

Risikoallokation, Haftung und Haftungsüberwälzung

Dr. András Gurovits

Zürich — 16. November 2018

Risikoallokation und Risikomanagement

- Risikoallokation
Zuordnung von Risiken
- Risikomanagement
Genereller Umgang mit Risiken

“coordinated activities to direct and control an organization with regard to risk” (ISO)

- Risikoallokation: **Teilaspekt** des Risikomanagements
- Risiko: *“effect of uncertainty on objectives”*

These

«Risiken sind in IT Projekten jener Partei zuzuordnen, die damit am besten umgehen kann»

Fallbeispiel

Toyota

- Rückruf von > 4 Millionen Fahrzeugen
- Herstellungsfehler im Gaspedalmechanismus
- Gaspedalmechanismus durch Sublieferanten hergestellt
- Grosser finanzieller Schaden
- Immenser Reputationsschaden
- Vermutungsweise unzureichendes Projektmanagement, mangelhafte Qualitätskontrolle und unzureichende Koordination

Fallbeispiel

Toyota

- Was lernen wir daraus?
- Simpler Risikotransfer und ausgefeilte Haftungsklauseln reichen nicht
- Vertrag vermutlich «wasserdicht»
- Trotzdem lief Sache aus dem Ruder

Fallbeispiel

Fazit

- Kein komplexes Projekt ohne Risiko
- Risiken müssen «gemanaged» werden
- Auch die beratenden Anwälte können hier Beitrag leisten

Risiken des Kunden beim Auswahlverfahren

- Verkürztes Auswahlverfahren / falsche Auswahl
 - Anbieter nicht in der Lage zu erfüllen
 - Keine einschlägige Erfahrung
 - Finanzielle Leistungsfähigkeit
- Fehlendes Bewusstsein für die Bedeutung des Auswahlverfahrens
- Angst vor Kosten
- Vorbestehende Beziehungen

Risiken des Anbieters beim Auswahlverfahren

- Ungenügende Abklärung der Kundenbedürfnisse
- Fokussierung auf eigene (Standard) Lösung
- (Zu) tiefe Preise, um das Projekt zu gewinnen

Risiken bei der Vertragsgestaltung

- Generell: «Schlechter» Vertrag
- Kunde und Anbieter haben nicht das gleiche Verständnis über Leistungsumfang
- Schlechte Kommunikation
- Ungenügende Spezifikation
- Kunde und Anbieter sprechen nicht die gleiche Sprache

Personelle Risiken

- Kunde kann geeignetes Personal (Anzahl, Qualifikationen) nicht bereitstellen
- Meilensteine werden verpasst
- Anbieter stellt zu wenig qualifiziertes Personal
- Anbieter wechselt Personal (zu häufig)
- Anbieter reduziert Personal

Risiken in der Projektorganisation

- Fehlende Kompetenz/Kontinuität bei den Projektteammitgliedern
- «Deal Teams» vs. «Delivery Teams»
- Delivery-Teammitglieder nicht in Vertragsverhandlungen involviert
- Deal-Teammitglieder nicht in Delivery involviert
- Zu frühe Abberufung der Delivery-Teammitglieder

Finanzielle Risiken

- Unter dem Strich keine «win-win» Situation
- Falls Projekt defizitär, wird Anbieter versuchen, Defizit wieder «hereinzuholen»
 - Überhöhte Preise für Changes
 - Reduktion des Service Personals
- Komplexes, unüberschaubares Pricing Modell

Interne Risiken

Interner Widerstand

- Kritik
- Suche nach Fehlern / Schwachstellen
- Sich «lustig machen»
- Selektiver Umgang mit Fakten
- Nach Schuldigen suchen
- Hintertreiben des Projektes
- Gerüchte streuen
- Einschüchtern, manipulieren
- Nichts tun

Interne Risiken

Gründe

- Änderungen schüren Ängste / Unsicherheiten
- Beeinträchtigung von Interessen / spürbare Folgen
- Abkehr vom Gewohnten
- etc.

Sicherheitsrisiken

- Physische Sicherheit von System und Daten / Datenverlust
- Sanktionen
- Data Breaches
- Business Continuity / IT Service Continuity
- Risiko ⇒ Krise ⇒ Katastrophe

Weitere Risiken

- Technische Risiken (Wahl der Technologie, Releasewechsel, etc.)
- Terminliche Risiken (z.B. Überschreitung der Meilensteine)
- Rechtliche Risiken bei grenzüberschreitenden Projekten / Missachtung lokaler Vorschriften
- Gefährdung von Immaterialgüterrechten, Know-how, Geschäftsgeheimnisse
- Risiken aus Konflikten
- usw.

Zusammenhänge

Beispiel 1

Sich verwirklichtes
personelles Risiko

Verursachtes
terminliches Risiko

Eintretens-
wahrscheinlichkeit

Fluktuation des
Personals des Anbieters

Nichteinhaltung von
Meilensteinen

Hoch

Zusammenhänge

Beispiel 2



Konkrete Folgerung

- Was können die beratenden Anwälte beitragen?
- Tagelange Diskussionen über Haftungsklausel nicht zielführend
- Werden Schadensatzklauseln/-ansprüche je durchgesetzt?
- Konnten Sie eingetretene Schäden je wieder gutmachen?
- ➔ Fokus auf (vertragliche) Massnahmen, die Schadenseintritt möglichst verhindern
- ➔ Fokus auf Risikomanagement

Risikomanagement

- Risikomanagement als Ausdruck einer umsichtigen Unternehmensführung
- Risikobeurteilung als Bestandteil des IKS (vgl. Art. 728 a/b OR)
- Für das Geschäft relevante Risiken sind zu identifizieren und abzuschätzen
- Nur ein erkanntes Risiko kann beherrscht werden
- Risikoabwälzung kein Ausdruck einer umsichtigen Geschäftsführung
- ISO 31000: *«Managing risk is part of governance and leadership, and is fundamental to how the organization is managed at all levels».*

Anforderungen an die juristische Beratung

- Konkretes Risikomanagement primär betriebswirtschaftliche, organisatorische und nicht juristische Aufgabe
- Bei IT Projekten Übergang von technischen zu rechtlichen Fragen aber oft fließend oder überlappend
- Grundverständnis für die relevanten technischen und organisatorischen Fragen und Risiken muss aber vorhanden sein

Bewusste Akzeptanz von Risiken

- (Auch) die beratenden Anwälte müssen Bewusstsein haben, dass ein komplexes Projekt ohne Risiko nicht zu haben ist
- Dieses Bewusstsein schafft Grundlage für kompetente rechtliche Beratung und angemessene Zuteilung der Risiken

Leistungspflichten des Anbieters vs. Mitwirkungspflichten des Kunden

- Identifizierte Risiken in unmissverständlicher Weise einer Partei zuordnen
- Identifizierte Risiken in unmissverständlicher Weise in konkrete Leistungspflichten des Anbieters überführen
- Identifizierte Risiken in unmissverständlicher Weise in konkrete Mitwirkungspflichten des Kunden überführen

Arten der Mitwirkungspflichten

- Vertragliche Mitwirkungspflichten
- «Ausservertragliche» Mitwirkungs- oder Implementierungsmaßnahmen
- Für letztere keine vertragliche Pflicht, aber notwendig, um Erfolg der Projekte intern sicherzustellen
- Auch beratende Anwälte können hierzu beitragen, z.B.
 - Maßnahmen der internen Kommunikation
 - «retention programs»

Vertragliche Mitwirkungspflichten des Kunden

- Zentrales Element in der rechtlichen Beratung
- Oftmals stiefmütterlich behandelt

Beispiel 1: *«Der Provider instruiert den Kunden im Einzelfall mit angemessener Vorlaufzeit per E-Mail über dessen Mitwirkungspflichten. Der Kunde ist verpflichtet (best efforts), auch kurzfristig erfolgenden Mitwirkungsinstruktionen des Providers nachzukommen.»*

- Schafft keine Klarheit. Nutzlos
- Kunde kann nicht planen / budgetieren
- Carte blanche für Anbieter

Vertragliche Mitwirkungspflichten des Kunden

Beispiel 2: *«Soweit Mitwirkungspflichten in diesem Vertrag oder den Anlagen nicht ausdrücklich bezeichnet sind, hat der Kunde die für die Vertragsdurchführung vernünftigerweise erforderlichen Informationen und Unterlagen rechtzeitig, spätestens jedoch nach Anforderung durch den Anbieter innert angemessener Frist, zur Verfügung zu stellen».*

- Schon etwas besser
- «Threshold» vorgesehen
- Gegenstand der Mitwirkung thematisiert (aber allzu stark eingeeengt)

Vertragliche Mitwirkungspflicht des Kunden

Beispiel 3: «*Die Mitwirkungspflichten des Kunden sind in Anlage X festgelegt*».

- Anlage muss aber in ausreichendem Detaillierungsgrad verfasst sein
- Mitwirkungspflichten dürfen Leistungspflichten des Anbieters nicht widersprechen oder aufweichen

Beispiele zur konkreten Allokation von Risiken

Risikobereich	Anbieter	Kunde
Auswahlverfahren	<ul style="list-style-type: none"> – Due Diligence über Kunde – Bedürfnisabklärung, Offerte – Kosten DD und Offerte 	<ul style="list-style-type: none"> – Inhalt RFI – Inhalt RFP – Durchführung Auswahlverfahren – Selektion Anbieter – Due Diligence über Anbieter – Interne Kosten (inkl. Berater)
Vertragsgestaltung	<ul style="list-style-type: none"> – Spezifikation der konkreten Service-Leistungen – Spezifikation und Abruf der konkreten Mitwirkungspflichten – Optional: Erstellung des Vertrages 	<ul style="list-style-type: none"> – Kontrolle der Service-Spezifikation – Genehmigung / Erbringung der Mitwirkungspflichten – Optional: Erstellung des Vertrages
Personelle Risiken	<ul style="list-style-type: none"> – Anzahl Qualifikationen der Projektteammitglieder – Definition der vom Kunden zu stellenden Projektteammitglieder – Reduktion der Anzahl Projektteammitglieder 	<ul style="list-style-type: none"> – Genehmigung der Anzahl, Qualifikation der Projektteammitglieder des Anbieters – Bereitstellung der definierten Projektteammitglieder
Organisationsrisiken	<ul style="list-style-type: none"> – Kontinuität der Projektteammitglieder des Anbieters – Entfernung von Projektteammitgliedern des Anbieters 	<ul style="list-style-type: none"> – Kontinuität der Projektteammitglieder der Kunden – Entfernung von Projektteammitgliedern des Kunden

Beispiele zur konkreten Allokation von Risiken

Risikobereich	Anbieter	Kunde
Finanzielle Risiken	<ul style="list-style-type: none"> – Pricing – Pricing Modell 	<ul style="list-style-type: none"> – Akzeptierung des Pricing – Pricing Modell verstehen
Interne Risiken		<ul style="list-style-type: none"> – Widerstand – Kommunikation – Verständnis schaffen
Sicherheitsrisiken	<ul style="list-style-type: none"> – Definition TOMs – Implementierung TOMs – IT Service Continuity – Data Breach Response Plan ausführen 	<ul style="list-style-type: none"> – TOMs verstanden und akzeptiert – IT Service Continuity verstanden und akzeptiert – Business Continuity – Data Breach Response Plan definieren und ausführen
Rechtliche Risiken	<ul style="list-style-type: none"> – Einhaltung lokaler Rechtsvorschriften für Leistungserbringung – Due Diligence betreffend lokale Rechtsvorschriften 	<ul style="list-style-type: none"> – Einhaltung lokaler Rechtsvorschriften für Bezug der Leistungen – Due Diligence betreffend lokale Rechtsvorschriften
Technische Risiken	<ul style="list-style-type: none"> – Wahl der Technologien – Releasewechsel 	<ul style="list-style-type: none"> – Genehmigung der Technologie

Risikoüberwälzung

- Risikoüberwälzung als Abweichung von der «natürlichen» Risikokollokation
- Überwälzung auf Anbieter regelmässig mit Zusatzkosten verbunden
- Erfolgsaussichten / Rentabilität fraglich
- Besondere Form: Abwälzung auf Versicherer

Haftung

- Haftungsklauseln eine Notwendigkeit
- Aber: Hohe Kunst der juristischen Beratung manifestiert sich nicht bei den Haftungsklauseln
- Hauptaugenmerk bei der juristischen Beratung auf Darlegung der relevanten Grundsätze
- Haftungslimiten dann letztlich Business-Entscheidung

CONCLUSION

THANK YOU

Your Contact



Dr. András Gurovits
andras.gurovits@nkf.ch
D +41 58 800 83 77