

Allgemeine Geschäftsbedingungen

A. Allgemeine Bestimmungen

1 Anwendungsbereich

Die vorliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) regeln Abschluss, Inhalt und Abwicklung von Verträgen betreffend

- Lieferung von Informatiksystemen, einschliesslich Software-Entwicklung und Beschaffung von Dritt-Software,
- Softwarepflege sowie
- Beratungs- und Unterstützungsdienstleistungen
- Cloud Service (Abschnitt D)

Zu den Leistungen auftragsrechtlicher Natur finden sich Sonderbestimmungen im Abschnitt B dieser AGB.

2 Angebot

Angebote der XimiQ AG auf deren Website, Preislisten, Flugblättern und Broschüren sind unverbindlich.

Die von der XimiQ AG gestützt auf die Vorgaben des Kunden erstellten Offerten sind während der in der Offerte angegebenen Frist verbindlich. Fehlt eine Angabe, so gilt eine Frist von zwei Wochen ab Offert-Stellung.

3 Definitionen

Individualsoftware: Software, welche für einen spezifischen Verwendungszweck des Kunden entwickelt wurde. Dies schliesst auch die nach den Wünschen des Kunden vorgenommenen Änderungen und Weiterentwicklungen an jeder Art von Software ein.

Informatiksystem: Informatik-Lösung bestehend aus einer Mehrzahl von strukturellen und/oder funktionell miteinander verbundenen Hardware- und Softwarekomponenten.

Standardsoftware: vorgefertigte Software, welche im Hinblick auf eine Mehrheit verschiedener Kunden hergestellt wurde und einen definierten Anwendungsbereich abdeckt.

Software-Entwicklung: Entwicklung von Software für den Kunden führt im Ergebnis immer zu einer Individualsoftware, diese kann aber basierend auf oder mit Hilfe von einer Standardsoftware erfolgen. Gegenstand der Software-Entwicklung kann auch die Anpassung und das Customizing bestehender Drittsoftware bilden.

Cloud Service Provider (CSP): Sind Anbieter von Produkten die als Cloud Service (bspw. SaaS oder PaaS Dienste) bezogen werden können.

Product Subscription: Das für die jeweilige Laufzeit bestehende Recht des Endkunden, ein Produkt zu beziehen und zu nutzen.

4 Leistungsumfang

Die von der XimiQ AG zu erbringenden Leistungen, einschliesslich Terminplanung und Vergütung, richten sich nach dem individuellen Vertrag.

Bei der Software-Entwicklung kann hinsichtlich Leistungserbringung zwischen Vorstudie, Realisierung und Einführung unterschieden werden, wobei der individuelle Vertrag auch nur eine oder einzelne dieser Phasen betreffen kann. Genannte Phasen können sich zudem zeitlich überschneiden. Der Kunde nimmt zur Kenntnis, dass die XimiQ AG wo möglich und sinnvoll - und vom Kunden genehmigt - einer agilen Entwicklungsmethodik folgt.

Beratungs- und Unterstützungsdienstleistungen (welche nicht bereits unter die Entwicklungstätigkeit fallen) umfassen insbesondere die Unterstützung bei Analyse und Konzeption.

5 Dokumentation

Die XimiQ AG liefert dem Kunden lediglich die ausdrücklich vertraglich vereinbarte Dokumentation in elektronischer Form ab.

Wird eine Dokumentation für den Kunden erstellt, so darf diese für den bestimmungsgemässen Gebrauch der Software genutzt und hierfür auch kopiert werden.

Eine Aktualisierung der Dokumentation bei nachträglichen Anpassungen der Software im Rahmen eines bestehenden Pflegevertrages erfolgt nur im Falle ausdrücklicher schriftlicher Vereinbarung.

6 Zusätzliche nur gestützt auf separate Vereinbarung zu erbringende Leistungen

6.1 Pflege und Support

Die von der XimiQ AG vertraglich übernommene Pflicht zur Lieferung eines Informatiksystems, insbesondere die Software-Entwicklung, schliesst die Pflicht zur Pflege der Software nicht mit ein. Sofern der Kunde dies zusätzlich wünscht, wird diesbezüglich ein separater schriftlicher Vertrag mit der XimiQ AG abgeschlossen. Diesbezüglich sind die Sonderbestimmungen im Abschnitt C dieser AGB zusätzlich zu beachten. Die Lieferung von Folgeversionen der Individualsoftware, welche von der XimiQ AG entwickelt wurde, und/oder der Dritt-Software, welche von der XimiQ AG beschafft wurde, sei es als Updates oder Upgrades, ist nur im Falle ausdrücklicher schriftlicher Vereinbarung geschuldet.

6.2 Source Code

Der Source Code der von der Ximiq AG entwickelten Software wird dem Kunden mangels ausdrücklicher Regelung im individuellen Vertrag nicht ausgehändigt. Sollte dem Kunden der Source Code überlassen worden sein, hat dies keine Auswirkungen auf die Rechte an der Software; diese verbleiben grundsätzlich bei der Ximiq AG (siehe Ziff. 18).

6.3 Schulung

Die Ximiq AG übernimmt die Schulung des Kunden nur insoweit, als dies ausdrücklich schriftlich vereinbart wurde.

7 Pflichten des Kunden

7.1 Verantwortung des Kunden/ Mitwirkungspflichten

Der Kunde muss auf eigene Kosten die in seinem Bereich liegenden Voraussetzungen dafür schaffen, dass die Ximiq AG die vertraglichen Verpflichtungen erfüllen kann. Zur Verantwortung des Kunden zählen insbesondere:

- Rechtzeitige und vollständige Zurverfügungstellung notwendiger Daten, Unterlagen und sachdienlicher Informationen sowie Orientierung der Ximiq AG über betriebliche Abläufe
- Auswahl der mit Hilfe der zu entwickelnden Software bzw. des zu liefernden Informatiksystems zu verarbeitenden Daten und Bezeichnung des Volumens (Datenumfang/Mengengerüst)
- Schaffung der technischen, organisatorischen und administrativen Voraussetzungen für die Einführung des Informatiksystems bzw. der Software, insbesondere
 - Auswahl, Instruktion und Überwachung der Mitarbeiter und Bezeichnung kompetenter Ansprechpersonen
 - Bereitstellung der notwendigen eigenen oder fremden Hard- und Software, einschliesslich Telekommunikationseinrichtungen
 - Schaffung von Massnahmen zur Überprüfung von (Zwischen-) Ergebnissen

Sicherstellung einer permanenten Zugriffsberechtigung auf alle zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erforderlichen Komponenten des EDV Systems des Kunden sowie Zurverfügungstellung geeigneter Mitarbeiter in genügender Anzahl, um die vertraglichen Mitwirkungspflichten des Kunden zu erfüllen.

Alle Kosten, die aus den Leistungen des Kunden entstehen, werden vom Kunden getragen. Entsteht für die Ximiq AG Mehraufwand, weil der Kunde seine Mitwirkungspflichten nicht erfüllt, so wird dieser in Rechnung gestellt.

Bezüglich der Softwarepflege sind zusätzlich die Bestimmungen in Ziff. 28 zu beachten.

7.2 Sicherheitsmassnahmen und Datensicherung

Der Kunde ist für die Bereitstellung von Sicherheitsmassnahmen zum Schutz gespeicherter Daten vor Zerstörung oder Missbrauch sowie für die regelmässige Sicherung seiner Daten und Programme selber zuständig (Backup und Restore).

7.3 Beachtung von Vorgaben

Das von der Ximiq AG entwickelte bzw. gelieferte Informatiksystem muss in der von der Ximiq AG freigegebenen Systemumgebung und unter den empfohlenen Voraussetzungen eingesetzt werden, unter Beachtung der Vorgaben der Ximiq AG.

7.4 Folgen der Pflichtverletzungen

Verzögerungen und Mehraufwand durch nicht gehörige Erfüllung der Mitwirkungspflichten durch den Kunden gehen zulasten des Kunden.

7.5 Lizenzen

Die für den Betrieb der Lösung über Internet erforderlichen Lizenzen hat der Kunde zu beschaffen.

7.6 Nutzungsrechte

Die Nutzungsrechte an den vom Kunden gelieferten Inhalten (Texte, Grafiken, Fotos usw.) verbleiben beim Kunden. Der Kunde steht dafür ein, dass er über die erforderlichen Nutzungsrechte verfügt und diese Inhalte den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen. Der Kunde hält die Ximiq AG von diesbezüglichen Ansprüchen Dritter frei.

7.7 Gestaltungskredit

Der Kunde gewährt der Ximiq AG das Recht, am unteren Seitenende jeder von ihr gestalteten Lösung den diskret gehaltenen Hinweis "Realisation Ximiq AG" oder „realized by ximiq“ anzubringen. Die Ximiq AG ist berechtigt, auf ihrer eigenen Lösung sowie in anderen Kommunikations-Massnahmen darauf hinzuweisen, dass sie die Lösung des Kunden realisiert hat und durch Hyperlinks eine direkte Verbindung zu dieser herzustellen.

8 Abnahme des Informatiksystems

8.1 Zweck der Abnahme und Verantwortlichkeiten

Die Abnahme bezweckt den Nachweis der Funktionstüchtigkeit des Informatiksystems.

Die Abnahme liegt in der Verantwortung des Kunden. Die Ximiq AG verpflichtet sich zur Mitwirkung. Der Kunde ist für die rechtzeitige Bereitstellung der für das Abnahmeverfahren notwendigen Testdaten und der notwendigen Infrastruktur verantwortlich.

8.2 Abnahmetermine

Die Parteien legen den Abnahmetermin gemeinsam fest. Der Kunde ist jedoch verpflichtet, die Abnahme spätestens einen Monat nach Anzeige der Abnahmebereitschaft durch die XimiQ AG vorzunehmen. Wird diese Frist nicht eingehalten, so gilt die Abnahme als erfolgreich durchgeführt. Ebenso gilt der produktive Einsatz des Informatiksystems oder von Teilen desselben durch den Kunden als Abnahme der entsprechenden Leistungen.

Die Abnahme kann auch für einzelne Teilleistungen separat durchgeführt werden. Die XimiQ AG kann die Teilabnahmen für wirtschaftlich selbständig nutzbare Teilleistungen verlangen. Erfolgreiche Teilabnahmen bleiben vom Ergebnis einer Gesamtabnahme unberührt.

8.3 Abnahmeprotokoll

Das Informatiksystem gilt als abgenommen, wenn der Kunde das Abnahmeprotokoll unterzeichnet und der XimiQ AG zugestellt hat. Dieses Protokoll enthält mindestens die folgenden Angaben:

- Prüfungsgegenstand
- Datum bzw. Zeitraum der Abnahme
- Beteiligte Personen
- Beschrieb der vorgefundenen Mängel und deren Qualifikation als wesentlich oder unwesentlich

Bei produktivem Einsatz des Informatiksystems oder bei unterlassener rechtzeitiger Abnahme (Ziff. 8.2) bedarf es keiner Abnahme und das Informatiksystem gilt als abgenommen.

9 Gewährleistung und Mängelanzeigespflicht

9.1 Rechtsgewährleistung

Bei der Leistungserbringung wird die XimiQ AG Schutz-Rechte Dritter nicht wissentlich verletzen.

Wenn das Informatiksystem nach richterlichem Urteil dennoch Schutzrechte Dritter verletzen sollte, hat der Kunde das Recht, auf eigene Kosten Änderungen an der von der XimiQ AG gelieferten Individualsoftware vorzunehmen, um die Schutzrechtsverletzung zu beseitigen. Dem Kunden stehen gegenüber der XimiQ AG keine über diese Bestimmungen hinausgehenden Ansprüche zu.

9.2 Sachgewährleistung

Die XimiQ AG gewährleistet die vertraglich festgelegte Funktionstüchtigkeit des von ihr gelieferten Informatiksystems einschliesslich der von ihr entwickelten Software, unter der Voraussetzung, dass der Kunde seinen Pflichten vollumfänglich nachgekommen und die Systemumgebung unverändert geblieben ist. Für die Erhaltung der Lauffähigkeit gelieferter Software bei Veränderung der Systemumgebung, insbesondere

bei Einsatz neuer Releases von Dritt-Software oder bei Verwendung neuer Hardware, übernimmt die XimiQ AG keine Gewährleistung.

Die XimiQ AG ist nicht verantwortlich für den allfälligen Betrieb des Informatiksystems.

Der Kunde anerkennt, dass Funktionsstörungen auch bei grosser Sorgfalt nicht ausgeschlossen werden können. Zudem kann die XimiQ AG keine Gewähr dafür übernehmen, dass das Informatiksystem ohne Unterbruch und Fehler und unter allen beliebigen Einsatzbedingungen genutzt werden kann.

9.3 Mängelrüge und Gewährleistungsansprüche

Der Kunde hat der XimiQ AG allfällige Mängel spätestens innerhalb von zehn Arbeitstagen nach Entdeckung schriftlich und dokumentiert anzuzeigen. Verspätete oder unbegründete Rügen befreien die XimiQ AG von der Gewährleistungspflicht.

Während einer Gewährleistungsfrist von sechs (6) Monaten ab Abnahme steht dem Kunden in Abweichung der Gewährleistungsansprüche des Obligationenrechtes innert längstens einem Monat ausschliesslich das Recht zu, die unentgeltliche Nachbesserung zu verlangen, sofern der Kunde solche Mängel innerhalb von fünf Arbeitstagen nach Entdeckung schriftlich rügt. Andere oder weitergehende Gewährleistungsansprüche werden ausdrücklich wegbedungen. Den Kunden trifft im Zusammenhang mit der Mangelbehebung die Pflicht, der XimiQ AG Zugang zu den notwendigen Räumlichkeiten zu gewähren und im Rahmen des Zumutbaren unentgeltlich mitzuwirken.

9.4 Gewährleistungsausschluss

Die Gewährleistung entfällt bei Mängeln, die zurückzuführen sind auf

- unsachgemässe Bedienung oder nachträgliche - ohne Zustimmung der XimiQ AG - vorgenommene Änderung der Einsatz- und Betriebsbedingungen;
- andere, durch den Kunden zu vertretende Gründe wie insbesondere die Änderung der Software, oder einzelner Teile davon, durch den Kunden selber oder durch von der XimiQ AG nicht beauftragte Dritte;
- äussere, durch die XimiQ AG nicht beeinflussbare Ursachen (insbesondere Fälle höherer Gewalt).

Für Drittprodukte und Mängel, die auf Drittprodukte zurückzuführen sind, übernimmt die XimiQ AG keine Gewährleistung; diesbezüglich gelten die Gewährleistungen des Dritten.

Wenn die XimiQ AG Mängel behebt, für welche sie nicht gewährleistungspflichtig ist, sind die entsprechenden Leistungen entschädigungspflichtig und

werden dem Kunden zu den üblichen Stundenansätzen der Ximiq AG in Rechnung gestellt.

10 Haftung und Ausschlüsse

Für Schäden, die auf das vorliegende Vertragsverhältnis zurückzuführen sind, haftet die Ximiq AG dem Kunden - gleich aus welchem Rechtsgrund - nur bei vorsätzlicher und grobfahrlässiger Verursachung. Die Haftung wird in jedem Fall auf den Ersatz des direkten Schadens und auf maximal 40% der vertraglich vereinbarten Vergütung beschränkt.

Die Haftung wird für Leistungen Dritter sowie Hilfspersonen von Ximiq soweit gesetzlich zulässig vollumfänglich ausgeschlossen.

Die Haftung der Ximiq AG für reine Vermögensschäden, insbesondere Datenverlust, sowie für Folge- und/oder Reflexschäden wie entgangenen Gewinn, Verdienst- oder Produktionsausfall sowie Datenverlust - unabhängig von ihrem Rechtsgrund, wird im Rahmen des gesetzlich Zulässigen ausdrücklich wegbedungen.

Die Haftung für Angestellte und beigezogene Hilfspersonen wird von der Ximiq AG gemäss Art. 101 Abs. 2 OR ausgeschlossen.

11 Vergütung

11.1 Vergütung nach Aufwand

Die Ximiq AG erbringt die vereinbarten Leistungen nach Aufwand zu den im individuellen Vertrag vereinbarten Stundenansätzen. Die Preis- bzw. Aufwandsangaben gelten als approximative Schätzungen und nicht als Festpreisangebote.

Wird die Vergütung zudem mit einem Kostendach kombiniert, ist die Überschreitung nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Kunden gestattet. In einem solchen Fall verpflichtet sich die Ximiq AG, den Kunden über die Überschreitung des Kostendachs möglichst frühzeitig zu orientieren.

Für Arbeiten in der Region Solothurn werden im Umkreis von 20 km weder Reisezeiten noch Spesen zusätzlich in Rechnung gestellt. Bezüglich Arbeiten beim Kunden ausserhalb dieses Radius gilt Reisezeit als Arbeitszeit und Reise- und Übernachtungsspesen werden zusätzlich in Rechnung gestellt.

Die Mehrwertsteuer ist in allen im Vertrag genannten Preisen grundsätzlich nicht enthalten.

11.2 Festpreis

Wenn für die Leistungen ausdrücklich ein Festpreis vereinbart wurde, basiert dieser auf den bei Vertragsabschluss bekannten Grundlagen. Sollten sich diese nachträglich ändern und war dies für die Ximiq AG nicht voraussehbar, so sind mit dem Kunden die nötigen Vertragsanpassungen zu vereinbaren.

11.3 Zahlungsbedingungen

Die von der Ximiq AG nach Aufwand erbrachten Leistungen, einschliesslich Spesen, werden mit Arbeitsrapporten monatlich in Rechnung gestellt und sind sofort fällig. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Arbeitsrapporte werden dem Kunden in elektronischer Form innerhalb von zehn Arbeitstagen seit Monatsende zugestellt. Der Kunde hat allfällige Vorbehalte innerhalb von fünf Arbeitstagen seit Erhalt mitzuteilen, andernfalls gilt der Rapport als genehmigt.

Von der Ximiq AG zu Festpreisen erbrachte Leistungen werden einschliesslich den bis zum jeweiligen Zeitpunkt angefallenen Spesen gemäss dem im Vertrag festgehaltenen Zahlungsplan in Rechnung gestellt.

11.4 Verzug

Die Zahlungstermine sind Fixtermine, weshalb bei deren Überschreitung ohne Mahnung ein Verzugszins von 5 % geschuldet ist.

12 Vertragsdauer und Beendigung

12.1 Inkrafttreten und Vertragsdauer

Inkrafttreten und Dauer des Vertrages richten sich nach dem individuellen Vertrag, welcher auch formfrei zustande kommen kann, sofern die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben.

12.2 Beendigung

Die erfolgreiche Software-Entwicklung setzt ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis voraus. Wenn ein wichtiger Grund die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben als unzumutbar erscheinen lässt, sind folglich beide Parteien berechtigt, den Vertrag fristlos zu kündigen. Als wichtige Gründe gelten insbesondere:

- die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten, insbesondere gemäss Ziffern 7, 11, 18 und 31 (Mitwirkungspflichten, Vergütung, Schutzrechte, Vertraulichkeit und Datenschutz);
- die Konkursandrohung gegenüber einer Partei oder deren Konkurs resp. Liquidation.

Vor einer fristlosen Kündigung wegen Verletzung wesentlicher Vertragspflichten ist der fehlbaren Partei eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes einzuräumen. Allfällige, zu diesem Zeitpunkt bereits entstandene Schadenersatzansprüche bleiben jedoch ausdrücklich vorbehalten.

Hinsichtlich der Beendigung von Verträgen auftragsrechtlicher Natur gelangen die Bestimmungen in Ziff. 21 zur Anwendung. Bezüglich der Beendigung von

Softwarepflegeverträgen sind zusätzlich die Bestimmungen in Ziff. 27 zu beachten.

12.3 Folgen der Beendigung

Die bis zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung von der Ximiq AG erbrachten Leistungen sind durch den Kunden anteilmässig bzw. gemäss vertraglich vereinbarten Stundenansätzen zu entschädigen.

Die Parteien verpflichten sich, sämtliche ihnen im Rahmen des Vertragsverhältnisses zur Verfügung gestellten Betriebsmittel, Daten und Unterlagen, einschliesslich allfälliger Source Code, unaufgefordert zurückzugeben sowie allfällige Kopien zu vernichten.

13 Leistungsänderungen

Beide Parteien können jederzeit schriftlich Leistungsänderungen beantragen.

Ebenso können die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gültigen Einsatz- und Betriebsbedingungen der Software/Hardware angepasst werden.

Wünscht der Kunde eine nachträgliche Änderung des Leistungsumfangs im Rahmen eines „Change Request“, hat er dies bei der Ximiq AG schriftlich zu beantragen. Die Ximiq AG erklärt innert angemessener Frist, ob es möglich ist, die Änderung umzusetzen, und wie sich dies auf den individuellen Vertrag und die Vergütungspflicht auswirkt. Der Kunde hat der Ximiq AG innert der gesetzten Frist schriftlich mitzuteilen, ob die Änderung bei den erklärten Auswirkungen umgesetzt werden soll.

14 Termine

Die Vertragspartner bemühen sich, die vertraglich vereinbarten Termine einzuhalten. Die für die Leistungserbringung von der Ximiq AG festgelegten Termine, insbesondere Meilensteine, gelten ohne ausdrückliche schriftliche Vereinbarung nicht als Verfalltags- oder Fixtermine im Sinne der Artikel 102 Absatz 2 und 108 des Obligationenrechts.

Hat der Kunde die Nichteinhaltung von Terminen zu vertreten, so trägt er die dadurch entstehenden Mehrkosten.

Hat die Ximiq AG die Nichteinhaltung von Terminen alleine zu vertreten, setzt der Kunde der Ximiq AG schriftlich eine im Verhältnis zu den noch zu erbringenden Leistungen angemessene Nachfrist. Nach Ablauf dieser Frist wird die Ximiq AG für den dem Kunden aufgrund des Nichteinhaltens des Termins entstehenden und nachgewiesenen Schaden haftbar.

15 Beziehung Dritter

Im Hinblick auf die Vertragserfüllung hat die Ximiq AG das Recht, Dritte (wie bspw. Subunternehmer, Zulieferanten) mit der Erbringung von Leistungen zu beauftragen.

16 Mitarbeitereinsatz

Die Ximiq AG nimmt als selbständige Unternehmerin die notwendigen Anmeldungen für sich und ihre Mitarbeiter bei den Sozialversicherungen vor. Der Kunde schuldet somit für Mitarbeiter der Ximiq AG weder Sozialleistungen (AHV, IV, ALV, usw.) noch sonstige Entschädigungsleistungen (insbesondere für Unfall, Invalidität und Tod).

17 Abwerbung

Die Parteien verpflichten sich, während der Vertragsdauer und innerhalb eines Jahres nach Vertragsbeendigung keine Mitarbeiter (Angestellte und freie Mitarbeiter) gegenseitig abzuwerben. Bei Verletzung dieser Verpflichtung durch eine der Parteien schuldet diese der anderen Partei eine Konventionalstrafe in Höhe des mit dem abgeworbenen Mitarbeiter vereinbarten Nettojahresgehaltes. Die Geltendmachung zusätzlicher Schadenersatzansprüche bleibt jedoch ausdrücklich vorbehalten. Die Bezahlung der Konventionalstrafe befreit nicht von der Einhaltung des vorliegenden Abwerbeverbotes.

18 Geistiges Eigentum und Nutzungsrechte

Mit vollständiger Bezahlung der vereinbarten Vergütung erhält der Kunde im Rahmen des Vertragszweckes ein

- unübertragbares,
- unbefristetes,
- nicht-ausschliessliches,
- geografisch uneingeschränktes Nutzungsrecht.

Im Übrigen verbleiben alle Rechte an im Rahmen der Vertragserfüllung geschaffenen Leistungen (einschliesslich Dokumentationen, Programmunterlagen, Computerprogrammen etc.) bei der Ximiq AG. Die Ximiq AG bleibt in jedem Fall berechtigt, alle geschaffenen Leistungen, insbesondere Software und Softwareteile, weiterzuentwickeln, zu ändern, zu verbessern und für die Erbringung von gleichen oder ähnlichen Leistungen für Dritte entsprechend zu verwenden.

B. Ergänzende Bestimmungen für Leistungen auftragsrechtlicher Natur

19 Anwendbarkeit des Auftragsrechts (OR 398 ff.)

Gewisse von der Ximiq AG zu erbringenden Leistungen, insbesondere Softwarepflege, Beratung und Unterstützung, sind auftragsrechtlicher Natur (OR 394 ff.).

20 Keine Erfolgshaftung

Die Ximiq AG verpflichtet sich zu einer sorgfältigen und sachkundigen Erfüllung des Vertrages und garantiert, dass die Leistungen dem im individuellen Vertrag festgehaltenen und zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses aktuellen Stand der Technik entsprechen. Eine Erfolgshaftung besteht nach den Regeln des Auftragsrechtes nicht und die Gewährleistungsansprüche gemäss Ziff. 9 kommen nicht zur Anwendung.

21 Beendigung

Wenn der individuelle Vertrag ausschliesslich Leistungen der Ximiq AG zum Gegenstand hat, welche auftragsrechtlicher Natur sind, hat jede Partei das Recht, den Vertrag jederzeit per sofort schriftlich zu kündigen. Eine Kündigung darf jedoch nicht zur Unzeit erfolgen, weshalb im Falle einer Kündigung durch den Kunden auf den aktuellen Stand bereits erbrachter und veranlasster Leistungen Rücksicht zu nehmen ist. Hinsichtlich der Folgen der Beendigung gelten die unter Ziff. 12.3 genannten Bestimmungen.

Bezüglich Verträgen im Zusammenhang mit Softwarepflege richtet sich die Beendigung nach der Bestimmung in Ziff. 27.

C. Ergänzende Bestimmungen bezüglich Softwarepflege

22 Pflegeleistungen

Bei Abschluss eines entsprechenden Softwarepflegevertrages verpflichtet sich die Ximiq AG, die im Pflegevertrag als Pflegegegenstand definierte Software (nachfolgend Pflegegegenstand) von allfälligen Mängeln zu befreien (korrektive Softwarepflege). Die Erhaltung des Pflegegegenstandes auf dem technisch neuesten Stand durch Weiterentwicklungen und Lieferung entsprechender Releases ist nur geschuldet, sofern dies ausdrücklich schriftlich vereinbart wurde.

23 Bereitschafts- und Reaktionszeit

Die Ximiq AG erbringt ihre Pflegeleistungen während der im Pflegevertrag umschriebenen Bereitschaftsperiode. Mangels abweichender Regelung dauert die Bereitschaftsperiode von Montag bis Freitag jeweils von

08.00 - 12.00 Uhr und von 13.30 - 17.00 Uhr MEZ. Innerhalb dieses Zeitraums nimmt die Ximiq AG Störungsmeldungen entgegen und führt Pflegearbeiten aus.

Als im Pflegevertrag definierte Reaktionszeit gilt der Zeitraum zwischen Eingang der Störungsmeldung beim festgelegten SPoC (Single Point of Contact) bis eine erste Antwort mittels Telefon, E-Mail oder Fax an den Kunden erfolgt.

Sonn- und Feiertage (wie Neujahr, Karfreitag, Ostern, Ostermontag, Auffahrt, Pfingsten, 1. August, 25., 26. und 31. Dezember) liegen ausserhalb der Bereitschaftsperiode.

24 Vergütung

Mangels abweichender Regelung werden die effektiven Aufwendungen für die Behebung einer Störung nach Aufwand gemäss den vereinbarten Stundenansätzen in Rechnung gestellt.

Für Pflegeleistungen welche der Kunde ausserhalb der Bereitschaftsperiode oder innerhalb einer kürzeren Reaktionszeit als im Pflegevertrag vereinbart in Anspruch nehmen will, stellt die Ximiq AG - unabhängig von einer vereinbarten Pauschale - nach Aufwand gemäss den vereinbarten Stundenansätzen Rechnung.

25 Erfüllungsort

Sofern Pflegearbeiten telefonisch oder via online Direktzugriff auf den Pflegegegenstand ausgeführt werden können, hat der Kunde keinen Anspruch auf Ausführung der Arbeiten vor Ort. Der Kunde ist verpflichtet, alle zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, um die Notwendigkeit von vor Ort-Arbeiten möglichst auszuschliessen.

26 Gewährleistung

Die Ximiq AG übernimmt auch keine Gewähr dafür, dass die Korrektur eines Programmfehlers das Auftreten anderer Programmfehler ausschliesst.

Ging dem Softwarepflegevertrag ein Vertrag bezüglich Lieferung eines Informatiksystems voraus, aus welchem die Ximiq AG gewährleistungspflichtig ist, bleiben Fehlerbehebungen im Rahmen der bestehenden Gewährleistungsfrist vom Pflegevertrag grundsätzlich unberührt.

Bei Änderungen, Erweiterungen, Anpassungen des Source-Codes oder der Datenbankstruktur durch den Kunden oder eine Drittpartei erlöschen sämtliche Gewährleistungsansprüche gegenüber der Ximiq AG.

27 Dauer und Beendigung

Werden Softwarepflegeverträge für eine bestimmte Zeitperiode abgeschlossen, sind diese als Verträge mit

Mindestdauer zu verstehen und verlängern sich jeweils automatisch um ein weiteres Kalenderjahr, sofern keine der Parteien von der nachfolgenden Kündigungsmöglichkeit Gebrauch macht.

Bei Verträgen mit Mindestdauer sind beide Parteien berechtigt, den Vertrag unter Beachtung einer Frist von sechs Monaten jeweils auf den Ablauf einer entsprechenden Zeitperiode zu kündigen.

28 Mitwirkungspflichten

- Der Kunde hat die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die XimiQ AG die Pflegeleistungen erbringen kann, dies umfasst insbesondere Gewährung des Zugangs zum Pflegegegenstand
- Bereitstellung von Maschinenzeit
- Dokumentation von Fehlermeldungen

Der Kunde verpflichtet sich zudem, bevor er Pflegeleistungen der XimiQ AG anfordert, die ihm zur Verfügung gestellten Hilfsmittel zur Diagnose von Störungsmeldungen und deren Beseitigung einzusetzen.

Der Kunde versichert ferner, dass keine Drittrechte am Pflegegegenstand bestehen, welche der Vertragserfüllung der XimiQ AG entgegenstehen.

D. Bezug von Cloud Service

29 Special Product Terms

Die Special Product Terms sind von Produkt zu Produkt unterschiedlich und legen Kunden bestimmte Pflichten oder Bedingungen auf, die für den CSP wesentlich sind. Die XimiQ AG ist verpflichtet, den Kunden über die Special Product Terms zu informieren. Mit der Auftragsbestätigung bekräftigt der Kunde sein Einverständnis mit den Special Product Terms des jeweiligen CSP.

30 Änderung der Special Product Terms

Werden die Special Product Terms durch den CSP geändert informiert XimiQ AG den Kunden entsprechend.

31 Nutzungsüberschreitung von Product Subscriptions

Für den Fall, dass ein Produkt über das vereinbarte Mass hinaus genutzt wird (z.B., wenn sich im Rahmen eines Audits des Kunden herausstellt, dass ein Einzelnutzer-Account von mehreren Nutzern geteilt wird), hat der Kunde der XimiQ AG bzw. dem geschädigten CSP sämtliche Kosten zu erstatten, die im Zusammenhang mit der Nutzungsüberschreitung entstanden sind, oder entstehen. Zudem hat der Kunde fehlende Product Subscriptions umgehend nachzulizenzieren, um seinen vertraglichen Verpflichtungen wieder nachzukommen. Weitere Ansprüche bleiben unberührt.

32 Laufzeit von Subscriptions

Der Kunde kann seine gewählten Product Subscriptions nach Ablauf einer in den Special Product Terms festgelegten Mindestlaufzeit ändern (ergänzen, erhöhen oder reduzieren).

33 End of Life von Cloud Services

Die XimiQ AG verpflichtet sich den Kunden frühzeitig über Änderungen bzw. Abkündigung seiner Cloud Service zu informieren. Sofern nicht in den Special Product Terms des CSP anders definiert, erfolgt die mit einer 6 (sechs) monatigen Ankündigungsfrist.

34 Sperrung des Kunden

Sowohl CSP als auch XimiQ AG können dem Endkunden bei Gesetzesverstößen oder bei Nichteinhalten von Vorschriften den Zugang zu einem Produkt verwehren oder sperren; insbesondere in folgenden (nicht abschliessenden) Fällen:

- a. der Kunde oder ein dem Kunden zurechenbarer Nutzer nutzt die Produkte
 - für die Verbreitung oder für die Mitwirkung an der Verbreitung von Viren, Spyware, anderen Schadprogrammen oder unerwünschten E-Mails (Spam, Phishing, Kettenbriefen etc.);
 - für Handlungen, die Computer oder mit dem Internet verbundene Systeme beeinträchtigen oder beschädigen oder sich zu diesen unberechtigten Zugang verschaffen (Hacking);
 - für Handlungen oder Unterlassungen, die bei XimiQ AG oder einem CSP zu einer anormalen Beeinträchtigung oder Schädigung ihrer Systeme oder zu einer anormal hohen oder unkontrollierbaren Inanspruchnahme von Ressourcen führen (wie z.B. Belastungen des Prozessors, RAM, Disk I/O oder des Netzwerks);
 - für die Verletzung von Rechten Dritter (einschließlich Urheberrechten) durch Uploads, Downloads, Verbreitung von Inhalten oder ähnlichen Handlungen ohne ordnungsgemässe Zustimmung des Rechteinhabers;
 - für Handlungen, insbesondere die Verbreitung von Materialien, die gegen anwendbare Straftatbestände verstoßen (z.B. Verleumdungen und Beleidigungen, Kinderpornographie, Hehlerei oder unerlaubtes Glücksspiel); oder
 - für andere Handlungen, die anwendbares Rech oder die Special Product Terms des CSP hinsichtlich der Nutzung der Produkte verletzen.

- b. der Endkunde verletzt Gewerbliche Schutzrechte von Ximiq AG, einem CSP oder einem Zulieferer des CSP.

Ximiq AG informiert den Kunden schnellst möglich über eine Sperrung und die Gründe für die Sperrung.

Im Falle einer dauerhaft Sperrung wird Ximiq AG die betroffene(n) Product Subscription(s) unter Einbezug des Kunden oder den dem Kunden zuzurechnenden Nutzer kündigen.

35 Kündigung aus wichtigem Grund

Jede Partei kann eine, mit einem Cloud Service im Zusammenhangstehende, Vereinbarung und/oder darauf basierende Product Subscriptions aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und ungeachtet bestehender Mindestvertragslaufzeiten kündigen.

Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn der Kunde 60 Tage mit der Entrichtung seiner Gebühren oder eines nicht unerheblichen Teils hiervon in Verzug ist.

36 Datenschutz und Sicherheit

Es gelten die in den Special Product Terms definierten Datenschutzbestimmung und Sicherheitsbestimmungen des jeweiligen CSP.

Es steht dem CSP frei seine Dienstleistungen aus einem Rechenzentrum ausserhalb der Schweiz anzubieten. Ximiq AG informiert den Kunden auf Anfrage über den Standort seiner Daten und die geltende Rechtsgrundlage.

37 Anspruch bei Leistungsstörung

Die Ansprüche des Kunden bei Leistungsstörungen sind in den SLA der jeweiligen Special Product Terms bestimmt. Soweit die Leistungsstörungen und Abhilfemaßnahmen in einem SLA definiert sind, sind die jeweiligen Abhilfemaßnahmen (etwa ein Service Credit) abschließend für die betroffene Leistungsstörung. Falls in den Special Product Terms keine Service Level definiert sind oder die definierten Service Level auf die betroffene Leistungsstörung nicht anwendbar sind, richten sich die Ansprüche des Kunden im Rahmen der durch Ziffer 38 gesetzten Grenzen nach dem in der Schweiz anwendbaren Gesetzesrecht.

Der Kunde ist verpflichtet Ximiq AG unverzüglich schriftlich zu informieren, wenn und über was der

Kunde leistungsbezogene Ansprüche geltend machen will. Sofern in den SLA oder den Special Product Terms nicht anders geregelt, wird Ximiq AG innerhalb von 14 Arbeitstagen nach Erhalt der Beschwerde einen Vorschlag zur Abhilfe unterbreiten.

38 Haftung und Haftungsausschluss für Cloud Service

Sämtliche Produkte werden „as is“ wie vom CSP bereitgestellt, vertrieben mit den in den Special Product Term beschriebenen Funktionen. Ximiq AG und/oder der CSP sind nicht verantwortlich dafür, dass die Produkte für eine gewünschte oder erwartete Funktion nicht nutzbar sind. Der Kunde anerkennt mit Bestellung, dass er die Funktion und den Umfang der jeweiligen Produkte und Product Subscriptions verstanden hat und dass diese seinem Wunsch und Vorstellungen entsprechen.

Im Übrigen gelten die durch Ziffer 10 gesetzten Grenzen.

39 Auditrechte

Ximiq AG oder der CSP kann bei Bedarf einen unabhängigen Auditor mandatieren, um die ordnungsgemäße Nutzung der vertraglich vereinbarten Cloud Service durch den Kunden auditieren zu lassen.

Der Kunde wird bei der Durchführung des Audits in angemessener Weise und ohne Vergütung unterstützt. Das Auditrecht beinhaltet das Recht des Auditors auf Zugang zu den Geschäftsräumen und Zugriff auf die EDV-Systeme, in denen die relevanten Aufzeichnungen vorgehalten werden, vorausgesetzt dass (i) sich der Auditor an die anwendbaren Regeln für Gesundheit und Arbeitssicherheit sowie allgemeine Sicherheitsregeln für die Geschäftsräume halten (einschließlich der vom Reseller aufgestellten Richtlinien) und (ii) der Auditor eine angemessene Vertraulichkeitsverpflichtung übernehmen.

40 Service Level Agreement

Das Service-Level-Agreement wird in den entsprechenden Special Product Terms des Cloud Service Providers definiert.

E. Schlussbestimmungen

41 Ansprechpersonen

Die Vertragspartner bestimmen für alle im Zusammenhang mit der Vertragsabwicklung stehenden Fragen je mindestens eine verantwortliche Ansprechperson, welche rechtsverbindlich Erklärungen abgeben und entgegennehmen kann.

42 Verrechnung

Die Verrechnung von Ansprüchen des Kunden mit solchen der Ximiq AG bedarf der schriftlichen Vereinbarung der Parteien.

43 Vertraulichkeit und Datenschutz

43.1 Vertraulichkeit

Die Parteien verpflichten sich gegenseitig zur Wahrung der Vertraulichkeit bezüglich finanzieller, organisatorischer oder personenbezogener Daten des Vertragspartners. Diese Verpflichtung besteht nicht für Daten, welche allgemein bekannt oder zugänglich sind. Der Kunde anerkennt, dass die Struktur von Computerprogrammen und der Source-Code Geschäftsgeheimnisse darstellen und er verpflichtet sich entsprechend, diese unberechtigten Dritten nicht zugänglich zu machen. Diese Pflichten bleiben, solange daran ein berechtigtes Interesse besteht, auch nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses aufrecht.

43.2 Datenschutz

Die Parteien verpflichten sich, die Bestimmungen der schweizerischen Datenschutzgesetzgebung einzuhalten. Bei der Erfüllung des Vertrages kann es sein, dass die Ximiq AG personenbezogene Daten über den Kunden im Sinne des Datenschutzgesetzes sammeln und lokal oder grenzüberschreitend bearbeiten muss. Der Kunde nimmt dies zur Kenntnis und erteilt der Ximiq AG hierzu die ausdrückliche Genehmigung.

44 Vertragsänderungen, Widersprüche und Teilungültigkeit

Änderungen und Ergänzungen des individuellen Vertrages bedürfen der Schriftform, sofern dieser schriftlich abgeschlossen wurde (vgl. dazu Ziff. 12.1).

Bei Widersprüchen zwischen dem individuellen Vertrag, den AGB und der Offerte gehen die Bestimmungen des individuellen Vertrages denjenigen der AGB und letztere denjenigen der Offerte vor.

Erweisen sich einzelnen Bestimmungen der AGB oder des individuellen Vertrages als ungültig, so wird die Gültigkeit der AGB bzw. des Vertrages davon nicht berührt. Die betreffende Bestimmung wird in einem solchen Fall durch eine sinngemässe, wirtschaftlich möglichst gleichwertige Bestimmung ersetzt.

45 Abtretung und Verpfändung

Der Kunde darf Forderungen gegenüber der Ximiq AG ohne deren schriftliche Zustimmung weder abtreten noch verpfänden.

46 Gerichtsstand und Anwendbares Recht

Ausschliesslicher Gerichtsstand ist Solothurn. Anwendbar ist ausschliesslich schweizerisches Recht.