

Service Level Agreements in der Outsourcing-Praxis

Dr. András Gurovits Kohli*

Inhaltsverzeichnis

1.	Worum geht es?	2
2.	Hauptmerkmale und Definition des Service Level Agreements	3
3.	Der Inhalt eines SLA im Überblick	4
4.	Spezifikation der Leistungskriterien.....	6
4.1	Einleitung.....	6
4.2	Verfügbarkeit.....	7
4.3	Ausfallsicherheit	8
4.4	Geschwindigkeiten und Antwortzeiten.....	9
4.5	Problembehandlung	10
5.	Messung der Erfüllung der Leistungskriterien	12
6.	Folgen der Nichterfüllung der Leistungskriterien	14
7.	Weitere Bestimmungen	15
7.1	Vorbemerkung	15
7.2	Aufbauorganisation.....	16
7.3	Ablauforganisation / Prozesse	16
7.4	Physische Umgebung.....	17
8.	Spezifische Rechtsfragen.....	17
8.1	Vorbemerkung	17
8.2	Definition von Leistungskriterien und Beschränkung der Gewährleistung	18
8.3	Vertragsstrafe und Ansprüche aus Nicht- oder Schlechterfüllung .	18

* Dr. András Gurovits, Rechtsanwalt, Niederer Kraft & Frey, Zürich sowie Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

1. Worum geht es?^{**}

Um das Thema einzugrenzen, sei mit folgendem Beispiel begonnen:

Ein Unternehmen hat den Betrieb seiner Informatikumgebung aus betrieblichen und kommerziellen Überlegungen ausgegliedert. Diese Informatikumgebung besteht aus Hardware, Betriebs- und Anwendersoftware sowie aus einem lokalen Netzwerk. Zudem bestehen externe Verbindungen, etwa ins Internet und zur Bank für gewisse Zahlungsläufe. Organisatorische Gründe haben dazu geführt, dass die Programm- und Datenserver physisch beim Dienstleistungserbringer (nachfolgend „Outsourcing Provider“) installiert wurden.

Das auslagernde Unternehmen ist im Grosshandel tätig. Es beliefert Detailhändler in der deutschen Schweiz und nimmt Aufträge werktags zu den üblichen Geschäftszeiten entgegen. Die Mehrzahl der Aufträge wird telefonisch entgegengenommen, spätestens am folgenden Werktag ist die Ware auszuliefern. Es werden pro Tag im Durchschnitt 200 Aufträge entgegen genommen, mithin durchschnittlich alle drei Minuten ein Auftrag.

Die Produkte, die das Unternehmen verkauft, werden im Verkaufsgebiet noch von mindestens drei anderen Grosshändlern ebenfalls vertrieben. Das heisst, es besteht aktueller Wettbewerb. Da bei der Preis- und Produktegestaltung kein grosser Handlungsspielraum besteht, sind die Geschwindigkeit und die Zuverlässigkeit der Auftragsabwicklung von entscheidender Bedeutung für den Unternehmenserfolg.

Vor diesem Hintergrund ist es von entscheidender Bedeutung, dass das informatikunterstützte Auftragsabwicklungssystem zuverlässig zur Verfügung steht. Um dies zu erreichen, sind selbstverständlich die notwendigen personellen, technischen, organisatorischen und projektbegleitenden Massnahmen zu treffen. Das ist primär die Domäne der Informatiker. Auf der anderen Seite bedarf das Projekt aber auch der vertraglichen Absicherung; hier sind die Juristen gefordert. Zur vertraglichen Absicherung wird der Jurist mit Vorteil einen detaillierten Outsourcing Vertrag vorlegen. Darüber hinaus bzw. als Teil des Vertrages sind

^{**} Die nachfolgenden sind aus der Sicht des Praktikers für Praktiker verfasst. Es wird deshalb auf einen wissenschaftlichen Apparat verzichtet.

bestimmte, messbare Leistungskriterien zu definieren. Diese dienen dazu festzustellen, ob der Outsourcing Provider seinen primären Leistungspflichten nachkommt, ob er zum Beispiel die vereinbarte Verfügbarkeit des Systems gewährleistet. Diese messbaren Leistungskriterien oder „Service Levels“ dienen andererseits auch als Grundlage für die Einleitung von Korrekturmassnahmen und für eventuelle Vertragsstrafen bei einer nicht ausreichenden Erfüllung.

2. Hauptmerkmale und Definition des Service Level Agreements

Ein Service Level Agreement (SLA) weist regelmässig die folgenden Hauptmerkmale auf:

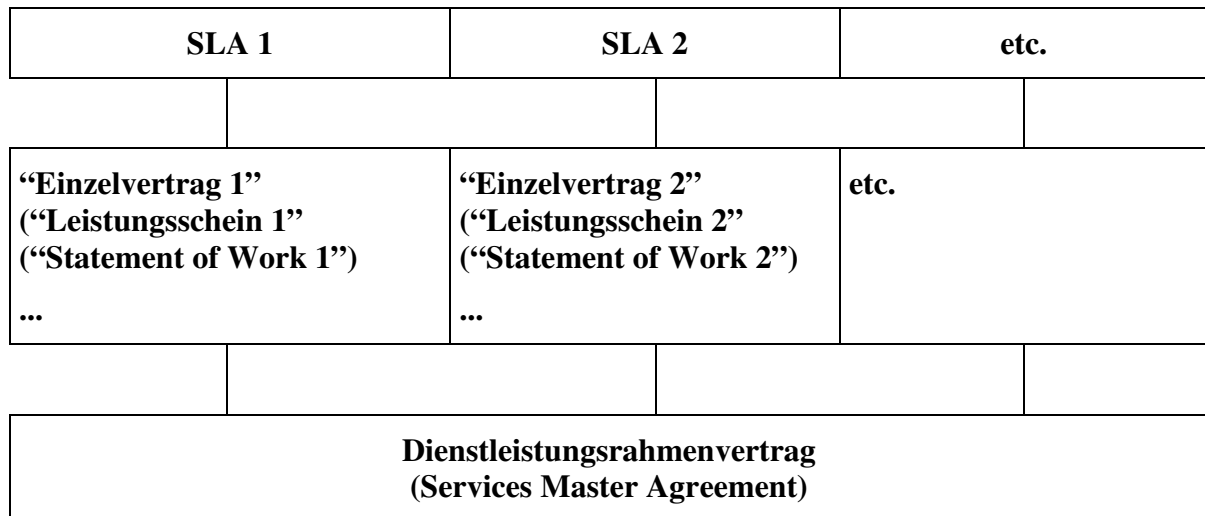
Ein SLA legt spezifische Leistungskriterien fest, die der Outsourcing Provider zu erfüllen hat. Die Leistung des Outsourcing Providers wird anhand dieser Leistungskriterien (den Service Levels) geprüft und gemessen. Sollte der Outsourcing Provider die Leistungskriterien oder Service Levels nicht erreichen, treffen ihn besondere im SLA festgelegte Konsequenzen.

Die Praxis bedient sich zur vertraglichen Regelung von Outsourcing Projekten vielfach des folgenden Vertragsmodells: Als Basis dient ein Rahmenvertrag, welcher die grundlegenden Rechte und Pflichten der Parteien festhält. Basierend auf diesem Rahmenvertrag¹ werden alsdann die konkreten Einzelvereinbarungen über die Erbringung von spezifischen Dienstleistungen abgeschlossen. Mit Ausnahme von eventuellen Nebenpflichten² schafft der Rahmenvertrag als solcher noch keine konkreten Leistungsvereinbarungen zwischen den Parteien; solche entstehen erst mit dem Abschluss eines Einzelvertrages (in der Praxis auch häufig Leistungsschein, Nachtrag, Statement of Work oder ähnliches genannt). In Bezug auf diese spezifischen Dienstleistungen werden schliesslich die konkreten Leistungskriterien oder Service Levels vereinbart; dies geschieht regelmässig im Rahmen der vorliegend zu untersuchenden Service Level Agreements (SLAs).

¹ in Englisch redigierten Verträgen häufig Master Agreement genannt

² wie z.B. Geheimhaltungs- und/oder Konkurrenzenthaltungspflichten

Das Gesagte lässt sich grafisch wie folgt zusammenfassen:



Vor diesem Hintergrund lässt sich ein Service Level Agreement im Outsourcing Bereich wie folgt definieren:

„Ein Service Level Agreement ist eine Vereinbarung zwischen einem Kunden und einem Outsourcing Provider, mit welcher die Parteien messbare Leistungskriterien für die in einem zwischen diesen Parteien abgeschlossenen Dienstleistungsvertrag festlegen und die Folgen der Nichteinhaltung dieser Leistungskriterien regeln.“

3. Der Inhalt eines SLA im Überblick

Ein SLA, das sich an dem in Ziffer 2 dargestellten Vertragsmodell orientiert, sollte mindestens die folgenden Punkte regeln:

- a) *Vertragsgegenstand:* Die sich mit dem Vertragsgegenstand befassende Bestimmung sollte die zu messende Dienstleistung beschreiben. Dies erfolgt vorzugsweise auch

unter Bezugnahme auf die dem SLA zugrunde liegende Dienstleistungsvereinbarung³.

- b) *Spezifikation der Leistungskriterien:* Nachdem die Dienstleistung, für welche das SLA gelten soll, beschrieben worden ist, sind die konkreten Leistungsmerkmale zu definieren. Diese Definition und die Redaktion der entsprechenden Vertragsbestimmungen setzen hohe Anforderungen an die Sorgfalt und das gegenseitige Verständnis der involvierten Informatiker und Juristen voraus. Die Festlegung von Kriterien, nach welchen die Leistungserbringung des Outsourcing Providers gemessen werden soll, ist naturgemäss anforderungsreich. In vielen Fällen werden sich deshalb die Parteien mit Vorteil auf verhältnismässig einfache – dafür aber praktikable – Definitionen verständigen, anstatt mittels hoch komplexen – dafür aber vielfach nicht mehr überblickbaren – Kriterien eine alles umfassende Lösung anzustreben.
- c) *Messverfahren:* Die besten Leistungskriterien nützen wenig, wenn das Verfahren zur Messung der Einhaltung dieser Leistungskriterien durch den Outsourcing Provider nicht definiert wird. Bei dieser Definition geht es zum einen darum, das Verfahren als solches zu bestimmen. Darüber hinaus ist aber auch von Bedeutung, wer, das heisst, welche Partei, die Messungen vornehmen soll. Der letztgenannte Punkt führt erfahrungsgemäss immer wieder zu kontroversen Diskussionen zwischen den Parteien.
- d) *Folgen der Nichteinhaltung der Leistungskriterien:* Der Outsourcing Provider muss genau wissen, welche Konsequenzen er zu gewärtigen hat, wenn er die Leistungskriterien nicht erreicht. Nebst juristischen Aspekten sind in diesem Bereich ganz besonders auch ökonomische Überlegungen bedeutend. Für den Outsourcing Provider geht es bei der Festlegung der „Strafe“ um die Abwägung von Ertrag und Risiken. Für den Kunden geht es primär darum, ein – wenn auch häufig nur leichtes – Druckmittel in den Händen zu halten; wohlwissend, dass die regelmässig eher tiefen

³ Einzelvertrag, Nachtrag, Statement of Work etc.

„Strafen“ im Problemfall die möglichen Kosten oder Ertragsausfälle kaum vollständig zu decken vermögen.

- e) *Weitere Bestimmungen:* Neben den vorstehend genannten zentralen Bestimmungen regeln Service Level Agreements regelmässig eine Reihe von anderen Gegenständen, wie zum Beispiel Aufbau- und Ablauforganisation, Prozesse, physische Umgebung und Informatikumgebung, Mitwirkungspflichten des Kunden, Preis, Change Management, Vertragsdauer und allgemeine Bestimmungen⁴. Allerdings ist zu beachten, dass je nach im Einzelfall gewählter Lösung einzelne oder sämtliche der hier genannten Punkte ihre Regelung entweder im Einzelvertrag und/oder Nachtrag und nicht im SLA finden. An dieser Stelle soll deshalb der Hinweis genügen, dass die vorgenannten Punkte einer vertraglichen Regelung bedürfen.

4. Spezifikation der Leistungskriterien

4.1 Einleitung

Ein zentrales Element eines SLA ist die Spezifikation der Leistungskriterien. Hier geht es darum festzulegen, nach welchen Leistungsgrössen die Leistungserbringung des Outsourcing Providers gemessen werden soll. Die Definition dieser Merkmale und deren Messung bilden die Grundlage für die Einleitung von eventuellen Verbesserungsmassnahmen und – im Falle der Schlechterfüllung – zur Leistung der vereinbarten Vertragsstrafen.

Im einleitend genannten Beispiel des Grosshandelsunternehmens, das den Betrieb seiner Informatikumgebung ausgliedert, wäre die Festlegung der folgenden Leistungskriterien sinnvoll:

- a) Verfügbarkeit des Systems;
- b) Ausfallsicherheit des Systems;

⁴ wie etwa Schriftlichkeitsvorbehalt, salvatorische Klausel, anwendbares Recht, Gerichtsstand oder Schiedsgerichtsbarkeit

- c) Geschwindigkeit bzw. Antwortzeiten;
- d) Problembehandlung.

Auf diese vier Leistungsmerkmale soll im Nachfolgenden näher eingegangen werden.

4.2 Verfügbarkeit

Bei der Definition der Verfügbarkeit geht es darum festzulegen, wann, das heisst in welchem Zeitraum, das System dem Kunden zur Nutzung zur Verfügung stehen muss. Die Festlegung der entsprechenden Betriebszeiten hängt naturgemäss von den Bedürfnissen und Wünschen des Kunden im Einzelfall ab. Das Grosshandelsunternehmen, das während den üblichen Geschäftszeiten Aufträge entgegennimmt und ausliefert, kann gegebenenfalls auf eine jederzeitige Verfügbarkeit⁵ verzichten und sich mit einer leicht verringerten Verfügbarkeit zufrieden geben⁶.

Als Grundsatz sei an dieser Stelle festgehalten, dass die Betriebszeiten, das heisst die Zeiträume, während welcher ein Zugriff auf das System zugesichert ist, von den Parteien mit Sorgfalt festzulegen und vertraglich zu fixieren sind. Denkbar ist dabei auch, dass der Outsourcing Provider den Zugriff zwar nur während einer beschränkten Zeit zusichert und gewährleistet (zum Beispiel jeweils werktags von 06:00 Uhr bis 20:00 Uhr), dass der Kunde aber das Recht hat, das System auch während den übrigen Zeiten zu nutzen (in welchem Fall aber der Outsourcing Provider für diese übrigen Zeiten keine Zusicherungen und Gewährleistungen abgibt.)

Als Beispiel für eine entsprechende Vertragsbestimmung diene folgende Regelung:

„Der Dienstleistungserbringer sichert dem Kunden eine Verfügbarkeit des Systems jeweils von Montag bis Freitag von 08:00 Uhr bis 17:30 Uhr, ausgenommen gesetzliche Feiertage in [z.B.] Zürich („Betriebs-

⁵ das heisst 24 Stunden am Tag, sieben Tage pro Woche

⁶ zum Beispiel Montag bis Freitag jeweils 06:00 Uhr bis 20:00 Uhr und Samstag 08:00 Uhr bis 18:00 Uhr

zeiten“) zu. Der Kunde ist berechtigt, das System auch ausserhalb dieser Betriebszeiten zu nutzen, doch bestehen für die Zeit ausserhalb der Betriebszeiten keine Leistungspflichten des Dienstleistungserbringers; der Kunde nimmt zur Kenntnis und bestätigt, dass er auf eine Nutzung des Systems ausserhalb der Betriebszeiten keinen Anspruch hat und dass eine eventuelle solche Nutzung auf seine eigene Verantwortung erfolgt.“

4.3 Ausfallsicherheit

Während das Kriterium der Verfügbarkeit dazu dient festzulegen, zu welchen Zeiten das System genutzt werden kann, soll mit der Definition der Ausfallsicherheit bestimmt werden, ob und wie lange das System während den Betriebszeiten nicht zur Verfügung stehen darf, ohne dass den Outsourcing Provider die im SLA (oder im Einzelvertrag bzw. Rahmenvertrag) festgelegten Folgen treffen.

Die Ausfallsicherheit lässt sich in Prozenten⁷ oder in Zeiträumen⁸ festlegen. Auch die Höhe der Ausfallsicherheit, die vom Outsourcing Provider zuzusichern ist, hängt primär von den Bedürfnissen und Wünschen des Kunden ab. Zeitkritische Anwendungen, wie zum Beispiel die Auftragserfassung des eingangs erwähnten Grosshandelsunternehmens bedürfen einer hohen bis maximalen Ausfallsicherheit, während für weniger zeitkritische Applikationen, wie zum Beispiel die Debitoren- und Finanzbuchhaltung einer gemeinnützigen Organisation, durchaus auch tiefere Werte angemessen sein können.

Eine entsprechende Vertragsklausel könnte wie folgt lauten:

„Der Dienstleistungserbringer sichert eine durchschnittliche Mindest-Verfügbarkeit von 99% pro jeweils drei Monate zu. Diese Mindestverfügbarkeit berechnet sich als Mittelwert während jeweils eines Quartals. Störungen, die nicht durch den Dienstleistungserbringen zu ver-

⁷ zum Beispiel 99%

⁸ zum Beispiel vier Stunden pro drei Monate bzw. Quartal

treten sind, und die Zeiträume während der vertraglich festgelegten Wartungsfenster werden in der Berechnung der fehlenden Verfügbarkeit nicht berücksichtigt.“

Aus dem vorstehenden Beispiel ergibt sich, dass noch zwei weitere Punkte einer Regelung bedürfen: Zum einen tun die Parteien gut daran, Zeiträume festzulegen, während welcher das System wegen geplanter Wartungsarbeiten („Wartungsfenster“) nicht zur Verfügung steht und klarzustellen, dass die entsprechenden Zeiträume bei der Messung der Verfügbarkeit nicht zu berücksichtigen sind. Zum anderen werden die Outsourcing Provider ein Interesse daran haben zu bestimmen, dass Fehlzugriffe auf das System, die sie nicht zu verantworten haben, ebenfalls nicht mitberücksichtigt werden dürfen. Um eine möglichst hohe Vertragssicherheit herzustellen, werden die Parteien die Fälle, die unter diese Ausnahmen fallen⁹, sorgfältig definieren müssen.

4.4 Geschwindigkeiten und Antwortzeiten

Nachdem die Parteien die Betriebszeiten und die Mindest-Verfügbarkeiten festgelegt haben, wird es darum gehen zu bestimmen, wie schnell das System – das nun ja nicht mehr im direkten Einflussbereich des Kunden steht – arbeiten muss. Da die Festlegung von Betriebsgeschwindigkeiten und Antwortzeiten erfahrungsgemäss eine äusserst komplexe und schwierige Aufgabe ist, werden die Parteien mit Vorteil lediglich einigermaßen leicht zu messende Limiten definieren und sich dabei auf einige wenige, besonders zeitkritische Abläufe oder Programme beschränken. Geregelt werden können zum Beispiel die Geschwindigkeit von Datenverbindungen und -übermittlungen, Antwortzeiten von besonders wichtigen Programmen oder Modulen¹⁰ sowie Verarbeitungszeiten von kritischen Batchläufen. Bei der Definition solcher Verarbeitungs- und Antwortzeiten wird darauf zu achten sein, dass die Datenmengen, die Anzahl der Benutzer, die am System angeschlossenen Lokalitäten

⁹ z.B. Ausfall oder Störung des Telekommunikationsnetzes, Störungen im Einflussbereich (z.B. im internen Netzwerk) des Kunden

¹⁰ z.B. Bildschirmaufbau des Auftragserfassungs- oder Lagerbestandsabfragemoduls beim Grosshandelsunternehmen

ten und weitere die zeitlichen Ergebnisse mitbestimmenden Faktoren ebenfalls eruiert und vertraglich festgehalten werden.

Wie bereits angedeutet, tun sich die Vertragsparteien oftmals schwer, die Verarbeitungs- und Antwortzeiten einer Vertragslösung, die sich in der Folge auch kontrollieren und umsetzen lässt, zuzuführen. Man behilft sich deshalb zum Teil auch mit einer Bestimmung, mit welcher festgehalten wird, dass die Antwortzeiten mindestens gleich gut sein müssen wie die bisherigen oder die bei einer Referenzinstallation gemessenen. Die entsprechenden Resultate werden in einem solchen Fall in einem Anhang dem Service Level Agreement beigefügt.

Eine den letztgenannten Fall wählende Lösung könnte etwa wie folgt lauten:

„Der Dienstleistungserbringer sichert zu, dass die Verarbeitungs- und Antwortzeiten des Systems mindestens den bisherigen, beim Kunden am [Datum] gemessenen und in Anhang [Nr.] festgehaltenen Verarbeitungs- und Antwortzeiten entsprechen.“

4.5 Problembehandlung

Falls die Betriebszeiten, die Ausfallsicherheit und die Verarbeitungs- und Antwortzeiten definiert worden sind, ist mit Vorteil noch festzulegen, in welcher Weise und wie schnell die Behandlung von eventuell aufgetretenen Störungen oder Fehlern zu erfolgen hat.

Die folgenden Bereiche sollten hierbei geregelt werden:

- a) *Kontaktstellen:* Es ist zu definieren, wer seitens des Kunden welche Stelle beim Outsourcing Provider zu kontaktieren hat (zum Beispiel der Projektleiter des Kunden oder dessen Stellvertreter kontaktiert den Helpdesk des Outsourcing Providers).
- b) *Kommunikationswege:* Um einen reibungslosen Informationsfluss zu ermöglichen, sind die Kommunikationswege festzulegen, das heisst, es ist zu bestimmen, auf welchem Weg die vom Kunden festgestellte Störung dem Outsourcing Provider oder die vom Outsourcing Provider festgestellte Störung dem Kunden zu melden sind.

Gleiches gilt für jede weitere Mitteilung im Zusammenhang mit der gemeldeten Störung. Denkbar sind etwa telefonische Kontakte oder die Kommunikation mittels spezieller Software.

- c) *Fehlerkategorien:* Da nicht jede Störung die gleich folgenschweren Konsequenzen nach sich zieht und die gleiche Aufmerksamkeit des Outsourcing Providers erfordert, sind unterschiedliche Fehlerkategorien zu definieren, die eine unterschiedlich schnelle Behandlung nach sich ziehen.
- d) *Antwortzeiten:* Falls Fehlerkategorien definiert werden, ist pro Fehlerkategorie die erforderliche Antwortzeit zu bestimmen. Als Antwortzeit wird hier verstanden der Zeitraum ab Meldung oder Feststellung der Störung bis zur Erfassung der Störung durch den Outsourcing Provider (dies erfolgt häufig durch die Eröffnung eines sogenannten Trouble Tickets).
- e) *Reaktionszeiten:* Als Reaktionszeit wird hier verstanden der Zeitraum zwischen Meldungserfassung bis zur Erstellung eines Störungsberichtes und der Übergabe des Falles an die Supportabteilung. Auch diese Zeiträume sind unterschiedlich lang und hängen von der Schwere der Störung ab.
- f) *Problemlösungszeiten:* Als Problemlösungszeit wird verstanden der Zeitraum ab Übergabe des Falles an die Supportabteilung bis zur Behebung der Störung. Während sich die Parteien üblicherweise über die Antwort- und Reaktionszeiten relativ rasch einig werden können, bietet die Festlegung der Problemlösungszeiten naturgemäß Schwierigkeiten. Es ist aus der Sicht des Kunden zwar wünschbar und nachvollziehbar, dass der Outsourcing Provider eine verbindliche Zusicherung in Bezug auf die für die Lösung des Problems notwendige Zeit abgeben soll. Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass es auf Grund der Vielzahl möglicher Störungen und derer Komplexität äusserst schwierig sein dürfte, im Voraus verbindliche Zeiten für die Lösung der – bei Vertragsabschluss noch nicht bekannten – Probleme zuzusichern. Während Reaktions- und Antwortzeiten primär von der internen Organisation des Outsourcing Providers abhängen und entsprechende Zusicherungen mit entsprechenden organisatorischen Mitteln auch erfüllt werden können, präsentiert sich die Sachlage in Bezug auf die Behebung der Störung anders; die Behebung hängt

nicht nur von der internen Organisation, sondern in viel stärkerem Ausmass von der Natur der Störung ab.

Das Leistungskriterium Problembehandlung kann zusammengefasst wie folgt dargestellt bzw. geregelt werden:

Kategorie	Beschreibung	Antwortzeit¹	Reaktionszeit²	Problemlösungszeit
Kategorie 1 Disastrous	•Totalausfall	1 Std.	1 Std.	?
Kategorie 2 Kritisch	•Wichtige Funktion nicht verfügbar	2 Std.	24 Std.	?
Kategorie 3 Mittel	•Andere Funktion nicht verfügbar	4 Std.	48 Std.	?
Kategorie 4 Unkritisch	•Unerheblicher Fehler	4 Std.	48 Std.	?
„Katastrophe“	•Totalausfall infolge „Katastrophe“	1 Std.	1 Std.	3 Tage ³

¹=Zeit ab Meldungseingang bis Meldungserfassung/Trouble Ticket

²=Zeit ab Meldungserfassung bis Erstellung Fehler-Report und Übergabe an Supportabteilung

³=Lösung durch Zurverfügungstellung eines Back-Up Systems

5. Messung der Erfüllung der Leistungskriterien

Die Festlegung der Leistungskriterien nützt den Parteien wenig, wenn nicht auch geregelt wird, wie und wann – das heisst in welchen zeitlichen Intervallen – die Erfüllung der Leistungskriterien zu messen ist. Ohne eine solche Messung lässt sich nicht verlässlich feststellen, ob der Outsourcing Provider die vereinbarten Leistungskriterien erreicht, ob Korrekturmassnahmen angezeigt sind und ob die Grundlage für die Geltendmachung einer eventuell vereinbarten Vertragsstrafe gegeben ist.

Im Zusammenhang mit der Messung der Leistungserbringung sollten mindestens die folgenden Punkte geregelt werden:

- a) *Messverantwortlichkeit:* Zu Diskussionen gibt häufig die Frage Anlass, welche Partei die Messungen vornehmen und die Messresultate protokollieren soll. Wenn auch das Ansinnen der Kunden, die Messungen selber vorzunehmen oder zumindest bei den Messungen dabei zu sein, durchaus nachvollziehbar ist, so wird am Ende der Verhandlungen doch meistens vereinbart, dass der Outsourcing Provider auf Grund seiner Nähe zur Materie, mithin auf Grund seiner Erfahrung und spezifischen Kenntnisse, die Messungen vornehmen soll.
- b) *Messmethode:* Hier geht es darum zu bestimmen, wie die Einhaltung der Leistungskriterien ermittelt werden soll. Denkbar sind verschiedene Massnahmen, wie zum Beispiel die rein manuelle Messung oder der Einsatz von spezifischer Software.
- c) *Messintervall:* Nebst Messverantwortlichkeit und Messmethode ist auch zu regeln, wann und über welchen Zeitraum die Messungen vorzunehmen sind. Mit Vorteil erstreckt sich ein Messintervall über mehrere Monate (z.B. über ein Quartal), damit verlässliche Messresultate erstellt werden können.
- d) *Berichterstattung:* Die ermittelten Resultate sind der anderen Partei – in der Regel dem Kunden – innerhalb vernünftiger Frist zur Kenntnis zu bringen. Ein Zeitraum von einigen Tagen erscheint hier als angemessen.
- e) *Review:* Hierunter ist zu verstehen die Prüfung der Messresultate durch die Parteien. Idealerweise werden die Messresultate im Rahmen von gemeinsamen Sitzungen besprochen, um insbesondere festzustellen, ob Korrektur- oder Änderungsmaßnahmen angezeigt sind. Falls der Outsourcing Provider die Kriterien nicht erfüllt, bringt dem Kunden die Identifizierung der Problembereiche und die Festlegung von Korrekturmaßnahmen oftmals mehr Vorteile, als die rein pekuniäre Massnahme der Zahlung der Vertragsstrafe.

Da der gesamte Vorgang der Messung der Einhaltung der Leistungskriterien ein weitgehend technischer Vorgang ist, sind die Einzelheiten regelmässig in spezifischen Anhängen zu regeln; der Vertragstext im engeren Sinn sollte sich auf die grundlegenden Bestimmungen beschränken.

Ein entsprechender Vertragstext könnte zum Beispiel lauten:

„Die Verfügbarkeit und Ausfallsicherheit werden durch den Dienstleistungserbringer gemessen; die Messergebnisse werden dem Kunden für jeden Monat innerhalb von fünf Arbeitstagen nach Monatsende schriftlich in einer von den Parteien gemeinsam genehmigten Form bekanntgegeben. Die vom Dienstleistungserbringer zu verwendende Messmethode ist in Anhang [Nr.] definiert.“

6. Folgen der Nichterfüllung der Leistungskriterien

Falls die Parteien spezifische Rechtsfolgen an die Nichteinhaltung der Leistungskriterien knüpfen, vereinbaren sie regelmässig, dass der Dienstleistungserbringer einen bestimmten Betrag (nachfolgend als „Vertragsstrafe“ bezeichnet) zu bezahlen hat. Dieser Betrag ist idealerweise in Abhängigkeit zum Grad der Nichteinhaltung der Leistungskriterien zu bringen. Es versteht sich von selbst, dass eine leichte Leistungsabweichung nicht die gleichen finanziellen Konsequenzen nach sich ziehen soll, wie eine schwere.

Falls die Parteien verschiedene zu erfüllende Leistungskriterien vereinbaren, sollten sie für jedes dieser Kriterien gesonderte Vertragsstrafen festlegen, ansonsten der konkret geschuldete Betrag schwierig zu ermitteln ist.

Die Höhe der Vertragsstrafe kann entweder in absoluten Beträgen oder aber in Prozenten der Dienstleistungsgebühr festgelegt werden. Die Parteien können entweder vereinbaren, dass der Outsourcing Provider den eventuell geschuldeten Betrag überweist, oder – was in vielen Fällen zu einer wohl praktikableren Lösung führt – dass der Kunde diesen Betrag mit der nächsten geschuldeten Dienstleistungsgebühr verrechnen kann.

In Fällen, in denen der Outsourcing Provider für ausserordentlich gute Erfüllung belohnt werden soll, lässt sich ein Bonus-/Malussystem vereinbaren. In einem solchen System hat der Outsourcing Provider in Fällen der Nichterreichung der Leistungsmerkmale eine Vertragsstrafe zu bezahlen. Auf der anderen Seite hat er aber Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung, wenn er die Kriterien übererfüllt hat.

Eine entsprechende Vertragsbestimmung für die Ausfallsicherheit könnte alsdann wie folgt lauten:

„Wird die zugesicherte Ausfallsicherheit in einer vereinbarten Messperiode nicht erreicht, hat der Dienstleistungserbringer dem Kunden die folgenden Beträge zu bezahlen:

<i>99% (zugesichert)</i>	<i>CHF 0.—</i>
<i>98 – 98,99%</i>	<i>CHF [Betrag]</i>
<i>97 – 97,99%</i>	<i>CHF [Betrag]</i>
<i><97%</i>	<i>CHF [Betrag].</i>

Wird die zugesicherte Ausfallsicherheit von 99% in einer vereinbarten Messperiode überschritten, hat der Kunde dem Dienstleistungserbringer den Betrag von CHF [Betrag] zu bezahlen.“

Besonderes Augenmerk haben die Parteien im Übrigen auf die Abgrenzung zwischen Vertragsstrafe und die Ansprüche, die sich aus allgemeinen vertragsrechtlichen Prinzipien ergeben, zu legen. So ist insbesondere der Anspruch des Kunden auf die Vertragsstrafe von seinen eventuellen Ansprüchen auf Schadenersatz und Vertragsrücktritt abzugrenzen (vgl. hierzu unter Ziff. 8.3).

7. Weitere Bestimmungen

7.1 Vorbemerkung

Die in den Ziffern 4 bis 6 aufgeführten Punkte gehören nach Ansicht des Schreibenden zwingend in einen jeden Service Level Vertrag. Um die Vereinbarung zwischen den Parteien abzurunden, sind eine Reihe weiterer Fragen zu regeln. Wie bereits weiter oben dargelegt, finden sich die entsprechenden Bestimmungen entweder im SLA oder aber in den Einzelverträgen bzw. im Rahmenvertrag.

Zu diesen Bestimmungen gehören zum einen Regelungen vorwiegend rechtlicher Natur, wie zum Beispiel über die Haftung, die Vertragsdauer, Mitwirkungspflichten des Kunden

und allgemeine Bestimmungen¹¹. Zum anderen gehören dazu aber auch Bestimmungen vorwiegend technischer Natur, z.B. Regelungen über die Organisation und die Informatikumgebung. Während die vorwiegend „rechtslastigen“ Bestimmungen den anderen Beiträgen in diesem Buch überlassen werden, soll nachfolgend noch kurz auf die Bestimmungen mit vorwiegend technischem Inhalt eingegangen werden.

7.2 Aufbauorganisation

In diesem Vertragsabschnitt ist zu regeln, wer in welcher Weise am Outsourcing Projekt mitzuarbeiten hat. Augenmerk ist insbesondere zu legen auf die Mitarbeiter (von beiden Seiten), die am Projekt mitarbeiten und auf die Projektgruppe bzw. die Projektgruppen, die für die Einführung und danach für den Betrieb der Outsourcing Lösung zu bilden sind. Darüber hinaus sind die die einzelnen Mitarbeiter treffenden Aufgaben zu definieren, wobei sichergestellt werden muss, dass hierdurch die festgelegten grundsätzlichen Leistungspflichten bzw. Verantwortlichkeiten nicht aufgeweicht oder geändert werden.

Bei der Benennung der involvierten Mitarbeiter und der Bildung der Projektgruppen ist besonderes Gewicht zu legen auf die Ausbildung und Erfahrung („Skills“) der Mitarbeiter und auf die Festlegung von Fällen, in denen die andere Partei eine Ersetzung eines ihrer Ansicht nach nicht genügenden Mitarbeiters fordern kann. Falls die Mitarbeiter im Vertrag namentlich aufgeführt werden, ist darüber hinaus auch zu regeln, unter welchen Umständen eine Partei einen solchen Mitarbeiter vom Projekt abziehen darf. Nach Ansicht des Schreibenden tut ein Kunde gut daran, die Definition dieser Aufbauorganisation mit der gleichen Sorgfalt zu verfolgen wie diejenige einer eventuellen Vertragsstrafe, weil es nicht zuletzt die gut qualifizierten und engagierten Mitarbeiter des Outsourcing Providers sind, die den Erfolg des Outsourcing Projektes wesentlich mitbestimmen.

7.3 Ablauforganisation / Prozesse

In diesem Vertragsabschnitt sind die verschiedenen Abläufe oder Prozesse zu definieren, die im Zusammenhang mit dem Betrieb des Systems für den Kunden notwendig sind. Dies

¹¹ wie etwa salvatorische Klausel, anwendbares Recht und Gerichtsstand

ist primär eine Domäne der Informatikspezialisten. Für den Juristen wichtig ist aber, dass die Vereinbarung diese Bereiche ebenfalls regelt.

Zu den Regelungsbereichen gehören etwa die Prozesse für die Installation von neuen Softwareversionen, die Wartung der Hardware und des Netzwerkes (Stichwort Wartungsfenster), die Behebung von Störungen, die Erstellung von Back-Ups und die Vornahme von Restoreaktivitäten.

7.4 Physische Umgebung

Unter dem Titel physische Umgebung sind die Anforderungen an die Ausgestaltung der Räume, in denen das System des Kunden betrieben wird, zu spezifizieren. Dabei geht es in erster Linie um die Anforderungen an die Raumausstattung, um den Raumbedarf, um die Raum- und Systemsicherheit und eventuell weitere notwendige Betriebsmittel.

In diesem Zusammenhang sollte darüber hinaus auch geregelt werden, wann und unter welchen Voraussetzungen der Kunde bzw. dessen Mitarbeiter Zugang zu den Räumlichkeiten, in denen sein System betrieben wird, erhalten sollen. Ein solcher Zugang kann sich zu reinen Kontrollzwecken aufdrängen. Es ist aber auch denkbar, dass infolge einer vertraglich vereinbarten Aufgabenteilung auch einzelne Mitarbeiter des Kunden Tätigkeiten vor Ort auszuführen haben.

8. Spezifische Rechtsfragen

8.1 Vorbemerkung

Im Zusammenhang mit Outsourcing Verträgen im Allgemeinen und Service Level Verträgen im Speziellen stellen sich eine Vielzahl von weiteren Rechtsfragen, wie etwa die Fragen der Gewährleistung, der Haftung, der Geheimhaltung, des Beizuges von Erfüllungshelfen. Die Behandlung all dieser weiteren Fragen würde den Rahmen dieser Übersicht sprengen, weshalb nachfolgend lediglich auf zwei aus der Sicht des Schreibenden besonders interessante Punkte eingegangen werden soll: zum einen auf die Frage des Verhältnisses zwischen Beschränkung der Gewährleistung und der Definition von besonderen Leis-

tungskriterien und zum anderen auf die Abgrenzung einer eventuellen Vertragsstrafe von gesetzlichen Ansprüchen:

8.2 Definition von Leistungskriterien und Beschränkung der Gewährleistung

Die Frage dieser Abgrenzung stellt sich etwa bei folgender Konstellation: Die Parteien vereinbaren im SLA eine Ausfallsicherheit von 98,5%. Nach Ablauf der vereinbarten Messperiode stellt sich heraus, dass ein Ausfall von 1% vorlag; dieser Ausfall war allerdings grobfahrlässig verursacht worden. Falls das allgemeine Schadenersatzrecht des schweizerischen Obligationenrechtes (OR) zur Anwendung gelangen würde, wäre gemäss Art. 100 Abs. 1 OR eine entsprechende Haftungsbegrenzung ungültig¹².

Die Lösung dieses Abgrenzungsproblems liegt richtigerweise aber darin, die Definition von Leistungskriterien als Konkretisierung des Leistungsinhaltes anzusehen und nicht als Haftungsbeschränkung. Mit anderen Worten wird mit den Leistungskriterien die vom Outsourcing Provider zu erbringende Leistung spezifiziert und umschrieben und nicht die Haftung für eine womöglich weitergehende Leistungspflicht begrenzt. Um in jedem konkreten Einzelfall die adäquate Lösung zu treffen, ist hier bei den Vertragsverhandlungen und insbesondere bei der Vertragsredaktion grosse Sorgfalt angebracht.

8.3 Vertragsstrafe und Ansprüche aus Nicht- oder Schlechterfüllung

Falls die Parteien vereinbaren, dass der Outsourcing Provider bei der Unterschreitung der zugesicherten Ausfallsicherheit einen bestimmten Betrag, zum Beispiel bei einer Unterschreitung von 2 – 3 % den Betrag von 10% der vereinbarten Dienstleistungsgebühr, für die entsprechende Messperiode zu bezahlen hat, stellt sich die Frage, ob der Kunde auch noch andere Ansprüche geltend machen kann.

¹² Gemäss Art. 100 Abs. 1 OR gilt: „Eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, ist nichtig“.

Auszugehen ist zunächst davon, dass eine Konventionalstrafe grundsätzlich auch dann geschuldet ist, wenn dem Kunden kein Schaden erwachsen ist¹³; dies ist aus der Sicht des Kunden das Reizvolle an der Vertragsstrafe.

Darüber hinaus stellen sich einige kontroverse Fragen; auch bezüglich dieser ist eine sorgfältige Vertragsredaktion notwendig. Gemäss Art. 160 Abs. 1 OR ist, wenn für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung eines Vertrages eine Konventionalstrafe versprochen ist, der Gläubiger mangels anderer Abrede nur berechtigt, entweder die Erfüllung oder die Strafe zu fordern. Nach Abs. 3 dieser Bestimmung bleibt dem Schuldner der Nachweis vorbehalten, dass ihm gegen die Entrichtung der Strafe der Rücktritt freistehen sollte. Nach Art. 161 Abs. 2 OR kann der Gläubiger zudem einen die Konventionalstrafe übersteigenden Mehrbetrag nur soweit einfordern, als er ein Verschulden nachweist.

Es ergibt sich, dass das Gesetz in Bezug auf das Verhältnis zwischen Konventionalstrafe und anderen vertraglichen oder gesetzlichen Ansprüchen verschiedene dispositive Normen bereithält, die zur Anwendung gelangen, falls die Parteien im Service Level Vertrag oder im Outsourcing Vertrag keine abweichende Regelung treffen. Entsprechend ist bei der Vertragsredaktion auch auf diese Punkte ein besonderes Augenmerk zu richten.

Schliesslich sei in diesem Zusammenhang auch auf die – zwingende – Gesetzesbestimmung von Art. 163 Abs. 3 OR erinnert, wonach der Richter übermässig hohe Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabzusetzen hat. Bei der Festlegung der Höhe der Konventionalstrafe ist demnach eine gewisse Zurückhaltung geboten.

¹³ Art. 161 Abs. 1 OR.