

5/6.3

IT-Outsourcing-Vertrag¹

5/6.3.1 Einleitung

5/6.3.2 Grundlagen

1. Begriffe und Abgrenzungen
2. Erscheinungsformen
3. Vertragstypologische Einordnung
4. Interessenlage

5/6.3.3 Neuralgische Vertragspunkte

1. Leistungsgegenstand
2. Übernahme der IT-Infrastruktur
3. Datenschutz und -sicherheit
4. Gewährleistung, Haftung und Versicherung
5. Change Management
6. Beendigung

5/6.3.4 Schlussbemerkung

5/6.3.5 Bibliographie

1. Materialien
2. Checklisten und Musterverträge
3. Literatur

¹ 2. überarbeitete Auflage 2008. Autor: Roland Mathys, lic. iur. et lic. oec. publ., LL.M., diplomierter Wirtschaftsinformatiker und Rechtsanwalt.

5/6.3.1

Einleitung

Das Outsourcing von Dienstleistungen der Informationstechnologie (IT) erfreut sich **grosser Beliebtheit**. Gemäss einer im Jahre 2003 durchgeführten Erhebung haben rund zwei Drittel der in der Schweiz angefragten Unternehmen ihre IT-Systeme ganz oder teilweise ausgelagert.¹ Von denjenigen Unternehmen, die bislang kein IT-Outsourcing betrieben hatten, erwog rund die Hälfte eine solche Auslagerung.² Weltweit betreiben rund 80% der Fortune-100-Unternehmen IT-Outsourcing.³ Als Gründe für das IT-Outsourcing stehen die Möglichkeit zur Kosteneinsparung sowie die Fokussierung auf Kernkompetenzen im Vordergrund. Ersteres hat durch die Möglichkeit des globalen Outsourcing in Staaten mit qualifizierten IT-Fachkräften und tiefem Lohnniveau (wie beispielsweise Indien) eine neue Dimension erlangt.⁴ In jüngerer Zeit kann gar festgestellt werden, dass gegen die Auslagerung von IT-Leistungen in Billiglohnländer auf politischer Ebene angekämpft wird.⁵

Die **wirtschaftliche Bedeutung** des IT-Outsourcing ist erheblich und dürfte in Zukunft weiter zunehmen. Für das Jahr 2004 wurde das europäische Marktvolumen auf rund USD 40 Mrd. geschätzt.⁶ Im US Finanzsektor wurde ein jährliches Wachstum des Outsourcing von fast 50% prognostiziert.⁷ Für Europa gingen Prognosen dahin, dass das Marktvolumen sich zwischen 1999 und 2006 mehr als vervierfachen werde.⁸ Für die Schweiz ergibt sich die Bedeutung des IT-Outsourcing alleine schon aus dem erwähnten grossen Anteil auslagernder Unternehmen. Das Investitionsvolumen realisierter Outsourcing-Projekte ist beträchtlich: Beinahe neun von zehn Unternehmen haben für das IT-Outsourcing Aufwendungen von mehr als CHF 1 Mio. getätigt.⁹ Bei mehr als der Hälfte aller Projekte in der Schweiz beträgt das Vertragsvolumen über CHF 2,5 Mio.¹⁰ Für die Jahre 2008 bis 2010 wird schweizweit ein jährliches Marktvolumen von mehr als CHF 1 Mrd. prognostiziert.¹¹

¹ Swiss IT-Outsourcing Survey 2003, Folie 9.

² Ebenda, Folie 24.

³ SCHMID, Folie 10.

⁴ So genanntes Near- oder Offshoring; vgl. WETZEL, S. 15; DIEFFENBACH.

⁵ Beispielsweise in Australien; vgl. World eBusiness Law Report vom 29. März 2004.

⁶ Schätzung der *Butler Group*, wiedergegeben in BLÖSE/PECHARDSHECK, S. 786.

⁷ Schätzung der *Tower Group*, wiedergegeben in DIEFFENBACH.

⁸ Schätzung von *Frost & Sullivan*, wiedergegeben bei SÖBBING/BERNECKER, Planung, S. 1.

⁹ Swiss IT-Outsourcing Survey 2003, Folie 15.

¹⁰ SCHILL/VOIGT, S. 3.

¹¹ Schätzung der *Active Sourcing AG* gemäss Medienmitteilung vom 5. März 2008 (abrufbar unter http://www.active-sourcing.com/pdf_files/PM_Sourcing_Monitor_Q407.pdf).

Ungeachtet der grossen Popularität und kommerziellen Bedeutung des IT-Outsourcing stellt sich die Frage nach dessen **Bewährung und Berechtigung**. Dabei lässt aufhorchen, dass offenbar nicht einmal die Hälfte der Unternehmen, die ein IT-Outsourcing durchgeführt haben, dieses als erfolgreich bezeichnen.¹ Gleichermassen konnte seitens der Kunden bloss in etwa der Hälfte der realisierten Outsourcing-Projekte ein positiver Return on Investment erzielt werden.² Als Ursachen für den ausgebliebenen Erfolg bzw. ungenügenden Ertrag wurden unter anderem Schwierigkeiten mit dem Outsourcing-Partner, veränderte Anforderungen, Kosten- und Terminüberschreitungen sowie unbefriedigende vertragliche Vereinbarungen genannt.³ Dem Outsourcing-Vertrag kommt somit die Bedeutung eines **zentralen Erfolgsfaktors** zu, was aber offenbar nicht immer gebührend berücksichtigt wird.

Das IT-Outsourcing stellt ein **komplexes Langzeitverhältnis** dar, bei welchem die teilweise gegenläufigen Interessen der Vertragspartner sorgfältig gegeneinander abgewogen werden müssen. Zwischen den Vertragsparteien muss eine profunde und nachhaltige Vertrauensbasis geschaffen werden. Der Outsourcing-Vertrag dient somit nicht nur dazu, reaktive Bestimmungen zur Bewältigung bereits entstandener Konflikte festzuhalten; vielmehr sollte er eine **präventive Steuerungsfunktion** übernehmen und durch weitsichtige Klauseln darauf hinwirken, dass Krisen- und Konfliktsituationen schon gar nicht entstehen können.⁴

Im Folgenden werden Wesen und Inhalt des IT-Outsourcing-Vertrages näher beleuchtet. Die Ausführungen gliedern sich im Wesentlichen in **zwei Teile**:

- Zunächst werden die **Grundlagen** des IT-Outsourcing-Vertrages wie etwa Begriff und Erscheinungsformen sowie Abgrenzungen behandelt. Auch wird versucht, eine vertragstypologische Zuordnung vorzunehmen und die Interessenlagen der Vertragsparteien aufzuzeigen.
- Im daran anschliessenden Teil liegt das Schwergewicht auf **neuralgischen Vertragspunkten** beim IT-Outsourcing. Im Vordergrund stehen dabei Ausführungen zu Leistungsgegenstand, Übernahme bestehender Infrastruktur, Datenschutz und -sicherheit, Gewährleistung und Haftung, Vertragsanpassung sowie -beendigung. Mit der getroffenen Selektion sollen einzelne, in der Praxis häufig zu Fragen oder Problemen Anlass gebende Regelungsbereiche in Form von Schwerpunkten erörtert werden; die Auswahl erhebt jedoch keinen Anspruch auf Vollständigkeit.⁵

¹ Ebenda, Folie 12.

² Ebenda, Folie 16.

³ Ebenda, Folien 12, 17 und 18.

⁴ So auch WEBER, Haftungsgrundlagen, S. 117.

⁵ Für umfassende Übersichten über die im Rahmen eines IT-Outsourcing zu regelnden Vertragspunkte sei auf die Checklisten in der Bibliographie am Ende dieses Kapitels verwiesen. Ein einlässliches und kommentiertes Vertragsmuster zum deutschen Recht findet sich bei HEYMANN/LENSDORF, Rz. 18 ff.

5/6.3.2

Grundlagen

1. Begriffe und Abgrenzungen¹

Der Begriff **Outsourcing** stellt eine Abkürzung für **Outside Resource Using** dar.² Beim Outsourcing geht es im Kern um die «Auslagerung bestimmter Teilleistungen eines Unternehmens, deren Übernahme in die Betriebsführung und operative Verantwortung eines externen Geschäftspartners fällt, unter Einsatz nachvollziehbarer, messbarer Qualitätsmerkmale über einen mehrjährigen Zeitraum».³ Entsprechend besteht das IT-Outsourcing darin, dass IT-bezogene Aufgaben nicht oder bloss teilweise vom Unternehmen selbst erbracht werden; stattdessen werden diese Aufgaben und allenfalls die zugehörige Infrastruktur an externe Leistungserbringer übertragen.

Diejenige Vertragspartei, welche die spezifischen Outsourcing-Leistungen erbringt, wird im Folgenden als «**Outsourcing-Provider**» oder schlicht «**Provider**» bezeichnet; für diejenige Vertragspartei, die Systeme und/oder Dienste auslagert, wird nachfolgend der Begriff «**Outsourcing-Bezüger**» oder einfach «**Kunde**» verwendet. Von einem Gebrauch des missverständlichen und in der Literatur uneinheitlich verwendeten Begriffs «**Outsourcer**» wird abgeraten.⁴

Abzugrenzen ist das IT-Outsourcing vom sog. **Application Service Providing (ASP)**.⁵ Unter ASP wird das Anbieten von Onlineanwendungen oder -diensten verstanden.⁶ Die Anwendungen bzw. Dienste werden vom Provider über das Internet oder über ein anderes Netzwerk dem Kunden zur Verfügung gestellt, der hierfür eine gebrauchtsabhängige Gebühr entrichtet. Gemeinsam sind dem ASP und dem Outsourcing die langfristige Ausrichtung sowie das Ziel, die IT-Infrastruktur des Kunden auf ein Minimum zu reduzieren. Jedoch findet beim ASP keine eigentliche Auslagerung statt, insbesondere keine Übernahme einer bestehenden Unternehmensinformatik mit spezifischer Hard- und Softwareausstattung.⁷ Zudem steht beim ASP – im Gegensatz zum Outsourcing – der Betrieb fertiger Anwendungen, meist Standardsoftware, im Vordergrund. Die

¹ Vgl. zu Erscheinungsformen, Charakteristika, Parteien und Struktur RYSER, Rz. 1 ff.

² NEUENSCHWANDER, Aspekte, S. 26; WEBER, Outsourcing und Haftung, S. 72.

³ BLÖSE/PECHARDSHECK, S. 785.

⁴ NEUENSCHWANDER, Aspekte, S. 26, sowie ROSENTHAL, Haftungsfragen, verstehen unter dem Outsourcer den Outsourcing-Provider; SUTER und MORSCHER, S. 21, bezeichnen demgegenüber (wohl zutreffenderweise) den Outsourcing-Bezüger als Outsourcer.

⁵ Vgl. zum ASP-Vertrag den gesonderten Beitrag in Kapitel 5/6.1 dieser Publikation; vgl. auch REDEKER, Rz. 986 ff.

⁶ MICROSOFT PRESS, Computerlexikon, 2002, S. 53 f.

⁷ POSCHET, S. 165.

Abgrenzung kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten; teilweise wird das ASP denn auch als Unterfall des Outsourcing eingestuft.¹

Im Unterschied zum IT-Outsourcing umfasst das reine **Hosting oder Webhosting** die Auslagerung nur von Hardware, nicht aber von Software; diese wird weiterhin vom Kunden als Lizenznehmer beschafft. Bei **Managed Services** verbleibt auch die Hardware beim Kunden; die Tätigkeit des Providers beschränkt sich darauf, spezifische Aufgaben beim Kunden zu übernehmen.

2. Erscheinungsformen

Das IT-Outsourcing ist nicht auf eine Form beschränkt, sondern kann in einer Vielzahl unterschiedlicher Ausprägungen stattfinden, welche die Typologisierung und Komplexität des Outsourcing-Vertrages massgeblich beeinflussen.² In der Literatur finden sich vor allem Kategorisierungen aufgrund des Leistungsspektrums und der verwendeten Ressourcen.

a) Leistungsspektrum

In Bezug auf das vom Outsourcing-Provider zu erbringende Leistungsspektrum lassen sich grob drei Erscheinungsformen unterscheiden:

- Das Outsourcing kann darauf beschränkt sein, dem Outsourcing-Bezüger eine bestimmte IT-Infrastruktur zur Verfügung zu stellen, auf der er seine Aufgaben selbst vollzieht. Bei dieser Konstellation wird auch von **Systems Management** gesprochen.³ Je nach technologischem Umfeld liegt ein Rechenzentrum-Outsourcing oder ein Client Server-Outsourcing vor.⁴
- Beim **Application Management** übernimmt der Outsourcing-Provider die Aufgabe, eine Softwareanwendung zu betreuen. Darunter fällt beispielsweise die Erbringung von Leistungen im First und/oder Second Level Support oder die Installation neuer Releases der Applikation.
- Der Outsourcing-Provider kann neben dem Betrieb der IT-Infrastruktur weitere Funktionen wie beispielsweise die Abwicklung von Geschäftsvorgängen des Outsourcing-Bezügers übernehmen. In solchen Fällen spricht man von **Business Process Outsourcing**.⁵

Die Unterscheidung erlangt Bedeutung einerseits in Zusammenhang mit der Bestimmung des Vertragstypus⁶, andererseits bei der Beurteilung der Anforderungen an eine rechtmässige Datenbearbeitung unter dem Blickwinkel der Datenschutzgesetzgebung⁷.

¹ Vgl. NEUENSCHWANDER, Vertragsgestaltung, S. 72.

² Vgl. für eine Übersicht STRAUB, S. 225.

³ WEBER, Outsourcing und Haftung, S. 74.

⁴ HEYMANN, Kooperation, S. 23.

⁵ BLÖSE/PECHARDSHECK, S. 785; POSCHET, S. 163; FRITZEMEYER/SCHOCH, S. 794.

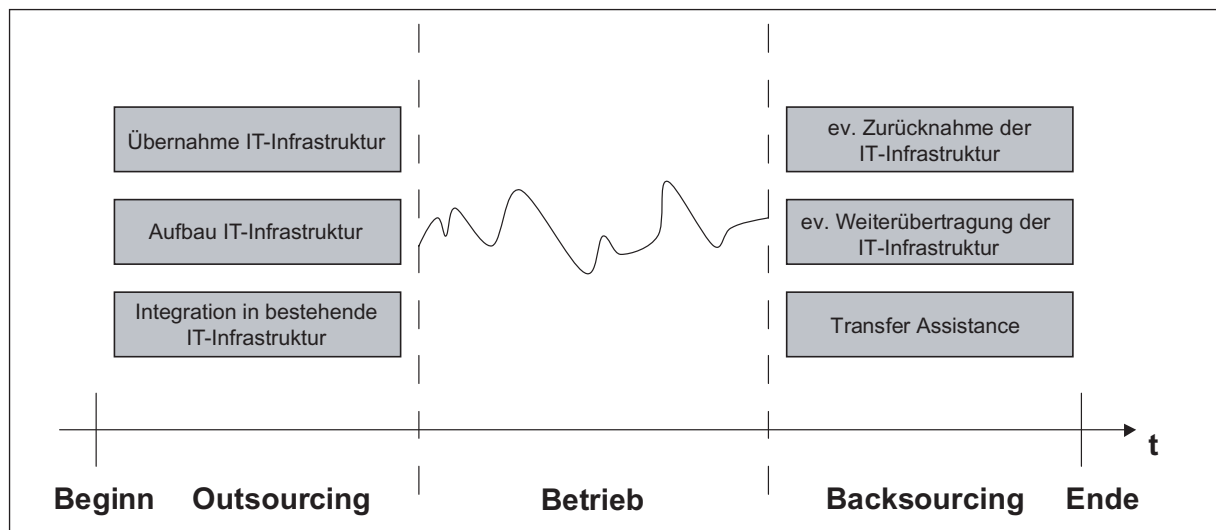
⁶ Vgl. 5/6.3.2 3.a) unten.

⁷ Vgl. 5/6.3.3 3.a) unten.

b) Herkunft der verwendeten Ressourcen

Hinsichtlich der Herkunft der verwendeten Ressourcen werden im Wesentlichen drei Varianten unterschieden:

- Zunächst kann das Outsourcing mit der **Übernahme einer bestehenden IT-Infrastruktur** des Outsourcing-Bezügers einhergehen; eine solche IT-Umgebung kann neben Hardware und Software weitere Ressourcen wie etwa vertraglich vereinbarte Dienstleistungen (z.B. Wartung oder Pflege) oder Personal (z.B. Mitarbeiter der IT-Abteilung) umfassen.¹ Bei dieser Konstellation muss der Outsourcing-Vertrag detaillierte Regelungen darüber enthalten, welche Teile einer bestehenden Unternehmensinformatik in welcher Form und zu welchen Konditionen auf den Outsourcing-Provider ausgelagert werden.²
- Weiter kann der ausgelagerte Geschäftsbereich des Kunden **in die bestehende IT-Infrastruktur des Providers integriert** werden, was oft mit einem Ausbau dieser Infrastruktur (z.B. zusätzliche Server) einhergeht. Diese Variante ist beim Branchen-Outsourcing üblich.
- Schliesslich kann ein Outsourcing-Projekt auf der **«grünen Wiese»**³ gestartet werden. Bei dieser Ausgangslage wird eine IT-Systemumgebung nicht vom Outsourcing-Bezüger übernommen und besteht auch nicht schon beim Outsourcing-Provider, sondern wird durch den Provider nach den Anforderungen des Outsourcing-Bezügers neu entwickelt und aufgebaut.



Zeitlicher Verlauf des Outsourcing

¹ Vgl. NEUENSCHWANDER, Aspekte, S. 26.

² Vgl. eingehend 5/6.3.3 2. unten.

³ NEUENSCHWANDER, Aspekte, S. 26.

3. Vertragstypologische Einordnung

a) Rechtliche Qualifikation

Die vorangehenden Ausführungen über das Wesen des IT-Outsourcing haben bereits deutlich gemacht, dass das Leistungsspektrum sehr breit und im Einzelfall verschiedenartig ist. Als Folge davon kann der IT-Outsourcing-Vertrag unter keinen der gesetzlich geregelten Vertragstypen des schweizerischen Obligationenrechts (OR) subsumiert werden. Beim Outsourcing-Vertrag handelt es sich nach einhelliger Meinung um einen sog. **Innominatvertrag**, d.h. um einen vom Gesetz nicht vorgegebenen Vertragstyp.¹ Innerhalb der Innominatverträge stellt der IT-Outsourcing-Vertrag einen gemischten Vertrag dar, der Elemente verschiedener Vertragstypen in sich vereinigt. Ein insgesamt überwiegender Vertragstypus kann dabei nicht ausgemacht werden. Somit empfiehlt sich für eine nähere Qualifikation, zwischen den verschiedenen Phasen und einzelnen Leistungsinhalten zu unterscheiden:

- Falls am Anfang eines Outsourcing-Projekts **die Entwicklung und Einführung einer neuen IT-Systemumgebung** steht, unterliegt die vertragliche Beziehung primär dem Werkvertragsrecht.² Hinzu können auftragsrechtliche Elemente treten.
- Bei der **Übernahme einer bestehenden IT-Infrastruktur** stehen kauf-, miet- und lizenzvertragliche Elemente im Vordergrund, wobei die unterschiedlichen Bestimmungen betreffend die Übertragung von Infrastrukturkomponenten jeweils besonders zu berücksichtigen sind. Werden auch Personalressourcen ausgelagert, sind zudem arbeitsrechtliche Bestimmungen massgeblich.³
- Der **eigentliche Betrieb** der ausgelagerten Systeme, Anwendungen oder Prozesse hat primär werkvertraglichen Charakter, falls vom Outsourcing-Provider eine Erfolgsgarantie übernommen wird, was beim Einsatz von Service Level Agreements⁴ die Regel darstellt.⁵ Der Dauerschuldcharakter des IT-Outsourcing bildet dabei ein atypisches Vertragselement.⁶ Beschränkt sich das Outsourcing auf das reine Bereithalten von Rechnerkapazität ohne Erbringung zusätzlicher Datenverarbeitungsleistungen, rückt das Outsourcing in die Nähe eines Miet- oder Pachtvertrages.⁷ Oft können auch Merkmale des Auftrages (z.B. Schulung/Support) oder des Hinterlegungsvertrages (bei der Datenauslagerung) vorgefunden werden.

¹ BRÄNDLI, Rz. 131; WEBER, Outsourcing und Haftung, S. 76; NEUENSCHWANDER, Aspekte, S. 26.

² Vgl. auch NEUENSCHWANDER, Aspekte, S. 27; HEUSLER/MATHYS, S. 47 f.

³ Vgl. dazu 5/6.3.3 2.h) unten.

⁴ Vgl. zum Begriff 5/6.3.3 1.b) unten.

⁵ Vgl. BRÄNDLI, Rz. 132; WEBER, Outsourcing und Haftung, S. 81 f.

⁶ Vgl. HEYMANN, Kooperation, S. 26; BRÄNDLI, Rz. 107 ff.

⁷ HEYMANN, Kooperation, S. 25.

Generell ist zu beachten, dass das IT-Outsourcing nicht unbedingt auf einem Austauschverhältnis beruhen muss. Vielmehr lässt es sich auch so konzipieren, dass die **gesellschaftsrechtliche Komponente** dominiert.¹ Dies kann dort angebracht sein, wo ein Outsourcing-Vorhaben als Pilot- oder Referenzprojekt des Providers dienen soll.² Die Konsequenzen einer gesellschaftsrechtlichen Qualifikation – namentlich in Bezug auf Mitwirkungs- und Vergütungspflichten, Haftung oder Eigentum an Immaterialgüterrechten – sind weitreichend. Falls die Parteien die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze nicht wünschen, muss dies durch eine entsprechende Ausgestaltung des Outsourcing-Vertrages deutlich zum Ausdruck gebracht werden.

b) Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

Das IT-Outsourcing vereinigt ein breites Spektrum von Vertragstypen mit teilweise sehr unterschiedlichen Rechtsfolgen (z.B. betreffend Eigentumsübertragung, Mitwirkungspflichten, Haftung oder Beendigung). Die analoge Anwendung der Bestimmungen nur eines gesetzlich normierten Vertrages kommt nicht in Betracht, da in aller Regel kein Vertragstypus vorherrscht.³ Auch besteht in Bezug auf das Outsourcing in der Schweiz kein Gewohnheitsrecht⁴ und kaum Judikatur, die zur Typologisierung oder Vertragsauslegung und -ergänzung beigezogen werden könnten. Der in der Praxis wichtige IT-Outsourcing-Vertrag befindet sich somit in einem **«regulatorischen Vakuum»**, das gefüllt werden muss. Dazu stehen im Wesentlichen drei Möglichkeiten offen:

- In Anwendung der **Kombinationstheorie**⁵ kann versucht werden, für jeden Vertragspunkt die jeweils passende Einzelanordnung eines gesetzlich geregelten Vertrages beizuziehen. Dieses Vorgehen stösst aber dort an Grenzen, wo atypische Vertragselemente (z.B. der Dauerschuldcharakter im Rahmen eines Werkvertrages) die analoge Anwendung erschweren oder wo die gesetzlichen Regeln schlichtweg nicht passen, was etwa für das jederzeitige Widerrufsrecht beim Auftrag gilt.⁶
- Wo die Bestimmungen des Besonderen Teils des OR nicht oder nur beschränkt Anwendung finden, kommt dem **Allgemeinen Teil des OR** besondere Bedeutung zu.⁷ Während die allgemeinen Bestimmungen des OR hinsichtlich gewisser Belange (z.B. der zulässigen Haftungsbeschränkung) sicherlich als Leitlinie und Orientierungshilfe dienen können, bleiben andere Fragen wie etwa diejenige nach den Möglichkeiten der ordentlichen und ausserordentlichen Beendigung unbeantwortet.

¹ BRÄNDLI, Rz. 119.

² WEBER, Haftungsgrundlagen, S. 127.

³ Vgl. 5/6.3.2 3.a) oben.

⁴ BRÄNDLI, Rz. 188.

⁵ Vgl. HEINRICH HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil*, 8. Auflage 2006, S. 20.

⁶ Art. 404 OR; vgl. WEBER, Outsourcing und Haftung, S. 82.

⁷ Vgl. WEBER, Outsourcing und Haftung, S. 76; BRÄNDLI, Rz. 188.

- Im Ergebnis führt somit kein Weg an einer **detaillierten vertraglichen Regelung** des IT-Outsourcing vorbei. Die Vertragsparteien sind gehalten, durch entsprechende vertragliche Klauseln den Parteiwillen klar zum Ausdruck zu bringen und die mit dem erwähnten «regulatorischen Vakuum» verbundenen Unsicherheiten, Lücken und Auslegungsprobleme auf ein Minimum zu beschränken.

4. Interessenlage

Die Interessen, die Provider und Kunde im Rahmen des IT-Outsourcing verfolgen, decken sich bloss teilweise. Im Rahmen einer langfristig ausgerichteten und auf gegenseitigem Vertrauen basierenden Vertragsbeziehung ist es unerlässlich, dass die spezifischen Interessen beider Parteien bekannt sind, um vertraglich ausgewogene und damit nachhaltige Regelungen treffen zu können. Einseitige Regelungen dienen auf Dauer keiner Partei.¹ Im Folgenden soll daher kurz auf die Interessenlagen von Outsourcing-Provider und -Bezüger eingegangen werden.²

a) Outsourcing-Provider

Der Outsourcing-Provider ist zunächst interessiert an einer **lange anhaltenden Vertragsbeziehung** mit dem Kunden. Regelmässig wird der Provider Investitionen und Aufwendungen in Sach- und Personalmittel tätigen (z.B. Anschaffung von Hardware, Entwicklung von Software oder Schulung von Mitarbeitern), die erst nach mehrjähriger Vertragsdauer amortisiert werden können. Entsprechend ist der Provider bestrebt, eine Mindestdauer des IT-Outsourcing vertraglich vorzuschreiben bzw. Schadloshaltung (sog. Exit- oder Termination-Fees) für den Fall der vorzeitigen Beendigung zu verlangen.

Weiter richtet sich das Interesse des Outsourcing-Providers danach, die vertraglichen Leistungen möglichst **effizient** erbringen zu können. Er wird danach streben, durch Standardisierung Skaleneffekte und Synergien zu erzielen.³ Entsprechend haben sich viele Provider darauf spezialisiert, IT-Outsourcing für Unternehmen einer oder weniger Branchen zu betreiben. Eine in der Praxis häufig vorzufindende Fokussierung stellt beispielsweise das Outsourcing von Bankdienstleistungen dar.

Schliesslich gehen die Interessen des Outsourcing-Providers dahin, das unternehmerische **Risiko zu minimieren**. Zu diesem Zweck wird er regelmässig darauf drängen, Beschränkungen oder gar Ausschlüsse der Haftung im Outsourcing-Vertrag vorzusehen. Das verbleibende Risiko kann sodann über eine Versicherungslösung abgedeckt werden.

¹ AUF DER MAUR, S. 86.

² Vgl. auch MORSCHER, S. 22.

³ Vgl. WEBER, Outsourcing und Haftung, S. 89.

b) Outsourcing-Bezüger

Der Outsourcing-Bezüger möchte mit dem IT-Outsourcing in den meisten Fällen zunächst eine **Kostensparnis** erzielen.¹ Während angestrebte Kostensenkungen früher fast ausschliesslich den Outsourcing-Entscheid bestimmten, kann heute aber eine grössere Vielfalt von Zielen und Interessen festgestellt werden.²

Dem Outsourcing-Bezüger ist weiter daran gelegen, dass die ausgelagerten Leistungen **konstant, zuverlässig und sicher** erbracht werden. Er ist sich bewusst, dass mit dem Outsourcing auch ein Teil der Kontrolle über das einwandfreie Funktionieren der IT-Infrastruktur auf ein Drittunternehmen übertragen wird. Der Outsourcing-Bezüger möchte sich daher gegen allfällige Systemausfälle oder ungenügende Leistungserbringung des Providers absichern. Dieses Interesse steht in einem Spannungsverhältnis zum Bestreben des Providers, sein unternehmerisches Risiko zu minimieren.

Wie der Outsourcing-Provider ist auch der -Bezüger an einer **langfristigen Vertragsbeziehung** interessiert. Der strategische Entscheid, Systeme, Anwendungen oder Prozesse auszulagern, ist für den Outsourcing-Bezüger mit erheblichen Kosten und Umtrieben (z.B. im Zusammenhang mit einer Restrukturierung) verbunden, die eine dauerhafte Ausrichtung verlangen. Ein kurzfristiges Zurückkommen auf den einmal getroffenen Outsourcing-Entscheid fällt ausser Betracht.

In einem gewissen Kontrast dazu stellt das Bedürfnis nach **Flexibilität** bei mehr als 20% der auslagernden Unternehmen ein wichtiges Ziel dar.³ Mit dem IT-Outsourcing wird unter anderem angestrebt, Strukturen und Geschäftsabläufe kurzfristig an wechselnde Marktbedürfnisse und neue Techniken anpassen zu können.⁴ Die im IT-Bereich rasche technologische Entwicklung und die damit verbundenen Preiserosionen schaffen zudem einen kontinuierlichen Kostendruck, der Preisanpassungen während laufender Vertragsdauer bedingen kann. Die gewünschte Flexibilität des Kunden steht in einem Spannungsverhältnis zum Interesse des Providers nach langfristiger Stabilität und bedingt daher austarierte und ausgefeilte vertragliche Änderungsmechanismen.

Schliesslich möchte der Outsourcing-Bezüger bestehende **Konkurrenzvorteile** bewahren und allenfalls gar neue Wettbewerbsvorteile schaffen. Dieses Interesse lässt sich schwerlich mit dem Streben des Outsourcing-Providers nach Synergien und branchenweitem Outsourcing in Einklang bringen. Beim IT-Outsourcing besteht daher die Gefahr, dass bestehende Vorteile gegenüber der Konkurrenz zunichte gemacht werden. Soweit dieses Risiko nicht durch vertragliche

¹ Vgl. POSCHET, S. 160. Gemäss Swiss IT-Outsourcing Survey 2003, Folie 10, stand dieses Ziel bei knapp einem Drittel der Outsourcing-Bezüger im Vordergrund.

² Ebenda, Folie 5. Vgl. zu den Motiven eingehend BRÄNDLI, S. 13 ff.

³ Ebenda, Folie 10.

⁴ POSCHET, S. 160.

Absicherung wie z.B. die Abrede eines Konkurrenzverbots¹ gebannt werden kann, entscheiden sich Unternehmen häufig dazu, Kernbereiche, in denen sie über Wettbewerbsvorteile verfügen, nicht auszulagern. Eine beim Outsourcing gängige Devise lautet denn auch, nie Monopole bzw. Monopolwissen auszulagern.²

Interessenlage

Provider		Kunde
langfristige Beziehung	+	Konstanz
	-	Flexibilität
Effizienz und Synergien (Branchen-Outsourcing)	+	Kostensparnis
	-	Wettbewerbsvorteile
Risikominimierung	-	Zuverlässigkeit, Sicherheit

+ = Interessenkonvergenz

- = Interessendivergenz

¹ Vgl. NAGEL/MURPHY, S. 167.

² STOCKER, S. 237; vgl. auch die Matrix bei BLÖSE/PECHARDSHECK, S. 787.

5/6.3.3

Neuralgische Vertragspunkte

1. Leistungsgegenstand

a) Bedeutung der Leistungsbeschreibung

Der Umschreibung der vertraglichen Leistungen kommt beim IT-Outsourcing elementare Bedeutung zu. Wie oben dargestellt, können im Einzelfall sehr unterschiedliche Leistungen vereinbart werden. Da bei gemischten Innominatkontrakten die Orientierung an einem vom Gesetzgeber geregelten Vertragstypus Probleme bereitet, müssen die zu erbringenden Leistungen **detailliert und präzise** beschrieben werden. Dessen ungeachtet enthalten IT-Outsourcing-Verträge häufig bloss kurze und pauschale Formulierungen der vertraglichen Leistung, die etwa auf «Übernahme und Betrieb eines Rechenzentrums» oder den «Betrieb eines Buchhaltungssystems» lauten.¹ Häufig finden sich auch Klauseln, bei denen eine positive Leistungsbeschreibung fehlt und lediglich Leistungsausschlüsse bzw. -abgrenzungen vorgenommen werden.

Das Fehlen einer detaillierten Leistungsbeschreibung wirkt sich tendenziell zum Nachteil des Outsourcing-Bezügers aus. Denn bei einer allgemeinen Leistungsbeschreibung dürfte es ihm schwer fallen, dem Provider eine Nicht- oder Schlechterfüllung nachzuweisen. Eine vollständige und präzise Leistungsbeschreibung liegt nach hier vertretener Auffassung jedoch im **Interesse beider Parteien**, lassen sich dadurch doch Unsicherheiten, Meinungsverschiedenheiten oder gar Streitigkeiten über den Leistungsumfang von Beginn weg vermeiden. Der (berechtigte) Einwand, dass eine detaillierte und konzise Festlegung der vertraglichen Leistungspflichten in einem frühen Projektstadium schwer fällt, sollte nicht als Anlass für Pauschalformulierungen dienen. Stattdessen wird empfohlen, den Vertragsgegenstand von Anfang an möglichst detailliert zu beschreiben und Vertragsanpassungen aufgrund später gewonnener Erkenntnisse im Rahmen des Change Management zu berücksichtigen.²

Auch die vom Anbieter getroffenen Annahmen sollten Teil der Leistungsbeschreibung bilden und im Rahmen sog. **True Ups** vor abschliessender Festlegung der Vergütung validiert werden. Damit können auf beiden Seiten nachträgliche unangenehme Überraschungen vermieden werden.³

¹ Vgl. BLÖSE/PECHARDSHECK, S. 789; HEYMANN, Vertragsgestaltung, S. 709.

² Vgl. 5/6.3.3 5. unten.

³ Vgl. zu True Ups TRÜEB, S. 12 f.

b) Service Level Agreements¹

Zur näheren Umschreibung des Vertragsgegenstandes haben sich beim IT-Outsourcing sog. Service Level Agreements (SLAs) bewährt. SLAs dienen der detaillierten Beschreibung von Art, Quantität und Qualität vereinbarter Outsourcing-Services, wodurch Dienstleistungen messbar gemacht werden.² In einem SLA sollten für jeden zu erbringenden Dienst mindestens **folgende Punkte geregelt** werden:³

- Welche **Services** müssen unter welchen Voraussetzungen erbracht werden und welche Ausnahmen (z.B. Erbringung der Services an Feiertagen) gelten?
- Auf welchem **Level** (Quantität und Qualität) müssen die Services erbracht werden? Abhängig von der Art des zu erbringenden Dienstes wird hierbei auf Kriterien wie Rechner- oder Speicherkapazität, Anzahl Transaktionen pro Zeiteinheit, Antwortzeit, Verfügbarkeit oder Reaktionszeit abgestellt.⁴ Typisch wäre beispielsweise eine Abrede, mit der eine Systemverfügbarkeit von 99,5% vereinbart wird.
- Wie, durch wen und auf wessen Kosten wird die Erreichung des Service Levels in quantitativer und/oder qualitativer Hinsicht **gemessen**? Die verwendeten Leistungsmerkmale müssen auf den Erfüllungsgrad hin gemessen werden können. Bei qualitativen Merkmalen (wie beispielsweise der Güte des erbrachten Supports) muss zu diesem Zweck teilweise oder parallel auf quantitative Ersatzkriterien (wie etwa die durchschnittliche oder maximale Reaktionszeit nach Eingang einer Fehlermeldung) ausgewichen werden.⁵
- Welche **Konsequenzen** knüpfen an die **Nichterreichung** der vereinbarten Service Levels? Grundsätzlich stehen zur Sanktionierung verschiedene Möglichkeiten (wie z.B. Bonus/Malus, Konventionalstrafe oder ausserordentliche Vertragsbeendigung) offen, auf die im Einzelnen später eingegangen wird.⁶ An dieser Stelle sei allgemein darauf hingewiesen, dass Rechtsfolgen nicht pauschal, sondern unter Bezugnahme auf den jeweiligen Service und dessen Charakteristika (z.B. strategische Bedeutung oder Schadenspotenzial) vereinbart werden.⁷ Dabei empfiehlt es sich, ein mehrstufiges Sanktionensystem vorzusehen, das den Grad der Nichterreichung berücksichtigt.⁸

¹ Vgl. dazu den separaten Beitrag in Kapitel 5/6.2 dieser Publikation sowie BRÄUTIGAM, S. 248 ff.

² BLÖSE/PECHARDSHECK, S. 788.

³ Ebenda, S. 787; GUROVITS KOHLI, S. 100 f. Für Beispiele vgl. TOWLE/BRUGGEMAN, S. 76 ff.

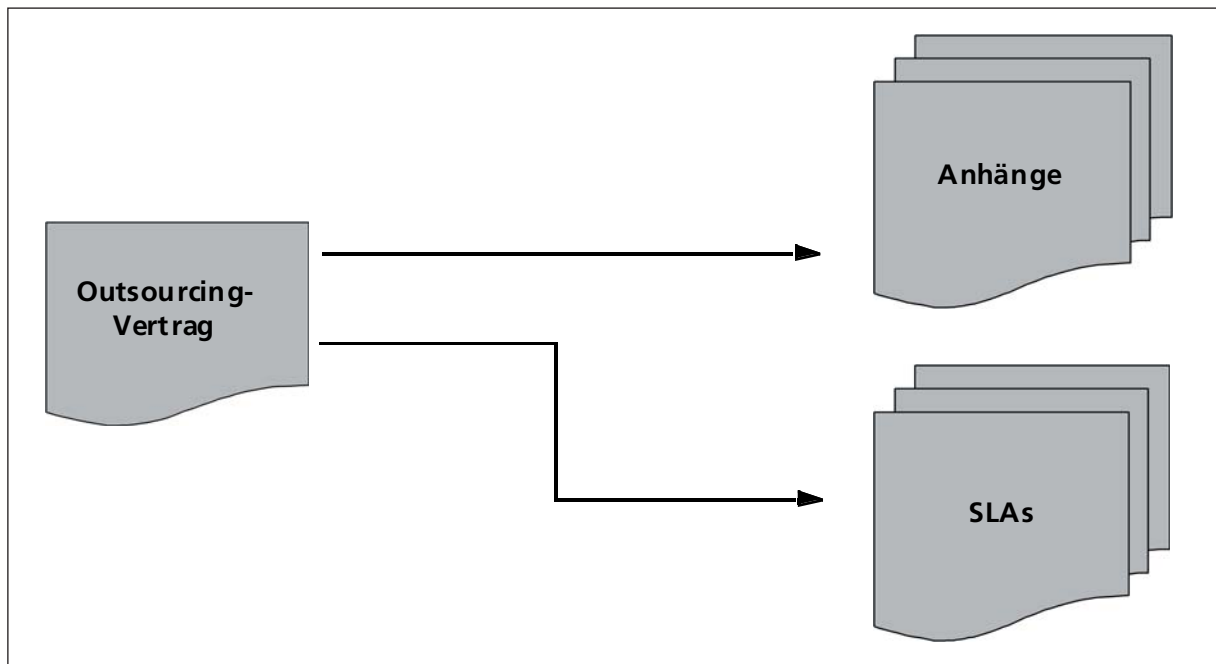
⁴ Vgl. eingehend GUROVITS KOHLI, S. 102 ff.

⁵ Vgl. auch HÖRL/HÄUSER, S. 716.

⁶ Vgl. 5/6.3.3 4.b) unten.

⁷ Vgl. auch BLÖSE/PECHARDSHECK, S. 789 f.

⁸ Vgl. HÖRL/HÄUSER, S. 717.



Vertragsstruktur

Probleme bereitet zuweilen das **Verhältnis zwischen Outsourcing-Vertrag und SLAs**. Wegen der erwähnten Schwierigkeiten, den Vertragsgegenstand in einem frühen Stadium exakt zu definieren, kann eine Tendenz festgestellt werden, viele Fragen erst in den SLAs eingehend zu regeln, die überdies oft erst nach einer gewissen Anlauf- oder Karenzzeit in Kraft gesetzt werden.¹ Hierbei ist Vorsicht angebracht: Während technische und operative Bestimmungen auf Stufe SLA festzuschreiben sind, müssen die zentralen strategischen und kommerziellen Punkte im Outsourcing-Vertrag selbst Berücksichtigung finden.² Andernfalls besteht die Gefahr, dass durch nachträgliche Ergänzung oder Änderung von SLAs Sinn und Geist eines Outsourcing-Vertrages ausgehöhlt werden. Dieses Risiko ist vor allem dort als hoch einzustufen, wo unterschiedliche Entscheidungsträger für den Abschluss des Outsourcing-Vertrages und der SLAs verantwortlich sind und wo ein einfaches und rasches Verfahren zur flexiblen Anpassung von SLAs vorgesehen ist. Um diese Gefahr zu bannen, kann im Rahmen des Vertragsmanagements beispielsweise vereinbart werden, dass Bestimmungen im Outsourcing-Vertrag gegenüber anders lautenden Bestimmungen in den SLAs in jedem Fall Vorrang genießen.

¹ Ebenda, S. 715.

² Vgl. dazu BLÖSE/PECHARDSHECK, S. 790.

2. Übernahme der IT-Infrastruktur

Wie erwähnt, kann am Anfang einer Outsourcing-Beziehung die Übertragung der IT-Infrastruktur des Outsourcing-Bezügers auf den -Provider stehen. Erst nachdem diese Übernahme stattgefunden hat, kann der eigentliche Betrieb des Outsourcing durch den Provider aufgenommen werden. In diesem Abschnitt werden diejenigen Fragen behandelt, die sich mit der **anfänglichen Auslagerung der IT-Infrastruktur** befassen. Auf die Frage der Rückführung oder Weiterübertragung der Infrastruktur bei Beendigung eines Outsourcing-Verhältnisses wird später eingegangen.¹

a) Gegenstand

Gegenstand und Umfang einer auszulagernden IT-Infrastruktur können stark variieren:

- Regelmässig übernimmt der Outsourcing-Provider vom -Bezüger dessen IT-bezogene **Sachmittel** wie z.B. Hard- und Software. Bei der Software kann es sich um Eigenentwicklungen des Outsourcing-Bezügers oder um Standardanwendungen handeln, die von einem Drittunternehmen in Lizenz bezogen wurden.
- Zusammen mit den IT-Assets werden häufig **Verträge** übernommen, deren Inhalt mit den Sachmitteln in engem Zusammenhang steht. Zu denken ist hier vor allem an bestehende Wartungsverträge für Hardware oder Pflegeverträge für Software.
- Schliesslich können neben materiellen und immateriellen auch **personelle Ressourcen** vom Kunden auf den Provider übergehen. Dies findet sich vor allem dort, wo der Outsourcing-Bezüger seine gesamte IT-Abteilung auslagern möchte oder wo dessen Mitarbeiter über spezifisches Fachwissen verfügen, das beim Provider nicht vorliegt.

b) Formen

Die Übernahme der IT-Infrastruktur kann auf dem Wege einer Aktienübertragung (sog. Share Deal) erfolgen, falls der auszulagernde Bereich **rechtlich verselbständigt** ist (z.B. IT-Abteilung als Tochtergesellschaft). Bei dieser Konstellation stellen sich keine besonderen Probleme; sie bildet jedoch den Ausnahmefall.

Denkbar ist auch, dass die IT-Infrastruktur dem Outsourcing-Provider nicht übertragen, sondern bloss **zum Gebrauch** zur Verfügung gestellt wird (z.B. im Rahmen einer Unterlizenz oder eines Subcontracting).² Bei dieser Konstellation bleibt der Outsourcing-Bezüger im Aussenverhältnis alleine berechtigt und verpflichtet, wodurch die Transaktion vereinfacht wird. Demgegenüber gestaltet sich die vertragliche Regelung des Innenverhältnisses zwischen Outsourcing-Provider und -Bezüger als komplex und aufwändig.

¹ Vgl. 5/6.3.3 6.c) unten.

² Vgl. auch NAGEL/MURPHY, S. 162.

Ist der auszulagernde Bereich rechtlich unselbständig, erfolgt die Auslagerung nach den Grundsätzen der **Geschäfts- oder Vermögensübernahme**. Lange Zeit richtete sich die Geschäftsübernahme nach den Grundsätzen der Schuldübernahme (Art. 175 ff. OR) und insbesondere nach der Sonderbestimmung von Art. 181 OR. Seit dem 1. Juli 2004 gilt das Fusionsgesetz (FusG)¹, das auch Bestimmungen zur Vermögensübertragung enthält.² Als Vermögensübertragung gilt dabei die Veräusserung rechtlich nicht verselbständigter Unternehmensteile mit Aktiven und Passiven.³ Das IT-Outsourcing kann einen Anwendungsfall der Vermögensübertragung darstellen.

Nach überwiegender Auffassung kann eine Vermögensübernahme **wahlweise** gemäss Art. 175 ff. OR oder gemäss Fusionsgesetz vollzogen werden.⁴ Die Auslagerung der IT-Infrastruktur wird im Folgenden deshalb sowohl nach «herkömmlicher Art» als auch nach Fusionsgesetz dargestellt, wobei jeweils auf die Unterschiede hingewiesen wird.⁵

Vermögensübertragung

	Herkömmliche Vermögensübertragung	Vermögensübertragung gemäss Fusionsgesetz
Übertragungsvertrag	<ul style="list-style-type: none"> Keine Formvorschriften 	<ul style="list-style-type: none"> Schriftlich Abschluss durch oberstes Leitungs- oder Verwaltungsorgan
Inventar	<ul style="list-style-type: none"> Keine Vorschriften 	<ul style="list-style-type: none"> Detailliertes Inventar Immaterielle Werte sind einzeln zu bezeichnen
Übergang Aktiven	<ul style="list-style-type: none"> Einzeln Einschlägige Übertragungsvoraussetzungen sind zu beachten 	<ul style="list-style-type: none"> Gesamthaft Übergang von Gesetzes wegen durch Handelsregistereintrag

¹ Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (FusG; SR 221.301).

² Art. 69 ff. FusG.

³ Art. 69 Abs. 1 FusG.

⁴ Statt vieler Balsler Kommentar MALACRIDA, Rz. 13 zu Art. 69 FusG. Demgegenüber soll für die Berufung auf Art. 181 OR im Anwendungsbereich des Fusionsgesetzes kein Raum mehr bleiben.

⁵ Vgl. eingehend zu den Neuerungen, die das Fusionsgesetz im Bereich des IT-Outsourcing herbeigeführt hat, MATHYS, Fusionsgesetz.

	Herkömmliche Vermögensübertragung	Vermögensübertragung gemäss Fusionsgesetz
Übergang Passiven	<ul style="list-style-type: none"> • Einzel • Zustimmung des Gläubigers erforderlich 	<ul style="list-style-type: none"> • Gesamthaft • Dreijährige Solidarhaftung
Übergang Vertragsverhältnisse	<ul style="list-style-type: none"> • Zustimmung des Dritten (Vertragspartner) erforderlich 	<ul style="list-style-type: none"> • Notwendigkeit der Zustimmung des Dritten (Vertragspartner) umstritten • Möglichkeit zur ausserordentlichen Vertragsbeendigung durch den Dritten (Vertragspartner)
Übergang Arbeitsverhältnisse	<ul style="list-style-type: none"> • Kein Auswahlrecht des Arbeitgebers • Vorgängige Information und evtl. Konsultation der Arbeitnehmer des auslagernden Unternehmens 	<ul style="list-style-type: none"> • Kein Auswahlrecht des Arbeitgebers • Vorgängige Information und evtl. Konsultation der Arbeitnehmer des aus- und einlagernden Unternehmens

c) Übertragungsvertrag

Der Übertragungsvertrag muss gemäss Art. 70 Abs. 2 FusG **schriftlich** abgeschlossen werden. Ein entsprechendes Formerfordernis gilt für die herkömmliche Vermögensübertragung – mit Ausnahme des Outsourcing von Bankdienstleistungen¹ – nicht, stellt für IT-Outsourcing-Verträge aber keine besondere Hürde dar, da diese bereits jetzt in aller Regel schriftlich abgeschlossen wurden.²

Das Fusionsgesetz verlangt, dass der Übernahmevertrag von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen der beteiligten Rechtsträger abgeschlossen wird.³ Bei einer Aktiengesellschaft fällt der Abschluss somit in die **Kompetenz** des Verwaltungsrates. Bislang wurden IT-Outsourcing-Verträge häufig durch die zuständigen Abteilungs- oder Projektleiter beider Vertragspartner abgeschlossen. Wenn diese nicht dem obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan angehören, muss die Abschlusskompetenz auf höherer Stufe angesiedelt werden, ansonsten der Outsourcing-Vertrag nach Fusionsgesetz ungültig ist.

¹ Vgl. 5/6.3.3 3.d) unten.

² Vgl. LUGINBÜHL, S. 143; BRÄNDLI, Rz. 43.

³ Art. 70 Abs. 1 FusG.

d) Inventar

Wichtig ist, dass die zu übernehmende IT-Infrastruktur möglichst genau inventarisiert wird. Im Inventar sollten nicht nur **Art und Umfang** der zu übertragenden Assets, sondern auch deren Zustand per Übernahmestichtag festgehalten werden.

Das **Fusionsgesetz** stellt erhöhte Anforderungen an die Inventarisierung: Das Inventar muss die zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens eindeutig bezeichnen.¹ Namentlich immaterielle Werte sind im Inventar einzeln aufzuführen. Beim IT-Outsourcing sind immaterielle Werte (z.B. Urheber- oder Patentrechte, aber auch im Rahmen eines Lizenzvertrages eingeräumte Nutzungsbefugnisse oder Know-how) von zentraler Bedeutung. Ein Inventar, das solche Aktiven lediglich in genereller Form umschreibt (z.B. Übergang der auf den inventarisierten Rechnern installierten Software und der zugehörigen Rechte), vermag keine Wirkung zu entfalten. An einer vollständigen Inventarisierung hat insbesondere der Outsourcing-Provider ein erhebliches Interesse, da nicht durch Inventar zugeordnete Gegenstände, Forderungen und immaterielle Rechte beim übertragenden Rechtsträger verbleiben.²

e) Aktiven

Bei der **herkömmlichen Vermögensübertragung** müssen die auszulagernden Aktiven einzeln übertragen werden. Dabei sind die für das jeweilige Aktivum massgeblichen Übertragungsvoraussetzungen (z.B. schriftliche Abtretung bei Forderungen) zu befolgen. Registrierte Immaterialgüterrechte (Patente, Designs und Marken) müssen schriftlich übertragen werden, während Urheberrechte formlos übertragen werden können.³ Insgesamt ist die Übertragung von Aktiven auf herkömmlichem Weg umständlich, was sich namentlich bei grösseren Outsourcing-Projekten als hinderlich erweisen kann.⁴

Das **Fusionsgesetz** kann hier Abhilfe schaffen: Es sieht vor, dass alle im Inventar aufgeführten Aktiven (und Passiven) von Gesetzes wegen auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen.⁵ Massgeblich für den Übergang ist der Zeitpunkt des Eintrags der Übertragung im Handelsregister.

f) Passiven

Die **herkömmliche Übernahme** einer einzelnen Schuld setzt grundsätzlich das Einverständnis des Gläubigers voraus.⁶ Bei der herkömmlichen Übernahme eines Vermögens mit Aktiven und Passiven gelangte vor Inkrafttreten des Fusionsgesetzes Art. 181 OR zur Anwendung. Demnach

¹ Art. 71 Abs. 1 Bst. b FusG.

² Art. 72 FusG. Vgl. zum möglichen Spannungsverhältnis zwischen der mit der Inventarisierung einhergehenden Offenlegung und den Geheimhaltungsinteressen der Parteien MATHYS, Fusionsgesetz, Rz. 21.

³ LUGINBÜHL, S. 144.

⁴ Ebenda, S. 142 f.; BRÄNDLI, Rz. 43.

⁵ Art. 73 Abs. 2 FusG.

⁶ Art. 176 OR.

war die Zustimmung des Gläubigers zum Schuldnerwechsel nicht erforderlich; jedoch wurde zu dessen Absicherung eine zeitlich auf drei Jahre begrenzte Solidarhaftung zwischen dem bisherigen und dem neuen Schuldner begründet.

Nach **Fusionsgesetz** gehen Passiven wie Aktiven ohne weiteres über. Für bestehende Schulden gilt eine auf drei Jahre befristete Solidarhaftung.¹ Die Regelung ist somit weitgehend gleichwertig zum früher anwendbaren Art. 181 OR, bringt aber eine Erleichterung gegenüber der Übernahme einzelner Schulden.

g) Verträge

Der Übergang eines ganzen Vertragsverhältnisses stellt einen Parteiwechsel dar und bedarf der **Zustimmung** des Vertragspartners.² Unter dem Fusionsgesetz war anfangs umstritten, ob ganze Vertragsverhältnisse ohne Zustimmung übergehen können.³ Die überwiegende Meinung geht inzwischen dahin, dass eine Zustimmung zum Vertragsübergang eher nicht notwendig sei⁴. Bei Dauerschuldverhältnissen soll dem Vertragspartner jedoch ein ausserordentliches Kündigungsrecht zustehen, wenn ihm die Fortsetzung eines Vertragsverhältnisses mit dem Übernehmer nicht zugemutet werden kann. Fehlt eine gesetzliche Regel zur ausserordentlichen Vertragsbeendigung, soll das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung aufgelöst werden können.⁵ Bei vielen IT-Verträgen (Software-Lizenzverträge oder Wartungs- und Pflegeverträge) ist die Vertragsbeendigung gesetzlich nicht geregelt.⁶ Die aufgezeigte Rechtsfolge würde beim IT-Outsourcing, das auf lange Dauer ausgelegt ist, somit erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringen.

Es ist zu bedauern, dass das Fusionsgesetz hinsichtlich der in der Praxis entscheidenden Fragen des Vertragsübergangs und der ausserordentlichen Kündigungsmöglichkeit **keine Rechtssicherheit** geschaffen hat. Bis zu einer gerichtlichen Klärung dieser Frage muss daher die Empfehlung ergehen, die Zustimmung des Vertragspartners zum Übergang des Vertragsverhältnisses vorsorglich einzuholen. Somit bringt das Fusionsgesetz in dieser wichtigen Frage gegenüber dem Status quo (noch) keine Verbesserung.

h) Arbeitsverträge insbesondere⁷

Bei der Übertragung von Arbeitsverhältnissen gelten die **Sonderbestimmungen** von Art. 333 f. OR⁸: Umfasst der auszulagernde Bereich einen ganzen Betrieb oder Betriebsteil, gehen die zugehörigen Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten ohne weiteres auf den Erwerber

¹ Art. 75 Abs. 1 FusG.

² Vgl. BRÄNDLI, Rz. 77; LUGINBÜHL, S. 145.

³ Vgl. für Nachweise MATHYS, Fusionsgesetz, Rz. 28.

⁴ Vgl. etwa Basler Kommentar MALACRIDA, Rz. 15 ff. zu Art. 73 FusG.

⁵ BERETTA, S. 256.

⁶ Vgl. näher HEUSLER/MATHYS, S. 42 ff.

⁷ Vgl. zur Rechtslage in Deutschland einlässlich GÖPFERT, S. 1 ff.

⁸ Vgl. zu dieser Bestimmung eingehend WILDHABER, S. 463 ff.

über, sofern der Arbeitnehmer dies nicht ablehnt. Für gewisse Lohnforderungen des Arbeitnehmers haften der bisherige und der neue Arbeitgeber solidarisch. Überdies muss das auslagernde Unternehmen die Arbeitnehmervertretung bzw. die Arbeitnehmer rechtzeitig über die bevorstehende Auslagerung informieren.

Nicht jedes IT-Outsourcing hat die Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils zur Folge: IT-Abteilungen mit Stabsfunktion, die verschiedene Betriebseinheiten nutzen, werden nicht als Betriebsteile aufgefasst; bei der Auslagerung einer solchen Einheit gehen somit die Mitarbeiter der IT-Abteilung nicht automatisch (auch nicht teilweise) auf den Provider über¹.

Beim IT-Outsourcing stellt sich häufig das Problem, dass bloss **einzelne Mitarbeiter** eines Betriebes oder Betriebsteils im Zuge der Auslagerung übernommen werden sollen.² Grundsätzlich ist von einem Übernahmезwang des Erwerbers auszugehen.³ Die Auslagerung kann somit nicht durch vertragliche Abrede zwischen Übergeber und Übernehmer auf einzelne Arbeitsverhältnisse beschränkt werden, was manchem IT-Outsourcing die Attraktivität nimmt.

Unter dem **Fusionsgesetz** finden Art. 333 f. OR auf den Übergang von Arbeitsverhältnissen unvermindert Anwendung.⁴ Der Übertragungsvertrag muss zwar eine Liste der Arbeitsverhältnisse enthalten, die mit der Vermögensübertragung übergehen;⁵ dies kann aber nicht als Option interpretiert werden, nur einen Teil der Arbeitsverhältnisse zu übernehmen.⁶ Damit hat eine Flexibilisierung in dieser für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Outsourcing-Projekts wichtigen Frage nicht stattgefunden. Demgegenüber wurde eine zusätzliche Erschwernis dadurch geschaffen, dass unter dem Fusionsgesetz die Pflicht zur Information der Arbeitnehmervertretung bzw. Arbeitnehmer beide beteiligten Unternehmen trifft. Unterbleibt die Information, kann die Eintragung der Vermögensübertragung im Handelsregister auf Antrag gar untersagt werden.⁷

i) Zustimmung Dritter

Wie dargelegt, ist für den Übergang ganzer Verträge die Zustimmung des Vertragspartners einzuholen. Auch die rechtsgültige Übertragung **einzelner Forderungen** ist oft an die Zustimmung Dritter gebunden.⁸ Dies gilt insbesondere für das Gebrauchsrecht bei Software, die durch den Outsourcing-Bezüger in Lizenz genutzt wird. Software, bei der ein Gebrauchsrecht gegen Entrichtung einer einmaligen Gebühr gewährt wird, kann nach dem urheberrechtlichen

¹ Ebenda, S. 474.

² Vgl. BRÄNDLI, Rz. 378 ff.

³ WICKIHALDER, S. 170 und 172; BRÄNDLI, Rz. 331; BGE 123 III 466, 468.

⁴ Vgl. Art. 76 Abs. 1 und Art. 77 Abs. 1 FusG.

⁵ Art. 71 Abs. 1 Bst. e FusG.

⁶ Vgl. TSCHÄNI, S. 98; BERTSCHINGER, S. 362; TURIN, S. 159 und 216.

⁷ Art. 77 Abs. 1 und 2 FusG.

⁸ NAGEL/MURPHY, S. 162 f.

Erschöpfungsgrundsatz¹ grundsätzlich frei übertragen werden.² Jedoch sehen die einschlägigen Lizenzverträge häufig vor, dass die Übertragung der Nutzungsrechte durch den Lizenznehmer die Zustimmung des Lizenzgebers voraussetzt.³

Es empfiehlt sich, die Notwendigkeit von Zustimmungen zum Übergang eines Vertragsverhältnisses oder einer Forderung spätestens anlässlich einer **Due Diligence** genau zu analysieren und die erforderlichen Genehmigungen Dritter frühzeitig zu beschaffen.⁴ Bei Software-Lizenzverträgen sollte hierfür der Outsourcing-Bezüger zuständig sein.⁵

Der IT-Outsourcing-Vertrag selbst muss auch Bestimmungen für den Fall enthalten, dass **Zustimmungen im Einzelfall verweigert** werden:

- **Allgemein** kann eine solche Regelung dahin lauten, bestehende Verträge zu kündigen und auf einen anderen Anbieter umzusteigen.
- Bei **Software-Lizenzverträgen** kann versucht werden, die Zustimmung des Lizenzgebers zu einer Unterlizenzierung zu erhalten.⁶
- Für den Fall, dass viele **Mitarbeiter** einer auszulagernden IT-Abteilung oder Schlüsselpersonen eines IT-Teams den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Outsourcing-Provider ablehnen, empfiehlt sich die Aufnahme einer Ausstiegs- oder Auflösungsklausel in den Outsourcing-Vertrag. Präventiv kann der Abwanderung von Mitarbeitern z.B. mit einer Besitzstandsklausel begegnet werden; darin verpflichtet sich der Provider, die bisherigen Konditionen des Arbeitsvertrages während einer bestimmten Mindestdauer (z.B. 1 Jahr) beizubehalten.⁷

j) Gewährleistung

Der Outsourcing-Bezüger hat gegenüber dem -Provider **Gewähr** für die übertragene IT-Infrastruktur zu leisten:

- Im Rahmen der **Sachgewähr** beschränkt sich der Outsourcing-Bezüger häufig darauf, die ihm gegenüber dem jeweiligen Lieferanten zustehenden Ansprüche auf den Provider zu übertragen. Falls keine IT Due Diligence durchgeführt wurde, hat der Kunde allenfalls auch zu gewährleisten, dass Hard- und Software sich im Zeitpunkt des Übergangs allgemein in gutem Zustand befinden. Häufig schliesst der Outsourcing-Bezüger aber auch jede Gewährleistung oder Haftung aus.⁸

¹ Art. 12 Abs. 2 URG.

² HEUSLER/MATHYS, S. 159 f.; STRAUB, S. 232 f.; ebenso für Deutschland FRITZEMEYER/SCHOCH, S. 797.

³ Vgl. NEUENSCHWANDER, Vertragsgestaltung, S. 70.

⁴ NEUENSCHWANDER, Aspekte, S. 26; AUF DER MAUR, S. 90.

⁵ FRITZEMEYER/SCHOCH, S. 796.

⁶ Ebenda, S. 796 f.

⁷ Vgl. NAGEL/MURPHY, S. 161.

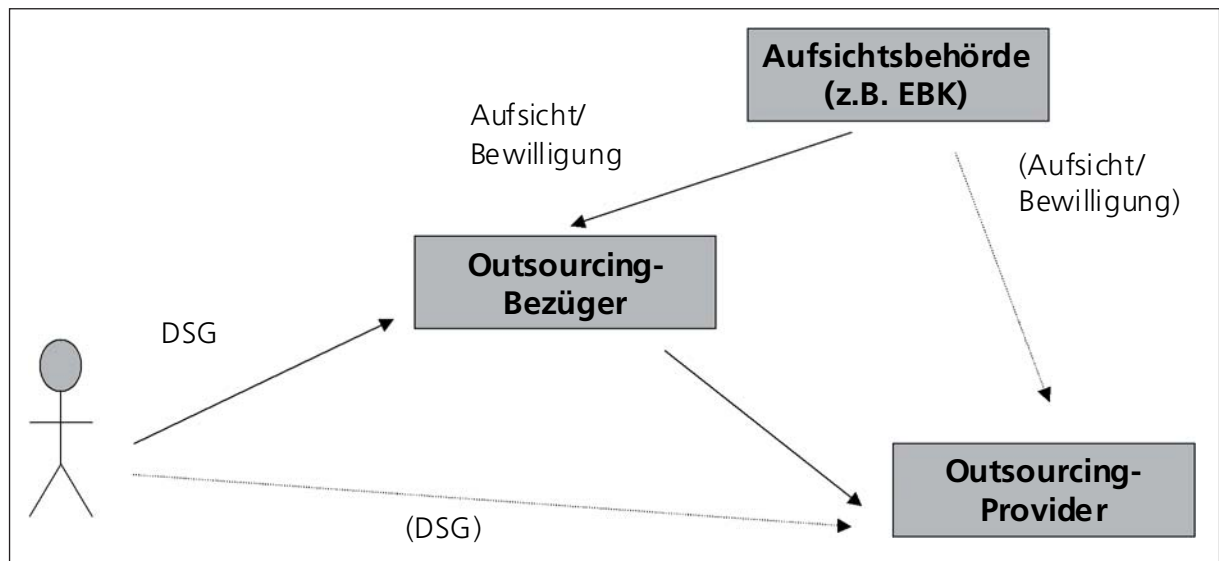
⁸ STRAUB, S. 232.

- Die **Rechtsgewähr** lautet meist darauf, dass die Benützung der Infrastruktur durch den Provider in dem für das Outsourcing erforderlichen Rahmen und Umfang keine Rechte Dritter verletzt. Damit wird implizit auch zum Ausdruck gebracht, dass die erforderlichen Zustimmungen für die Übertragung der IT-Infrastruktur vorliegen.¹
- In Zusammenhang mit dem Übergang von **Vertragsverhältnissen** verlangt der Provider vom Kunden oft eine Zusicherung, dass sämtliche Schulden (z.B. Lizenzgebühren, Mitarbeiterlöhne) bis zum Zeitpunkt der Übernahme durch den Kunden erfüllt wurden bzw. noch werden.

3. Datenschutz und -sicherheit

a) Gesetzliche Grundlagen

Massgebliche Bestimmungen zu Datenschutz und -sicherheit finden sich vorab im **Datenschutzgesetz** des Bundes (DSG), das per 1. Januar 2008 teilrevidiert wurde. Beim IT-Outsourcing kantonaler und kommunaler Verwaltungen sind zudem die jeweils anwendbaren kantonalen Datenschutzgesetze zu beachten.² Weitere Einschränkungen kann das IT-Outsourcing durch gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungsvorschriften erfahren, beispielsweise in Zusammenhang mit dem Bankgeheimnis.³



Datenschutz beim Outsourcing

¹ Vgl. 5/6.3.3 2.i) oben.

² Vgl. dazu WEBER, Verwaltung.

³ Vgl. dazu 5/6.3.3 3.d) unten.

Die **Verantwortung** für die Einhaltung des Datenschutzes bleibt in aller Regel beim Outsourcing-Bezüger. Mit der Auslagerung der IT-Infrastruktur geht somit keine Auslagerung der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit einher.¹ Anders ist dies lediglich dort zu beurteilen, wo der Provider Daten in autonomer Weise bearbeitet und etwa mit den Datensubjekten in direktem Kontakt steht. Eine solche Konstellation könnte etwa auftreten bei einem weit reichenden Business Process Outsourcing.² In diesen Fällen geht die Datenverantwortung auf den Outsourcing-Provider über.³

Für den Outsourcing-Bezüger stellt sich die Frage, ob die Datenauslagerung als solche bereits einen **datenschutzrechtlich relevanten Akt** darstellt. Durch das Outsourcing werden Personendaten Dritten zugänglich gemacht, womit grundsätzlich eine Bekanntgabe von Daten im Sinne von Art. 3 Bst. f DSGVO und somit eine Datenbearbeitung gemäss Art. 3 Bst. e DSGVO vorliegt.⁴ Auch die Datenauslagerung an eine Konzerngesellschaft stellt einen datenschutzrechtlich relevanten Vorgang dar.⁵ Bei besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen ist die Bekanntgabe an die Zustimmung der betroffenen Person oder an einen Rechtfertigungsgrund geknüpft.⁶ Überdies besteht gegebenenfalls eine Pflicht zur Registrierung der Datensammlung beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB).⁷ Bei einem Daten-Outsourcing ins Ausland ist zusätzlich die Sonderbestimmung von Art. 6 DSGVO zu berücksichtigen.⁸

b) Vertragliche Regelung

Gemäss Art. 10a Abs. 1 Bst. a DSGVO kann die Bearbeitung von Personendaten einem Dritten übertragen werden, wenn der Auftraggeber dafür sorgt, dass die Daten nur so bearbeitet werden, wie er es selbst tun dürfte. Die oben erwähnten Pflichten zur Einholung der Zustimmung der betroffenen Person sowie allenfalls zur Registrierung entfallen unter diesen Voraussetzungen.⁹ Die Privilegierung erklärt sich damit, dass die Datenauslagerung an einen Beauftragten nicht als Bekanntgabe von Daten an Dritte im eigentlichen Sinne verstanden wird.¹⁰ Zur Absicherung des Kunden empfiehlt sich hierbei, die **Einhaltung des DSGVO und obiger Grundsätze durch**

¹ BITTERLI, S. 159; WEBER, Haftungsgrundlagen, S. 134.

² Vgl. 5/6.3.2 2.a) oben.

³ WALTER, S. 167; für Deutschland SÖBBING/BERNECKER, Betrieb, S. 2 f.

⁴ Ebenda.

⁵ ROSENTHAL, Datenschutz, S. 200 f.

⁶ Vgl. Art. 12 Abs. 2 Bst. c DSGVO.

⁷ Art. 11a Abs. 3 DSGVO.

⁸ Vgl. dazu 5/6.3.3 3.c) unten.

⁹ ROSENTHAL, Datenschutz, S. 203.

¹⁰ WALTER, S. 167; BRÄNDLI, Rz. 446 ff.

den Provider vertraglich sicherzustellen. Im IT-Outsourcing-Vertrag sollte deshalb namentlich Folgendes festgehalten bzw. geregelt werden:¹

- Hinweis auf die einschlägigen Bestimmungen des DSG.
- Zusicherung des Outsourcing-Providers, die Bestimmungen des DSG einzuhalten.
- Gewährleistung der datenschutzrechtlichen Ansprüche von Datensubjekten, namentlich auf Einsicht, Datenberichtigung oder -vernichtung. Gemäss Art. 8 Abs. 4 DSG bleibt der Inhaber der Datensammlung, also der Outsourcing-Bezüger, auskunftspflichtig, weshalb er sich gegenüber dem Provider vertraglich absichern muss.² Falls der Provider die Leistung (z.B. wegen Zahlungsverzugs des Outsourcing-Bezügers) verweigern kann, lassen sich Auskunftsrechte Dritter nicht mehr durchsetzen; deshalb empfiehlt sich, das Leistungsverweigerungsrecht vertraglich auszuschliessen.
- Zustimmung des Outsourcing-Bezügers zum Beizug von Subakkordanten durch den Outsourcing-Provider.³
- Zweckbindung der Datenbearbeitung durch den Outsourcing-Provider, ansonsten die Privilegierung gemäss Art. 10a Abs. 1 DSG entfällt.⁴
- Verpflichtung des Outsourcing-Providers, Mitarbeiter, Hilfspersonen und allfällig beigezogene Dritte über die datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu informieren und zu deren Beachtung anzuhalten. Erfolgt die Bearbeitung besonders schützenswerter Daten durch Hilfspersonen des Providers, wird teilweise deren Einbindung in die funktionelle Hierarchie des Outsourcing-Bezügers gefordert.⁵
- Verpflichtung des Outsourcing-Providers zur Einhaltung anerkannter Sicherheitsstandards.⁶

Die vertragliche Festschreibung oben stehender Grundsätze ist Ausdruck der Pflicht des Outsourcing-Bezügers zur **sorgfältigen Instruktion und Überwachung** des Providers⁷ und stellt Teil der Verpflichtung des Outsourcing-Bezügers gemäss Art. 10a Abs. 1 Bst. a DSG dar. Im Weiteren dient sie dem Kunden auch dazu, sich im Falle der Unrechtmässigkeit der Datenbearbeitung durch den Provider an diesem schadlos halten zu können.⁸

¹ Vgl. auch die Aufzählung bei WEBER/WILLI, S. 225.

² Vgl. ROSENTHAL, Datenschutz, S. 212.

³ Ebenda, S. 206.

⁴ Ebenda, S. 213 f.

⁵ Vgl. Datenschutzbeauftragter Kanton Zürich, S. 14.

⁶ Ebenda, S. 13. Der Outsourcing-Bezüger hat sich darüber gemäss Art. 10a Abs. 2 DSG zu vergewissern.

⁷ ROSENTHAL, Datenschutz, S. 209.

⁸ Vgl. WALTER, S. 167. Nach RYSER, Rz. 360 f., kann die Verletzung dieser Auflagen auch unternehmensstrafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

c) Datenauslagerung ins Ausland

Bei einer Auslagerung von Daten ins Ausland ist Art. 6 DSGVO zu beachten. Demnach dürfen Daten nicht ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn dort ein angemessener Datenschutz fehlt.¹ Weiter besteht bei einer Datenauslagerung ins Ausland unter Umständen eine **Informationspflicht an den EDÖB**.²

Der EDÖB hat eine Liste derjenigen Staaten veröffentlicht, die über eine **angemessene Datenschutzgesetzgebung** verfügen.³ Anders als in der Schweiz⁴ finden viele ausländische Datenschutzgesetzgebungen, so etwa zahlreiche Datenschutzgesetze der EU-Staaten, keine Anwendung auf Daten *juristischer* Personen, weshalb diesbezüglich eigentlich kein gleichwertiger Schutz besteht. Auch die USA verfügen nicht über einen gleichwertigen Datenschutz. Bei Anwendung des zwischen der EU und den USA abgeschlossenen Safe-Harbour-Abkommens auf den Datenempfänger in den USA geht der EDÖB jedoch von einem ausreichenden Schutz aus.⁵

Bei Fehlen einer angemessenen ausländischen Regelung besteht wohl die Möglichkeit, die Zustimmung der betroffenen Person zur Auslagerung der Daten ins Ausland einzuholen⁶, was aber kaum praktikabel ist. Der Datenschutz kann deshalb auch durch eine sog. **Vertragslösung** gewährleistet werden.⁷ Dabei wird ein dem inländischen gleichwertiges Schutzniveau auf vertraglichem Wege zwischen Outsourcing-Bezüger und -Provider sichergestellt. Entsprechende Klauseln können in den Outsourcing-Vertrag aufgenommen oder gesondert vereinbart werden. Musterverträge und Standardklauseln wurden unter anderem vom Europarat und von der EU aufgestellt.⁸

d) Auslagerung von Bankkundendaten insbesondere

Erhöhte Anforderungen gelten dort, wo spezifische Geheimhaltungspflichten zu berücksichtigen sind. Daten über finanzielle Verhältnisse zählen zwar nicht zu den besonders schützenswerten Daten im Sinne von Art. 3 Bst. c DSGVO⁹, unterstehen jedoch dem **Bankgeheimnis**. Die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) hat in einem **Rundschreiben** die erhöhten Anforderungen an das Outsourcing bei Banken konkretisiert.¹⁰

¹ Art. 6 Abs. 1 DSGVO.

² Vgl. eingehend ROSENTHAL, Datenschutz, S. 218 f.

³ Aus der Liste folgt etwa, dass Indien als bedeutende IT-Offshoring-Destination nicht über einen angemessenen Datenschutz verfügt; vgl. dazu auch WIDMER/NAIR, S. 12 ff.

⁴ Vgl. Art. 3 Bst. b DSGVO.

⁵ Vgl. die Angaben des EDÖB unter <http://www.edoeb.admin.ch/themen/00794/00827/index.html?lang=de>.

⁶ Vgl. Art. 6 Abs. 2 Bst. b DSGVO.

⁷ Vgl. Art. 6 Abs. 2 Bst. a DSGVO.

⁸ Vgl. die Materialien in der Bibliographie sowie die Angaben des EDÖB unter <http://www.edoeb.admin.ch/themen/00794/00827/index.html?lang=de>.

⁹ Basler Kommentar BELSER, Rz. 11 zu Art. 3 DSGVO.

¹⁰ EBK, *Rundschreiben 99/2: Auslagerung von Geschäftsbereichen (Outsourcing) vom 26. August 1999*, letzte Änderung am 29. Juni 2005.

Nicht jede Auslagerung IT-bezogener Tätigkeiten fällt in den Geltungsbereich des Rundschreibens:¹ So werden beispielsweise der Auftrag zur Softwareentwicklung, die Pflege von Software oder die Wartung von Systemen vom Rundschreiben nicht erfasst.² Soweit das Rundschreiben Anwendung findet, stellt es in verschiedenen Bereichen **zusätzliche Anforderungen** auf, die bei der Gestaltung des Outsourcing-Vertrages relevant sind. Die folgende Auflistung gibt die wichtigsten Punkte wieder:

- Verpflichtung zu schriftlicher Information der Bankkunden über das Outsourcing;³ es ist umstritten, ob vor dem Outsourcing auch die Zustimmung des Bankkunden eingeholt werden muss;⁴
- Abschluss eines schriftlichen und klaren Vertrages über das Outsourcing;⁵
- schriftliche Zustimmung des Outsourcing-Bezügers zum Subcontracting durch den Outsourcing-Provider;⁶
- vertragliche Fixierung von Sicherheitsanforderungen und -dispositiv;⁷
- vertragliche Unterstellung des Outsourcing-Providers unter das Bankgeheimnis;⁸
- Verpflichtung des Outsourcing-Providers zum Aufbau von «Chinese Walls» bei einer Leistungserbringung für verschiedene Outsourcing-Bezüger, was eine physische, räumliche und personelle Abtrennung erfordert;⁹
- vertragliche Zusicherung umfassender Einsichts- und Prüfrechte durch den Outsourcing-Provider zugunsten der internen und externen Revisionsstelle des Outsourcing-Bezügers sowie der EBK;¹⁰
- Sicherstellung der Einhaltung des Bankgeheimnisses und des Datenschutzes nach schweizerischem Recht (und nicht bloss eines angemessenen Schutzes gemäss Art. 6 Abs. 1 DSGVO) bei einer Auslagerung von Daten ins Ausland sowie Gewährung einer Möglichkeit für den

¹ Vgl. STOCKER, S. 233 ff.

² Vgl. Rundschreiben EBK, Anhang 1.

³ Ebenda, Rz. 37 ff.

⁴ Für ein Zustimmungserfordernis SUTER, S. 7, sowie BERGER, S. 191 und 194; dagegen STOCKER, S. 250 f. sowie BRÄNDLI, Rz. 472 und 538.

⁵ Rundschreiben EBK, Rz. 51.

⁶ Ebenda, Rz. 21a.

⁷ Ebenda, Rz. 29.

⁸ Ebenda, Rz. 34.

⁹ Ebenda, Rz. 36.

¹⁰ Ebenda, Rz. 40, 42 f. und 47.

Kunden, die Vertragsverhältnisse innerhalb einer angemessenen Frist und ohne Nachteile abzurechnen;¹

- Erbringung des ausdrücklichen Nachweises durch den Outsourcing-Bezüger, dass die Prüfrechte gegenüber dem Provider wahrgenommen und durchgesetzt werden können.²

Neuere Tendenzen gehen dahin, IT-Outsourcing-Provider im Finanzsektor einer **Bewilligungspflicht** (z.B. Mindestkapitalanforderungen) und einer **direkten Aufsicht** zu unterstellen.³

4. Gewährleistung, Haftung und Versicherung

a) Gewährleistungs- und Haftungsmassstab

Beim IT-Outsourcing kann der Outsourcing-Bezüger vom Provider keine absolut fehlerfreie Leistung (z.B. im Sinne einer jederzeitigen Systemverfügbarkeit) verlangen.⁴ Das Gesetz knüpft im Rahmen der Gewährleistung meist an den Massstab der **Gebrauchstauglichkeit** an.⁵ Diese Umschreibung hilft beim IT-Outsourcing kaum weiter, da die Gebrauchstauglichkeit sich stark nach den individuellen Bedürfnissen des Outsourcing-Bezügers richtet. Ein «üblicher» Gebrauch, an welchem die Vertragskonformität der Leistungserbringung gemessen werden könnte, lässt sich daher kaum definieren. Stattdessen werden die spezifischen Anforderungen des Outsourcing-Bezügers an die Leistungserbringung des Providers **mittels Service Levels definiert**.⁶ Ob der Provider die Leistungen vertragsgemäss erbracht hat, beurteilt sich somit danach, ob die in den SLAs festgeschriebenen Grenzwerte bzw. Toleranzen eingehalten wurden.

b) Schadenersatz, Konventionalstrafe und Bonus-Malus-Systeme

Rechtsfolgeseitig hat der Outsourcing-Bezüger im Gewährleistungs- oder Haftungsfalle einen Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens. Beim IT-Outsourcing treten überwiegend mittelbare Vermögensschäden (z.B. als Folge von Betriebsunterbrüchen oder in Form entgangenen Gewinns) auf, deren Nachweis und Quantifizierung naturgemäss sehr schwer fällt⁷ und für welche die Haftung meist ausgeschlossen oder beschränkt wird.⁸ Deshalb werden in Outsourcing-Verträgen meist **alternative Formen der geldwerten Ersatzleistung** vorgesehen, wobei zwei Erscheinungsformen im Vordergrund stehen:

¹ Ebenda, Rz. 35 und 39.

² Ebenda, Rz. 48 ff.

³ So z.B. in Luxemburg; vgl. World eBusiness Law Report vom 22. April 2003.

⁴ ROSENTHAL, Haftungsfragen, S. 172.

⁵ Vgl. etwa Art. 197 Abs. 1 OR für den Kaufvertrag, Art. 256 Abs. 1 OR für die Miete.

⁶ Vgl. dazu 5/6.3.3 1.b) oben.

⁷ Vgl. WEBER, Outsourcing und Haftung, S. 85.

⁸ Gemäss einem neueren Bundesgerichtsurteil (BGE 133 III 257) wird der Begriff des unmittelbaren Schadens erheblich ausgedehnt, womit tendenziell eine Haftungsverschärfung einher gehen dürfte.

- Zunächst kann für den Fall der Nichterreichung von Service Levels eine **Konventionalstrafe** im Sinne von Art. 160 ff. OR vereinbart werden. Die Abrede einer Konventionalstrafe hat für den Outsourcing-Bezüger den Vorteil, dass kein konkret entstandener Schaden nachgewiesen werden muss. Aus Sicht des Providers erscheint eine Konventionalstrafe aber häufig als einseitig und undifferenziert. Sie kann in einer langfristigen, auf gegenseitiges Vertrauen ausgerichteten Vertragsbeziehung einen Fremdkörper darstellen.
- Aus diesen Gründen werden anstelle von Konventionalstrafen vermehrt **Bonus-Malus-Systeme** eingesetzt, bei denen nach dem Grad der Zielerreichung abgestufte Gutschriften bzw. Belastungen ausgelöst und meist über die Vergütung abgerechnet werden. Bei der vertraglichen Ausgestaltung eines solchen Systems ist darauf zu achten, dass der Anreiz zur vertragsgemässen Leistungserbringung für den Provider während der gesamten Messperiode erhalten bleibt. Dies ist beispielsweise nicht der Fall, wenn die Zahlung eines Malus bereits an die einmalige Unterschreitung eines Zielwerts während der Messperiode anknüpft. Aus Sicht des Outsourcing-Bezügers ist zu gewährleisten, dass eine überdurchschnittliche und damit einen Bonus begründende Leistungserbringung durch den Provider einen effektiven Nutzen oder Mehrwert darstellt.¹ Dies erscheint z.B. fraglich bei einer Unterschreitung der vereinbarten Rechenzeit einer nächtlichen Stapelverarbeitung.

Bei der Abrede einer Konventionalstrafe oder Anwendung eines Bonus-Malus-Systems ist im Weiteren das **Verhältnis zu Erfüllung und Schaden** vertraglich zu regeln:

- Art. 160 Abs. 1 OR sieht vor, dass mangels anderer Abrede die **Vertragserfüllung** nicht zusätzlich zur Konventionalstrafe gefordert werden kann. Beim IT-Outsourcing dürfte sich eine nachträgliche Erfüllung in den meisten Fällen bereits aus praktischen Gründen erübrigen. Unterschritt beispielsweise die Systemverfügbarkeit während einer Messperiode den vereinbarten Grenzwert, kann dies nicht nachträglich «behoben» werden.
- In Bezug auf den erlittenen **Schaden** hält Art. 161 Abs. 2 OR fest, dass der die Konventionalstrafe übersteigende und nachweisbare Mehrbetrag eingefordert werden kann.² Die Konventionalstrafe selbst wird somit auf den Schaden angerechnet. Für Bonus-Malus-Systeme besteht keine vergleichbare Regelung. Es empfiehlt sich, eine entsprechende Klausel in den Outsourcing-Vertrag zu integrieren, beispielsweise durch Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen zur Konventionalstrafe.

c) **Ausschluss und Beschränkung**

Bei der Beurteilung des **zulässigen Umfangs einer Haftungsbeschränkung** ist vorab zu klären, ob auf den Outsourcing-Vertrag als Innominatkontrakt die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des OR oder eines besonderen gesetzlich geregelten Vertragstyps Anwendung finden. Nach der allgemeinen Regelung kann die Haftung nur für leichte Fahrlässigkeit wegbedungen oder

¹ NAGEL/MURPHY, S. 166; BILLETER, Folie 18.

² Vgl. GUROVITS KOHLI, S. 114.

beschränkt werden¹, während beim Kaufvertrag die Haftung auch für grobe Fahrlässigkeit wegbedungen werden kann.² Wegen der Schwierigkeit der Zuordnung zu einem vorherrschenden Vertragstypus³ sollten bei der Beurteilung dieser Frage nach hier vertretener Auffassung jeweils die allgemeinen Bestimmungen Anwendung finden. Die Bedeutung der Unterscheidung wird in der Praxis jedoch relativiert, da beim Einsatz von Hilfspersonen die Haftung auch nach den allgemeinen Bestimmungen in weitergehendem Umfang ausgeschlossen werden kann.⁴

Weiter fragt sich, ob die **Vereinbarung von Service Levels** im Ergebnis eine übermässige und damit unzulässige Beschränkung der Gewährleistung bzw. Haftung darstellt. Beispielsweise kann eine durchschnittliche Systemverfügbarkeit von 98% vereinbart werden; kommt es in der Folge zu einem absichtlich oder grob fahrlässig verursachten Ausfall, der die Systemverfügbarkeit um 1% reduziert, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Sie wird überwiegend dahingehend beantwortet, dass ein Ausfall innerhalb der Toleranzgrenzen schon gar keine Vertragsverletzung bildet, womit sich Anschlussfragen nach der Haftung und deren Beschränkung erübrigen.⁵

Fraglich ist, ob die Vereinbarung von Service Levels als **Zusicherung** zu qualifizieren ist.⁶ Für zugesicherte Eigenschaften können Gewährleistung und Haftung nach allgemeiner Auffassung nicht wegbedungen oder beschränkt werden.⁷ Dies kann dort Probleme bereiten, wo die Nichteinhaltung von Service Levels nur eine betragsmässig begrenzte Zahlung in Form von Konventionalstrafe oder Malus auslösen soll.⁸ In solchen Fällen wird empfohlen, eine klare Unterscheidung und Abstufung zwischen dem Leistungsniveau, das als Referenzwert für die Berechnung von Konventionalstrafe bzw. Malus dient, und zugesicherten Eigenschaften vorzunehmen.

d) Bezug von Drittprodukten oder -leistungen

Häufig wird der Outsourcing-Provider nicht im Stande sein, alle vertraglichen Leistungen selbst zu erbringen; er wird daher Drittprodukte einsetzen und allenfalls auch Dienstleistungen von Dritten beziehen («**Double Outsourcing**»⁹). Die Gewährleistungs- und Haftungssituation ist dabei vertraglich eingehend zu regeln. Der Outsourcing-Provider tritt gegenüber dem -Bezüger hierbei meist als Generalunternehmer auf. Soweit er für die Erfüllung seiner vertraglichen

¹ Art. 100 Abs. 1 OR.

² Art. 199 OR.

³ Vgl. dazu 5/6.3.2 3. oben.

⁴ Art. 101 Abs. 2 OR.

⁵ Vgl. ROSENTHAL, Haftungsfragen, S. 172; GUROVITS KOHLI, S. 113 f. Diese Auffassung kann zumindest kritisch hinterfragt werden; denkbar wäre ebenso, Service Levels einzig für die Bemessung von Penalties anzuwenden, was die Haftung unberührt liesse. Auf jeden Fall empfiehlt sich eine vertragliche Klarstellung.

⁶ Vgl. für den Kaufvertrag etwa Art. 197 Abs. 1 OR.

⁷ Vgl. WEBER, Haftungsgrundlagen, S. 138.

⁸ Vgl. dazu 5/6.3.3 4.b) oben.

⁹ BITTERLI, S. 157.

Pflichten auf Produkte oder Leistungen Dritter zurückgreifen muss, hat er für deren Verhalten nach hier vertretener Meinung gemäss den allgemeinen Grundsätzen der **Hilfspersonenhaftung**¹ einzustehen.²

Zur Beschränkung des Risikos des Providers verweisen Outsourcing-Verträge häufig auf die Gewährleistung und Haftung, die dem Provider aus den Verträgen mit beigezogenen Dritten zusteht. Für den Outsourcing-Bezüger befriedigt eine solche Regelung dann nicht, wenn das «Double Outsourcing» für ihn nicht transparent gestaltet ist und von ihm nicht kontrolliert werden kann.³ Soweit der Outsourcing-Provider **Gewährleistungs- und Haftungsbestimmungen** aus Drittverträgen zur Anwendung bringen möchte, sollte der Kunde sich daher vertraglich das Recht vorbehalten, die Auswahl des Dritten und den Inhalt des Drittvertrages – namentlich in Bezug auf Gewährleistung und Haftung – zu genehmigen.

e) Höhere Gewalt

In Fällen höherer Gewalt lautet die gesetzliche Regelung meist dahin, dass die gegenseitigen Leistungspflichten sistiert werden.⁴ Würde beispielsweise das Rechenzentrum des Outsourcing-Providers durch Feuer zerstört, wäre er zur Leistungserbringung nicht mehr verpflichtet. Im Outsourcing-Vertrag müssen für solche Fälle **Katastrophenszenarien** vorgesehen werden. Der Provider sollte vertraglich verpflichtet werden, bei Eintritt eines Falles höherer Gewalt das Notfallszenario zu befolgen und beispielsweise die Leistungen auf einem Ersatz-Rechenzentrum zu erbringen.⁵ Auch sollte dem Outsourcing-Bezüger das Recht eingeräumt werden, beim Ausfall des Providers infolge höherer Gewalt auf einen alternativen Leistungserbringer umzusteigen.⁶

f) Versicherung

Mehr als die Hälfte der Outsourcing-Bezüger weiss offenbar nicht, ob und in welchem Umfang der von ihnen ausgewählte Provider eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen hat!⁷ Der Versicherungsfrage wird beim Abschluss von Outsourcing-Verträgen damit offensichtlich **ungenügende Beachtung** geschenkt.

Bei der Beurteilung einer Versicherungsdeckung sollte zunächst geklärt werden, welche Partei **besser geeignet** ist, Risiken des IT-Outsourcing durch eine Versicherung abzudecken. Der Outsourcing-Bezüger kann sich gegen Störungen des Betriebs infolge ausgefallener IT-Systeme durch Abschluss einer Betriebsunterbruchversicherung schützen. Jedoch sehen die ent-

¹ Art. 101 OR.

² A.M. in Bezug auf Folgeschäden ROSENTHAL, Haftungsfragen, S. 172.

³ BITTERLI, S. 157.

⁴ Vgl. Art. 119 Abs. 1 OR.

⁵ Vgl. DIEFFENBACH.

⁶ NAGEL/MURPHY, S. 169.

⁷ Swiss IT-Outsourcing Survey 2003, Folie 22.

sprechenden Versicherungspolicen oft keine Deckung für den Fall vor, dass ein ausgelagerter Geschäftsbereich den Betriebsunterbruch verursacht.¹ Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, das Risiko auf den Outsourcing-Provider zu überwälzen und diesen zum Abschluss einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung zu verpflichten. Bei einer Auslagerung der IT an ein **Konzernunternehmen** ist zu beachten, dass Versicherungsansprüche bei wirtschaftlicher Verbindung zwischen schädigendem und geschädigtem Unternehmen meist ausgeschlossen sind.²

In den Outsourcing-Vertrag sollte eine **Versicherungsklausel** Eingang finden, die nicht nur eine generelle diesbezügliche Verpflichtung des Outsourcing-Providers festhält, sondern darüber hinaus näheren Aufschluss über Umfang und Inhalt der vom Provider zu erlangenden Versicherungsdeckung gibt. Dabei sind Eckpunkte wie gedeckte Schadensarten, Verschuldensgrade, betragsmässige Bezifferung der Deckung, Höhe des Selbstbehalts und allfällige Versicherungsausschlüsse anzuführen.³ Diese Eckpunkte sollten so definiert werden, dass sie mit Art und Umfang der vom Provider vertraglich übernommenen Haftung übereinstimmen. Weiter empfiehlt sich eine vertragliche Vereinbarung, dass der Outsourcing-Bezüger die Einhaltung der Versicherungsbedingungen durch den Provider überprüfen kann. Zu denken ist beispielsweise an den Beizug eines Sachverständigen, der Einblick in die Versicherungsverträge nehmen kann und in allgemeiner Weise Auskunft über die Einhaltung der Versicherungsklausel gibt.

5. Change Management⁴

a) Problematik

Mit dem Outsourcing der IT-Infrastruktur wird eine langfristige vertragliche Beziehung angebahnt, deren Bedürfnisse meist nicht von Beginn weg abschliessend definiert werden können. Hinzu tritt, dass die Anforderungen namentlich des Outsourcing-Bezügers sich während der Vertragslaufzeit verändern können.⁵ Solche Veränderungen können ihre Ursache in verschiedenen Umständen haben:⁶

- Als **externe Gründe** kommen beispielsweise veränderte Marktbedürfnisse oder Konjunkturschwankungen in Betracht.
- Bei den **internen Ursachen** ist etwa an Kostenüberlegungen zu denken, die für eine teilweise Wiedereinlagerung der IT-Infrastruktur sprechen können.

¹ BITTERLI, S. 157.

² LOMEN, S. 3

³ Ebenda, S. 13 f.

⁴ Eingehend SÖBBING, Rz. 567 ff.

⁵ Vgl. auch AUF DER MAUR, S. 93.

⁶ Vgl. die Aufzählung bei REUTTER, S. 60 ff.

Veränderungen der beschriebenen Art müssen berücksichtigt werden können, ohne das Schicksal des Outsourcing-Vertrages in Frage zu stellen. Dabei ist ein Ausgleich zwischen den sich widerstrebenden Interessen nach Flexibilität und Kontinuität zu finden.¹ Im Folgenden wird zunächst kurz die gesetzliche Konzeption beschrieben. Danach wird auf vertragliche Anpassungsmechanismen eingegangen.

b) Gesetzliche Konzeption

Während der Betriebsphase stellt der Outsourcing-Vertrag ein Dauerschuldverhältnis dar.² **Einvernehmliche Vertragsanpassungen** können während der Vertragslaufzeit jederzeit vorgenommen werden; wegen des beschriebenen Interessengegensatzes dürfte ein entsprechendes Einvernehmen aber nicht immer leicht zu erzielen sein. Fehlendes Einvernehmen kann zu einer Blockierung der Outsourcing-Beziehung führen.

Bei fehlendem Einvernehmen steht es zwar jeder Partei offen, einen auf unbestimmte Dauer abgeschlossenen Outsourcing-Vertrag ordentlich zu kündigen³ und zugleich eine Offerte zur Vertragsänderung zu unterbreiten. Eine solche «**Änderungskündigung**» erscheint beim IT-Outsourcing aber wenig sachgerecht: Einerseits fehlt ihr die erforderliche Flexibilität; andererseits setzt sich die kündigende Partei verhandlungstaktisch erheblichem Druck aus.

Denkbar wäre auch, dass diejenige Partei, die eine Vertragsanpassung wünscht, sich auf einen **Grundlagenirrtum** beruft.⁴ In Bezug auf zukünftige Umstände liegt ein massgeblicher Irrtum aber nur dann vor, wenn die Parteien bei Vertragsabschluss davon ausgingen, die Umstände blieben in Zukunft unverändert. Dies entspricht beim IT-Outsourcing kaum der Realität. Hinzu kommt, dass die Rechtsfolge eines Grundlagenirrtums (Vertragsaufhebung und- Rückabwicklung⁵) vorliegend nicht passt.

Zu prüfen ist schliesslich, ob der **Grundsatz der Vertragsanpassung an veränderte Verhältnisse** (*clausula rebus sic stantibus*) Anwendung findet. In Bezug auf externe Umstände⁶ dürften die Voraussetzungen⁷, namentlich die fehlende Vorausssehbarkeit im Zeitpunkt des Vertragschlusses⁸, wohl erfüllt sein. Anderes beurteilt sich dies bei intern motivierten Veränderungen. Rechtsfolgeseitig stellt sich zudem das Problem, dass die Modalitäten der Vertragsanpassung nicht geregelt sind und bei fehlender Einigung richterlichem Ermessen anheim gestellt wären.

¹ Vgl. dazu 5/6.3.2 4. oben.

² Vgl. dazu 5/6.3.2 3.a) oben.

³ Vgl. zur Beendigung des Outsourcing-Vertrages 5/6.3.3 6.a) unten.

⁴ Art. 24 Abs. 1 OR.

⁵ Art. 31 Abs. 1 OR.

⁶ Vgl. 5/6.3.3 5.a) oben.

⁷ Vgl. etwa INGBORG SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 4. Auflage 2006, Rz. 35.06 ff.

⁸ Ebenda, Rz. 35.08.

c) Vertragliche Gestaltung

Da die gesetzlichen Mechanismen eine den Bedürfnissen beider Parteien gerecht werdende Vertragsanpassung nicht ohne weiteres zulassen, sind die Vertragsparteien gut beraten, im Outsourcing-Vertrag selbst massgeschneiderte Regelungen für eine allfällige spätere Vertragsanpassung vorzusehen. Dabei sollte auf folgende Punkte geachtet werden:

- Generell empfiehlt es sich, eine Überprüfung des Outsourcing-Vertrages («**Review**») in regelmässigen Intervallen vorzusehen. Im Rahmen einer solchen Review können beide Parteien absehbare Veränderungen ihrer Bedürfnisse kundtun, was eine frühzeitige Abstimmung ermöglicht. Dessen ungeachtet muss aber in dringlichen Fällen gewährleistet sein, dass Änderungsanträge auch ausserhalb von Reviews eingebracht werden können.
- Der Outsourcing-Vertrag sollte eine **hinreichend lange Frist zur Ankündigung** von Änderungen vorsehen. Dies gestattet es dem Vertragspartner, sich rechtzeitig auf die Veränderungen einzustellen und beispielsweise die eigenen Ressourcen entsprechend auf- oder abzubauen. Eine Differenzierung der Ankündigungsfristen nach dem Ausmass der Veränderung ist sinnvoll.
- Weiter sollte der Outsourcing-Vertrag die **Gründe**, die zu einer Vertragsanpassung führen können, möglichst präzise und abschliessend umschreiben. Auf Seiten des Outsourcing-Bezügers stehen die bereits erwähnten externen und internen Umstände im Vordergrund. In Bezug auf den Outsourcing-Provider erscheint eine enge Umschreibung der Änderungsgründe (z.B. Unmöglichkeit, ausreichend qualifiziertes Personal zur Erbringung der Leistung im bisherigen Umfang zu rekrutieren) sachgerecht.
- Zur Flexibilisierung empfiehlt sich die **Festlegung von Toleranzwerten und Bandbreiten**, die beispielsweise als prozentuale Abweichung vom bisherigen Leistungsumfang definiert werden. Während Veränderungen innerhalb der Toleranzwerte den Outsourcing-Provider zur Übernahme der Vertragsanpassung verpflichten¹ (und unter Umständen keine ausserordentlichen Kostenfolgen auslösen), kann bei Veränderungen ausserhalb der Toleranzen eine differenzierte Regelung vereinbart werden: So kann etwa dem Provider das Recht eingeräumt werden, einen Ausbau des Leistungsumfanges (aus berechtigten Gründen) abzulehnen; bei einem Leistungsabbau kann demgegenüber vorgesehen werden, dass der Outsourcing-Bezüger eine Abgeltung für die beim Provider bereits getätigten Investitionen zu leisten hat.²
- Zu berücksichtigen sind nicht nur Leistungs-, sondern auch **Preisänderungen**. Preisanpassungsmechanismen sollten nicht starr ausgestaltet sein, sondern auf diejenigen Faktoren, die eine Anpassung der Vergütung rechtfertigen können (z.B. Preis- oder Lohnindex), aus-

¹ So REUTTER, S. 64.

² Vgl. auch NEUENSCHWANDER, Aspekte, S. 27.

gerichtet werden.¹ Zur Wahrung der Transparenz und Wettbewerbsfähigkeit der Preise sollte der Outsourcing-Bezüger sich das Recht auf ein **Benchmarking**² ausbedingen.

6. Beendigung

a) Ordentliche Beendigung

Die Beendigung einer bestehenden Outsourcing-Beziehung ist für beide involvierten Parteien mit **Umwälzungen von beträchtlicher Tragweite** verbunden. Der Outsourcing-Bezüger muss sich meist nach einem neuen Provider umsehen bzw. die ausgelagerten Dienste wieder selbst erbringen. Der Outsourcing-Provider steht bei Vertragsbeendigung häufig vor dem Problem, dass bestehende Ressourcen abgebaut oder anderweitig eingesetzt werden müssen; zudem stellt sich die Frage nach der Amortisation getätigter Investitionen. Die Vertragsbeendigung sollte daher für beide Seiten planbar sein und keine Überraschungen in sich bergen.

Zunächst fragt sich, ob und inwieweit gesetzliche Bestimmungen die **Dispositionsfreiheit** der Parteien im Rahmen der Vertragsbeendigung einschränken. Im Vordergrund steht hierbei das jederzeitige Widerrufsrecht beim Auftrag, das vom Bundesgericht als zwingend angesehen wird.³ Für den Werkvertrag sieht Art. 377 OR ein Recht des Bestellers zur jederzeitigen Beendigung vor. Die Anwendung dieser Bestimmungen auf den Outsourcing-Vertrag als Dauerschuldverhältnis würde zu sachfremden Ergebnissen führen.⁴ Es wird hier deshalb die Auffassung vertreten, dass diese Regeln weder direkte noch analoge Anwendung finden sollten und jedenfalls einer anders lautenden Parteiabrede nicht entgegenstehen können.⁵ Die Parteien sollten frei bleiben, die Beendigung des Outsourcing-Vertrages gemäss ihren spezifischen Bedürfnissen zu gestalten.

Die Vereinbarung einer **festen Vertragsdauer**, mit deren Ablauf die vertragliche Beziehung automatisch beendet wird, trägt den Vorteil der Planbarkeit in sich. Sie ermöglicht, die neu aufzubauende Outsourcing-Beziehung auf eine solide Grundlage zu stellen sowie die Outsourcing-Gebühren über einen vernünftigen Zeitraum zu kalkulieren, und bietet dem Outsourcing-Provider überdies Sicherheit, anfänglich getätigte Investitionen, die oft ein erhebliches Ausmass annehmen, wieder einbringen zu können.

Bei Outsourcing-Verträgen, die auf **unbestimmte Dauer** abgeschlossen wurden, empfiehlt sich, die ordentliche Beendigung lediglich auf geeignet zu wählende Termine zuzulassen. Als geeigneter Termin kommt beispielsweise die Mitte eines Monats mit niedrigem Geschäftsvolumen beim Outsourcing-Bezüger in Frage; eine Beendigung per Jahresende ist demgegenüber wegen aufwändiger Jahresendverarbeitungen oder Personalengpässen über die Feiertage oft

¹ Vgl. NAGEL/MURPHY, S. 164 f.

² Eingehend HEUSLER/MATHYS, S. 111 f, sowie NOLTE und BARTON.

³ Art. 404 OR; vgl. BGE 115 II 464.

⁴ Vgl. WEBER, Outsourcing und Haftung, S. 82; AUF DER MAUR, S. 88 f.

⁵ Gl.M. in Bezug auf Art. 377 OR Basler Kommentar ZINDEL/PULVER, Rz. 2 zu Art. 377 OR.

problematisch. Auch ist eine hinreichend lange Ankündigungsfrist vorzusehen. Die Frist sollte so festgesetzt werden, dass sie dem Outsourcing-Bezüger den Transfer auf einen neuen Provider bzw. das Insourcing ermöglicht und den Provider in die Lage versetzt, entstehende Überkapazitäten abzubauen oder anderweitig einzusetzen.

b) Ausserordentliche Beendigung

Neben die ordentliche tritt die ausserordentliche Vertragsbeendigung, die von jeder Partei aus wichtigen Gründen herbeigeführt werden kann. Für die Beurteilung der Wichtigkeit wird allgemein auf das **Kriterium der Unzumutbarkeit** abgestellt.¹ Die Anwendung dieses Kriteriums steht letztlich in richterlichem Ermessen und ist mit entsprechend hoher Unsicherheit verbunden. Daher empfiehlt sich für die Parteien, wichtige Gründe, die eine ausserordentliche Vertragsbeendigung rechtfertigen, möglichst abschliessend im Outsourcing-Vertrag festzuschreiben.²

Eine ausserordentliche Beendigung durch den **Outsourcing-Bezüger** dürfte jedenfalls in folgenden Fällen gerechtfertigt sein:

- Die **Nichterreichung vereinbarter Service Levels** bringt zunächst finanzielle Konsequenzen mit sich³, kann darüber hinaus aber auch Anlass zur ausserordentlichen Vertragsbeendigung geben. Jedoch sollte das Beendigungsrecht auf Fälle wiederholter oder qualifizierter Nichterreichung von Service Levels beschränkt sein, was im Outsourcing-Vertrag bzw. SLA näher zu umschreiben ist.
- Als Grund für eine ausserordentliche Beendigung kommt auch die **Verletzung vertraglicher Nebenpflichten** durch den Outsourcing-Provider in Frage. Zu denken ist hierbei etwa an den Verstoss gegen Geheimhaltungspflichten oder Sicherheitsbestimmungen. Der Outsourcing-Vertrag sollte regeln, wann eine Verletzung von Nebenpflichten schwer genug wiegt, um die ausserordentliche Vertragsauflösung zu rechtfertigen.
- Schliesslich kann sich die ausserordentliche Vertragsbeendigung aufgrund **behördlicher Anordnungen** aufdrängen. Solche Anordnungen können namentlich gegenüber aufsichtspflichtigen Outsourcing-Bezügern ergehen. Beispielsweise kann die EBK verfügen, das Outsourcing mit einem spezifischen Provider zu beendigen.

Eine ausserordentliche Beendigung des Outsourcing-Vertrages durch den **Provider** ist namentlich bei folgenden Konstellationen denkbar:

- Der Outsourcing-Bezüger **verweigert die erforderliche Mitwirkung** und verunmöglicht damit die vertragsgemässe Leistungserbringung durch den Provider.

¹ Vgl. für den Mietvertrag etwa Art. 266g Abs. 1 OR.

² NAGEL/MURPHY, S. 170

³ Vgl. dazu 5/6.3.3 4.b) oben.

- Der **Zahlungsverzug** des Outsourcing-Bezügers dürfte die häufigste Beendigungsursache für den Provider darstellen. Eine ausserordentliche Vertragsbeendigung erscheint dort angebracht, wo der Verzug auf die Zahlungsunfähigkeit des Outsourcing-Bezügers schliessen lässt.

Zur Verhinderung einer übereilten, unreflektierten oder unter vorgeschobenem Grund erfolgenden ausserordentlichen Beendigung sollten **Abfederungsmechanismen** in den Outsourcing-Vertrag integriert werden, wobei vor allem an eine schriftliche Abmahnung unter Fristansetzung, eine Eskalationsprozedur¹ oder eine Hinterlegung bzw. Sicherstellung bestrittener Forderungen zu denken ist.²

Falls wichtige Gründe für eine ausserordentliche Beendigung vorliegen, stellt sich die Anschlussfrage nach deren **Rechtsfolgen**. Dabei können die Modalitäten auf unterschiedliche Weise vertraglich geregelt werden:

- Eine **fristlose Beendigung** der Vertragsbeziehung vermag vor dem Hintergrund der Planbarkeit in aller Regel den Interessen keiner Partei gerecht zu werden. Sie sollte daher nur als *Ultima Ratio* vorgesehen werden.
- In den Vordergrund rückt damit die **jederzeitige Beendigung** unter Beachtung der ordentlichen Kündigungsfrist. Sie ermöglicht einerseits eine vorzeitige Beendigung und respektiert damit das Vorliegen wichtiger Gründe, lässt andererseits aber hinreichend Zeit zum Transfer der ausgelagerten Dienste. Als Variante dazu kann auch eine einseitige Flexibilisierung der Kündigungsfrist zugunsten derjenigen Partei vorgesehen werden, die nicht Anlass zur ausserordentlichen Beendigung gegeben hat.

c) Rückführung der IT-Infrastruktur

Im Rahmen der Vertragsbeendigung stellt sich auch die Frage nach der gänzlichen oder teilweisen Übernahme der IT-Infrastruktur des Outsourcing-Providers durch den -Bezüger, wofür sich die Begriffe des «**Backsourcing**»³ oder «**Insourcing**»⁴ eingebürgert haben. Eine solche Übertragung findet meist dort statt, wo die IT-Infrastruktur ursprünglich vom Kunden übernommen oder vom Provider ausschliesslich für die Zwecke des Kunden angeschafft wurde. Im Outsourcing-Vertrag müssen folgende Punkte vereinbart werden:

- Grundsätzlich muss geregelt werden, inwieweit bzw. in welchen Fällen der Outsourcing-Bezüger zur Übernahme der IT-Infrastruktur **berechtigt oder verpflichtet** ist.
- Wird eine Übertragung vereinbart, müssen auch die **Einzelheiten und Modalitäten** näher bestimmt werden, wobei sich ähnliche Fragen und Probleme wie bei der anfänglichen Über-

¹ Vgl. näher HEUSLER/MATHYS, S. 278 ff.

² Vgl. MATHYS, Vertragsausstieg, S. 29 f.

³ SCHLÄFLI, S. XIII.

⁴ SÖBBING, S. 13.

nahme stellen.¹ Wichtig ist auch, dass die Kosten der zu übernehmenden IT-Infrastruktur zumindest dem Grundsatz nach geregelt werden, z.B. durch Vereinbarung eines Abschreibungsmodus.²

- Besonderes Augenmerk ist auf solche **Verträge** zu richten, die vom Outsourcing-Provider während des Outsourcing-Betriebs **mit Dritten** abgeschlossen werden und die rückzuführende IT-Infrastruktur betreffen. Der Outsourcing-Provider ist vertraglich zu verpflichten, die spätere Übertragbarkeit von ihm abgeschlossener Verträge bzw. daraus fließender Rechte und Pflichten auf den Outsourcing-Bezüger sicherzustellen;³ ansonsten besteht die Gefahr, dass das Backsourcing an der fehlenden Zustimmung des Dritten scheitert.
- Vereinzelt, namentlich bei der Leistungserbringung für mehrere Outsourcing-Bezüger, profitiert der Provider beim Vertragsschluss mit Dritten von **vorteilhaften Konditionen** (beispielsweise Mengenrabatte bei Lizenzvereinbarungen oder bessere Konditionen bei Wartungsverträgen). Falls solche Drittverträge infolge des Backsourcing aufgespaltet werden, müssen auch allfällige damit verbundene finanzielle Auswirkungen vertraglich geregelt werden.

d) Transfer Assistance

Mit dem Outsourcing begibt sich der Outsourcing-Bezüger in grosse Abhängigkeit zum Provider. Bei Vertragsbeendigung wird es ihm kaum gelingen, die ausgelagerten Dienste ohne die Unterstützung des Providers wieder zurückzunehmen oder auf einen Drittprovider zu übertragen.⁴ Die vom Outsourcing-Provider **benötigte Unterstützung** kann dabei etwa die Vornahme von Systemanpassungen oder -konfigurationen, die Übertragung der Daten oder den Transfer von Know-how (beispielsweise durch Schulung des IT-Teams des Kunden oder eines Dritten) betreffen.

Der Outsourcing-Vertrag muss sich auch zu diesen Fragen äussern.⁵

Generell sollte der Provider jedenfalls dann zur Erbringung von Unterstützungsleistungen **verpflichtet** werden, wenn der Vertrag ordentlich beendet wurde oder die ausserordentliche Beendigung nicht vom Outsourcing-Bezüger zu vertreten ist. Die vom Provider zu erbringenden **Unterstützungsleistungen** müssen detailliert beschrieben werden.⁶ Zu regeln sind namentlich Dauer, Umfang und Entgelt sowie die Qualifikation der vom Provider einzusetzenden IT-Fachkräfte.

¹ Vgl. dazu 5/6.3.3 2 oben.

² STRAUB, S. 239.

³ FRITZMEYER/SCHOCH, S. 799.

⁴ NAGEL/MURPHY, S. 170

⁵ NEUENSCHWANDER, Vertragsgestaltung, S. 79.

⁶ BLÖSE/PECHARDSHECK, S. 790; AUF DER MAUR, S. 94 f.

5/6.3.4**Schlussbemerkung**

Beim IT-Outsourcing handelt es sich um eine komplexe vertragliche Beziehung, die gesetzlich nicht geregelt ist und – wegen der Vielfalt der Erscheinungsformen – auch keiner einheitlichen Regelung zugänglich wäre. Zur Lückenfüllung und Auslegung des Outsourcing-Vertrages können teilweise die Bestimmungen der gesetzlich vorgesehenen Vertragstypen und teilweise die Normen des Allgemeinen Teils des OR beigezogen werden. Letztlich bleiben aber viele Fragen offen, welche die Parteien einvernehmlich regeln müssen, da das Gesetz keine genügende Handhabe bietet.

Bei der vertraglichen Ausgestaltung des IT-Outsourcing sind die teils divergierenden Interessen von Provider und Kunde zu berücksichtigen. Zudem müssen die zwischen den Parteien getroffenen Abreden mit diversen zwingenden Normen im Einklang stehen. Die Redaktion eines diesen Anforderungen genügenden Outsourcing-Vertrages stellt deshalb eine **Herausforderung für jeden Vertragsjuristen** dar.

5/6.3.5**Bibliographie¹**

1. Materialien

EIDG. BANKENKOMMISSION (EBK), *Rundschreiben 99/2: Auslagerung von Geschäftsbereichen (Outsourcing) vom 26. August 1999*, letzte Änderung am 29. Juni 2005 (zit. Rundschreiben EBK)

(http://www.ebk.admin.ch/d/regulier/rundsch/pdf/rs_9902_d.pdf)

EIDG. DATENSCHUTZ- UND ÖFFENTLICHKEITSBEAUFTRAGTER (EDÖB), *Liste der Staaten, die über eine angemessene Datenschutzgesetzgebung verfügen*, Stand 15. Mai 2008

(<http://www.edoeb.admin.ch/themen/00794/00827/index.html?lang=de>)

ZIK/SF·FS/SIMSA, *Swiss IT-Outsourcing Survey 2003*, März 2003

2. Checklisten und Musterverträge

DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER KANTON ZÜRICH, *Checklisten für Outsourcing-Verträge*, Version 1.1 2. Dezember 2005

(http://www.datenschutz.ch/themen/2005_checklisten_outsourcing.pdf)

EUROPARAT/KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN/INTERNATIONALE HANDELSKAMMER, *Mustervertrag für die Sicherstellung eines gleichwertigen Datenschutzes im Rahmen des grenzüberschreitenden Datenverkehrs*

(http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/cooperation_juridique/protection_des_donnees/documents/rapports_et_etudes_des_comites_de_protection_des_donnees/W-ContratType_1992.asp#TopOfPage)

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, *Entscheidung der Kommission vom 27. Dezember 2001 hinsichtlich Standardvertragsklauseln für die Übermittlung personenbezogener Daten an Auftragsverarbeiter in Drittländern nach der Richtlinie 95/46/EG*, 2002/16/EG, Amtsblatt 2002 L6/52

(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:006:0052:0062:DE:PDF>)

SWICO/SWISS ICT, *Checkliste Outsourcing-Vertrag*, April 1999

¹ Alle Hyperlinks wurden letztmals am 7. Juli 2008 auf Verfügbarkeit geprüft.

3. Literatur

AUF DER MAUR ROLF, *Der Outsourcing Vertrag als dynamischer Prozess*, in: WEBER/BERGER/AUF DER MAUR, S. 85 ff.

BARTON PAUL, *Benchmarking and Technology Refresh in Outsourcing Arrangements*, CRi 2007 S. 8 ff.

BERETTA PIERA, *Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes*, SJZ 2002 S. 249 ff.

BERGER BERNHARD, *Outsourcing vs. Geheimnisschutz im Bankgeschäft*, recht 2000 S. 182 ff.

BERNI MARKUS/KELLERHALS ANDREAS (Hrsg.), *Internationales Handelsrecht/Outsourcing – Recht und Vertragsgestaltung*, Zürich 2007

BERTSCHINGER URS; *Spaltungsvertrag und Vermögensübertragungsvertrag gemäss Fusionsgesetz – neue Nominatkontrakte*, in: *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts*, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, 2003 S. 359 ff.

BILLETER THOMAS, *Strategische und methodische Aspekte von Offshoring*, in: SWISS ICT (Hrsg.), *IT-Offshoring – Traum oder Albtraum?*, Zürich 2005

BITTERLI PETER R., *Outsourcing: Aus den Augen aus dem Sinn? Die Sicherheitsproblematik beim IT-Outsourcing in privaten Unternehmungen*, digma 2001 S. 156 ff.

BLÖSE JOCHEN/PECHARDSHECK STEFAN, *Die rechtliche Absicherung von IT-Outsourcing-Projekten*, CR 2002 S. 785 ff.

BRÄNDLI THOMAS, *Outsourcing – Vertrags-, Arbeits- und Bankrecht*, Bern 2001

BRÄUTIGAM PETER, *SLA: In der Praxis alles klar?*, CR 2004 S. 248 ff.

DIEFFENBACH JOHN J., *Protecting Technology Systems from Afair*, World eBusiness Law Report 8. Mai 2003

FRITZEMEYER WOLFGANG/SCHOCH SONJA, *Übernahme von Software-Überlassungsverträgen beim IT-Outsourcing*, CR 2003 S. 793 ff.

GÖPFERT BURKARD, *Arbeitsrechtliche Fragen des IT-Outsourcing*, in: EUROFORUM Seminar, *Rechtsfragen des IT-Outsourcing*, München 2001

GUROVITS KOHLI ANDRAS, *Service Level Agreements in der Outsourcing Praxis*, in: WEBER/BERGER/AUF DER MAUR, S. 97 ff.

HEUSLER BERNHARD/MATHYS ROLAND, *IT-Vertragsrecht*, Zürich 2004

HEYMANN THOMAS, *Outsourcing als Form der Kooperation*, CR 2000 S. 23 ff. (zitiert Kooperation)

HEYMANN THOMAS, *Outsourcing in Deutschland – eine Bestandesaufnahme zur Vertragsgestaltung*, CR 2005 S. 706 ff. (zitiert Vertragsgestaltung)

HEYMANN THOMAS/LENSDORF LARS, *Outsourcing-Vertrag*, in: REDEKER (Hrsg.), *Handbuch der IT-Verträge*, Köln 2002/2007, Kapitel 5.4

HÖRL BERNHARD/HÄUSER MARKUS, *Service Level Agreements in IT-Outsourcing-Verträgen, Ausgestaltung und rechtliche Wirkung von Qualitätsvereinbarungen bei der Auslagerung von IT-Leistungen an externe Anbieter*, CR 2003 S. 713 ff.

LOMEN HEINZ, *Versicherung von Outsourcing-Projekten*, Euroforum-Konferenz «Rechtsfragen des IT-Outsourcing», München, 19.–21. November 2001

LUGINBÜHL JÜRIG, *Gesellschaftsrechtliche Aspekte des IT-Outsourcing*, in: WEBER/BERGER/AUF DER MAUR, S. 139 ff.

MATHYS ROLAND, *Outsourcing-Vertragsausstieg: Ende ohne Schrecken*, InfoWeek Nr. 17/03 S. 29 f. (zitiert Vertragsausstieg)

MATHYS ROLAND, *IT-Outsourcing – Was ändert sich mit dem Fusionsgesetz?*, Jusletter vom 7. Juni 2004 (zitiert Fusionsgesetz)
(<http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=3160&Language=1>)

MORSCHER LUKAS, *Outsourcing Transaktionen – Leistungsbeschrieb, Gewährleistungs- und Haftungsregelungen*, in: BERNI/KELLERHALS, S. 19 ff.

NAGEL TREVOR W./MURPHY MICHAEL T., *Structuring Technology Outsourcing Relationships: Customer Concerns, Strategies and Processes*, International Journal of Law and Information Technology 1996 S. 151 ff.

NEUENSCHWANDER PETER K., *Outsourcing: vertragliche Aspekte*, Sysdata 7–8/99 S. 26 ff. (zitiert Aspekte)

NEUENSCHWANDER PETER K., *Vertragsgestaltung für Outsourcing Projekte*, in: WEBER/BERGER/AUF DER MAUR, S. 63 ff. (zitiert Vertragsgestaltung)

NOLTE NORBERT, *Benchmarking in IT-Outsourcing-Verträgen*, CR 2004 S. 81 ff.

POSCHET HANS-JÜRGEN, *IT-Outsourcing: So müssen Sie vorgehen – Risiken, Chancen und erfolgsversprechendes Vorgehen beim IT-Outsourcing in der Privatwirtschaft*, digma 2001 S. 160 ff.

REDEKER HELMUT, *IT-Recht*, 4. Aufl., München 2007

REUTTER MARK A., *Sourcing Governance – Verantwortung des auslagernden Unternehmens, Steuerung, Kontrolle und Organisation von Outsourcing-Verhältnissen*, in: BERNI/KELLERHALS, S. 39 ff.

ROSENTHAL DAVID, *Haftungsfragen nicht vernachlässigen – komplexe Haftungsfragen beim Auslagern von Informatikdienstleistungen*, digma 2001 S. 171 ff. (zitiert Haftungsfragen)

ROSENTHAL DAVID, *Datenschutz im IT-Outsourcing*, in: WEBER/BERGER/AUF DER MAUR, S. 193 ff. (zitiert Datenschutz)

RYSER ROLAND M., *Outsourcing, Eine unternehmensstrafrechtliche Untersuchung*, Zürich/St. Gallen 2007

SCHILL MARTIN/VOIGT BENJAMIN J. J., *Studie IT Outsourcing bei Schweizer Unternehmen*, Technical Report No. ifi-2007-12, Zürich 2007

SCHLÄFLI JÜRIG, *Erfolgsfaktoren des Outsourcing – Praxisbeispiele aus dem Telekommunikationsbereich*, Fribourg 2003

SCHMID RETO, *Offshoring: Potentiale und Risiken*, in: SWISS ICT (Hrsg.), *IT-Offshoring – Traum oder Albtraum?*, Zürich 2005

SÖBBING THOMAS, *Handbuch IT-Outsourcing – Rechtliche, strategische und steuerliche Fragen*, 3. Aufl., Bonn 2006

SÖBBING THOMAS/BERNECKER TINA, *Rechtsprobleme bei IT Outsourcingprojekten in der Planungsphase*, in: EUROFORUM Seminar, *Rechtsfragen des IT-Outsourcing*, München 2001 (zitiert Planung)

SÖBBING THOMAS/BERNECKER TINA, *Rechtsprobleme bei IT-Outsourcingprojekten während des laufenden Betriebes*, in: EUROFORUM Seminar, *Rechtsfragen des IT-Outsourcing*, München 2001 (zitiert Betrieb)

STOCKER CHRISTOPH, *Regulatorische Anforderungen an IT-Outsourcing: Finanzmarktbereich*, in: WEBER/BERGER/AUF DER MAUR, S. 227 ff.

STRAUB WOLFGANG, *Informatikrecht*, Bern/Zürich 2004

SUTER URS, *Outsourcing – Haftung, Verantwortung*, Fachtagung «Sicherheit heute» vom 7. November 1996, Fachgruppe Security der Schweizer Informatiker Gesellschaft (<http://www.iss.ch/events/ft1996.11/suter.pdf>)

TOWLE HOLLY/BRUGGEMAN ALAN, *Service Level Agreements – A Guide on Drafting and Negotiating Effective Service Level Agreements and/or how to Prevent Keanu Reeves from Destroying your Network*, CRi 2002 S. 75 ff.

TRÜEB HANS RUDOLF, *IT-Outsourcing – Vertragsaufbau und typische Vertragsklauseln*, in: BERNI/KELLERHALS, S. 1 ff.

TSCHÄNI RUDOLF, *Vermögensübertragung*, ZSR 123 (2004) I S. 83 ff.

TURIN NICHOLAS, *Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion*, Neuchâtel 2003

WALTER JEAN-PHILIPPE, *Outsourcing et protection des données – Conditions du traitement de données personnelles par un tiers dans le secteur privé*, digma 2001 S. 166 ff.

WEBER ROLF H./BERGER MATHIS/AUF DER MAUR ROLF (Hrsg.), *IT-Outsourcing*, Zürich 2003

WEBER ROLF H., *Outsourcing und Haftung*, in SCHAFFHAUSER/BERTSCHINGER/POLEDNA (Hrsg.), *Haftung im Umfeld des wirtschaftenden Staates*, St. Gallen 2003 S. 71 ff. (zitiert Outsourcing und Haftung)

WEBER ROLF H., *Haftungsgrundlagen beim IT-Outsourcing*, in: WEBER/BERGER/AUF DER MAUR, S. 117 ff. (zitiert Haftungsgrundlagen)

WEBER ROLF H., *Outsourcing von Informatik-Dienstleistungen in der Verwaltung*, ZBl 1999 S. 97 ff. (zitiert Verwaltung)

WEBER ROLF H./WILLI ANNETTE, *IT-Sicherheit und Recht*, Zürich/Basel/Genf 2006

WETZEL PATRICK, *Vom Outsourcing zum Offshoring – Dienstleistungsjobs gehen in Billiglohnländer*, Neue Zürcher Zeitung vom 10./11. Mai 2003 S. 15

WICKIHALDER URS, *Arbeitsrechtliche Aspekte des Outsourcing*, in: WEBER/BERGER/AUF DER MAUR, S. 153 ff.

WIDMER URSULA/NAIR LATHA R., *Issues of Data Protection in the Context of Outsourcing from Switzerland and the EU to India*, CRi 2006 S. 12 ff.

WILDHABER ISABELLE, *Der Tatbestand des Betriebs(teil)übergangs gemäss Art. 333 Abs. 1 OR*, ZSR 2007 I S. 436 ff.

