

NIEDERER KRAFT & FREY

Niederer Kraft & Frey Ltd
Bahnhofstrasse 13 · CH-8001 Zurich
Telephone +41 58 800 8000 · Telefax +41 58 800 8080
nkf@nkf.ch · www.nkf.ch



Litigation / Arbitration bei Cross-Border Outsourcing Projekten

Dr. András Gurovits

Seminar Cross-Border Outsourcing – Rechtsfragen und Lösungen
Europa Institut, 28. September 2016

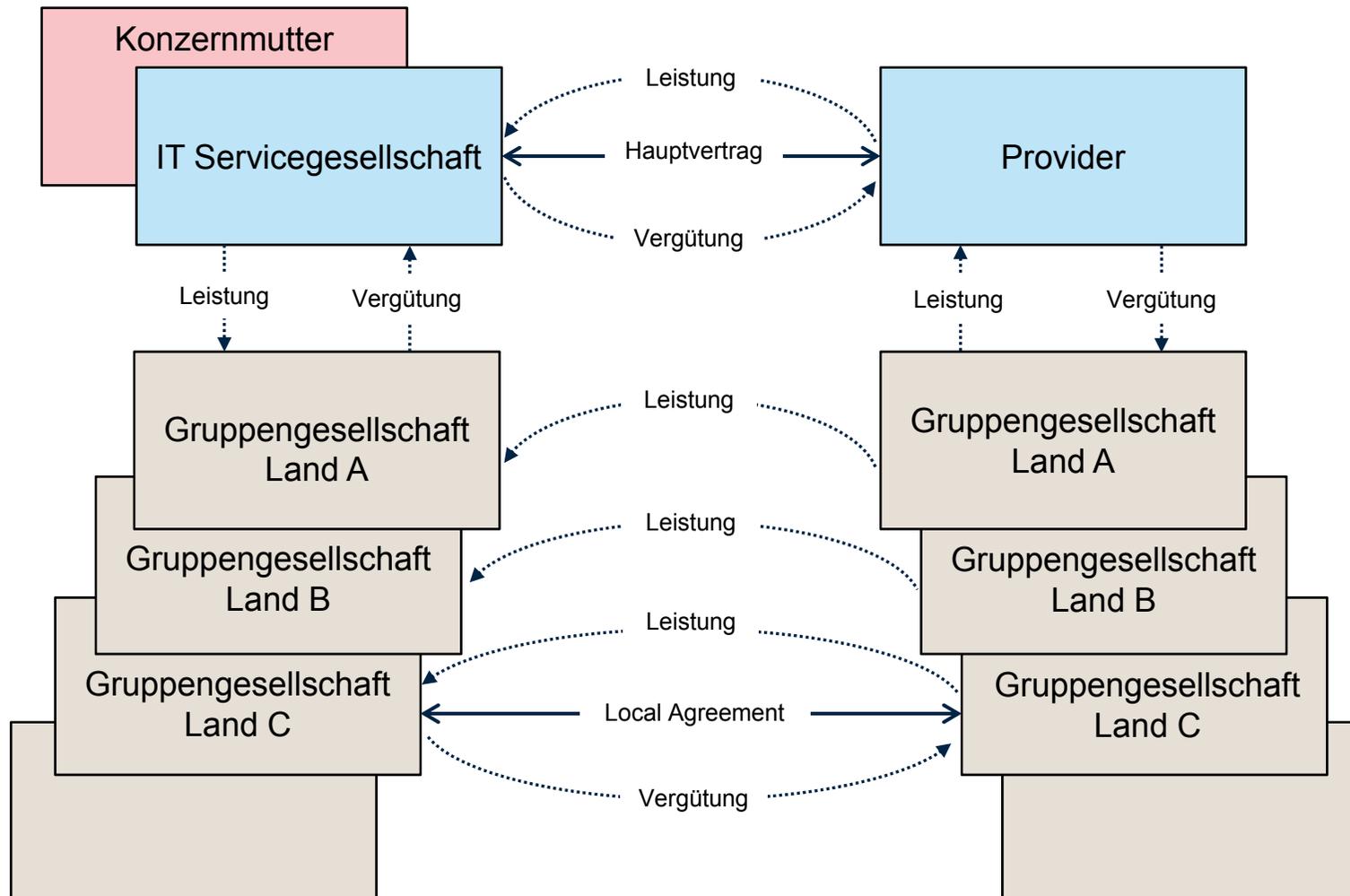
NKF

Einleitung

Anschauungsbeispiel

- International tätige Gruppe im DL-Sektor
- Sitz der Mutter in der Schweiz
- Sitz der IT Servicegesellschaft in der Schweiz
- Entscheid, zentrale IT gruppenweit auslagern
- Rahmenvertrag gemischtes Modell: Strukturvariante A mit Elementen von B

Einleitung / 2



Problemstellung

→ Komplexes Beziehungsgeflecht

1. Was ist vertraglich vorzusehen, damit es zu keiner gerichtlichen Auseinandersetzung kommt?
2. Was ist vertraglich vorzusehen für den Fall, dass es trotzdem zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung kommt?

Konkret: Schiedsgericht oder staatliche Gerichte?

1. Teil: Vertragliche Massnahmen zur Vermeidung eines Gerichtsverfahrens

- Vorfrage: Problematik von Auseinandersetzungen
 - Abhängigkeit des Kunden
 - Kunde verliert Kontrolle (Know-How, Systeme)
 - Probleme bei Leistungserbringung haben sofort betriebliche Probleme zur Folge
- ➔ Gegenseitige Rechte und Pflichten so definieren, dass es gar nicht erst zu einer Auseinandersetzung kommt
- ➔ Falls doch, muss die Auseinandersetzung rasch (einvernehmlich) gelöst werden können

1. Teil: Vertragliche Massnahmen / 2

- Rasche Erledigung auch im Interesse der Providers
 - Kosten
 - Reputation
- Lösung:
 - klare Vertragsredaktion betreffend gegenseitiger Rechte und Pflichten
 - geeignetes vertragliches Streiterledigungsverfahren
- Anforderungen an vertragliches Streiterledigungsverfahren
 1. Verfahren berücksichtigt Komplexität des Set-ups
 2. Verfahren geeignet, Streit «intern» zu lösen

1. Teil: Vertragliche Massnahmen / 3

1. Komplexität des Set-ups abdecken

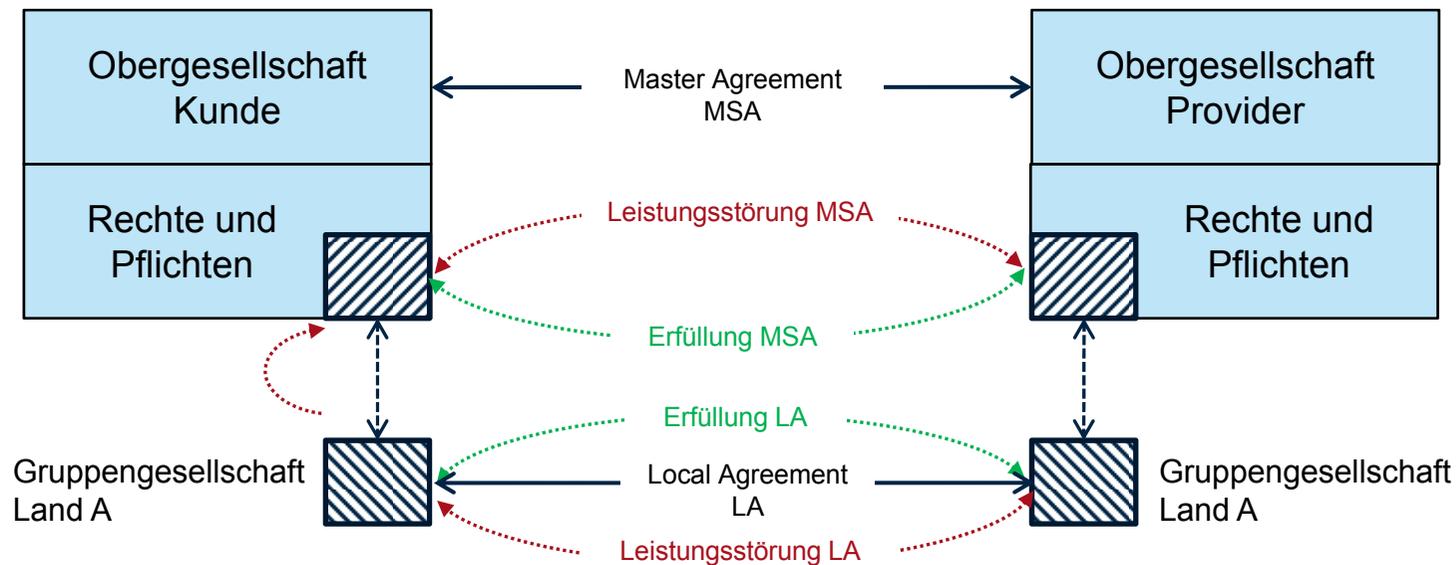
- Rahmenvertrag / Master Agreement zwischen Obergesellschaften
- Local Agreements nach Bedarf
 - zwingendes lokales Recht
 - steuerliche Überlegungen
 - andere Überlegungen
- Verhindern, dass Disputes auf lokaler Ebene ausgetragen werden
- Disputes gruppenintern «nach oben» eskalieren / delegieren
- Bedingt starke gruppeninterne Governance

1. Teil: Vertragliche Massnahmen / 4

- Vertragsparteien nur Obergesellschaften, nicht lokale Gruppengesellschaften
 - «Eskalationsmechanismus» bindet somit nur Obergesellschaften
 - Nichtbeachtung durch Gruppengesellschaft führt aber zu Verletzung des Master Agreements
 - Mögliche Haftung «Motivation» für Obergesellschaften zur Durchsetzung der Verfahrensvorschriften auf lokale Ebene
- Obergesellschaften tragen Dispute aus, auch wenn dieser in der Schweiz, in Polen, in Indien, In Australien oder anderswo entstanden ist

1. Teil: Vertragliche Massnahmen / 5

→ Wie wird das vertragstechnisch durchgesetzt?



- Rechte und Pflichten «spiegeln»
- Erfüllung unter LA → Erfüllung unter MSA
- Erfüllungsstörung unter LA → Erfüllungsstörung unter MSA

1. Teil: Vertragliche Massnahmen / 6

→ Zusammenfassung

- LAs «spiegeln» Verpflichtungen im MSA
- Erfüllung unter LA führt zu Erfüllung unter MSA
- Nichterfüllung unter LA führt zu Nichterfüllung unter MSA
- Streit wird durch Obergesellschaften ausgefochten

1. Teil: Vertragliche Massnahmen / 7

2. Vertragliches Streiterledigungsverfahren

- «Disputes», «Governance» oder ähnliche Klausel
- Keine lästige Pflichtübung
- Definieren verschiedener «Level» zur gütlichen Streiterledigung
- Kritisch: Festlegung der Verfahrensdauer pro Level
- Kritisch: Instanzen mit genügend Autorität und Fachkenntnis
- Kreativität sind keine Grenzen gesetzt

1. Teil: Vertragliche Massnahmen / 8

→ Mögliche weitere Massnahmen

- z.B. Schiedsgutachter
- z.B. Moderator / Mediator
- Schiedsrichtergutachter (ZPO 189): z.B. Benchmarker
 - Ziel: Preise bleiben kompetitiv
 - Mittels Quervergleiche Marktpreise feststellen
 - Benchmarking Bericht
 - Vertragsanpassung dann aber Sache der Parteien
- «Entscheide» des Moderators sind nicht bindend

1. Teil: Vertragliche Massnahmen / 9

→ Folgerung

- Vertragliche Streiterledigungsmassnahmen erfolgreich, falls sich Parteien freiwillig daran halten
- In der Regel müssen beide Kompromisse eingehen
- Erfolgchancen gut: Lösung durch Manager getroffen, was Akzeptanz fördert
- Falls aber für eine Partei rote Linie überschritten

→ (Schieds)Gerichtsverfahren

1. Teil: Vertragliche Massnahmen / 10

→ Zusammenfassung

- MSA sollte die Rechte und Pflichten gruppenübergreifend regeln
- Falls LAs notwendig, MSA und LA sorgfältig aufeinander abstimmen
- Streiterledigung durch die beiden Obergesellschaften
- Geeignete Vertragliche Verfahrensregeln können Boden für effiziente gütliche Streiterledigung ebnet
- Falls es dennoch zum Prozess kommt → **2. Teil**

2. Teil: Prozessführung

→ Staatliche Gerichte oder Schiedsgericht?

- (Auch) eine Frage der persönlichen Präferenzen
- Aber auch wichtige objektive Kriterien:
 - Zeit
 - Kosten
 - Qualität
 - Prozessführung
 - «Neutralität»

2. Teil: Prozessführung / 2

1. Faktor: Zeit

- Outsourcingprozesse
 - kosten Geld
 - binden Management-Kapazität
 - belasten Verhältnis Kunde-Provider
- Streiterledigungsverfahren darf nicht zum Auseinanderbrechen der Vertragsbeziehung führen
- Leistungen sind oftmals parallel zum Prozess weiter zu erbringen
- Ein solcher Zustand muss rasch beendet werden

2. Teil: Prozessführung / 3

- Faktor Zeit spricht für Schiedsverfahren
- Schiedsverfahren bieten Flexibilität
- z.B. Swiss Rules Art. 42 «Expedited Procedure»
 - By default für Streitwerte \leq CHF 1 Million
 - Auch bei grösseren Streitworten, falls von Parteien so vereinbart
- Merkmale eines solchen raschen Verfahrens?

2. Teil: Prozessführung / 4

→ Merkmale eines Expedited Procedure:

- Einzelschiedsrichter
 - Spart Kosten für zweite weitere SR
 - Raschere Entscheidungsfindung
- Nur ein Schriftenwechsel:
 - Klage, Klageantwort
 - Keine Replik, Duplik
 - Spart Anwaltskosten und Aufwand der Einzelschiedsrichter
 - Zeitersparnis, weil keine Zeit zu planen für Erstellung, Einreichung und Prüfung von Replik und Duplik
- Schiedsspruch nur summarisch zu begründen

2. Teil: Prozessführung / 5

- Parteien können, wie auch in anderen Schiedsverfahren, Zeugenbeweis ausschliessen
 - Keine Vorbereitung von Zeugen
 - Keine Zeugenbefragungen am Hearing
 - Weitere Zeit- und Kosteneinsparungen
- Verfahren müssen gemäss Swiss Rules innerhalb von 6 Monaten abgeschlossen sein
 - Kann sogar darunter liegen, wenn Parteien Zeugenbeweis ausschliessen
- Schiedssprüche endgültig, mit wenigen Ausnahmen
 - Art. 393 ZPO
 - Art. 190 II IPRG
 - Art. 192 IPRG

2. Teil: Prozessführung / 6

- Andere Schiedsordnungen bieten ähnliche Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung
 - z.B. Art. 38 der ICC Rules betreffend Modified Time Limits
- ➔ Parteien können Dauer / Fristen weitgehend einvernehmlich regeln
- Ad hoc Verfahren
 - sind weitgehend der Parteiautonomie unterstellt
 - Eröffnen ebenfalls erhebliche Spielräume

2. Teil: Prozessführung / 7

→ **Schiedsverfahren decken Bedürfnis nach rascher Entscheidungsfindung ab:**

- Einzelschiedsrichter
- Beschränkter Schriftenwechsel
- Flexibilität bezüglich Fristen / Dauer
- Summarische Begründungen möglich
- Ausschluss Zeugenbeweis möglich
- Beschränkte Rechtsmittel

2. Teil: Prozessführung / 8

2. Faktor: Kosten - Annahme Streitwert CHF 3 Millionen:

- Kanton ZH Grundgebühr ca. CHF 50'000
 - + 30% / 100% (GebV OG)
- Swiss Rules
 - Einzelschiedsrichter ca. CHF 33'800 – 135'000
 - Dreierschiedsgericht ca. CHF 85'000 – 337'000
 - + administrative Kosten (CHF 6'000)
 - + höhere Anwaltskosten wegen i.R. mehrerer Verfahrensschritte
 - + volle Parteientschädigung
- Ob ad hoc günstiger wäre ist fraglich

→ Verfahren vor einem staatlichen Gericht wohl günstiger als Schiedsverfahren

2. Teil: Prozessführung / 9

3. Faktor: Qualität

- Verfügbarkeit eines Handelsgerichts
 - Zuständigkeit als Solche zwar nicht vereinbar, aber
 - in Outsourcing Projekten ex lege wohl immer zuständig (ZH: Parteien im HR, Streitwert > CHF 30'000; § 44 lit. b GOG)
- Spezialisierte Handelsrichter
- Entscheidungen i.R. gute Qualität
- Staatliche Gerichtsbarkeit Schiedsgerichtsbarkeit überlegen?

2. Teil: Prozessführung / 10

- Bei Dreierschiedsgericht Parteien Einfluss auf Selektion der Schiedsrichter
- Einzelschiedsrichter durch Institutionen ernannt
- Bedenken betreffend Qualität evtl. bei Schiedsrichtern bei kleineren Streitwerten
 - Wer akzeptiert Ernennung?
 - Problem akzentuiert durch Rechtsmittelbeschränkung (ZPO 393, IRG 190/2)
 - Allerdings in solchen Konstellationen wohl nur selten Prozess

2. Teil: Prozessführung / 11

4. Faktor: «Prozessführung»

- Kanton ZH: Handelsgericht
- «Hearing» nach erstem Schriftenwechsel
- Gericht gibt seine erste Einschätzung des Falles und der Risiken der Parteien
- Parteien vergleichen sich unter «sanften Druck»
- 64% der Fälle (2015) vor Handelsgericht so abgeschlossen
 - 2016: derzeit 75%
- Ökonomische Überlegungen überwiegen Wunsch nach «Gerechtigkeit»

2. Teil: Prozessführung / 12

- In Schiedsverfahren Vergleich ungleich schwieriger
- Schiedsgericht keine autoritative Macht. Verfahren basiert auf Parteiwillen
- Vergleichsgespräche nur, wenn Parteien dies ausdrücklich wollen
- Schiedsgericht kann Parteien nicht zu Vergleichsgesprächen aufbieten
- Falls Schiedsgericht von sich aus Vergleichsgespräche vorschlägt: Risiko, dass Unabhängigkeit in Frage gestellt
- Common law Schiedsrichter: Schiedsgericht ein Spruchkörper, der autoritativ entscheidet, nicht Berater auf dem Weg zu einem Vergleich

2. Teil: Prozessführung / 13

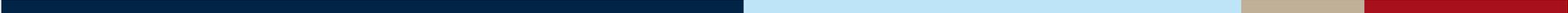
5. Faktor: «Neutralität»

- In internationalen Verhältnissen misstrauen vor fremden staatlichen Gerichten
- Man ist mit fremder Rechtsordnung nicht vertraut
- Schiedsverfahren werden nach internationalen Standards geführt
- Schiedsgerichte werden als universaler, neutraler wahrgenommen
- Vollstreckung gemäss UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 (New York Convention)

2. Teil: Prozessführung / 14

→ Zusammenfassung

- Faktor Zeit: Schiedsgericht ++
- Faktor Kosten: pro staatliches Gericht ++
- Faktor Qualität: Schiedsgericht + staatliches Gericht +
- Faktor «Prozessführung»: staatliches Gericht (Handelsgericht ZH) ++
- Faktor «Neutralität»: Schiedsgericht ++



Fragen?

NIEDERER KRAFT & FREY

Contact

Dr. András Gurovits
andras.gurovits@nkf.ch

Niederer Kraft & Frey Ltd
Bahnhofstrasse 13
CH-8001 Zürich
Switzerland

Phone +41 58 800 8000
Fax +41 58 800 8080
Web <http://www.nkf.ch>