

# CENTER FOR INFORMATION TECHNOLOGY SOCIETY AND LAW — ITSL

Schriften aus dem ITSL, herausgegeben  
von Florent Thouvenin und Rolf H. Weber

Volume 6

Alexander Schmid

## Der IT-Outsourcingvertrag im schweizerischen Recht

Hauptleistungspflichten, Leistungsstörungen  
und Vertragsgestaltung

Schulthess § 2019

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Literaturverzeichnis .....	XXXIII
Verzeichnis weiterer Quellen.....	XLIX
Abkürzungsverzeichnis.....	LI
Tabellen- und Abbildungsverzeichnis .....	LV
<b>I. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
1. Zielsetzung.....	1
2. Aufbau.....	1
<b>II. Grundlagen .....</b>	<b>3</b>
1. Übersicht.....	3
2. Definitionen, Annahmen und Abgrenzungen .....	3
2.1. Informatik.....	3
2.2. IT-Outsourcing.....	3
2.2.1. Outsourcing im Allgemeinen.....	3
2.2.2. IT-Outsourcing im Besonderen.....	4
2.2.3. Partielles und umfassendes Outsourcing .....	4
2.2.4. Cloud, Business Process Outsourcing.....	5
2.3. Dienstleister und Kunde, Leistungsbezüger.....	6
2.3.1. Dienstleister und Kunde .....	6
2.3.2. Leistungsbezüger .....	6
2.4. Keine Betrachtung des Auslagerungsvorgangs.....	6
2.5. Subunternehmer und Lieferant .....	7
2.6. Nationale Verhältnisse .....	7
2.7. Hauptleistungspflichten und Nebenpflichten.....	8
2.7.1. Abgrenzung Hauptleistungspflichten/Neben-	
pflichten.....	8
2.7.2. Gegenstand dieser Arbeit .....	8
2.8. Dauerleistungen und Einzelleistungen .....	9
3. Wirtschaftliche und technische Grundlagen .....	10
3.1. Wirtschaftliche Gründe des Kunden für das Eingehen	
eines IT-Outsourcingverhältnisses.....	10
3.1.1. Finanzielle Aspekte.....	10

3.1.1.1. Kostensenkung .....	10
3.1.1.2. Reduktion der Fix- und Investitions- kosten, Erhöhung der Planbarkeit .....	11
3.1.1.3. Erhöhung der Effizienz .....	11
3.1.1.4. Erhöhung der Transparenz.....	12
3.1.2. Strategische Aspekte.....	12
3.1.2.1. Fokussierung auf die Kernkompetenzen....	12
3.1.2.2. Qualitätssteigerung.....	12
3.1.2.3. Modernisierung und Vereinheitlichung der Informatiklandschaft .....	13
3.1.2.4. Reduktion und Verlagerung von Risiken ...	13
3.1.2.5. Erhöhung der Flexibilität .....	14
3.2. Geschäftsmodell des Dienstleisters.....	14
3.2.1. Im Allgemeinen .....	14
3.2.2. Zusammensetzung der Entschädigung.....	15
3.2.2.1. Übersicht .....	15
3.2.2.2. Parameter, welche für die Kosten des Dienstleisters massgebend sind .....	15
3.3. Typischerweise erbrachte Leistungen.....	17
3.3.1. Übersicht .....	17
3.3.2. Hardwareleistungen.....	17
3.3.3. Softwareleistungen .....	19
3.3.4. Querschnittsleistungen.....	20
3.4. Phasen eines IT-Outsourcingverhältnisses .....	21
3.4.1. Übersicht .....	21
3.4.2. Übergangsphase.....	22
3.4.3. Transformationsphase.....	23
3.4.4. Betriebsphase.....	23
3.4.5. Beendigungsphase .....	24
3.4.6. Fokus dieser Arbeit.....	24
4. Zentrale Risiken der Parteien.....	24
4.1. Vorbemerkung .....	24
4.2. Zentrale Risiken des Kunden.....	25
4.2.1. Kontrollverlust .....	25
4.2.2. Qualität der Leistungen .....	25
4.2.3. Verlust der Kontrolle über die IT-Strategie .....	26

4.2.4. Sicherheit.....	26
4.2.5. Unerwartete Kostenfolgen.....	27
4.2.6. Schwieriger und kostspieliger Ausstieg.....	29
4.2.7. Langfristige Bindung und Abhängigkeit.....	30
4.2.8. Verlust von Know-how .....	30
4.2.9. Gegenparteirisiko (Insolvenz).....	31
4.2.10. Haftung .....	32
4.3. Zentrale Risiken des Dienstleisters .....	32
4.3.1. Gegenparteirisiko (Insolvenz).....	32
4.3.2. Zahlungsverzug .....	33
4.3.3. Vorzeitiges Ende des Outsourcingverhältnisses .....	33
4.3.4. Falsche Annahmen/Mangelnde Effizienz .....	34
4.3.5. Haftung .....	35
4.3.6. Teuerung .....	35
5. Rechtliche Verortung des IT-Outsourcingvertrags.....	36
5.1. Vollkommen zweiseitiger Vertrag.....	36
5.2. Dauerschuldverhältnis.....	36
5.3. Vertragstypus .....	37
5.3.1. Innominatvertrag.....	37
5.3.2. Vertragsverbindung/zusammengesetzter Vertrag? .....	37
5.3.3. Gemischter Vertrag oder Vertrag sui generis? .....	40
5.4. Nominat- und innominatvertragliche Elemente .....	41
5.4.1. Werkvertrag .....	42
5.4.2. Auftrag.....	43
5.4.3. Miet- und Pachtvertrag .....	44
5.4.4. Kaufvertrag.....	45
5.4.5. Lizenzvertrag.....	46
5.4.6. Gesellschaftsvertrag.....	47
5.4.7. Arbeitsvertrag.....	48
5.4.8. Agenturvertrag.....	49
5.4.9. Kommission.....	50
5.4.10. Hinterlegungsvertrag.....	50
5.5. Konklusion: Der IT-Outsourcingvertrag ist ein gemischter Vertrag .....	52

<b>III. Strukturierung des IT-Outsourcingvertrags</b> .....	55
1. Übersicht.....	55
2. Kriterien zur Beurteilung der verschiedenen Strukturierungsformen.....	55
3. Physische Strukturierung.....	56
3.1. Ein Einheitsvertrag .....	56
3.1.1. Begriff .....	56
3.1.2. Verhandelbarkeit.....	56
3.1.3. Praktische Handhabbarkeit .....	56
3.1.4. Anpassungsfähigkeit.....	57
3.1.5. Justiziabilität .....	58
3.2. Mehrere komplette Verträge .....	58
3.2.1. Begriff .....	58
3.2.2. Verhandelbarkeit.....	58
3.2.3. Praktische Handhabbarkeit .....	58
3.2.4. Anpassungsfähigkeit .....	59
3.2.5. Justiziabilität .....	59
3.3. Modularer Aufbau .....	60
3.3.1. Begriff .....	60
3.3.2. Verhandelbarkeit.....	61
3.3.3. Praktische Handhabbarkeit .....	62
3.3.4. Anpassungsfähigkeit.....	62
3.3.5. Justiziabilität.....	63
3.4. Konklusion .....	63
4. Logische Strukturierung bei modularem Vertragsaufbau.....	65
4.1. Allgemeine Vorbemerkungen.....	65
4.2. Rahmenvertrag und Leistungsscheine .....	65
4.2.1. Rahmenvertrag.....	65
4.2.2. Leistungsscheine .....	66
4.2.2.1. Im Allgemeinen .....	66
4.2.2.2. Verteilung der Spezifika auf die Leistungsscheine .....	66
(A) Fragestellung.....	66
(B) Verteilung anhand der Grenzen der Leistungsbündel.....	67

	(C) Verteilung anhand der Vertragstypen ...	67
	(D) Diskussion .....	67
4.3.	Anhänge und Beilagen.....	68
4.3.1.	Begriff .....	68
4.3.2.	Nutzung von Anhängen in der Praxis .....	69
4.3.3.	Vorteile .....	69
4.3.4.	Bezeichnung und Nummerierung.....	70
4.4.	Hierarchie .....	71
4.4.1.	Fragestellung .....	71
4.4.2.	Ort der Regelung.....	71
4.4.3.	Varianten .....	71
4.4.4.	Diskussion.....	71
5.	Zusammenfassung.....	73
<b>IV.</b>	<b>Redaktion des IT-Outsourcingvertrags im Hinblick auf die Hauptleistungspflichten der Parteien.....</b>	<b>75</b>
1.	Übersicht.....	75
2.	Leistungen des Dienstleisters.....	75
2.1.	Leistungsbeschreibung im Allgemeinen .....	75
2.1.1.	Zweck .....	75
2.1.2.	Detaillierungsgrad .....	76
2.1.3.	Grundsätzlicher Aufbau .....	77
2.1.4.	Arten der Leistungsbeschreibung.....	77
2.1.4.1.	Übersicht .....	77
2.1.4.2.	Abstrakte Leistungsbeschreibung.....	78
2.1.4.3.	Konkrete Leistungsbeschreibung.....	79
2.1.4.4.	Catch All-Klauseln .....	80
2.1.4.5.	Service as Before-Klauseln .....	81
2.1.4.6.	Ergebnis: Methodenpluralismus.....	81
2.1.5.	Abgrenzung der Verantwortlichkeiten .....	82
2.1.6.	Konsequenzen mangelhafter Leistungs- beschreibung.....	84
2.1.6.1.	Rechtliche Konsequenzen .....	84
	(A) Kein Konsens.....	84
	(B) Richterliche Auslegung bzw. Ergänzung als Risikofaktor .....	85
2.1.6.2.	Faktische Konsequenzen .....	85

	(A) Konflikt.....	85
	(B) Ungenügende Leistungsqualität.....	85
	(C) Kostenerhöhung bei «Verbesserung» der Leistungsbeschreibung.....	86
2.1.7.	Methoden zur Leistungsbeschreibung und zur Abgrenzung von Verantwortlichkeiten .....	86
2.1.7.1.	Text.....	86
2.1.7.2.	Zeichnungen/Grafische Darstellungen .....	87
2.1.7.3.	Matrizen .....	88
	(A) Im Allgemeinen.....	88
	(B) Einfache Tabellen .....	89
	(C) Nutzung von Tabellen zur gleichzei- tigen Abgrenzung der Verantwor- tlichkeiten.....	89
	(D) RACI und verwandte Darstellungs- formen .....	92
	(E) Zusammenfassung.....	95
2.1.7.4.	Formeln.....	95
2.1.7.5.	Grafische Prozessvisualisierung .....	95
2.1.7.6.	Ergebnis: Methodenpluralismus.....	98
2.1.8.	Weitere Überlegungen zur Leistungsbeschreibung	99
2.1.8.1.	Einbezug anerkannter Normen.....	99
2.1.8.2.	Pflichtenheft .....	100
2.1.9.	Lokalisierung im modularen System .....	101
2.2.	Service Level Agreement als Spezifikation der Leistungsqualität .....	101
2.2.1.	Begriff .....	101
2.2.2.	Zweck .....	103
2.2.3.	Rechtliche Einordnung.....	104
2.2.4.	Ansprüche an die Wahl von Service Levels .....	106
2.2.5.	Messgrößen.....	108
2.2.5.1.	Vorbemerkung.....	108
2.2.5.2.	Maximal- und Minimalgrößen .....	108
2.2.5.3.	Durchschnittsgrößen .....	109
2.2.5.4.	Statistische Größen .....	109
2.2.6.	Zeitliche Geltung von Service Levels .....	110

2.2.6.1.	Beginn der Bindung.....	110
2.2.6.2.	Veränderungen über die Laufzeit des Vertrags.....	110
2.2.7.	Typische Service Levels.....	111
2.2.7.1.	Verfügbarkeit.....	111
	(A) Bedeutung.....	111
	(B) Betroffene Systeme .....	112
	(C) Begriff der Verfügbarkeit.....	113
	(D) Mindestmass.....	114
	(E) Beginn und Ende von Ausfällen .....	116
	(F) Massgeblicher Zeitraum .....	116
	(G) Wartungsfenster .....	117
2.2.7.2.	Performance: Antwortzeiten.....	118
	(A) Begriff und Bedeutung.....	118
	(B) Massgebliche Zeitspanne.....	120
	(C) Messung .....	120
	(D) Höchstmass.....	121
	(E) Betroffene Transaktionen.....	122
	(F) Massgeblicher Zeitraum .....	122
	(G) Voraussetzungen für die Pflicht zur Einhaltung .....	123
2.2.7.3.	Performance: Durchlaufmengen und Ablaufdauer .....	123
	(A) Begriff und Bedeutung.....	123
	(B) Ausgestaltung.....	124
2.2.7.4.	Bereitschaftszeiten.....	125
	(A) Begriff .....	125
	(B) Ausgestaltung.....	125
	(C) Staffelung .....	125
2.2.7.5.	Reaktionszeiten.....	126
	(A) Begriff und Zweck .....	126
	(B) Beginn der Reaktionszeit.....	127
	(C) Definition der Erfüllung des Service Levels.....	128
	(D) Zeitliche Staffelung.....	129
	(E) Verhältnis zu den Bereitschaftszeiten ..	130



(F) Dauer der Reaktionszeiten .....	131
(a) Staffelung nach der Schwere der Störung.....	131
(b) Störungskategorien .....	131
(c) Zuteilung einer Störung zur Störungskategorie.....	132
(d) Staffelung nach Wesentlichkeit der betroffenen Leistung .....	132
(G) Durchschnitte .....	133
2.2.7.6. Behebungszeiten.....	133
(A) Begriff .....	133
(B) Beginn der Behebungszeit .....	134
(C) Definition der Behebung einer Störung.....	134
(D) Verhältnis zu den Bereitschafts- zeiten .....	135
(E) Dauer der Behebungszeiten .....	135
(a) Staffelung nach der Schwere der Störung.....	135
(b) Staffelung nach der Wesentlich- keit der betroffenen Leistung.....	136
(F) Bedeutung für den Dienstleister.....	136
2.2.7.7. Anwenderzufriedenheit .....	137
(A) Begriff und Bedeutung.....	137
(B) Ausgestaltung.....	138
2.2.8. Abhängigkeit vom Mengengerüst und Preis .....	139
2.2.9. Messung und Berichterstattung .....	140
2.2.9.1. Mess- und Berichterstattungspflichten.....	140
2.2.9.2. Messung .....	140
2.2.9.3. Berichterstattung .....	142
(A) Zweck .....	142
(B) Inhalt.....	142
(C) Form.....	143
(D) Zeitpunkt der Berichterstattung .....	144
2.2.9.4. Prüfung der Richtigkeit der Mess- ergebnisse.....	144
(A) Problematik .....	144

(B) Kontrollrecht .....	145
(C) Beschränkung des Kontrollrechts.....	145
(D) Kosten.....	146
(E) Pflicht zur Erhaltung der Rohdaten .....	146
2.2.9.5. Review .....	146
2.2.10. Folgen der Nichterfüllung .....	147
2.2.11. Lokalisierung im modularen System .....	147
2.3. Abnahme.....	148
2.3.1. Übersicht .....	148
2.3.1.1. Gegenstand .....	148
2.3.1.2. Begriff.....	148
2.3.1.3. Fragestellung .....	148
2.3.2. Projektleistungen .....	149
2.3.2.1. Anwendung der Regeln zur Abnahme .....	149
2.3.2.2. Rechtliche Konsequenzen der Abnahme ....	149
2.3.2.3. Vertragliche Vereinbarungen.....	150
(A) Abnahmeprozedere .....	150
(B) Abnahmefiktion .....	151
(C) Teilabnahme .....	152
(D) Definition der «Unvollendetheit» .....	152
(E) Rechtsfolgen der verweigerten Abnahme.....	153
(a) Gesetzliche Regelung .....	153
(b) Vertragliche Regelung.....	154
2.3.2.4. Lokalisierung im modularen Vertrags- system .....	155
2.3.3. Dauerwerkvertragliche Leistungen.....	155
2.3.3.1. Fragestellung .....	155
2.3.3.2. Lehre .....	156
2.3.3.3. Diskussion.....	156
2.4. Leistungserbringung durch Dritte .....	157
2.4.1. Gegenstand .....	157
2.4.2. Gesetzliche Regelung.....	157
2.4.2.1. OR AT.....	157
2.4.2.2. Vertragstypenrecht.....	157

(A) Übersicht .....	157
(B) Werkvertragsrecht .....	158
(a) Grundsatz: Persönliche Leistungserbringung oder Leitung .....	158
(b) Ausnahme: Persönliche Leistungspflicht fällt aufgrund der Natur der Leistungen ausser Betracht .....	159
(c) Situation beim IT-Outsourcing .....	159
(C) Auftragsrecht .....	160
(a) Grundsatz: Persönliche Leistungserbringung .....	160
(b) Ausnahme: Substitution ist verkehrsüblich .....	160
(c) Situation beim IT-Outsourcing .....	160
(D) Synthese .....	161
2.4.2.3. Zusammenfassung .....	161
2.4.3. Vertragliche Regelung .....	162
2.4.3.1. Ausgangslage .....	162
2.4.3.2. Regelungsbestandteile .....	162
(A) Voraussetzungen für die Übertragung auf Dritte .....	162
(B) Ausschluss von Leistungsbündeln von der Untervergabe .....	163
(C) Pflicht zur Überbindung der vertraglichen Pflichten .....	163
(D) Vorbehalt der Übertragung der Subunternehmerverträge bei Beendigung des IT-Outsourcingverhältnisses .....	163
2.4.3.3. Lokalisierung im modularen System .....	164
2.5. Leistungsempfang durch Dritte .....	164
2.5.1. Problematik .....	164
2.5.2. Vertragliche Regelung des Empfangs von Leistungen durch Dritte .....	165
2.5.2.1. Verpflichtung zur Leistung an Dritte .....	165

2.5.2.2. Klärung der Aufteilung der Rechte zwischen dem Kunden und den Dritt- leistungsempfängern .....	165
2.5.2.3. Lokalisierung im modularen System .....	167
2.6. Phasenabhängige Besonderheiten.....	168
2.6.1. Vorbemerkung .....	168
2.6.2. Übergangs- und Transformationsphase .....	168
2.6.2.1. Übergangsphase .....	169
2.6.2.2. Transformationsphase .....	169
2.6.3. Beendigungsphase .....	169
2.6.3.1. Problematik.....	169
2.6.3.2. Vertragliche Regelung .....	170
(A) Übersicht.....	170
(B) Weiterbetrieb .....	171
(C) Unterstützungsleistungen.....	172
(a) Definition der Unterstützungs- pflichten .....	172
(b) Zusammenarbeit mit dem neuen Dienstleister.....	173
(c) Eingesetztes Personal .....	173
(d) Ausschluss von Rückbehaltungs- rechten.....	174
(e) Zeitliche Dimension .....	174
(D) Herausgabe-, Übertragungs- und Vernichtungspflichten .....	174
(a) Informationen, Unterlagen und Daten .....	174
(b) Hard- und Software .....	175
3. Vergütung.....	177
3.1. Anforderungen an das Vergütungsmodell .....	177
3.1.1. Vorbemerkungen .....	177
3.1.2. Kundensicht.....	177
3.1.2.1. Ziele des Kunden .....	177
3.1.2.2. Anforderungen an das Vergütungs- modell .....	178

(A) Ermöglichung der Planung .....	178
(B) Ermöglichung der Kostentransparenz.....	178
(C) Initiale Tragung der Investitionskosten durch den Dienstleister .....	178
(D) Ermöglichung der Flexibilität beim Leistungsbezug .....	178
(E) Weitere Anforderungen .....	179
3.1.3. Dienstleistersicht.....	179
3.2. Vergütungsmodelle .....	179
3.2.1. Vorbemerkungen .....	179
3.2.2. Einmalige und wiederkehrende Vergütung.....	180
3.2.3. Feste Vergütung .....	180
3.2.4. Variable Vergütung.....	182
3.2.4.1. Vergütung nach Aufwand .....	182
(A) Übersicht .....	182
(B) Erfüllung der Anforderungen.....	182
3.2.4.2. Vergütung nach Kosten .....	183
(A) Übersicht .....	183
(B) Erfüllung der Anforderungen.....	184
3.2.4.3. Vergütung auf Basis von Stückzahlen oder Nutzungseinheiten.....	185
(A) Übersicht und Ziel .....	185
(B) Einheiten .....	185
(C) Erfüllung der Anforderungen.....	186
(D) Berücksichtigung der Entwicklung des Leistungsbezugs.....	187
3.2.5. Minimal- und Maximalvereinbarungen .....	189
3.2.5.1. Mindestvergütung .....	189
3.2.5.2. Maximalvergütung .....	189
3.2.6. Mengenrabatte und degressive Preise .....	190
3.2.7. Praxis: Mischmodelle .....	190
3.2.7.1. Übersicht .....	190
3.2.7.2. Beispiele.....	191
(A) Kombination von fester Vergütung und Vergütung nach Leistungsbezug....	191

	(B) Kombination von Vergütung nach Leistungsbezug und Mindestabnahmemengen bzw. Mindestpreis .....	192
3.3.	Vertragliche Festlegung der Vergütung .....	193
3.3.1.	Zweck .....	193
3.3.2.	Anforderungen an die vertragliche Regelung .....	194
3.3.3.	Konsequenzen mangelhafter vertraglicher Regelungen .....	195
3.3.3.1.	Mangelnder Konsens, Auslegungs- und Ergänzungsbedürftigkeit .....	195
3.3.3.2.	Nachforderungen des Dienstleisters .....	196
3.3.4.	Methoden der Beschreibung der Vergütungsmodelle .....	196
3.3.4.1.	Text .....	196
3.3.4.2.	Grafische Darstellungen und Formeln .....	197
3.3.4.3.	Matrizen .....	198
3.3.4.4.	Ergebnis: Methodenpluralismus .....	199
3.3.5.	Vertragliche Regelung .....	199
3.3.5.1.	Vergütung .....	199
	(A) Festlegung pro Leistungsbündel .....	200
	(B) Vorwegnahme von Veränderungen .....	200
	(C) Festpreisbestandteile, Mindestbezugs- und Mindestvergütungspflichten .....	200
	(D) Maximal- und Minimalvolumen .....	200
	(E) Ansätze und Preisliste .....	201
	(F) Währung .....	201
	(G) Teuerung .....	202
3.3.5.2.	Spesen/Kosten .....	203
	(A) Grundsatz aus Kundensicht: Vergütung enthält alle Kosten .....	203
	(B) Ausnahmen .....	203
	(a) Besondere Verhältnisse .....	203
	(b) Reisespesen .....	204
3.3.5.3.	Steuern und Abgaben .....	205
3.3.5.4.	Rechnungsstellung und Zahlungsmodalitäten .....	206

(A) Zeitpunkt der Rechnungsstellung .....	206
(a) Im Allgemeinen .....	206
(b) Projektleistungen .....	206
(c) Betriebsleistungen .....	207
(d) Spätester Zeitpunkt der Rechnungsstellung .....	208
(B) Form und Adressaten der Rechnungen .....	208
(a) Übersicht .....	208
(b) Detaillierungsgrad .....	209
(c) Aufschlüsselung nach organi- satorischen Kriterien .....	209
(d) Rechnungsadressaten .....	210
(C) Fälligkeit .....	210
(D) Genehmigungsfiktion .....	211
3.3.5.5. Verrechnung .....	212
(A) Übersicht .....	212
(B) Gesetzliche Regelung .....	212
(C) Vertragliche Modifikation des Verrechnungsrechts .....	212
3.3.5.6. Prüfung der Richtigkeit der Rechnungs- stellung .....	213
(A) Problemstellung .....	213
(B) Herausgabepflicht .....	213
(C) Weitergehendes Prüfrecht (Audit) .....	214
3.3.6. Lokalisierung im modularen System .....	214
3.4. Umgang mit Annahmen und «True Up» .....	216
3.4.1. Problemstellung .....	216
3.4.2. Prüfung der Annahmen nach Vertragsschluss .....	216
3.4.2.1. Definition der relevanten Annahmen .....	216
3.4.2.2. Regelung der Folgen von falschen Annahmen .....	217
3.5. Entschädigung bei vorzeitiger Beendigung .....	217
3.6. Phasenabhängige Besonderheiten .....	219
3.6.1. Vorbemerkung .....	219
3.6.2. Übergangs- und Transformationsphase .....	219

3.6.2.1. Betrieb der Informatik im CMO .....	219
3.6.2.2. Aufwände im Hinblick auf die Transformation .....	221
(A) Übersicht .....	221
(B) Einrechnen der Aufwände in die Betriebsvergütung .....	221
(C) Direkte Abgeltung .....	222
3.6.3. Beendigungsphase .....	222
3.6.3.1. Beendigungsunterstützung .....	222
(A) Zusätzliche Vergütung .....	222
(B) Berechnung der zusätzlichen Vergütung .....	223
3.6.3.2. Betriebsvergütung bei stufenweiser Beendigung .....	224
3.6.3.3. Weiterbetrieb .....	225
3.6.3.4. Übernahme von Hard- und Software .....	225
<b>V. Leistungsstörungen</b> .....	<b>227</b>
1. Übersicht .....	227
2. Störungen in Bezug auf die Hauptleistungspflichten des Dienstleisters .....	227
2.1. Übersicht .....	227
2.2. Generelle Qualifikationsfragen .....	228
2.2.1. Qualifikation von Leistungsstörungen betreffend Dauerleistungen .....	228
2.2.2. Service Levels .....	232
2.3. Unmöglichkeit .....	233
2.3.1. Übersicht und Vorbemerkung .....	233
2.3.2. Analog anwendbares Vertragstypenrecht .....	234
2.3.3. Anwendung der werkvertraglichen Unmöglich- keitsregeln .....	235
2.3.3.1. Übersicht .....	235
2.3.3.2. Einzelleistungen .....	235
2.3.3.3. Dauerleistungen .....	236
(A) Verschuldete Unmöglichkeit .....	236
(B) Unverschuldete Unmöglichkeit .....	237
(a) Im Allgemeinen .....	237



	(b) Unverschuldet beim Kunden eintretende Unmöglichkeit.....	238
	(c) Unverschuldet beim Dienstleister eintretende Unmöglichkeit.....	239
2.3.4.	Rechtsfolgen.....	240
2.3.4.1.	Teilunmöglichkeit: Abhängigkeit der Rechtsfolgen von der Zumutbarkeit der Annahme der noch möglichen Leistungen .....	240
2.3.4.2.	Vom Dienstleister zu vertretende Unmöglichkeit .....	241
2.3.4.3.	Vom Kunden zu vertretende Unmöglichkeit .....	243
2.3.4.4.	Von beiden Parteien zu vertretende Unmöglichkeit .....	244
2.3.4.5.	Von keiner Partei zu vertretende Unmöglichkeit .....	245
2.3.4.6.	Konsequenzen des Wegfalls von Leistungspflichten für abhängige Leistungen ...	248
2.3.5.	Zusammenfassung.....	248
2.4.	Verzug .....	249
2.4.1.	Übersicht .....	249
2.4.2.	Analog anwendbares Vertragstypenrecht .....	250
2.4.3.	Anwendung der werkvertraglichen Verzugsregeln.....	250
2.4.3.1.	Anwendbarkeit.....	250
2.4.3.2.	Anwendung im Kontext des IT-Outsourcingverhältnisses .....	252
	(A) Umgang mit teilbaren Leistungen.....	252
	(B) Konsequenz für nicht betroffene Leistungen .....	253
2.4.4.	Rechtsfolgen.....	253
2.4.4.1.	Haftung für Zufall und Ersatz deserspätungsschadens .....	253
2.4.4.2.	Wahlrechte und Schadenersatz.....	254
2.4.4.3.	Teilverzug.....	255
	(A) Allgemeines .....	255

(B)	Anwendung des Teilverzugs auf parallel zu erbringende Leistungen .....	256
(a)	Problematik und Grundlagen.....	256
(b)	Teilbarkeit der Gesamtleistung und unteilbare Leistungsblöcke .....	257
(c)	Teilbarkeit einzelner Leistungen ....	258
(d)	Zwischenfazit.....	259
(C)	Zukünftige, noch nicht fällige Leistungen .....	259
(D)	Zwischenfazit .....	260
(E)	Anwendung der Verzugsregeln auf die einzelnen (Teil-)Leistungen.....	261
(a)	In Verzug befindlicher Teil.....	261
(b)	Bereits erbrachter Teil .....	261
(c)	Noch nicht fälliger Teil .....	261
(d)	Andere parallel erbrachte, nicht in Verzug befindliche Leistungen...	262
(F)	Zwischenfazit .....	263
2.4.5.	Zusammenfassung.....	264
2.5.	Schlechterfüllung.....	265
2.5.1.	Übersicht .....	265
2.5.2.	Untersuchung der möglichen Rechtsfolgen basierend auf den allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln .....	266
2.5.2.1.	(Nach-)Erfüllungsanspruch .....	266
2.5.2.2.	Rücktritt bzw. ausserordentliche Kündigung .....	267
2.5.2.3.	Schadenersatz .....	269
2.5.3.	Untersuchung der möglichen Rechtsfolgen basierend auf den vertragstypenrechtlichen Regeln .....	269
2.5.3.1.	Analog anwendbares Vertragstypenrecht.....	269
2.5.3.2.	Werkvertragliche Einzelleistungen.....	270
(A)	Im Allgemeinen.....	270
(B)	Präzisierungen zur Ersatzvornahme....	270
(C)	Präzisierungen zur Wandlung .....	271

2.5.3.3.	Werkvertragliche Dauerleistungen.....	273
	(A) Übersicht.....	273
	(B) Prüfung und Rüge.....	273
	(C) Minderung.....	274
	(D) Wandlung.....	275
	(E) Nachbesserung.....	277
	(F) Zwischenfazit.....	278
2.5.3.4.	Auftragsrechtliche Leistungen.....	279
2.5.3.5.	Mietvertragliche Leistungen.....	280
	(A) Übersicht.....	280
	(B) Beschränkte Bedeutung der Ersatz- vornahme.....	282
	(C) Präzisierungen zur fristlosen Kündi- gung.....	283
	(D) Ausschluss der Hinterlegung.....	283
2.5.4.	Synthese.....	284
2.5.4.1.	Ziel.....	284
2.5.4.2.	Zukünftige vertragsgemäße Erfüllung.....	284
2.5.4.3.	Behebung von Mängeln bzw. Nach- erfüllung.....	284
2.5.4.4.	Ersatzvornahme.....	285
2.5.4.5.	Kürzung der Gegenleistung.....	287
2.5.4.6.	Rückabwicklung, insbesondere einzelner Leistungen.....	288
2.5.4.7.	Beendigung.....	288
2.5.4.8.	Schadenersatz.....	289
2.5.5.	Zwischenfazit – Einheitliche Leistungsstörun- gsordnung für Fälle der Schlechterfüllung.....	290
2.6.	Konsequenz des teilweisen Wegfalls von Leistungspflichten für verknüpfte Leistungen.....	291
2.6.1.	Fragestellung.....	291
2.6.2.	Technische Verknüpfung.....	292
2.6.2.1.	Technische Verknüpfung führt zur Unteilbarkeit.....	292
2.6.2.2.	Technische Verknüpfung führt zur Unmöglichkeit der verknüpften Leistung ....	292

2.6.3.	Wirtschaftliche Verknüpfung .....	293
2.6.3.1.	Wirtschaftliche Verknüpfung führt zur Unteilbarkeit .....	293
2.6.3.2.	Andere Fälle.....	293
	(A) Grundlagenirrtum .....	294
	(a) Im Allgemeinen .....	294
	(b) Anfechtung bei verschuldetem Wegfall der verknüpften Leis- tungen? .....	296
	(B) Subjektive Unmöglichkeit der Leistungserbringung .....	296
	(C) Clausula rebus sic stantibus .....	297
2.6.4.	Zusammenfassung.....	298
3.	Störungen in Bezug auf die Pflicht zur Bezahlung der Vergütung.....	299
3.1.	Übersicht.....	299
3.2.	Unmöglichkeit.....	300
3.3.	Verzug.....	300
3.3.1.	Analog anwendbares Vertragstypenrecht – Anwendung des Mietrechts?.....	300
3.3.2.	Verzugsfolgen.....	303
	3.3.2.1. Vorbemerkungen .....	303
	3.3.2.2. Anwendung auch auf noch nicht fällige Forderungen?.....	303
	3.3.2.3. Allgemeine Verzugsfolgen.....	304
	3.3.2.4. Wahlrechte.....	304
	(A) Im Allgemeinen.....	304
	(B) Festhalten an der Leistung oder Verzicht auf Leistung unter Fest- halten am Vertrag – Unterschied mit Bezug auf eigene Leistungspflicht.....	305
	(C) Verzicht auf Leistung und Kündigung.....	306
	3.3.2.5. Andere Rechtsgrundlagen für die Einstellung der Leistungen .....	307
	(A) Überblick.....	307
	(B) Art. 82 OR .....	307

(a) Vorleistungspflicht des Kunden.....	307
(b) Vorleistungspflicht des Dienstleisters .....	308
(C) Art. 83 OR .....	308
3.4. Ausserordentliche Kündigung.....	309
3.5. Zusammenfassung .....	310
4. Vertragsredaktion.....	311
4.1. Unzulänglichkeiten der gesetzlichen Leistungsstörungsordnung .....	311
4.1.1. Leistungsstörung seitens des Dienstleisters .....	311
4.1.1.1. Reduktion der Entschädigung.....	311
4.1.1.2. Schadenersatz .....	312
4.1.1.3. Kündigung/Rücktritt .....	313
4.1.1.4. Folge: Mangelhafte Anreizsituation, welche durch vertragliche Leistungsstörungsordnung korrigiert werden muss.....	314
4.1.2. Leistungseinstellung durch den Dienstleister bei Verzug des Kunden .....	315
4.2. Vertragliche Leistungsstörungsordnung.....	315
4.2.1. Zweck .....	315
4.2.2. Störungen im Hinblick auf die Leistungen des Dienstleisters .....	316
4.2.2.1. Service Credits.....	316
(A) Begriff .....	316
(B) Zweck .....	316
(C) Rechtliche Qualifikation .....	317
(a) Minderungsrecht .....	317
(b) Konventionalstrafe .....	318
(c) Pauschalierter Schadenersatz.....	321
(d) Qualifikation mangels klarer Abrede.....	321
(D) Vertragliche Regelung.....	323
(a) Bindung an Service Levels .....	323
(b) Ökonomischer Anreiz.....	323
(c) Abhängigkeit vom Verschulden.....	324
(d) Höhe und Zuordnung zu Service Levels .....	324

(i) Grundsatz .....	324
(ii) Staffelung nach der Wesentlich- keit der Service Levels .....	325
(iii) Staffelung nach der Schwere der Verletzung.....	326
(iv) Obergrenzen.....	327
(e) Modelle .....	327
(i) Statische Modelle.....	327
(ii) Pooling-Modelle .....	328
(f) Verletzung mehrerer Service Levels .....	329
(g) Verhältnis zum Schadenersatz .....	330
(h) Bonus, Earn-Back?.....	331
4.2.2.2. Step-In Rights .....	332
(A) Begriff .....	332
(B) Voraussetzungen.....	332
(C) Rechte des Kunden und Pflichten des Dienstleisters .....	333
(D) Bedingungen .....	334
(E) Finanzielle Folgen.....	334
(F) Dauer der Übernahme .....	334
4.2.2.3. Leistungsstörungen bei Einzelleistungen ...	335
(A) Verzugsrechte .....	335
(a) Vorbemerkung.....	335
(b) Projektleistungen.....	335
(c) Andere Einzelleistungen .....	337
(B) Schlechterfüllung .....	339
(a) Nachbesserung .....	339
(b) Kürzung der Vergütung .....	339
(c) Wandlung der Einzelleistung .....	340
(d) Wandlung bzw. Beendigung des Gesamtverhältnisses?.....	340
(e) Schadenersatz.....	341
(f) Rangfolge.....	342
(g) Zwischenfazit.....	342
(C) Konventionalstrafen .....	343

4.2.2.4. Ausserordentliche Kündigung .....	344
(A) Begriff .....	344
(B) Voraussetzungen.....	344
(a) Übersicht.....	344
(b) Substanzielle Verletzung von Service Levels.....	346
(c) Andere substanzielle Vertrags- verletzungen.....	347
(C) Regelung .....	347
(a) Frist.....	347
(b) Gegenstand der Kündigung.....	347
(c) Pflichten des Dienstleisters .....	348
4.2.2.5. Analyse- und Massnahmenpflicht .....	349
4.2.2.6. Schadenersatz .....	349
(A) Grundsatz.....	349
(B) Verhältnis zu den vertraglichen Rechtsbehelfen .....	349
(C) Haftungsbeschränkung.....	350
4.2.3. Nichtbezahlung durch den Kunden.....	352
4.2.3.1. Ausgangslage.....	352
4.2.3.2. Beschränkung des Rechts zur Leistungs- einstellung .....	352
4.2.4. Verhältnis zu den gesetzlichen Ansprüchen .....	353
4.3. Lokalisierung im modularen System.....	353
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>355</b>