
Abschlussarbeit
Nachdiplomkurs PARALEGAL



Vertragsmanagement

ablauforientierte Behandlung von Verträgen
für die Beschaffung von Informatikmitteln

mit Berücksichtigung der
für den Kanton Zürich verbindlichen Vertragsgestaltung
gemäss Empfehlungen der Schweizerischen Informatikkonferenz (SIK)

Daniel Strebel
Kehlstrasse 19, 5400 Baden
☎ 056 222 59 01, 079 273 34 53
strebel.fam@swissonline.ch

Inhaltsverzeichnis	Seite
1. Ziel dieser Abschlussarbeit	3
2. Einleitung.....	4
3. Vertragsgestaltung.....	5
3.1 Grundsätzliches zum Vertrag.....	5
3.2 Die Rechtsnatur der Verträge	5
3.2.1 Standard Hard- und Softwarekauf – Kaufvertrag?	6
3.2.2 EDV-Entwicklungsvertrag - Werkvertrag oder Innomiatvertrag?	7
3.3 Stufenmodell bei der Vertragsgestaltung	8
3.4 Vertragsaufbau.....	11
3.4.1 Einleitung	12
3.4.2 Hauptteil	12
3.4.2.1 Umschreibung der Sachleistung	12
3.4.2.2 Umschreibung der Geldleistung	13
3.4.2.3 Beschreibung der Vertragsdurchführung	14
3.4.2.4 Leistungssicherung	16
3.4.3 Schlussbestimmungen.....	16
4. Rahmenorganisation des Vertragsmanagement.....	17
4.1 Risiken nach der Vertragsunterzeichnung	17
4.2 Aktualität der Vertragsdokumente	17
4.3 Vertragsmanagement eine innerbetriebliche Dienstleistung	18
5. Schlussbemerkung	21
6. Beilagen.....	22
6.1 Beilage 1: Rechtsnatur von EDV-Vertragsbestandteilen	22
6.2 Beilage 2: Checkliste Aufgaben und Ziele der Projektphasen	23
7. Literaturverzeichnis	25

1. Ziel dieser Abschlussarbeit

Vertragsmanagement mit der Zielsetzung eines guten und situationsgerechten Vertragsabschlusses und eines gerechten, zielorientierten Vertragsvollzugs gliedert sich nahtlos in ein umfassendes Projektmanagement ein.

Das Ziel einer vollständigen und mängelfreien Projektumsetzung verlangt vom Besteller oder Auftraggeber eine Risikominimierung im Rahmen seines Projektmanagements. Dieses Ziel verfolgt auch das Vertragsmanagement und unterstützt das vitale Interesse, dass die vertragliche Situation jederzeit mit dem Projektfortschritt übereinstimmt und so eine zielorientierte Umsetzung sichergestellt wird. Das Recht bzw. der Vertrag verfolgt in diesem Zusammenhang nie einen Selbstzweck, sondern erfüllt lediglich eine Hilfsfunktion. Vertragsmanagement bildet in diesem Sinne Teil eines umfassenden Projekt- und Qualitätsmanagements¹.

In der vorliegenden Arbeit versuche ich einige m.E. wesentliche Elemente des Vertragsmanagements im IT-Bereich insbesondere aus Sicht einer professionellen Informatikabteilung als Besteller oder Auftraggeber aufzuzeigen. Ein angemessenes Vertragsmanagement, so wie ich es verstehe, verfolgt, überwacht und gestaltet prozessorientiert die Übereinstimmung der Willensäußerung der Vertragspartner von der Vertragsverhandlung über die Vertragsgestaltung bis zum Abschluss des betreffenden Geschäftsfalles. Dabei steht der Vertrag als ein Element in einem umfassenden Qualitätsmanagement im Mittelpunkt der Betrachtung.

Die in dieser Arbeit angesprochenen Themen erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit sondern bilden lediglich eine Auswahl an Schwerpunkten. Insbesondere wird die Frage der Risikoplanung (Was passiert, wenn's schief läuft?) weitestgehend ausgeblendet.

Für den Kanton Zürich gelten die Vertragsmuster der Schweizerischen Informatikkonferenz (SIK) mit den entsprechenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) als Standard für die Gestaltung von Informatikverträgen. Im Rahmen dieser Arbeit versuche ich diese Vorgaben soweit möglich bei den einzelnen Themen einzubeziehen und zu diskutieren.

Hinsichtlich der Rechtsnatur sind im Informatikbereich verschiedenartige Verträge zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist sowohl hinsichtlich der Risikoplanung wie auch der Erfüllungsplanung von Bedeutung. Es ist deshalb notwendig, im Kapitel Vertragsgestaltung die Rechtsnatur der Verträge für die Beschaffung der Informatikmittel zu beleuchten, auch wenn hinsichtlich einer ablauforientierten Behandlung der Verträge dieser Frage nur geringe Bedeutung zukommt.

Das organisatorische Umfeld bildet einen wesentlichen Baustein um ein Vertragsmanagement richtig und angemessen zu installieren. Gleichzeitig ist es aber unabdingbar, dass die Unternehmenskultur ein solches Instrument anerkennt und unterstützt.

¹ Schumacher Rainer: Baurecht, 2000, 113ff., Vertragsmanagement beim Bauen

2. Einleitung

Die Beschaffungen und Entwicklungen von Informatikmitteln erfolgen ausserordentlich dynamisch. Auch wenn für ein Staatswesen, wie es der Kanton Zürich darstellt, wesentliche gesetzliche Steuerungen im Beschaffungswesen vorgesehen sind, (z.B. die Bestimmungen über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang I Annex 4 des GATT-Übereinkommens² oder die kreditrechtlichen Bestimmungen gemäss Finanzhaushaltsgesetz³) kann für die Beschaffung und die Entwicklung von Informatikmitteln gleichwohl festgestellt werden, dass neben einem konsequenten und professionellen Projektmanagement auch dem Vertragsmanagement eine umfassende Bedeutung zukommt.

Bezüglich des Beschaffungswesens von Informatikmitteln, auch im öffentlich-rechtlichen Bereich, kann man in den Zeitungen immer wieder von Problemen bei der Entwicklung und Umsetzung lesen. Die aufgezeigten Probleme betreffen wohl im Wesentlichen Fragen der technischen Machbarkeit, der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit. Es zeigen sich begleitend dazu jedoch auch immer Mängel in vertraglicher Hinsicht. Aus meiner Erfahrung als Revisor der Finanzkontrolle des Kantons Zürich sowie aus entsprechenden Fachartikeln⁴ kann festgestellt werden, dass insbesondere die folgenden Mängel immer wieder Anlass zu Hinweisen und Empfehlungen gaben:

- Original-Verträge können nicht aufgefunden werden.
- Es werden bereits wesentliche Dienstleistungen erbracht, bevor die Vertragsverhandlungen abgeschlossen und die Verträge unterzeichnet sind.
- Die unterzeichneten Verträge entsprechen nicht mehr der im gegenseitigen Einvernehmen praktizierten Geschäftsabwicklung.
- Ein Vertragsdokument wird von mehreren Personen gleichzeitig bearbeitet, die einzelnen Bearbeitungsstadien sind jedoch nicht bekannt.
- Im gegenseitigen Einvernehmen ausgearbeitete Verträge sind nicht unterzeichnet.

Immer wieder zeigt sich, dass beim Auftauchen von atmosphärischen Störungen oder bei nicht Erreichen der gesteckten Ziele die Verträge keine genügende Hilfe bieten, um die anstehenden Probleme effizient zu lösen. Dies deutet nicht zuletzt darauf hin, dass die Vertragsgestaltung nicht genügend auf den zu regelnden Fall ausgerichtet ist. Christof Locher unterstellt in seinem Plädoyer für eine ablauforientierte Vertragsgestaltung hinsichtlich einzelner Verträge sogar, dass eine „Grundhaltung, dass man im Streitfall ja so oder so verhandeln muss und damit die Vertragsurkunde nicht der Weisheit letzter Schluss ist“⁵ bei der Vertragsgestaltung besteht.

Rainer Idhe kommt in seinem Aufsatz über Vertragsmanagement bei komplexen IT-Projekten, meiner Meinung nach zu Recht, zum Schluss: **„Professionelles Vertragsmanagement ist ein Erfordernis für jeden Abnehmer und für jedes IT - Unternehmen. Ein sorgfältig erarbeitetes Vertragswerk ist zuallererst ein umfassender Interessenabgleich, der hilft, die meisten Abwicklungsprobleme zu vermeiden. Ein sorgfältiges Vertragsmanagement ist integraler Bestandteil eines ordnungsgemäßen Projektmanagements und hilft während der Abwicklung auftretende Probleme zu bewältigen.“**⁶

² Genannt im Gesetz über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, 22.9.1996, Art 6b und 6c

³ Finanzhaushaltsgesetz des Kantons Zürich, 2.9.1979, § 24ff.

⁴ vgl. BearingPoint, Vertragsmanagement 2002, Studie

⁵ Locher Christoph: Praxis, 2001, 1472

⁶ Idhe Rainer: Vertragsmanagement bei komplexen IT-Projekten, onlinelaw.de, 2001

3. Vertragsgestaltung

3.1 Grundsätzliches zum Vertrag

Die Funktion eines Vertrages besteht darin, dass sich zwei oder mehr Parteien darüber einigen, welche Leistungen sie zu welchen Konditionen einander erbringen wollen. Das Substantiv Vertrag hat eine Verwandtschaft mit dem Verb vertragen. Ein Vertrag soll demnach eine konstruktive Basis schaffen, auf der das Geschäft bis zur vollständigen Abwicklung der vereinbarten Leistungen erledigt werden kann. Werden alle Leistungen durchgeführt ohne dass es zu einer rechtlichen Auseinandersetzung kommt, so spricht das für die Qualität der erbrachten Leistungen, aber auch für die, des Vertrages. Ein guter Vertrag zeichnet sich dadurch aus, dass er für die typischen Situationen der Vertragsdurchführung eine Regelung bereit hält. Nur dann kann er seiner Funktion gerecht werden, Streit zu vermeiden und dazu beitragen, dass sich die Vertragspartner auch tatsächlich vertragen. Der Vertrag muss die Einigung vollständig und möglichst eindeutig und klar wiedergeben. Er ist das Gesetz der Vertragsparteien, das laufend umzusetzen und zu interpretieren ist.⁷ Es stehen dabei einerseits die **Erfüllungsplanung** und andererseits die **Risikoplanung** im Vordergrund. In diesem Sinne ist ein Vertrag ein Plan, der mit juristischer Verbindlichkeit ausgestattet ist. Diese Verbindlichkeit sichert die Planrealisierung und bestraft Abweichungen: „**pacta sunt servanda**“.

Das schriftliche Vertragsdokument erfüllt dabei im Wesentlichen zwei Funktionen. Einerseits dient es als **Gedächtnisstütze**, andererseits gibt es dem jeweils Berechtigten ein **Beweismittel** für seinen Anspruch in die Hand.

Soweit der Vertrag der ihm zgedachten Aufgabe der Regelung des individuellen Geschäftsvorgangs nicht nachkommt, müssen zur Beurteilung der Sachlage die Regeln des dispositiven Rechts zur Vertragsergänzung herangezogen werden. Dass diese Bestimmungen nur annäherungsweise und zumeist nicht in konstruktiver Art und Weise die anstehenden Probleme zu lösen vermögen, ergibt sich aus der Tatsache, dass im **Auslegungstreit**, soweit kein übereinstimmender wirklicher Wille mehr festgestellt werden kann, auf den objektiven Sinn der ausgetauschten Willenserklärungen bzw. des Vertragstextes abzustellen ist. Nach dem Vertrauensprinzip sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie der Empfänger aufgrund der Umstände nach Treu und Glauben verstehen durfte und verstehen musste.⁸

Streitigkeiten in diesem Zusammenhang werden recht häufig mit einem aussergerichtlichen Vergleich abgeschlossen. Im Zusammenhang mit der Beschaffung von Informatik-gesamtsystemen sowie der Herstellung von Individualsoftware ist mir zur Zeit nur ein relevanter, publizierter Bundesgerichtsentscheid⁹ bekannt.

3.2 Die Rechtsnatur der Verträge

Im Zusammenhang mit der Beschaffung von Informatikmitteln können Verträge verschiedenartig ausgestaltet sein. Die Ausgestaltung des Vertrags erhält dahingehend Bedeutung, dass seine rechtliche Qualifikation je nach Ausgestaltung und den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen ist. Ob nun im Einzelfall ein Kaufvertrag,

⁷ Weber Kurt. E.: Referat am 25.01.2001 in Basel

⁸ OR 18 Abs. 1

⁹ BGE 124 III 456ff

ein Werkvertrag oder ein Innominatvertrag¹⁰ bzw. ein Vertrag sui generis¹¹, der Elemente verschiedener Vertragstypen enthält, anzunehmen ist, muss im Einzelfall geprüft werden. Gemäss OR 18 Abs. 1 ist bei der Beurteilung eines Vertrags zu beachten, was dem wirklichen Parteiwille entspricht.¹²

Eine konzise Vertragsgestaltung bringt Ordnung und Sicherheit, auch wenn der Parteiwille grundsätzlich unabhängig von der Formulierung massgebend ist. Insbesondere kann damit Sicherheit bezüglich der gesetzlichen Vorschriften über die Gewährleistungsrechte und -pflichten, die Vergütung, Kündigungs- und Rücktrittsmöglichkeiten geschaffen werden. Zusätzlich treffen den Besteller oder Auftraggeber je nach Vertragstyp jeweilige Obliegenheiten wie Prüfung und Mängelrüge oder Einhaltung bestimmter Fristen.

Obschon auch bei „falscher“ Bezeichnung die Rechtsstellung der Parteien durch die gesetzliche Gewährleistungsordnung über die eingeräumte alternative Berufungsmöglichkeit auf die Rechtsbehelfe des allgemeinen Vertragsrechts sichergestellt erscheint¹³, ist diese Möglichkeit in aller Regel nicht anzustreben.

Nachfolgend werden die beiden wichtigsten Verträge im Zusammenhang mit EDV-Beschaffung hinsichtlich Ihrer Rechtsnatur aufgrund von Lehre und Rechtsprechung kurz diskutiert.

3.2.1 Standard Hard- und Softwarekauf – Kaufvertrag?

Vorlage SIK: Kauf von Hardware inkl. AGB für den Kauf von Hardware

Der Kaufvertrag bezweckt die Übereignung einer in der Regel bereits bestehenden, jedenfalls nicht speziell für die individuellen Bedürfnisse des Käufers fabrizierten Sache.¹⁴

In diesem Sinn kann ein reiner Kauf von Informatikmitteln im Wesentlichen nur dann vorliegen, wenn die Beschaffung von Hardware ohne wesentlichen Installations- oder Konfigurierungsaufwand oder die Beschaffung von Software ohne wesentlichen Parametrisierungsbedarf erfolgt. Es ist jedoch zu beachten, dass für Standardsoftware in der Regel aufgrund des zeitlich beschränkten Nutzungsrechts ein Lizenzvertrag abgeschlossen wird.

Der von der SIK vorgelegte Vorschlag für die Gestaltung des „Vertrag für den Kauf von Hardware“ folgt entsprechend weitestgehend den Grundsätzen eines Kaufvertrags. Als Hinweis darauf, dass diesem Vertrag nicht ausschliesslich die Rechtsnatur eines Kaufvertrags unterstellt wird, kann die Formulierung der Sachgewährleistung in den **AGB Ziff. 11.3** herangezogen werden, worin festgehalten wird: „Soweit der Verkäufer die verlangte Nachbesserung nicht oder nicht erfolgreich vorgenommen hat, kann der Käufer einen dem Minderwert entsprechenden Abzug von der Vergütung machen oder bei erheblichen Mängeln vom Vertrag zurücktreten.“ Gemäss Beurteilung des Bundesgerichts¹⁵ spricht die Vereinbarung eines Nachbesserungsrechts eher für die Annahme eines Werkvertrages.

¹⁰ nach der Terminologie von Schlupe, Innominatverträge, S 799

¹¹ nach der Terminologie von Bucher, OR Besonderer Teil, S. 20

¹² Bühler Theodor: zu OR 363, N 89

¹³ Morscher Lukas: SZW, 1999, 65

¹⁴ BGE 124 III 456ff, mit Hinweis auf Gauch, a.a.O S. 37f; Zindel/Pulver, a.a.O, N. 9 zu Art. 363 – 379 OT, a.a.O., S 248

¹⁵ BGE 124 III 458ff

Ein weiteres werkvertragliches Element ist in den **AGB Ziff. 8.2**, zu erkennen, worin der Verkäufer verpflichtet wird, den Kaufgegenstand am vereinbarten Ort zu installieren und in Betrieb zu nehmen. Gauch stellt fest, dass die Bedeutung, welche der Montage im Rahmen des Kaufvertrages mit Montagepflicht zukommt, verschieden sein kann. Einerseits kann die Montage bloss eine Nebenleistung des kaufrechtlichen Vertrages sein¹⁶, andererseits aber auch als praktisch gleichwertige Leistung zur Sachlieferung des Verkäufers hinzukommen. Im zweiten Fall entsteht ein, aus Kauf- und Werkvertrag gemischtes Vertragsverhältnis, welches hinsichtlich des Kaufes nach Kaufrecht und hinsichtlich der Montage nach Werkvertragsrechts zu beurteilen ist. Beispielsweise wird dabei die mangelhafte Sachlieferung den Gewährleistungsregeln des Kaufvertrages (Art. 197 ff. OR), die mangelhafte Montage dagegen den Regeln der werkvertraglichen Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR) unterstellt¹⁷.

Eine weitere Besonderheit dieses eher als Kaufvertrag ausgestalteten Vertrags liegt in den AGB Ziff. 5. Darin wird verlangt, dass der Verkäufer die Instruktion des Personals des Käufers im vereinbarten Umfang übernimmt. Diese Schulungstätigkeit ist wohl, soweit sie nicht eine Nebenleistung darstellt, in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁸ zu Projektleitungs- und Beratungstätigkeit, eher auftragsrechtlich zu qualifizieren.

3.2.2 EDV-Entwicklungsvertrag - Werkvertrag oder Innomiatvertrag?

Vorlage SIK: Beschaffung von Informatikgesamtsystemen sowie Herstellung von Individualsoftware inkl. AGB die Beschaffung von Informatikgesamtsystemen...

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung. Gegenstand eines Werkvertrages ist die Erstellung eines individuell bestimmten Arbeitsergebnisses¹⁹.

Teile der Lehre befürworten eine Prädominanz des Werkvertragsrechts bei der Verpflichtung zur Erstellung eines „schlüsselfertigen“ EDV-Systems²⁰. Soweit ein „Generalunternehmer“ mit dieser Zielsetzung ein EDV-System anbietet, darf entsprechend von einer werkvertraglichen Leistung ausgegangen werden, auch wenn der Leistungsgegenstand eine Kombination von materiellen und immateriellen Gütern und Dienstleistungen umfasst. Die immateriellen Güter und Dienstleistungen umfassen dabei insbesondere Leistungen wie Beratung, Planung, Organisation, Konfiguration, Integration, Schulung und Unterstützung oder auch die Entwicklung von Individual-Software.

Gegen eine Unterstellung eines rein werkvertraglichen Verhältnisses spricht gemäss Bühler²¹, dass „mit einer sogenannten Entwicklung stets das Risiko der Fehlerhaftigkeit verbunden ist, die zu Werkmängeln und Folgeschäden führen können. Mit einem derartigen Risiko hat aber der Gesetzgeber beim Leitbild des Werkvertrages nicht gerechnet, denn er geht von der Annahme aus, dass ein Werk bei der Ablieferung fehlerfrei, d.h. ohne Mangel sei, was aber voraussetzt, dass der Hersteller sowohl den Herstellungsprozess als auch dessen Ergebnis „beherrscht“, was bei der Entwicklung eines Informa-

¹⁶ Honsell: OR-BT, 245; Schluep: SPR VII/2, 773 f.; Schönle: N 135 zu Art. 184 OR.

¹⁷ Gauch Peter: Der Werkvertrag, II Erscheinungsformen des Werkvertrags, 34

¹⁸ BGE 109 II 464ff.; 114 II 55ff.

¹⁹ Gauch Peter: Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996, S. 5ff; Zindel/Pulver, Basler Kommentar, N. 1

²⁰ genannt in BGE 124 III 456, Ursula Widmer: Risikofolgeverteilung bei Informatikprojekten: Haftung für Software-mängel bei Planung und Realisierung von Informationssystemen, Diss. Bern 1990, S. 75

²¹ Bühler Theodor: zu OR 363, N 106

tionssystems gerade nicht der Fall ist“. Widmer²² spricht in diesem Zusammenhang von einem „atypischen Werkvertrag“. Bühler kommt für EDV-Verträge zum Schluss, dass ein Computer-Erwerbsvertrag regelmässig eine entgeltliche Leistungskombination umfasst, womit es sich bei einem solchen Vertrag um einen einheitlichen Innominatvertrag handelt, der Elemente des Werkvertrages, des Auftrages, des Know-how-Vertrages sowie des Unterrichtsvertrages enthält.²³

Das Beispiel des Informationssystem-Entwicklungsvertrages zeigt, dass es bei einem komplexen Vertrag unumgänglich ist, diesen genauestens zu analysieren, seine verschiedenen Elemente und die einzelnen Phasen der Erfüllung zuzuordnen. Erst dann lässt sich entscheiden, welchem gesetzlichen Vertragstypus der komplexe Vertrag zugewiesen werden kann, welche Elemente separat subsumierbar sind oder, wenn dies alles nicht möglich ist, ob ein Vertrag sui generis anzunehmen ist, wofür mehrheitlich auf die Regeln des Allgemeinen Teils des OR zurückzugreifen wäre.²⁴

Nach der Auffassung von Gauch²⁵ liegen bei der Entwicklung von Individualsoftware weder aufgrund der notwendigen intensiven Kooperation zwischen Lieferant und Anwender, der langandauernden Planungs-, Herstellungs- und Abnahmephase noch dem ungewissen Erfolg aufgrund der erheblichen Entwicklungsrisiken genügend Gründe vor, den Individualsoftware-Vertrag nicht als Werkvertrag auszulegen.

Das Vertragsmuster der SIK für die Beschaffung von Informatik-Gesamtsystemen sowie die Herstellung von Individualsoftware bezeichnet in den AGB Ziff. 1 die Beschaffung von Informatik-Gesamtsystemen und die Herstellung von Individualsoftware im Wesentlichen als werkvertragliche Leistung. Diese Einschätzung wird, wie vorgängig beschrieben von einem Teil der Lehre gestützt. Es erscheint mir jedoch unter Berücksichtigung der vorgenannten Ausführungen von Bühler trotzdem angemessen, die Leistungen einzeln im Sinne der individuellen Ausgestaltung (wozu die Vertragsvorlage genügend Freiraum lässt) zu beurteilen. Ein Beurteilungsraster der Rechtsnatur der einzelnen Phasen der Entwicklung, wie Bühler diese im Zürcher Kommentar unter N 97 bis N 103 beschreibt, habe ich in Beilage 1 tabellarisch zusammengefasst. Wie weit je nach individueller Ausgestaltung die Auslegung des vorliegenden Vertrags unter Beizug des dispositiven Rechts oder unter Ablehnung desselben erfolgen kann, kann ich nicht abschliessend beurteilen.

3.3 Stufenmodell bei der Vertragsgestaltung

Bei Verträgen über die Erstellung individueller und komplexer Softwarelösungen, bei denen häufig erst in der **Planungsphase** deutlich wird, was realisierbar ist und welche spezifischen Probleme bestehen, ist ein einheitlicher Werkvertrag ein immer noch verbreitetes, aber eigentlich ein ungeeignetes Mittel. Die Projektnatur von IT-Vorhaben erfordert eine abgestufte Vorgehensweise, die mindestens die **Planungsphase** von der **Erstellungsphase** trennt. Erst wenn eine vollständige Beschreibung der benötigten Verfahren möglich ist, beispielsweise in einem Pflichtenheft, kann Vertragssicherheit er-

²² Widmer Ursula: Risikofolgeverteilung bei Informatikprojekten: Haftung für Softwaremängel bei Planung und Realisierung von Informationssystemen, Diss. Bern 1990

²³ Bühler Theodor: zu OR 363, N 185

²⁴ Bühler Theodor: Zürcher Kommentar zu OR 363, N 111

²⁵ Gauch Peter: Der Werkvertrag, Verträge mit umstrittener oder zweifelhafter Zuordnung, N 335

reicht und können unabsehbare Haftungsrisiken für den Auftragnehmer bzw. eine genügende Erfolgssicherheit für den Auftraggeber erreicht werden.²⁶

Die Situation, dass während einer Entwicklung eines komplexen Informationssystems erhebliche Risiken hinsichtlich einer uneingeschränkten und störungsfreien Erstellung des Werkes bestehen, ist m.E. primär ein aufbau- und ablauforganisatorisches und gegebenenfalls ein technisches Problem. Der Umstand, dass solche Risiken bestehen, ist selbstverständlich vertragsrechtlich zu berücksichtigen. Mit einer solchen vertragsrechtlichen Berücksichtigung ist jedoch keinem der Vertragspartner wirklich geholfen. Viel eher ist durch ein geeignetes Vorgehen die notwendige Sicherheit hinsichtlich einer fehlerfreien Umsetzung vor der entsprechenden Ausführung zu erreichen.

Grundsätzlich unterstützen die gesetzlichen Bestimmungen aufgrund der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen ein abgestuftes Vorgehen. Das Gesetz über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen²⁷, welches im Wesentlichen auf den Vorgaben des GATT-Übereinkommens basiert, verlangt aufgrund von Art. 6b und Art. 6c für die Beschaffungen von IT-Infrastruktur im Gesamtpreis von über Fr. 383'000 die Einhaltung des sogenannten offenen Verfahrens. Dabei wird der Auftraggeber verpflichtet den geplanten Auftrag öffentlich auszuschreiben worauf interessierte Anbieter ein Angebot einreichen können. Die zu beachtenden Ausführungsbestimmungen gewährleisten:

- eine Veröffentlichungen, mindestens im zuständigen kantonalen Amtsblatt der Auftraggeberin oder des Auftraggebers;
- die Bezugnahmen auf nichtdiskriminierende technische Spezifikationen;
- die Bestimmung von ausreichenden Fristen für die Einreichung der Angebote;
- ein Verfahren zur Überprüfung der Eignung der Anbieterinnen und Anbieter nach objektiven und überprüfbaren Kriterien;
- die gegenseitige Anerkennung der Qualifikation der Anbieterinnen und Anbieter, die in ständigen Listen der beteiligten Kantone eingetragen sind;
- geeignete Zuschlagskriterien, die den Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot gewährleisten;
- den Zuschlag durch Verfügung;
- die Mitteilung und kurze Begründung des Zuschlages;
- die Beschränkung von Abbruch und Wiederholung des Vergabeverfahrens auf wichtige Gründe

Allein diese Vorgaben aus dem Submissionsrecht verlangen eine erheblich Vorarbeit und in der Regel bereits die Erstellung eines umfassenden **Pflichtenheftes** für die Ausschreibung. In diesem Sinne könnte man hinsichtlich des öffentlichen Beschaffungswesen durchaus davon sprechen, dass das von Idhe geforderte Stufenmodell schon aufgrund der gesetzlichen Grundlagen weitgehend realisiert ist.

In der Realität zeigt sich jedoch, dass die vom Auftraggeber erarbeiteten Grundlagen zur Vertragserstellung bzw. Ausschreibung eines Informatikprojekts im Sinne der entsprechenden Gesetzgebung nicht immer genügen, um das Ziel einer vollständigen Beschreibung der benötigten Verfahren, welche zu einer genügenden Vertragssicherheit bei der Realisierung führen, zu erreichen. Oftmals besitzen die einbezogenen Mitarbeiter zu geringe Fachkenntnisse, was zu mangelhaften Beschreibungen des Leistungsinhalts

²⁶ Idhe Rainer: Vertragsmanagement bei komplexen IT-Projekten

²⁷ Gesetz über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 22.9.1996 mit Nachtrag vom 1.10.1998

und der von den Beteiligten gewünschten Ziele sowie zur ungenauen Abgrenzungen von Planungs- und Erstellungsphase führt.²⁸

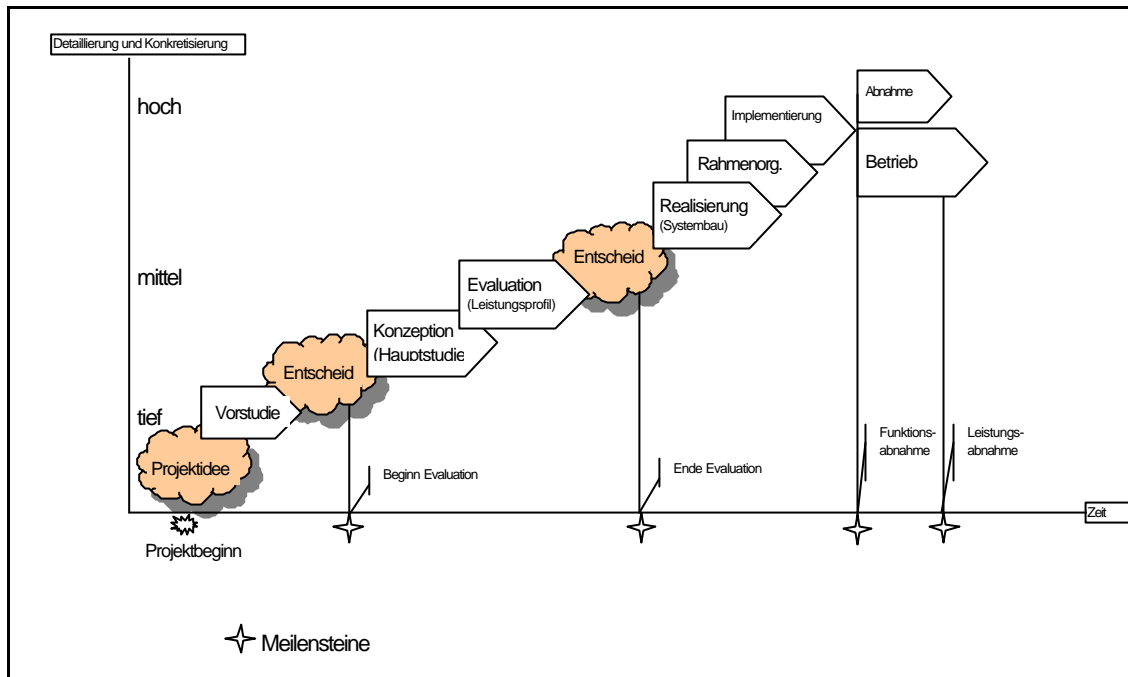


Abb. 1: Phasenmodell für Projekte zur Realisierung von Informatiklösungen (nach Schreiber)

Die häufigen Beispiele von gescheiterten IT-Projekten zeigen, dass den Phasen der Projektplanung wie der Vorstudie, der Konzeption und der Evaluation wesentliche Bedeutung zukommt. Sie sind nicht zuletzt unabdingbare Voraussetzung, dass eine ablauforientierte Vertragsgestaltung verfolgt werden kann.

Josef Schreiber²⁹ teilt ein Projekt für die Beschaffung und Realisierung von Informatiklösungen im Wesentlichen in vier Phasen ein, wobei die ersten beiden Phasen jeweils mit einem Entscheid abgeschlossen werden. (vgl. Abbildung 1)

Nach Abschluss der zweiten Phase liegt ein Konzept sowie eine verbindliche Offerte aus einer umfassenden Evaluation vor. Es ist auch aus Projektmanagementsicht von erheblicher Bedeutung, dass sowohl die Phase der Vorstudie wie auch die Phasen der Konzeption und der Evaluation vollständig und fachlich einwandfrei durchgeführt werden. In Beilage 2 habe ich die notwendigen Arbeiten und Resultate in Anlehnung an das Projektphasenmodell von Schreiber tabellarisch dargestellt. Diese Checkliste vermag einen Hinweis dazu zugeben, ob die Forderungen nach einer vollständigen Beschreibung der benötigten Verfahren, welche zu einer genügenden Vertragssicherheit bei der Realisierung führen, erfüllt sind oder nicht. Es handelt sich dabei nur um eine formale Beurteilung der Vollständigkeit. Die notwendige Sicherheit hinsichtlich der materiellen Richtigkeit und Vollständigkeit kann und sollte durch ein angemessenes **Vieraugenprinzip** oder durch eine **second opinion** der einzelnen Schritte erreicht werden.

²⁸ Idhe Rainer, Vertragsmanagement bei komplexen IT-Projekten, onlinelaw.de, 2001

²⁹ Schreiber Josef: Beschaffung von Informatikmitteln, 21ff.

3.4 Vertragsaufbau

Bei den hier besprochenen Verträgen geht es in jedem Fall um ein Austauschverhältnis der beteiligten Parteien. Bartsch³⁰ spricht dabei von vier Körben die ein solcher Austauschvertrag zu enthalten hat. Einerseits sind die für ein Austauschverhältnis typischen Verpflichtungen zur **Leistung** und zur **Vergütung**, welche zu den Essentialia des Vertrags gehören, zu regeln, und andererseits sind die **Organisation** sowie die **rechtlichen Regeln** festzulegen. Dabei verfolgt die Organisation im Wesentlichen die Ziele der **Erfüllungsplanung**, während die rechtlichen Regeln sowohl Elemente der Erfüllungsplanung als auch und vornehmlich der **Risikoplanung** umfassen. Eine ähnliche Aufteilung allerdings mit einer etwas anderen Terminologie, schlägt auch Locher im Hauptteil des Vertrags vor:

- Umschreibung der Sachleistung
- Umschreibung der Geldleistung
- Beschreibung der Vertragsdurchführung
- Leistungssicherung (Gewährleistung, Sicherheiten ect.)³¹

Neben diesem Hauptteil ist eine Einleitung und ein Schlussteil vorzusehen.

Ein Blick auf die Vertragsvorlagen der SIK zeigt am Beispiel des „Vertrags für die Beschaffung von Informatik-Gesamtsystemen sowie die Herstellung von Individualsoftware“ folgende Gliederung:

- Titel
Bezeichnung der Vertragsparteien
1. Vertragsgegenstand
 2. Vertragsbestandteile
 3. Termine
 4. Vergütung
 5. Rechnungsadresse
 6. Installationsort
 7. Projektorganisation
 8. Zahlungsplan
 9. Abnahmebestimmungen
 10. Geheimhaltung
 11. Besondere Vereinbarungen
 12. Schlussbestimmungen

Die nachfolgende Gegenüberstellung der Gliederungen der Vertragsvorlagen von SIK sowie von Bartsch und Locher soll die wesentlichsten Vertragspunkte im Vergleich herauschälen. Im Übrigen muss festgehalten werden, dass die grundsätzliche Vertragsfreiheit sowohl die Inhaltsfreiheit wie auch die Formfreiheit gewährt. Aufgrund des ersten Eindrucks erscheinen mir die Gliederungsvorschläge von Bartsch und Locher konsistenter, weshalb ich die Vertragsgliederung der SIK jeweils diesen gegenüberstelle.

³⁰ Bartsch Michael: Informatikspektrum, 2000, 3ff.

³¹ Christoph Locher: Praxis, 2001, 1474ff.

3.4.1 Einleitung

Nach Locher gehören zur Einleitung folgende Bestimmungen:

- Titel
- Parteien
- Präambel
- Vertragsgegenstand

Im Gegensatz zur Vertragsvorlage der SIK empfiehlt Locher eine Präambel. Diese hat zwei Funktionen. Zum einen zwingt sie die Parteien, sich Rechenschaft darüber abzugeben, was sie dem Grundsatz nach mit dem Vertrag für ein Ziel verfolgen. Zum andern kann die Präambel im Falle von Auslegungsstreitigkeiten eine Interpretationshilfe sein³². Insbesondere bei einem Vertrag sui generis erscheint die Forderung nach einer Interpretationshilfe gerechtfertigt. Es kann durchaus eine Rolle spielen, welche grundsätzliche Absicht die Vertragsparteien verfolgten. Allenfalls kann diese grundsätzliche Absicht auch im Vertragsgegenstand genügend zum Ausdruck gebracht werden, womit zur Vermeidung einer Redundanz auf eine Präambel verzichtet werden kann. Wesentlich ist jedoch, dass die **grundsätzliche Absicht der Parteien in der Einleitung** schriftlich festgehalten wird.

3.4.2 Hauptteil

In diesem Teil werden die Rechte und die Pflichten der Parteien festgehalten, womit dieser Teil des Vertrag das eigentliche Kernstück darstellt.

3.4.2.1 Umschreibung der Sachleistung

Aufgrund der Überlegungen zum Stufenmodell bei der Vertragsgestaltung soll im Zeitpunkt des Vertrags eine vollständige Beschreibung der benötigten Verfahren, welche zu einer genügenden Vertragssicherheit bei der Realisierung führen, vorhanden sein.

Aus Sicht des Lieferanten dürfte die Sachleistung im Detail aus der Offerte hervorgehen. Dagegen bildet das Pflichtenheft den Willen des Auftraggebers ab. Obschon auch einzelne Details aus dem Konzept oder aus der vorgängigen Machbarkeitsstudie hervorgehen dürften, ist zu beachten, dass je mehr Vertragsbestandteile einbezogen sind, umso komplexer der Vertrag wird.

Als Grundregel soll gelten: So viele Vertragsbestandteile wie nötig, so wenige wie möglich³³. Insbesondere sollten die Vertragsbestandteile nur die Ergebnisse der Vertragsverhandlungen und damit den Vertragsinhalt und keine Dokumentation der historischen Situation enthalten. Grundsätzlich könnte man deshalb überlegen, ob allenfalls ausschliesslich die detaillierte Offerte im Sinne eines angepassten Pflichtenheftes als Vertragsbestandteil zu genügen vermag. Immerhin wurde idealerweise im Rahmen der Evaluation eine Darstellung der Nutzwerte bzw. des Erfüllungsgrades der Offerte erstellt. Dies würde allenfalls die Meinung von Bartsch unterstützen, dass das Erstellen des relevanten Pflichtenheftes regelmässig durch den Anbieter und nicht durch den Auftragge-

³² Locher Christoph: Praxis, 2001, 1474

³³ Schumacher Rainer: Baurecht, 2000, 120

ber erfolgen sollte³⁴. Er begründet dies damit, dass die Erstellung des relevanten Pflichtenheftes durch die Regeln der Informatik bestimmt ist und einen technisch-organisatorischen Teil des Projekts darstellt. Er stellt dabei den Vergleich an, dass die Klageschrift auch durch den Rechtsanwalt und nicht durch den betroffenen Klienten erstellt wird. M.E. vermag diese Auffassung nicht vollständig zu befriedigen. Immerhin ist es von elementarer Bedeutung, dass der Wille des Auftraggebers in genügender Art und Weise in ein Pflichtenheft, welches danach Vertragsbestandteil darstellt, einfließt. Es zeigt sich immer wieder, dass insbesondere Softwareproduzenten ohne genügende fachkompetente Mitwirkung des Auftraggebers an den unausgesprochenen Anforderungen des Auftraggebers vorbei entwickeln, was in der Folge zu zeit- und kostenaufwändigen Korrekturen und Anpassungen und damit zu einem komplizierten Release- und Changemanagement führt. In diesem Sinne erscheint es notwendig, dass die **Auftraggeberseite** bei komplexen Informatikmitteln spätestens im Zeitpunkt der Erstellung des vertragsrelevanten Pflichtenhefts **fachlich ausgewiesen vertreten wird**.

Die Vertragsvorlage der SIK sieht vor, neben den allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche bereits Inhalt des Ausschreibungsverfahrens und damit integrierter Bestandteil des Pflichtenheftes sind, sowohl die Offerte des Anbieters als auch das Pflichtenheft des Auftraggebers als Vertragsbestandteile zu benennen. Die Integration beider Elemente erscheint mir als richtig und zielführend, soweit im Rahmen der Nutzwertdarstellung keine wesentlichen Abweichungen erkannt wurden. Sind jedoch solche vorhanden, ist deren Bereinigung zusätzlich im Vertrag festzuhalten oder eine Rangordnung der verschiedenen Vertragsbestandteile zu benennen,³⁵. Dieser Arbeit ist besondere Aufmerksamkeit zu schenken.

3.4.2.2 Umschreibung der Geldleistung

Der Vertragsentwurf der SIK sieht unter Punkt 4 grundsätzlich zwei mögliche Arten der Geldleistungen vor:

- Die Vergütung ist fest und beträgt insgesamt Fr....
- Die Vergütung berechnet sich nach Aufwand mit Kostendach wie folgt:
Stundensatz von Fr.
Kostendach von Fr.

In Punkt 8 regelt die SIK den Zahlungsplan.

Obwohl, wie bereits mehrfach festgestellt, sowohl die Verfahren wie auch der Umfang der Sachleistung im Vertragszeitpunkt weitestgehend definiert sein müssen, erscheint der direkte Bezug zur Preisfindung häufig recht schwierig. Immerhin ist zu beachten, dass es sich insbesondere bei der Erstellung von Software um mehrheitlich immaterielle, geistige Leistung handelt und der Zeitfaktor bei komplexen Entwicklungen nicht bis ins Detail vorausgesehen werden kann. Aufgrund dieser Überlegungen sollte, und wird in der Praxis auch oft, eine Vergütung nach Aufwand mit einem Kostendach vereinbart. Die Festlegung eines Kostendachs muss in Ausschreibung explizit verlangt und in der Offerte des Anbieters beziffert werden. Obwohl in den Ausschreibungsunterlagen verlangt, kommt es immer wieder vor, dass kein Kostendach offeriert wird. Dies ist dahingehend verständlich, weil mit einer Preisbindung pro Einheit eine elastische Regelung getroffen wird, welche Fehler oder Änderungen gegenüber der beschriebenen Sachleistung auszugleichen vermag.

³⁴ Bartsch Michael: Informatikspektrum, 2000, 3ff.

³⁵ Schumacher Rainer: Baurecht, 2000, 120

Ein wesentlicher Faktor der Geldleistung scheint mir der Zahlungsplan zu sein. Einerseits ist dabei wie bei allen Entwicklungsinvestitionen zu beachten, dass ein genügender Zahlungsrückbehalt bei einem parallelen Leistungsplan (Geldleistung aufgrund des Projektfortschritts, Sachleistung) insbesondere in der Endphase des Projekts hinsichtlich notwendiger Nachbesserungen durchaus motivierenden Charakter hat. In diesem Sinn erscheint eine Vereinbarung über Zahlungsrückbehalt gegenüber der jeweils ausgewiesenen Sachleistung als durchaus angemessen. In welchem Umfang sich dieser bewegt, bleibt Sache der Verhandlung. Für einen solchen Rückbehalt spricht auch die Tatsache, dass bei IT-Projekten im Gegensatz zu anderen Entwicklungsinvestitionen, bei denen die Methoden stärker standardisiert sind (z.B. im Bauwesen), dem Besteller ein erhebliches Risiko verbleibt, wenn der Anbieter das Informatikmittel nicht selbst fertig stellen kann. Dass ein solches Risiko durchaus relevant ist und in die Überlegungen bei der Auftragsvergabe einbezogen werden muss, zeigen die überproportional vielen Konkurse in der Branche. Mit dem Mittel des Zahlungsplans kann diesem Risiko jedoch kaum genügende begegnet werden, da in einem solchen Fall, soweit überhaupt eine andere Unternehmung in der Lage ist das Werk fertig zu stellen, mit extrem hohen Zusatzkosten gerechnet werden muss.

Die AGB SIK sehen in Ziff. 7.4 im Rahmen der Risikoplanung eine andere Sicherung dieser Risiken vor. „Werden Teilzahlungen vereinbart, kann der Besteller vom Lieferanten Sicherstellung durch eine auf erste Aufforderung zahlbare Garantie einer Schweizer Bank verlangen.“

Im Grundsatz erscheinen mir sowohl ein Zahlungsrückbehalt wie auch eine Garantiestellung einer Bank gangbare Wege darzustellen. In aller Regel dürfte die Garantiestellung einer Bank eher kostenintensiver sein. Dagegen verlangt der Zahlungsrückbehalt auf der Seite des Anbieters eine genügende Liquidität. Wird die Garantiesumme überproportional hoch angesetzt, stellt sich die Frage der gesetzlichen Haftungsbegrenzung.

3.4.2.3 Beschreibung der Vertragsdurchführung

Die Vertragsdurchführung soll im Wesentlichen die Organisation des Projektes regeln. Dazu gehören alle organisatorischen Elemente wie Personen, Sachmittel, Informationen und Aufgaben, Menge, Zeit und Ort. M.E. kommt diesem Teil hinsichtlich einer konsequenten ablaufforientierten Vertragsgestaltung grosse Bedeutung zu. Eine konsequente und durchdachte Organisation bietet bestmögliche Gewähr, dass die anvisierten Ziele erreicht werden. In diesem Sinn ist der Beschreibung der Vertragsdurchführung die notwendige Aufmerksamkeit zu widmen.

Zur Vertragsdurchführung finden wir in den AGB SIK verschiedene Punkte. Unter AGB SIK Ziff. 4.1 wird gefordert, dass die Ausführung unter Anwendung anerkannter Projektmanagement-Methoden erfolgt und der Besteller regelmässig über den Fortschritt der Arbeiten informiert wird. Gleichzeitig wird der Anbieter verpflichtet, alle erforderlichen Vorgaben beim Besteller einzuholen und diesen über sich aufdrängende Änderungen in der Sachleistungsplanung zu informieren. In Ziff. 4.3 und 4.4 wird die Mitwirkungspflicht dahingehend geregelt, dass der Besteller die notwendigen Räumlichkeiten und Infrastrukturen wie Strom und weitere Anschlüsse zur Verfügung stellt. Bezüglich weiterer Mitwirkungspflichten wird auf den Vertrag verwiesen. Unter Ziff. 5.1 wird verlangt, dass eine Installations- und Bedienungsanleitung erstellt wird. Soweit eine Dokumentation im Pflichtenheft verlangt wird, ist diese für die Anwender in deutsch, jene für Informatiker in deutsch oder englisch beizubringen. Unter Ziff. 16 werden die Garantieleistungen benannt und unter Ziff. 18 die Wartung und die Pflegebereitschaft. Im Mustervertrag selbst

ist unter Punkt 6 vorgesehen den Installationsort, unter Punkt 7 die Projektorganisation sowie unter Punkt 9 die Abnahmebestimmungen zu bezeichnen.

Bartsch empfiehlt im Rahmen der Organisationsregeln folgende Bereiche zu benennen:

- Zeitplan und Meilensteine
- Teilprojekte
- Personen
- Mitwirkung
- Projektbesprechungen und Projektdokumentation
- Abnahme
- Nachbesserung und Gewährleistung

Die Forderung von Bartsch, den Zeitplan und die Meilensteine sowie die Gliederung in Teilprojekte im Vertrag zu benennen, geht wesentlich weiter als die Forderung in den AGB SIK nach einem anerkannten Projektmanagement. Im Sinne einer konsequenten ablauforientierten Vertragsgestaltung erscheint es mir durchaus angemessen und aufgrund der beschriebenen Vorarbeiten, insbesondere der Konzeption, im Zeitpunkt der Vertragsgestaltung auch möglich, einen groben Zeitplan mit Meilensteinen zu benennen. Solche Meilensteine zwingen zu fortlaufender Qualitätsüberprüfung und zur engen Kooperation der Vertragspartner. Bei jedem Meilenstein wird Rückblick und Vorschau gehalten und die Festlegung für den nächsten Meilenstein getroffen³⁶. Die Festlegung solcher Meilensteine ist unbestritten auch Bestandteil jeder Projektmanagement-Methode, nur sind bei dieser Regelung nicht beide Parteien gleichermaßen an die Meilensteine gebunden. Insbesondere hinsichtlich der m.E. zwingend erforderlichen Mitwirkungspflicht des Bestellers erscheint mir eine solche Bindung an Meilensteine durchaus als zielführend. Gleiches kann zur Benennung von Teilprojekten gesagt werden.

Offen bleibt bei der Regelung der SIK (bzw. im Vertrag fakultativ zu benennen) **die Mitwirkungspflicht des Bestellers** soweit diese über das zur Verfügung stellen der Infrastruktur hinaus geht.

Insbesondere bei der Beschaffung von Individualsoftware ist die Mitwirkung des Bestellers m.E. zwingend erforderlich. Das es sich hierbei um eine elementare Pflicht handelt, kann auch daraus entnommen werden, dass wenn der Anwender seiner Mitwirkungspflicht nicht gehörig nachkommt, der Lieferant nach OR 95 vom Vertrag zurücktreten kann.³⁷ Das Zusammenwirken der Vertragspartner erhält dahingehend fast gesellschaftsähnliche Züge.³⁸ Diese Einschätzung kann auch aufgrund der Erfahrungen in der Praxis bestätigt werden.

Hinsichtlich der Personen wird mit der Benennung der Projektorganisation und den Ausführungen zum Personaleinsatz in AGB Ziff. 13 eine genügende Regelung getroffen. Das Bezeichnen der Verantwortlichen alleine genügt jedoch nicht. Sehr oft werden Mitarbeitende in einer Matrixorganisation in Projekte eingebunden, was bedeutet, dass sie neben der Verantwortung in der Projektarbeit auch noch in der Linienfunktion tätig sind. Dabei ist es unumgänglich, dass solchen Mitarbeitenden die notwendige Zeit für ihre Projektverantwortung zur Verfügung steht. Eine klare Planung und regelmässige Kommunikation zwischen der Projektführung und den Linienverantwortlichen hilft hier weiter.

Die Projektdokumentation und Abnahme sowie die Nachbesserung und Gewährleistung wird in der Regelung der SIK auch in Bezug auf ein ablauforientiertes Vertragsmanage-

³⁶ Bartsch Michael: Informatikspektrum, 2000, 3ff.

³⁷ Widmer Ursula: Risikofolgeverteilung bei Informatikprojekten: Haftung für Softwaremängel bei Planung und Realisierung von Informationssystemen, Diss. Bern 1990

³⁸ Bartsch Michael: Informatikspektrum, 2000, 3ff.

ment m.E. zweckmässig und sinnvoll beschrieben. Ergänzend ist jedoch anzumerken, dass die vorgängigen Ausführungen hinsichtlich Mitwirkungspflicht selbstredend auch für die Phase der Nachbesserung sinngemäss Anwendung finden müssen.

Wie weit die Nachbesserung und Gewährleistung zur Erfüllungsplanung zu zählen ist, kann ich nicht abschliessend beurteilen. Ich stelle aber fest, dass im Gegensatz zu Locher, der diese Teile der Leistungssicherung und damit eher der Risikoplanung zuordnet, Bartsch festhält, dass erst die Frage „wann die Mangelbeseitigungsversuche als erfolglos eingestuft werden sollen und was dann die Konsequenz sein soll“, zu den nach seiner Terminologie „rechtlichen Bereichen“ und damit zur engeren Risikoplanung gehört.

3.4.2.4 Leistungssicherung

Grundsätzlich sollten die vorgenannten Teile das Vorhaben auf gutem Weg halten und nur noch wenige Regelungen notwendig machen, um die Leistung zu sichern. Trotzdem sehen auch die AGB SIK noch eine ganze Reihe von Sicherungselementen vor. Zusätzlich sind in diesem Teil auch die Rechte an den Informatikmitteln zu benennen. Auf beide Themen möchte ich im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eintreten.

3.4.3 Schlussbestimmungen

Die Schlussbestimmungen enthalten Regeln über

- Beginn, Dauer, Kündigung
- Regelung von Vertragsänderungen
- Fragen des Gerichtsstandes und des anwendbaren Rechts

Besondere Bedeutung kommt der Frage der Vertragsänderungen im Rahmen der Schlussbestimmungen zu. Die Erarbeitung eines umfassenden IT-Projekts ist vielfach ausserordentlich komplex und erfordert Modifikationen aufgrund neuer Entwicklungen im Laufe des Projekts oder auch aufgrund von technischen Gegebenheiten. Sehr komplex ist dabei auch der Teil Recht³⁹. Es kommt immer wieder vor, dass deshalb dieser Teil dann einfach ausgeblendet wird. Es ist wohl richtig, dass das Recht die Komplexität, gerade in Phasen des Change-Managements, vergrössert. Trotzdem darf diese Frage nicht einfach ausgeblendet werden. Die Verdrängung des Rechts schadet nämlich nicht in erster Linie dem Recht selbst, (die Rechtsordnung hat für alle Fälle eine Lösung und sei es, dass am Schluss ein Richter bestehende Vertragslücken ausfüllt) sondern viel mehr dem IT-Projekt. Durch eine Vernachlässigung der Anpassung der Verträge entsteht eine Rechtsunsicherheit, welche früher oder später aufgegriffen werden muss. Ein vorab festgelegtes systematisches Vorgehen bei Vertragsänderungen ist deshalb dringend zu empfehlen.

³⁹ vgl. Schumacher Rainer: Baurecht 2000, Vertragsmanagement beim Bauen, 115

4. Rahmenorganisation des Vertragsmanagement

4.1 Risiken nach der Vertragsunterzeichnung

Das Vertragsmanagement ist mit dem Unterzeichnen des Vertrags noch bei weitem nicht abgeschlossen. Vielmehr beginnt erst jetzt der wirklich herausfordernde Teil der Aufgabe. BearingPoint hat im Jahr 2002 eine Studie⁴⁰ zusammengestellt, bei der 82 Unternehmen aus allen Branchen einen Fragekatalog zu ihrem jeweiligen Vertragsmanagement ausgefüllt haben. Dabei konnten signifikante Merkmale im Prozess des Vertragsmanagement festgestellt werden:

- In 68% der Fälle werden Verträge mehrfach in verschiedenen Abteilungen abgelegt (Original und Kopien).
- 62% der Teilnehmer müssen für die tägliche Arbeit auf Verträge anderer Abteilungen zugreifen.
- In 45% der antwortenden Unternehmen wird dasselbe Vertragsdokument durch mehrere Personen einer Abteilung bearbeitet.
- Für die Ablage und Suche von Verträgen gibt es zwar in 73% aller Fälle abteilungsinterne Regelungen, jedoch fehlen in 68% der Fälle einheitliche Kriterien, die im gesamten Unternehmen Geltung finden.
- In zwei Dritteln der Fälle sind die Durchlaufzeiten für Standardverträge im Unternehmen nicht bekannt.
- Fast drei Viertel der Teilnehmer sind der Meinung, dass die Durchlaufzeiten für Verträge im Unternehmen verkürzt werden können.

aus BearingPoint: Vertragsmanagement 2002, Studie, S.10

Aus diesen Prozessmerkmalen heraus ergeben sich erhebliche Risiken und es verwundert kaum, dass die befragten Unternehmen bei der Frage: „Welche Risiken sehen Sie in Ihrem Unternehmen mit Verträgen“, 50% der Befragten ein hohes oder sehr hohes Risiko im ungleichen Informationsstand und der fehlenden Aktualität der Vertragsdokumente erkannten. Gegen 30% benannten das schwierige Auffinden und die inhaltliche Risiken als hoch oder sehr hoch und immerhin 19 % erkannten aufgrund der aktuellen Prozessgestaltung sogar ein hohes oder sehr hohes Risiko hinsichtlich eines Versäumnisses von Fristen.

Die Zielsetzung, durch bewusste Steuerung mit Verträgen, durch gute Vertragsgestaltung, Abschluss und Abwicklung die definierten Ziele zu erreichen oder zu übertreffen, verlangt, die vorgenannten Risiken zu überprüfen und den Prozess anzupassen.

Nachfolgend möchte ich auf zwei der genannten Risiken etwas näher eintreten, weil ihnen insbesondere bei Verträgen im Zusammenhang mit Informatikmitteln eine besondere Bedeutung zukommt.

4.2 Aktualität der Vertragsdokumente

Das Vertragsmanagement hat die Aufgabe, alle vertraglich wichtigen Daten zu erfassen. Es bereitet sie für sich selbst, das Projektmanagement, die Projektmitarbeiter und das Firmenmanagement in geeigneter Form auf. Bereits im Rahmen der Aufarbeitung der Verträge (Vertragsanalyse) sind die Risiken des Vertrages zu erfassen. Darunter fallen insbesondere:

- Änderungen

⁴⁰ vgl. BearingPoint: Vertragsmanagement 2002, Eine Studie zum Einsatz von Knowledge-Management Systemen

- Verspätungen
- garantierte Leistungen, Mitwirkungspflichten
- Abnahmefristen
- Mängel

Wie bereits unter Punkt 4.4.3 (Vertragsgestaltung, Schlussbestimmungen) festgestellt, kommt der zeitgerechten Vertragsänderung wesentliche Bedeutung zu. In diesem Sinne, stellen die vertraglichen Fragen nicht Selbstzweck dar, sondern gliedern sich nahtlos ins Qualitätsmanagement und ins Projektmanagement ein. An jedem Haltepunkt, Meilenstein ist neben der Behandlung der fachlichen Fragen auch immer die Frage zu stellen: Welche Auswirkungen hat das Beschlossene oder Genehmigte und was bedeutet das hinsichtlich der vertraglichen Vereinbarung? Selbstverständlich wird diesen Fragen implizit meist Rechnung getragen und diejenigen, welche unmittelbar in einen entsprechenden Entscheid involviert sind, finden in der Regel auch eine Erklärung zur getroffenen Lösung. Das dies aber ein Problem darstellt, zeigen insbesondere die 50% der Befragten der BearingPoint-Studie, welche ein hohes oder sehr hohes Risiko im ungleichen Informationsstand und der fehlenden Aktualität der Vertragsdokumente erkannten. Bei einer impliziten Behandlung der vertraglichen Auswirkungen von Anpassungen besteht neben dem hohen Risiko an Know-how-Verlust bei Fluktuation auch gleichzeitig ein ungenügender Informationsstand der nicht unmittelbar am Entscheid Beteiligten. Das Vertragsmanagement kann damit seiner Aufgabe, das Projektmanagement, die Projektmitarbeiter und das Firmenmanagement in geeigneter Form über die vertragliche Situation und die daraus erkannten Risiken zu orientieren, nicht mehr genügend nachkommen. Das Vertragsmanagement verpasst damit auch die Chance zum einen Risiken abzuwälzen und zum anderen eine Risikoverteilung vertraglich so eindeutig zu gestalten, dass eine verlässliche Berücksichtigung in der Geschäftsgesamtplanung möglich ist.⁴¹

Die Lösung dieses Problems liegt in der **Schriftlichkeit**. Wer seine Erklärungen schriftlich formuliert, denkt klarer und kommuniziert deutlicher bzw. ist erst überhaupt in der Lage zu kommunizieren. Zudem dient die Schriftlichkeit der Beweissicherung. „**Wer schreibt der bleibt**“. Auch wenn die Schriftlichkeit gelegentlich als aufwändig und mühsam empfunden wird, ist sie zwingendes Erfordernis jedes Qualitätssicherungssystems und entsprechend auch des Vertragsmanagements. Auch wenn die beiden Parteien im besten Fall durch konkludentes Verhalten den Vorbehalt der Schriftform gemäss OR 16 aufheben, ist, hinsichtlich eines angemessenen Vertragsmanagements, für Verträge und in Verträgen für spätere Änderungen zwingend die Schriftform vorzubehalten⁴².

4.3 Vertragsmanagement eine innerbetriebliche Dienstleistung

Die Risiken des ungleichen Informationsstandes verschiedener Beteiligter sowie das schwierige Auffinden und die inhaltliche Risiken deuten vorab auf ein Entwicklungspotential in der Organisation hin.

Grundsätzlich unterscheidet sich die Aufgabe des Vertragsmanagements (Führen, Leiten, Überwachen von Verträgen) nicht wesentlich von einem Projektmanagement, dem Cashmanagement oder anderen Managementaufgaben. All diesen Aufgaben ist eines gemeinsam. Es soll durch professionelles Verhalten aus einer, nicht im engeren Sinne zur Kernaufgabe einer Unternehmung gehörenden Tätigkeit, ein möglichst hoher **added value** (Mehrwert) erarbeitet werden. Nicht wesentlich anders als das aktive Verwalten (managen) der Liquidität im Cashmanagement muss auch für das aktive Verwalten von

⁴¹ vgl. Weber Kurt. E., Referat am 25.01.2001 in Basel

⁴² Schumacher Rainer: Baurecht 2000, Vertragsmanagement beim Bauen, 117

Verträgen eine angemessene Professionalität gefordert werden. Wichtig dabei ist die Erkenntnis, dass auch Verträge auf der Aufwandseite (Beschaffungsverträge) einen Wert darstellen. Management besteht zu einem wesentlichen Teil darin, die richtigen, d.h. die fähigen Leute für die richtigen Aufgaben auszuwählen, einzusetzen und zu führen (insbesondere zu instruieren und auch zu kontrollieren) und weiter auszubilden. Hier ist eine der grössten Schwächen des Vertragsmanagements zu orten, und dies nicht nur, aber auch im Informatikbereich. Die Übernahme und Erfüllung spezifischer Aufgaben erfordert ausreichende Kenntnisse durch Ausbildung, Training und Erfahrung⁴³. Gerade angesichts der Komplexität langfristiger Verträge hat es sich deshalb als vorteilhaft erwiesen, die **Betreuung von Verträgen einer zentralen Stelle** zu übergeben.

Wie bei jeder organisatorischen Frage genügt es auch für das Vertragsmanagement nicht, nur das Element der **Aufgabenträger** (Human resources) zu klären. Neben der Definition der **Aufgabe**, auf die ich punktuell in den Kapiteln 4 und 5 eingegangen bin und der Frage der **Information**, die im wesentlichen in den genügenden Rechtskenntnissen und den angemessenen IT Kenntnissen wie sie in den Kapiteln 3 und 4 angetönt wurden, bildet insbesondere die Frage der **Sachmittel** für das Vertragsmanagement ein wesentlicher Faktor.

Die Sachmittel, welche einem erfolgreichen Vertragsmanagement zur Verfügung stehen sollten, müssen im Wesentlichen folgende Aufgaben unterstützen:

- Formatvorlagen (Vertragsmuster, Muster AGB, Abnahmeprotokoll usw.)
- Kalenderfunktionalität zur Überwachung des Fristenlaufs
- Systematik für die Verwaltung von Verträgen und Vertragsdaten

Für den Kanton Zürich kann festgestellt werden, dass mit Ausnahme der SIK-Grundlagen keine weiteren einheitlichen Sachmittel zur Verfügung stehen. Dass der Kanton Zürich beim Einsatz von spezifischen Sachmitteln zum Vertragsmanagement durchaus nicht schlechter ausgerüstet ist als andere Unternehmungen oder öffentliche Körperschaften zeigt die bereits mehrfach zitierte BearingPoint-Studie. (vgl. Abbildung 2)

Die Forderung nach geeigneten Sachmitteln für das Vertragsmanagement erscheint nicht zuletzt aufgrund der vorgängig beschriebenen Risiken durchaus gerechtfertigt.

Wie weit es notwendig ist, IT-Tools als Sachmittel einzusetzen, bleibt offen und ist vorab abhängig davon, welcher Umfang und in welcher Komplexität Verträge zu bearbeiten sind. Für alle beschriebenen Aufgaben sind heute Standard-Tools auf dem Markt erhältlich. Die umfassendste Lösung ist eine Einbindung des Vertragsmanagements in ein Knowledge-Management System oder in ein Dokumentenmanagement System.

Unabhängig von der Einbindung in eine Informatiklösung ist primär eine angemessene Systematik des Vertragsmanagements festzulegen. Dazu gehört mindestens:

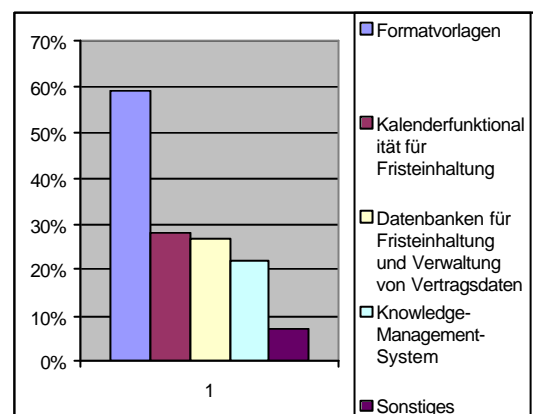


Abbildung 2 Verwendete Tools zur Unterstützung des Vertragsmanagements (aus BearingPoint, Vertragsmanagement 2002)

⁴³ Schumacher Rainer: Baurecht 2000, Vertragsmanagement beim Bauen, 117

- dass der Zugriff auf die aktuellen Verträge jederzeit sichergestellt ist, was bedeutet, dass alle Verträge innerhalb des Betriebs einheitlich abgelegt werden;
- dass systematisch sichergestellt wird, dass alle Verträge auf dem aktuellen Stand sind;
- dass jede Vertragsänderung im Rahmen des Änderungsverfahrens auch rechtlich begleitet wird.

Einerseits kann dieses Ziel über entsprechende Organisationsreglemente sowie Mustervorlagen und Aus- und Weiterbildung erreicht werden, andererseits aber bedingt es eine Einbindung des Vertragsmanagements in die eigene Unternehmenskultur.

5. Schlussbemerkung

In verschiedenen Gesprächen, die ich innerhalb der kantonalen Verwaltung Zürich zu der vorliegenden Arbeit geführt habe, habe ich (etwas pointiert formuliert) immer wieder folgende Überlegung gehört:

Die Forderung nach einem guten Vertragsmanagement ist wohl im Grundsatz richtig, aber für einen potenten Investor wie es der Kanton Zürich darstellt nicht von vitaler Bedeutung. Ein Investor mit der wirtschaftlichen Kraft des Kantons Zürich ist in aller Regel die stärkere Vertragspartei und kann die Vertragsbedingungen meistens „nach Belieben“ diktieren.

Dieser Überlegung sind zwei Argumente entgegen zu setzen:

Die Erarbeitung eines komplexen Informatikmittels bedingt ein kooperatives Zusammenarbeiten von Besteller und Lieferant. Das dazu notwendige Vertrauen kann nur durch gegenseitige Achtung und faire sowie verlässliche Vereinbarungen aufgebaut werden.

Die systematische Ausnützung der wirtschaftlichen Situation des Partners hat insbesondere bei einem übermässigen Preisdruck auf eine ganze Branche auch volkswirtschaftliche Auswirkungen.

Ein gutes Vertragsmanagement aller Vertragspartner unterstützt eine faire und zielorientierten Erstellung und Beschaffung von materiellen und immateriellen Gütern und trägt zur Entwicklung und zum Wohlstand einer Gesellschaft bei.

6. Beilagen

6.1 Beilage 1: Rechtsnatur von EDV-Vertragsbestandteilen

im Wesentlichen nach den Ausführungen von Bühler im Zürcher Kommentar zu OR 363, N 97- N 103

Projektphase	Leistungsbeschreibung	Leistung	Rechtsnatur	Besonderes
Voranalyse	Feststellen der Anforderungen und Bedürfnisse des Anwenders.	Beratung des Anwenders durch Dritten	Auftrag	
Pflichtenheft und Grobkonzept	Gliederung und Beschreibung der Anforderungen und Bedürfnisse des Anwenders.	Beratung des Anwenders durch Dritten	Auftrag	Übernimmt jedoch ein Dritter diese Aufgabe für den Anwender, so ist analog zum Gutachten Werkvertragsrecht anzuwenden. Widmer S. 52
Leistungsbeschreibung und Feinkonzept	In enger Zusammenarbeit mit dem Anwender durch den Lieferanten auf Erfolg ausgerichtete Analyse und Beschreibung	Erstellung des Detailkonzepts durch den Lieferanten	Werkvertrag	Kommt der Anwender seiner Mitwirkungspflicht nicht gehörig nach, plädiert Widmer dafür, dass der Lieferant nach OR 95 vom Vertrag zurücktreten kann.
technischer Entwurf, Detailspezifikation	klassisches Geistwerk das allerdings als Arbeitsresultat messbar wird	Erstellung Detailspezifikation	Werkvertrag	
Herstellung der Individualsoftware	Herstellung des Softwaresystems anhand produktorientiertem technischen Entwurf	Erstellung Softwaresystem	Werkvertrag	Nach deutschem Recht einheitlich Werkvertrag. Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechts, wobei diese Rechtsanwendung für die ABG SIK ausdrücklich wegbedungen wird. (AGB Informatikgesamtsystem Ziff. 22.2)
Einführungsphase	Implementierung auf Hardware des Anwenders, was zur Betriebsbereitschaft des Gesamtinformationssystems führt. --> werkvertragliche Erfolgshaftung	Erstellung der Betriebsbereitschaft	Werkvertrag	
Projektleitung und Beratungstätigkeit	Unterstützung des Anwenders	Beratung bzw. Leitungsaufgabe	Auftrag	BGE 109 II 464; BGE 114 II 55
Erwerb Hardware	Kauf von Hardware	Kauf	Kauf	
Erwerb von Software	Kauf von Software	Kauf	Kauf	In der Regel bei Standardsoftware zur Nutzung --> Lizenz
Schulung	Schulung der Mitarbeitenden des Anwenders	Schulung	Auftrag	Allenfalls in der Literatur als Schulungsvertrag spezifiziert.
Dokumentation	Integrierter Bestandteil des individuellen Gesamtsystems	schriftliche Dokumentation	Werkvertrag	

6.2 Beilage 2: Checkliste Aufgaben und Ziele der Projektphasen

im Wesentlichen nach den Ausführungen von Schreiber Josef: Beschaffung von Informatikmitteln, 22ff

Die nachfolgende Checkliste gibt einen Überblick, ob die Schritte durchgeführt wurden, welche zur Erreichung einer vollständigen Beschreibung der Verfahren notwendig sind, und damit eine genügenden Vertragssicherheit bei der Realisierung angenommen werden kann.

Projektphase	Arbeiten in der Projektphase	Besonderes
Vorstudie	<input type="checkbox"/> Abgrenzung des Projekts	
	<input type="checkbox"/> Festhalten der Ziele	
	<input type="checkbox"/> Festhalten der wichtigsten Anforderungen	
	<input type="checkbox"/> Prüfen von Szenarien	
	<input type="checkbox"/> Aufzeigen von Lösungsansätzen	
	<input type="checkbox"/> vorläufige Planung von: Projektstruktur Terminen Ressourcen	
	<input type="checkbox"/> Abschätzen von Risiken	
	<input type="checkbox"/> Erhärten der Angaben zu Kosten	
	<input type="checkbox"/> Erhärten der Angaben zu Nutzen	
	ERGEBNIS der Vorstudie ist eine MACHBARKEITSSTUDIE	
Konzeption	<input type="checkbox"/> Analyse der Situation hinsichtlich Prozesse Strukturen Infrastruktur technische Systeme Daten und Dokumente Zeit- und Mengengerüst	Die Resultate einer Evaluation führen gegebenenfalls zu einer Präzisierung der Anforderungen bzw. des Leistungsumfanges
	<input type="checkbox"/> Konkretisieren der Ziele und Anforderungen	
	<input type="checkbox"/> Entwickeln und Bewerten von Lösungsvarianten	
	<input type="checkbox"/> grobes Entwerfen des fachlichen und des systemtechnischen Konzepts	
	<input type="checkbox"/> Bilden von Realisierungseinheiten	
	<input type="checkbox"/> Angaben zu Rahmenorganisation	
	<input type="checkbox"/> Risikobeurteilung	
	<input type="checkbox"/> Kostenvorschau	
	<input type="checkbox"/> Nutzenermittlung	
	ERGEBNIS der Konzeption ist ein KONZEPT	

Beilage 2: Checkliste Aufgaben und Ziele der Projektphasen, Fortsetzung

Evaluation	<input type="checkbox"/>	Erstellen eines Pflichtenheftes (Anforderungsprofil) aufgrund des Konzepts	(Anforderung der GATT-Verträge)
	<input type="checkbox"/>	Aufstellen der Zuschlagkriterienhierarchie als Bewertungsschema	Es empfiehlt sich einen Evaluationsbericht zu erstellen
	<input type="checkbox"/>	Analysieren und Bewerten mehrerer Lösungsangebote	
	<input type="checkbox"/>	Darstellen der Nutzwerte (Erfüllungsgrad)	
	<input type="checkbox"/>	Darlegen von Kosten und Risiken	
	<input type="checkbox"/>	Aufzeigen der Vorzugswürdigkeit als Entscheidungsgrundlage	
	<input type="checkbox"/>	Fällen des Entscheides mit Begründung	
	<input type="checkbox"/>	Vertrag verhandeln und abschliessen	
<p>ERGEBNIS der Evaluation ist ein Entscheid für eine konkrete "beste" Lösung basierend auf dem Pflichtenheft sowie eine verbindliche Offerte oder eine vertragliche Einigung</p>			

7. Literaturverzeichnis

- Bartsch Michael**, Informatikspektrum, 2000, 3ff
BearingPoint, Vertragsmanagement 2002, Studie
Bühler Theodor, zu OR 363, N 89
Gauch Peter, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996,
Honsell, OR-BT, 245
Idhe Rainer, Vertragsmanagement bei komplexen IT-Projekten, onlinelaw.de, 2001
Locher Christoph,: Praxis, 2001, 1472
Morscher Lukas, SZW, 1999, 65
Schluep, SPR VII/2, 773 f.
Schönle, N 135 zu Art. 184 OR
Schreiber Josef, Beschaffung von Informatikmitteln, Bern (2000)
Schumacher Rainer, Baurecht 2000, Vertragsmanagement beim Bauen,
Schweizerische Informatikkonferenz, Verträge für die Beschaffung von Informatikmitteln, 1999
Widmer Ursula: Risikofolgeverteilung bei Informatikprojekten: Haftung für Softwaremängel bei Planung und Realisierung von Informationssystemen, Diss. Bern 1990
Weber Kurt. E., Referat am 25.01.2001 in Basel
Zindel/Pulver, Basler Kommentar, N. 1

Bildnachweis:

Jonathan Evans, Artville