktpotenzial frühzeitig erkennen
- > Mitwirkung und Contract Management
- > Zahlungsflüsse
- > Überprüfungsverfahren
- > Konfliktlösungsverfahren

## Konfliktpotenzial frühzeitig erkennen

### Konfliktvermeidung/Lösung beginnt vor Vertragsschluss

- > Interessenanalyse
- > Chancen- und Risikoanalyse
- > Definition vertraglicher Prozesse
- > Verwendung von Bausteinen zur Konfliktvermeidung/Konfliktlösung in Verträgen

3

## Konfliktpotenzial frühzeitig erkennen

### Analyse der Interessenlage

Vor Vertragsverhandlungen sollte analysiert werden

- > Welche **Interessen** haben die **Parteien**?
- > Welche Interessen haben die beteiligten **Personen**?
- > Welches sind die **wirtschaftlichen Treiber**?  
(z.B. wofür erhalten Mitarbeitende Boni?)

4

## Konfliktpotenzial frühzeitig erkennen

### Analyse der Chancen und Risiken

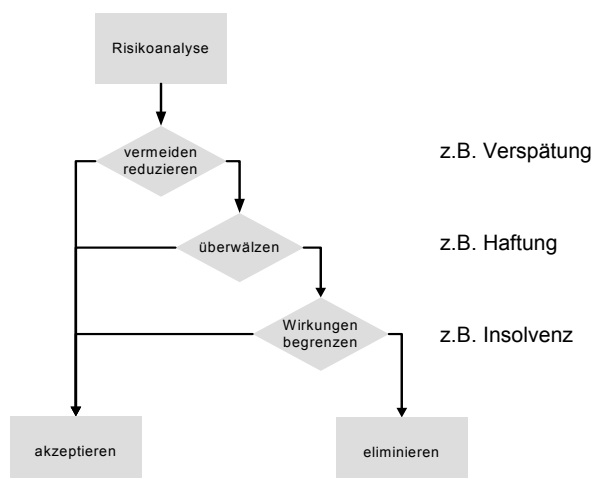
Vor den Vertragsverhandlungen sollte analysiert werden:

- > 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?“ (Economic Analysis of Law)
- > Wie können diese vertraglich **optimiert** werden (reduzieren, Auswirkungen begrenzen, überwälzen)?

Vertragliche Risikoanalyse mit dem Risk Management des Projekts abstimmen!

5

## Konfliktpotenzial frühzeitig erkennen



6

## Konfliktpotenzial frühzeitig erkennen

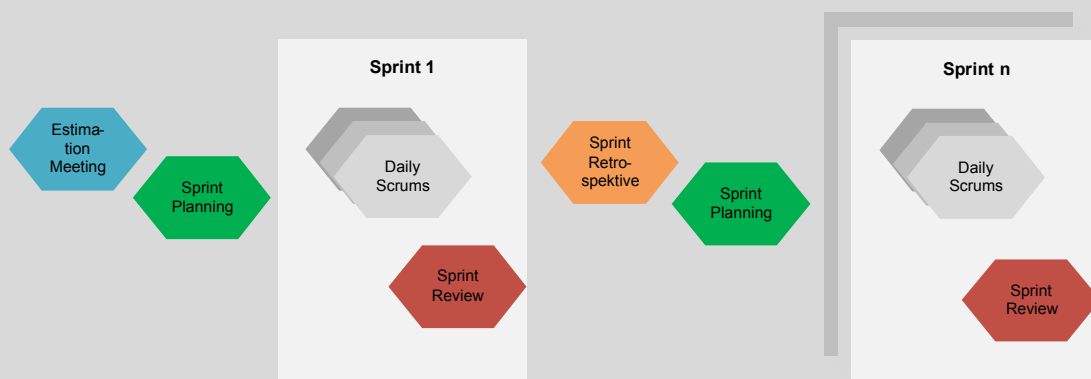
### Analyse der Abläufe und Prozesse

- > **Account Management** (Managementebene)
- > **Projektmanagement/Claim Management** (Projektebene)
- > **Change Management**
- > Abnahmeverfahren (Projektebene)
- > **Konflikteskalation**
- > Incidenteskalation (Betriebsebene)
- > Service Level Management (Betriebsebene)
- > Prozesse für agil geführte Projekte

7

## Konfliktpotenzial frühzeitig erkennen

### Scrum Meetings (Scrum Events / Zeremonien)



8

## Agenda

- > Konfliktpotenzial frühzeitig erkennen
- > Mitwirkung und Contract Management
- > Zahlungsflüsse
- > Überprüfungsverfahren
- > Konfliktlösungsverfahren

## Mitwirkung und Contract Management

Wenn IT Projekte scheitern, wird oft auch darüber gestritten, ob der Auftraggeber Mitwirkungsleistungen rechtzeitig und vollständig erfüllt hat.

- Formalisierung von Aufruf/Abmahnung
- Contract Management Verfahren auf unterschiedlichen Ebenen:
  - > **Account Management**
  - > **Projekt- und Betriebsmeetings/Claim Management Meetings**
  - > **Change Management** zur Anpassung von Leistungen und/oder vertraglichen Bestimmungen

## Mitwirkung und Contract Management

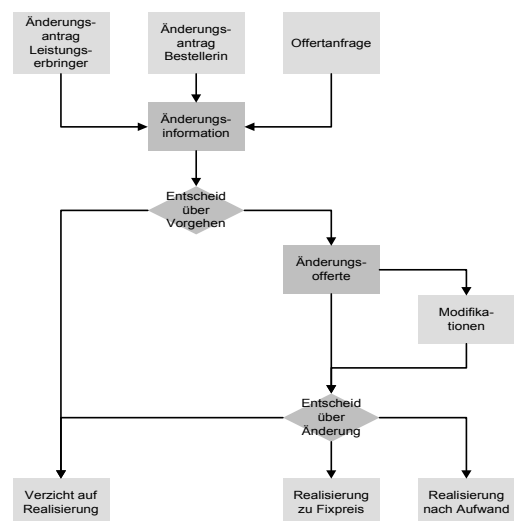
### Verankerung im Vertrag

- > **Pflichttraktanden** im Vertrag vorgeben
- > Verwendung des 'Ampelsystems' ?
- > **Protokollierung** aller Traktanden, auch wenn alles ok scheint
- > Tragung des **Aufwandes** zur Teilnahme regeln

11

## Mitwirkung und Contract Management

### Ablaufbeispiel Change Management



12

## Agenda

- > Konfliktpotenzial frühzeitig erkennen
- > Mitwirkung und Contract Management
- > Zahlungsflüsse
- > Überprüfungsverfahren
- > Konfliktlösungsverfahren

## Zahlungsflüsse

### Fixpreise

- > Unsicherheiten führen zu **Risikozuschlägen**  
→ „*Who is the cheapest risk avoider/risk insurer?*“
- > Bei unvorhergesehenen übermässigen Aufwanderhöhungen kann es auch im Werkvertragsrecht zu **Anpassungen** kommen (Art. 373 Abs. 2 OR)

## Zahlungsflüsse

**Kostendach** für aufwandsabhängige Leistungen  
= Preisobergrenze für variable Vergütungen

Es betrifft das ganze **Preis-Leistungsverhältnis**

- > präzise Definition der umfassten Leistungen  
(z.B. funktionale Leistungsbeschreibung mit Vollständigkeitsklausel)
- > Verantwortung für Schnittstellen etc. klären
- > Anpassung bei Bestellungsänderungen

15

## Zahlungsflüsse

### **Meilenstein- und Zahlungsplan**

- > Projekt wird in **Meilensteine** unterteilt
- > **Zahlungen erfolgen nach Projektfortschritt**
- > Jeweils bei erfolgreicher **Abnahme von Lieferobjekten** (z.B. Konzepte, System Increments, Dokumentationen),
- > Eventuell zusätzlich Integrationsabnahme/Gesamtabnahme, User Acceptance Test

16



## Zahlungsflüsse

### Garantierückbehalt

- > 5-10% der Zahlungen
- > Werden 3-6 Monate später ausbezahlt
- > Falls zu diesem Zeitpunkt keine Mängel offen sind

17

## Zahlungsflüsse

### Hinterlegung

- > Leistungen Zug um Zug (Art. 82 OR)
- > **Leistungsverweigerungsrecht**, wenn Gegenpartei im Verzug ist (z.B. Beendigung von IT Services)
- > Mitunter ist umstritten, ob und in welcher Höhe eine Zahlungspflicht besteht
  
- > Parteien eröffnen ein **gemeinsames Sperrkonto**
- > Umstrittene **Zahlungen erfolgen mit befreiender Wirkung auf Sperrkonto**
- > **Herausgabe** des Betrages (und Zinsen) **nur mit Zustimmung beider Parteien oder Urteil** (Gericht, Schiedsgericht)

18

## Zahlungsflüsse

### Empfehlungen

- > **Analyse der Kostenrisiken** vor Vertragsschluss
- > **Granulare Preisbestimmung**
- > **Anpassungsmöglichkeiten** für schwer kalkulierbare Kostenfaktoren
- > Ev. Nutzung von **Incentives** zur Kostenreduktion
- > **Kosteninformation und Überwachung**
- > Niederschwellige **Konfliktlösungsverfahren** (Eskalationsprozedere, Schiedsgutachten)
- > **Hinterlegungsmöglichkeit** von bestrittenen Zahlungen

19

## Agenda

- > Konfliktpotenzial frühzeitig erkennen
- > Mitwirkung und Contract Management
- > Zahlungsflüsse
- > Überprüfungsverfahren
- > Konfliktlösungsverfahren

## Überprüfungsverfahren

### Abnahmeverfahren

- > unverbindliche Vorabnahmen
- > Teilabnahmen (z.B. Konzepte, Module etc.)
- > Factory Acceptance Test (FAT) bei Unternehmerin
- > Site Acceptance Test (SAT) bei Bestellerin
- > User Acceptance Test (UAT)
- > Gesamtabnahme/Integrationsabnahme (Zusammenspiel aller Teile eines Informationssystems)

Modus: Wiederholende oder sukzessive Abnahmetests

21

## Überprüfungsverfahren

### Audits bei der Leistungserbringerin

- > **Überprüfungen** zu unterschiedlichen Themen (z.B. IT Security, Einhaltung von Normen und Standards)
- > **AuditorInnen** sind SpezialistInnen der Leistungsbezügerin (z.B. Revisoren) oder Dritte
- > FINMA Rundschreiben 2018/3 Outsourcing Banken und Versicherungen
- > Um **Zertifizierungen** (z.B. ISO) aufrecht zu erhalten, erfolgen Audits  
→ Einsicht in Berichte für (Re-)zertifizierungen kann an die Stelle eigener Audits treten, wenn das Prüfprogramm kongruent ist

22

## Überprüfungsverfahren

### Audits bei der Leistungserbringerin

Sie können sich sowohl auf **Eigenschaften** der **Leistungserbringerin** als auch der **Leistung** selbst beziehen, z.B.:

- > Review der Codequalität von Software
- > Einhaltung von Dokumentationsstandards
- > Compliance mit Prozessen (z.B. Informationssicherheit)

23

## Überprüfungsverfahren

### Audits bei der Leistungserbringerin

Sind auch zu kommerziellen Aspekten möglich (**Buchprüfungen**), z.B.:

- > Open Book Kalkulation (vgl. Art. 24 VöB)
- > Meistbegünstigungsklauseln
- > Höhe des Kickbacks für Drittkommerzialisierung von Individualentwicklungen

24

## Überprüfungsverfahren

### Audits bei der Leistungsbezügerin

- > Auch bei Leistungsbezügern sind Audits – insbesondere zur **Compliance mit Lizenzbestimmungen** – möglich
- > Nachforderungen bei 'Unterlizenzierung' sind ein wesentlicher Umsatzträger von Standardsoftwareherstellern
- > Einhaltung von Lizenzbestimmungen kann eventuell auch mit technischen Mitteln sichergestellt werden (z.B. Lizenzserver)
- > Überprüfungen vor Ort setzen entsprechende vertragliche Bestimmungen voraus.

25

## Überprüfungsverfahren

### Audits – Vertragliche Regelungsbedarf

- > Bestimmung der AuditorIn (auch juristische Personen)
- > Gegenstand des Audits
- > Befugnisse (worin darf Einblick genommen werden?)
- > Voranmeldung
- > Unterstützungspflichten
- > Kostentragung

26

## Agenda

- > Konfliktpotenzial frühzeitig erkennen
- > Mitwirkung und Contract Management
- > Zahlungsflüsse
- > Überprüfungsverfahren
- > Konfliktlösungsverfahren

## Konfliktlösungsverfahren

### Konfliktlösungsverfahren

Gerichte sind wenig geeignet, Konflikte um IT Projekte/Services zu lösen

- > Oft handelt es sich um **komplexe technische Fragen**
  - Entscheide sind oft kaum vorhersehbar
- > In Projekten sind oft **rasche Sachentscheide** notwendig
  - Gerichtsverfahren dauern zu lange, um Projekte in Schieflage zu retten
- > Gerichte sind eher geeignet **Kostenfragen** zu entscheiden (z.B. Preisminderungen, Vergütung von Zusatzaufwand)
  - Sach- und Kostenfragen trennen
- > Parteien wollen oft **Publizität** vermeiden

## Konfliktlösungsverfahren

### Konflikteskalationsverfahren

> Je später Konflikte ausgetragen werden, umso höher sind die Risiken (z.B. Mehrkosten und Verspätungen wegen Projektänderungen)

> Potenzielle Konflikte sollten möglichst **frühzeitig erkannt und einvernehmlich gelöst** werden → Contract Management mit Konflikteskalationsverfahren

Wenn operative Ebene Konflikt nicht innert bestimmter Frist lösen kann  
→ Recht zur Eskalation an nächste Managementebene(n) vorsehen

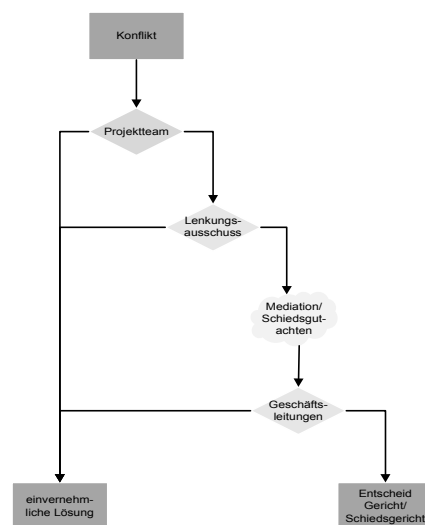
> Eventuell zusätzlich Möglichkeit zu **Schiedsgutachten** über Sachverhaltsfragen vorsehen

29

## Konfliktlösungsverfahren

### Konflikteskalationsverfahren

Beispiel



30

## Konfliktlösungsverfahren

### Schiedsgerichte

Verfahren zur Einsetzung der Schiedsrichter  
(siehe Art. 360ff ZPO)

- > **Ad Hoc** Verfahren **oder** nach der **Schiedsordnung** einer Institution  
(z.B. ICC)
- > Anwendbarkeit von **nationalem Recht oder General Principles of Law**

### Spezialisierte Schiedsgerichte im IT-Bereich

- > Institution for IT and Data Dispute Resolution ITDR <https://itdr.ch>
- > Tribunal d'arbitrage de l'informatique Lausanne <http://www.gri-portal.ch/>
- > SGOA <https://www.sgoa.eu/swiss/>

31

## Konfliktlösungsverfahren

### Schiedsgutachten (siehe auch Art. 189 ZPO)

Entscheidung von **Sachverhaltsfragen** mit bindender Wirkung

### Vertraglicher Regelungsbedarf

- > **Ernennung** der GutachterIn
- > **Unterstützungspflichten** der Parteien
- > **Kostentragung**

32



## Konfliktlösungsverfahren

**Mediation** (siehe auch Art. 213 ZPO)

MediatorIn moderiert einvernehmliche Lösungsfindungsversuche der Parteien

- > **Nur einvernehmlich möglich**
- > **Keine Entscheidbefugnis**, in der Regel auch keine konkreten Lösungsvorschläge

33

## Fragen, Anregungen, Kritik?

**Dr. Wolfgang Straub, LL.M.**

Krmeta Advokatur Notariat  
Münzgraben 6 / Postfach  
3001 Bern

+41 31 381 37 15  
straub@krmeta-law.ch

[www.it-recht.ch](http://www.it-recht.ch)

