

IT-OUTSOURCING VERTRÄGE IN DER VERTRAGSPRAXIS*

Dr. András Gurovits Kohli, Niederer Kraft & Frey, Zürich

1. Begriffliches und Spielarten

¹ Der Begriff Outsourcing leitet sich bekanntlich ab von „outside resource using“. Es handelt sich mithin um die Auslagerung von bestimmten Aufgaben auf einen Dritten. Beim IT-Outsourcing geht es folglich um die Auslagerung von bestimmten IT-Systemen und/oder IT-Prozessen auf einen spezialisierten Erbringer der entsprechenden Dienstleistungen. Outsourcing findet aber nicht nur im IT-Bereich statt, vielmehr findet diese Art der Dienstleistung vermehrt in vielen anderen Geschäftsbereichen Anwendung. Man spricht dann häufig von Business Process Outsourcing.

² Im Bereich des IT-Outsourcing finden sich verschiedene Spielarten, die jeweils von den konkreten Bedürfnissen des Kunden abhängen. Die drei wichtigsten sind

- Betrieb eines IT-Systems,
- Betrieb und Unterhalt eines IT-Systems sowie
- Übernahme bzw. Überlassung, Betrieb und Unterhalt eines IT-Systems.

³ Bei der letztgenannten Form ist regelmässig zu unterscheiden zwischen den Fällen, in denen bestimmte Betriebsteile und/oder Arbeitnehmer des Kunden durch den Dienstleistungserbringer übernommen werden, und jenen, in denen kein solcher Übergang erfolgt.

2. Ziele

2.1 Einleitung

* Dieser Beitrag ist aus der Sicht des Praktikers für den Praktiker verfasst. Es wird deshalb auf einen wissenschaftlichen Fussnotenapparat verzichtet.

4 Wenn nach den Zielen, die mit einem Outsourcingprojekt im IT-Bereich erreicht werden sollen, gefragt wird, werden häufig die folgenden zwei Hauptziele genannt:

- Langfristige Kosteneinsparung sowie
- Steigerung der internen Effizienz¹.

2.2 Langfristige Kosteneinsparung

5 Dass durch eine Auslagerung von bestimmten IT-Systemen und/oder IT-Prozessen längerfristig Kosten eingespart werden können, begründet sich zunächst dadurch, dass im Rahmen eines Outsourcing-Projektes regelmässig ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern stattfindet. Ein solcher Wettbewerb führt nach den geltenden marktwirtschaftlichen Grundsätzen zu einem Preisdruck, wovon der Kunde durch preisgünstige Angebote profitiert. Wenn ein Kunde hingegen alles intern verrichten lässt, kann kein solcher Wettbewerb stattfinden und die internen Kosten geraten nicht unter Druck. Sie sind auch nicht speziell zu rechtfertigen oder gar auszuweisen.

6 Ein wirksames Auslagern von IT-Systemen und/oder IT-Prozessen bietet häufig die Grundlage dafür, bestimmte Systeme und/oder Prozesse intern zu vereinheitlichen oder zu standardisieren. Ein externer Dritter, der vom betroffenen Unternehmen den Auftrag erhält, bestimmte Systeme zu betreiben oder Prozesse durchzuführen, wird aus Effizienzgründen stets danach trachten, möglichst wenig verschiedene Systeme oder Prozesse unterhalten zu müssen. Als Aussenstehender ist er meistens auch besser in der Lage, das Ansinnen der Standardisierung betriebsintern durchzusetzen. Dass Betrieb und Unterhalt von standardisierten Systemen regelmässig kostengünstiger sind als die Betreuung einer Vielzahl von heterogenen Systemen, versteht sich von selbst. Die Situation ist im IT-Bereich diesbezüglich

¹ vgl. dazu ausführlich etwa Nagel, Structuring Outsourcing Transactions, in: Weber/Berger/Auf der Maur (Hrsg.), IT-Outsourcing, Zürich 2003, S. 1. ff.

nicht anders als etwa bei einer Fluggesellschaft, die vor allem aus Wartungsüberlegungen danach trachtet, eine möglichst einheitliche Flugzeugflotte zu betreiben.

⁷ Falls das Entgelt für das Outsourcing nach effektivem Gebrauch (nach „usage“) festgelegt wird, lassen sich die Kosten ebenfalls senken. In einem solchen Fall wird der Kunde von der Last befreit, seine interne Systemumgebung nach den maximal möglichen Spitzen, die womöglich nur ganz selten erreicht werden, auszuliegen. Vielmehr nutzt er das System des Dienstleistungserbringers, der dafür sorgt, dass immer ausreichend Kapazität zur Verfügung steht. Der Dienstleistungserbringer ist dazu leichter in der Lage, weil er in der Regel verschiedene Kunden bedient, die das System auslasten. Dem Kunden wird bei entsprechender Vereinbarung trotzdem nur die tatsächliche Nutzung in Rechnung gestellt.

⁸ Ein weiterer kostensenkender Faktor ist die Möglichkeit, Know-How von Dritten „einzukaufen“. Der spezialisierte Dienstleistungserbringer ist gezwungen, wenn er sich im Markt gegen die Konkurrenz längerfristig behaupten will, seine Spezialisten ausreichend zu schulen und weiterzubilden. Dem Kunden dürfte es wesentlich schwerer fallen, hier Schritt zu halten, weil sein Hauptgeschäftsfeld nicht Informationstechnologie ist. Falls das IT-spezifische Know-How durch den Dienstleistungserbringer mit Umsicht angewendet wird, lassen sich für den Kunden auch hieraus Kostenvorteile erzielen.

⁹ Ein letztes hier zu nennendes Element ist schliesslich, dass durch die Auslagerung der IT-Systeme und/oder IT-Prozesse eine klare Kostenstruktur geschaffen wird. Der Dienstleistungserbringer hat seine Leistungen zu vorgängig festgelegten Preisen zu erbringen. Daraus ergibt sich ein transparenter Kostenrahmen. Dem Kunden dürfte es hingegen häufig sehr schwer fallen, exakt zu ermitteln, welche effektiven Kosten ihm entstehen, wenn er die IT-Systeme und/oder -Prozesse selber betreibt und unterhält.

2.3 Steigerung interner Effizienz

¹⁰ Falls IT-Systeme und/oder IT-Prozesse ausgelagert werden, strafft der Kunde seine interne Organisation. Er kann sich vermehrt auf seine Kernkompetenzen konzent-

rieren und erhöht dadurch in der Regel die Effizienz oder Produktivität in seinem Betrieb.

¹¹ Falls Betrieb und/oder Unterhalt ausgelagert sind, ist der Kunde in vielen Fällen auch reaktionsfähiger, wenn es etwa darum geht, einen neuen Release der Software zu installieren, das System zu erweitern oder weitere Geschäftsstellen anzubinden. Dank seinen grösseren Ressourcen ist der Dienstleistungserbringer hier gegenüber dem Kunden ebenfalls im Vorteil. Ein Paradebeispiel hierzu ist ein Releasewechsel in einem global tätigen Unternehmen oder Konzern. Wenn der Dienstleistungserbringer jeweils vor Ort mit einer Serviceorganisation präsent ist, kann er einen solchen Wechsel wesentlich rascher und wohl auch billiger durchziehen, als es der Kunde selber bewerkstelligen könnte.

¹² Schliesslich lässt sich auch durch die Vereinbarung von bestimmten Service Levels die interne Produktivität erhöhen. Mit einem externen Leistungserbringer lassen sich im Rahmen des Vertrages bestimmte Leistungsmerkmale vereinbaren; die Pflicht zur Einhaltung dieser Leistungsmerkmale kann mit geeigneten Pflichten (z.B. der Pflicht zur Zahlung einer Vertragsstrafe) abgesichert werden. Mit einer internen IT-Abteilung hingegen sind hier naturgemäss Grenzen gesetzt. Selbst wenn gewisse Service Levels vorgegeben werden können, so lassen sich diese kaum mit besonderen „Strafen“ für den Fall der Nichterfüllung koppeln.

2.4 Menschliche Faktoren

¹³ Bei allen rationalen und ökonomischen Faktoren darf im Rahmen eines Outsourcingprojektes der „soft factor“ Mensch nicht ausser Acht gelassen werden. Auslagerungsvorhaben führen vielfach zu dazu, dass Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ebenfalls „ausgelagert“ oder gar entlassen werden. Dies führt verständlicherweise zu Ängsten und bei den betroffenen Kreisen auch vielfach zu einer Ablehnung des Projektes. Diesem Faktor muss in jedem Auslagerungsprojekt von allem Anfang an genügend Aufmerksamkeit geschenkt werden. Dies einerseits aus moralischen Gründen. Andererseits tragen ein frühes Erkennen der Ängste, ein behutsames Umgehen damit sowie das Anbieten von alternativen Lösungen entscheidend zum Erfolg eines Outsourcingprojektes bei.

2.5 Zielkontrolle

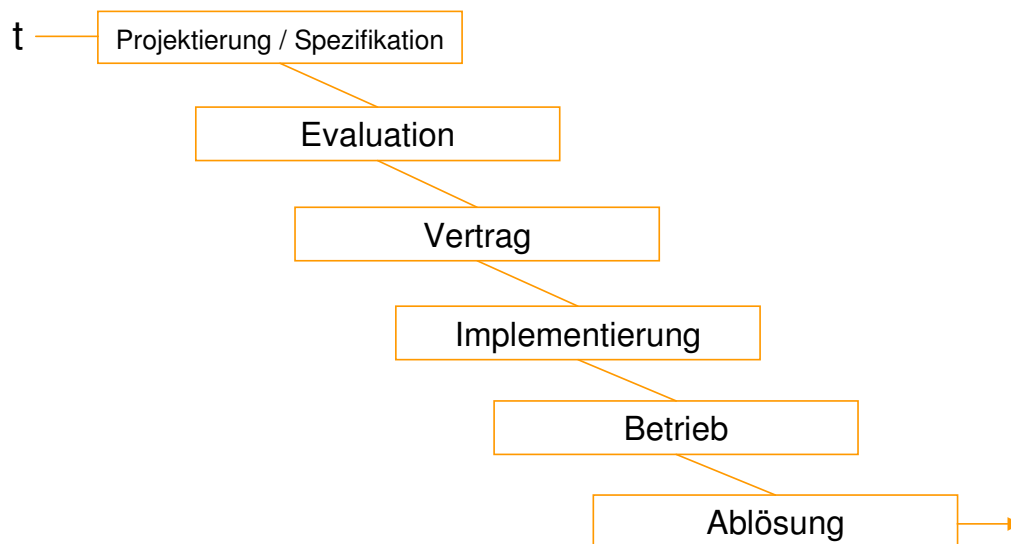
14 Nach der Durchführung des Projektes und der Einführung der Outsourcinglösung sollte periodisch überprüft werden, ob die Ziele, die man sich zu Beginn gesteckt hatte, auch tatsächlich erreicht worden sind. Die Erkenntnisse hieraus bilden eine wertvolle Entscheidungsgrundlage für das Weiterführen der eingeführten Lösung und für den Entscheid darüber, ob noch weitere Bereiche ausgelagert werden sollen und ob Korrekturmaßnahmen notwendig sind.

3. Der Outsourcing Prozess

3.1 Überblick

15 Ein Outsourcingprojekt wird idealerweise in verschiedenen Phasen durchgeführt. Der Abschluss jeder Phase bietet so die Möglichkeit zur Überprüfung der Fortschritte, zum Abgleich mit den gesteckten Zielen und zur Änderung oder, im schlimmsten Fall, zum Abbruch des Projektes.

16 Der Ablauf lässt sich im Überblick wie folgt darstellen²:



² vgl. zum Ganzen auch Auf der Maur, Der Outsourcing Vertrag als dynamischer Prozess, in: IT-Outsourcing, S. 85 ff. sowie Gurovits, EDV-Beratungsverträge, Zürich 1993, S. 13. ff. für teilweise vergleichbare Sachverhalte

3.2 Projektstart / Spezifikation

- ¹⁷ Falls ein Outsourcingprojekt initiiert wurde, wird am Anfang mit Vorteil die (betriebsinterne) Projektorganisation erstellt. Es ist eine Einheit zu bilden, welche sich mit den täglichen Arbeiten befasst (Projektteam); zudem ist eine Steuerungs- und Kontrolleinheit einzusetzen (Lenkungsausschuss). Im Lenkungsausschuss sollte grundsätzlich auch die oberste Führungsebene des Kunden vertreten sein.
- ¹⁸ Eine herausfordernde und wichtige Aufgabe von Projektteam und Lenkungsausschuss ist es, von Anbeginn an Akzeptanz für das Vorhaben zu schaffen. Vor allem grössere und komplexere Projekte sind kaum oder nur erschwert realisierbar, wenn die betroffenen Stellen sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht mitziehen und das Projekt innerlich oder gar offen ablehnen.
- ¹⁹ Um eine Grundlage für die mit dem Dienstleistungserbringer abzuschliessende Vereinbarung zu schaffen, sind die auszugliedernden IT-Systeme, Prozesse und Betriebsteile zu spezifizieren. Diese Abgrenzung ist zum Einen vor allem aus finanziellen und technischen Gründen zentral. Der Dienstleistungserbringer muss genau wissen, welche Teile er betreiben und eventuell unterhalten muss. Auf der anderen Seite bildet eine solche Spezifikation die Grundlage für die Definition der Schnittstellen mit anderen Systemteilen, die nicht ausgelagert werden, was aus technischer und organisatorischer Sicht unabdingbar ist.
- ²⁰ In die Phase des Projektstartes fällt auch die Definition der Ziele. Es ist zu Projektbeginn festzulegen, was mit der Auslagerung erreicht werden soll, um damit die Richtschnur für die einzuholenden Offerten und ganz generell die Messlatte für den gesamten Projektablauf vorzugeben.
- ²¹ Da eines der gesetzten Ziele regelmässig die Senkung der Kosten darstellt, sind die gegenwärtigen internen Kosten in den auszulagernden Bereichen zu ermitteln. Nur wenn man die effektiven internen Kosten kennt, kann man abschätzen, ob die externe Outsourcinglösung zu einer Kostensenkung führen kann oder nicht, und nur

dann ist man in der Lage, die Offerten der Dienstleistungserbringer richtig einzuordnen.

22 Da üblicherweise Offerten von verschiedenen Dienstleistungserbringern eingeholt werden, sollte sich der Kunde vor Versand der Einladung zur Offertstellung über die Kriterien klar sein, gestützt auf welche die Auswahl getroffen werden soll. Der (offerierte) Preis der Dienstleistung wird im Regelfall ein wichtiges Kriterium darstellen, doch sollte es idealerweise nicht das einzige sein. Ein tiefer (offerierter) Preis allein nützt dem Kunden wenig, wenn der Dienstleistungserbringer mit dem Betrieb und/oder dem Unterhalt der Systeme überfordert sein sollte oder wenn er infolge nicht ausreichender Kapitalisierung oder anderer Gründe Konkurs geht. Als Auswahlkriterien sind deshalb immer noch weitere zu definieren, wie zum Beispiel Grösse des Unternehmens, Einbindung des Unternehmens in einen Konzern, Referenzen, vorbestandene einschlägige Erfahrungen usw. Dass im Rahmen der späteren konkreten Auswahl des Dienstleistungserbringers vielfach auch subjektive Faktoren, wie z.B. persönliche Beziehungen, eine Rolle spielen, ist eine bekannte Tatsache, ändert aber an der Wichtigkeit der vorgenannten Kriterien nichts.

23 Den Abschluss der ersten Phase bildet sodann regelmässig die Erstellung des Pflichtenheftes oder, heute gebräuchlicher, des RFP (request for proposal). Dieses wird in der Folge an die Dienstleistungserbringer versandt, die nach einer ersten groben Evaluation ermittelt wurden.

3.3 Die Evaluation

24 Nach Eingang der verschiedenen Offerten kann anhand der festgelegten Selektionskriterien rasch eine „Shortlist“ der möglichen Dienstleistungserbringer erstellt werden, mit denen vertiefte Gespräche geführt werden sollen.

25 Idealerweise werden diese Gespräche mit einer Prüfung der verschiedenen Unternehmen (Due Diligence) verbunden. Gegenstand einer solchen Due Diligence sollten zumindest die Referenzen, Auszüge aus öffentlichen Registern (Handelsregister, Betreibungsregister) sowie die Räumlichkeiten der Dienstleistungserbringer

(Site Visits) sein. Ein Besuch vor Ort und das Aufnehmen der entsprechenden direkten Eindrücke kann schon sehr viel über das Unternehmen aussagen.

26 In dieser Phase sind sodann RFP und Offerte zu besprechen. Der RFP ist vom Dienstleistungserbringer zu beantworten, soweit er dies nicht schon im Rahmen der Offerte gemacht hat. Der Kunde wird bestrebt sein, die kommerziellen und technischen Punkte so weit wie möglich bereits in dieser Phase festzulegen, weil er vor der Auswahl des Dienstleistungserbringers regelmässig das „Druckmittel“ hat, auf ein anderes Unternehmen zu setzen. Nach der Selektion entfällt dieses Argument weitgehend. Auf der anderen Seite ist anzuerkennen, dass das parallele Führen von mehreren Verhandlungen für den Kunden aufwändig ist, was dazu führen kann, dass schon frühzeitig auf einen einzelnen Dienstleistungserbringer fokussiert wird. Falls der Kunde mit verschiedenen Dienstleistungserbringern verhandelt, sollte dies nach Ansicht des Schreibenden offen kommuniziert werden.

27 Nach Abschluss der Verhandlungen kann der Kunde den potentiellen Dienstleistungserbringer bestimmen. Mit diesem sind alsdann die Verhandlungen über die Outsourcingvereinbarung zu führen. Zweckdienlich kann in diesem Zusammenhang die vorgängige Unterzeichnung einer Absichtserklärung (Letter of Intent, LoI) sein, in welcher unter anderem die Ziele und der Preisrahmen festgelegt werden. Selbst wenn die Preisfestsetzung im Rahmen eines LoI nicht rechtsverbindlich ist, so schafft sie doch eine Geschäftsgrundlage, von welcher nur mehr schwer abgewichen werden kann.

3.4 Vertragsverhandlungen

28 Die Vertragsverhandlungen konzentrieren sich, wenn nach dem vorstehend beschriebenen Schema vorgegangen wird, vor allem auf rechtliche Fragen. Die kommerziellen und technischen Punkte sollten in dieser Phase weitgehend bereinigt sein.

29 Bei der Redaktion des Outsourcingvertrages ist zu beachten, dass eine Auslagerung von IT-Systemen und IT-Prozessen etwelche spezifische Fragen aufwirft und dass der Vertrag andere Schwerpunkte setzen muss, als zum Beispiel ein Vertrag über die Beschaffung einer bestimmten Software oder Hardware. Im Rahmen eines

Outsourcings gliedert der Kunde oftmals betriebskritische Systeme und/oder Prozesse auf einen Dritten aus und ist in ganz starkem Masse davon abhängig, dass der Dienstleistungserbringer über einen längeren Zeitraum die vereinbarten Dienstleistungen zu den vereinbarten Service Levels und Preisen erbringt. Leistungsstörungen während des Betriebes können sich gravierend auf das Geschäft des Kunden auswirken.

³⁰ Die Parteien müssen somit anerkennen, dass es sich um eine langfristige Zusammenarbeit handeln wird; der Vertrag wird deshalb ein gewisses Mass an Flexibilität aufweisen und Anpassungen innerhalb eines bestimmten Rahmens ohne grosse Weiterungen ermöglichen müssen. Der Fokus ist zudem auf die tägliche Zusammenarbeit und die Vertragsadministration zu legen. Die Kunst in der Vertragsredaktion liegt dabei darin, dass der Vertrag die vorstehenden Elemente enthält, ohne allerdings die grundsätzlichen Verantwortlichkeiten bzw. Pflichten von Leistungserbringer und Kunde aufzuweichen.

3.5 Implementierung und Betrieb

³¹ Auch eine Outsourcing-Lösung muss implementiert, abgenommen und in Betrieb genommen werden. Es kommt vor, dass in Outsourcing Verträgen diesem Element zu wenig Beachtung geschenkt wird und dass sich die vertraglichen Regelungen ausschliesslich auf das Dauerschuldverhältnis, mithin also auf den Betrieb und/oder den Unterhalt der Systeme und/oder Prozesse beziehen. Dies ist aber nicht angemessen. Die Parteien sollten vielmehr auch den Abnahmeprozess regeln und prüfen, ob die Auslagerung erfolgreich abgeschlossen wurde und die Dienstleistungen durch den Dienstleistungserbringer spezifikationsgerecht erbracht werden können.

³² Nach erfolgreicher Abnahme werden die Parteien in der Regel während vielen Jahren zusammenarbeiten. Der Kunde wird weitgehend von der Leistungserbringung und -fähigkeit des Dienstleistungserbringers abhängig. Diese Zusammenarbeit setzt ein enges und formalisiertes Zusammenwirken der Projektteams des Kunden und des Dienstleistungserbringers voraus. Das Hauptaugenmerk ist dabei auf die Überprüfung der Erfüllung der Leistungsmerkmale durch den Dienstleis-

tungserbringer (Messung der Service Levels), auf die Korrektur von eventuellen Mängeln sowie auf die einvernehmliche Änderung gewisser Teile der Dienstleistung (Stichwort: Change Requests) zu legen. Diesem Ziel dienen unter anderem regelmässige Projektsitzungen, über die von beiden Seiten zu genehmigende Protokolle zu führen sind.

33 Auch wenn der Kunde eine langfristige Zusammenarbeit mit dem Dienstleistungserbringer sucht, muss er immer im Auge behalten, dass das Outsourcing irgendwann einmal zu einem Ende kommen wird. Wenn der Lebenszyklus der Dienstleistung endet, müssen Betrieb und/oder Unterhalt der Systeme und/oder Prozesse auf den Kunden oder auf einen vom Kunden bezeichneten neuen Dienstleistungserbringer (zurück)übertragen werden. Dass eine solche „Transition“ der Dienstleistungen nicht ohne Mithilfe des bisherigen Dienstleistungserbringers erfolgen kann, versteht sich von selbst. Im Idealfall wird auch eine solche Rückübertragung durch eine formelle Abnahme abgeschlossen.

4. Die Outsourcing Vertragsdokumente

4.1 Das Pflichtenheft (RFP)

34 Grundlage für die Leistungserbringung ist das Pflichtenheft (oder RFP). Im Pflichtenheft definiert der Kunde seine Erwartungen an die neue Lösung. Es definiert somit das „Was“ der Lösung, während das „Wie“, mithin die Festlegung der technischen Ausgestaltung, den offerierenden Dienstleistungserbringern zu überlassen ist.

35 Der RFP sollte die Erwartungen des Kunden für mindestens die folgenden Bereiche festlegen:

- System, mithin Definition der Systeme und/oder Prozesse, die ausgelagert werden sollen.
- Dienstleistungen, d.h. Festlegung, welche konkreten Leistungen vom Dienstleistungserbringer erwartet werden (z.B. Betrieb, Unterhalt usw.).

- Service Levels, mithin Spezifikation der Leistungsmerkmale, die die Dienstleistungen erfüllen müssen.
- Termine, d.h. Definition des Starttermins für die Outsourcinglösung und Festlegung der Mindestdauer, während welcher die Systeme und/oder Prozesse ausgelagert sein sollen.
- Auszugliedernde Betriebsteile: falls der Dienstleistungserbringer gewisse Unternehmensteile und/oder Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kunden übernehmen soll, sollte dies bereits im Pflichtenheft kommuniziert werden.
- Vorgaben an die Offerten: um die eingehenden Offerten möglichst einfach bewerten und vergleichen zu können, sollte das Pflichtenheft gewisse Vorgaben an Aufbau und Inhalt der Offerten festlegen.

³⁶ Je nach Detaillierungsgrad des Pflichtenheftes und der Beantwortung des Pflichtenheftes durch den Dienstleistungserbringer, sollte das Pflichtenheft zum integrierten Bestandteil des Outsourcingvertrages erklärt werden. Zu vermeiden ist dabei, dass zwischen den einzelnen vertraglichen Bestimmungen und dem Pflichtenheft Widersprüche bestehen, was zuweilen einen erheblichen Arbeitsaufwand verursachen kann.

4.2 Offerte

³⁷ Die von den Dienstleistungserbringern einzureichenden Offerten haben sich in erster Linie auf die Vorgaben im Pflichtenheft zu beziehen und eventuelle Abweichungen aufzuzeigen. Wenn der Dienstleistungserbringer gewisse Spezifikationen nicht (oder eventuell auf eine andere Weise) erfüllen kann, hat er dies in diesem frühen Stadium darzulegen, auch wenn er fürchtet, auf diese Weise den Auftrag nicht zu erhalten. Dies, weil der Kunde den Dienstleistungserbringer auf die Angaben in der Offerte behaften wird, falls die Offerte zum Vertragsbestandteil erhoben wird. Das Offenlegen von eventuellen Abweichungen von den Vorgaben des Kunden kann auch dazu führen, dass dem Kunden aufgezeigt wird, dass eine Vorgabe nicht erfüllbar oder wenig ratsam ist und der Kunde deshalb eine alternative Lösung des Dienstleistungserbringers gerne akzeptiert.

38

Im Einzelnen sollten die Offerten das „Wie“ definieren, mithin, welches technische Design der Lösung zu Grunde liegen und wie die Lösung im einzelnen realisiert werden wird. Darüber hinaus sind selbstverständlich die Preise und Zahlungskonditionen darzulegen. Ebenfalls nicht fehlen sollte die Angabe von Referenzen, mit welchen der Dienstleistungserbringer seine bisherige Leistungsfähigkeit und Kompetenz in vergleichbaren Fällen belegen kann. Darauf, dass der Kunde die Referenzen unbedingt überprüfen sollte, wurde bereits hingewiesen.

4.3 Absichtserklärung

39

Es kann ratsam sein, dass der Kunde und der Dienstleistungserbringer eine Absichtserklärung (oder einen Letter of Intent; LoI) unterzeichnen. Dies insbesondere in komplexen Fällen, in denen mit einer längeren Verhandlungsphase zu rechnen ist und für welche gewisse Eckpunkte der künftigen Vereinbarung vor Beginn der eigentlichen Vertragsverhandlungen festgehalten werden sollen.

40

Mehrheitlich verfolgen die Parteien mit einer Absichtserklärung noch keine rechtlich bindende Regelung. Dementsprechend ist bei der Redaktion eines solchen LoI darauf zu achten, dass die einzelnen Bestimmungen nicht als vertragliche, mithin verbindliche Regelungen verstanden werden müssen. Nach Art. 18 OR ist ja bekanntlich der konkrete Inhalt und nicht eine eventuelle unrichtige Bezeichnung massgebend.

41

Als nicht bindend erachten die Parteien in der Regel den bisher festgelegten Projektumfang, den Preis und selbstverständlich die Vergabe des „Auftrages“ an den Dienstleistungserbringer, mit welchem weiterverhandelt wird. Im Rahmen der Vertragsverhandlungen geht es ja gerade darum, eine für beide Seiten akzeptable technische, finanzielle und rechtliche Lösung zu verhandeln. Das Führen von aufwändigen Verhandlungen kann besonders in komplexeren Fällen trotz Vorliegen von Pflichtenheft und Offerte notwendig werden. Dies insbesondere dann, wenn der Kunde wegen einer Vielzahl von Offerten das Schwergewicht bislang auf die technischen sowie kommerziellen und noch nicht auf die vertragsrechtlichen Belange gelegt hat. Beide Parteien behalten sich in einem LoI in der Regel das Recht vor, die Verhandlungen abubrechen und den Vertrag nicht abzuschliessen - ein

Recht, das ihnen auf Grund des Prinzips der Vertragsfreiheit bzw. Vertragsabschlussfreiheit ohnehin zusteht, das sie aus Gründen der Klarheit aber dennoch ausdrücklich vorbehalten. Eine solche Klausel ist regelmässig verbindlich ausgestaltet. Weitere Bestimmungen, für welche die Verbindlichkeit ausdrücklich vorbehalten werden kann, sind solche über das anwendbare Recht, den Gerichtsstand sowie über die Vertraulichkeit und die Exklusivität der Verhandlungen.

4.4 Der Outsourcingvertrag

⁴² Der Outsourcingvertrag regelt die Einzelheiten der Dienstleistungserbringung. Darauf, dass Pflichtenheft und Offerte häufig zum Vertragsbestandteil erklärt werden, wurde bereits hingewiesen.

⁴³ Der Outsourcingvertrag kann unterschiedlich aufgebaut werden. Es kommt vor, dass ein bestimmter Vertrag für eine oder mehrere Dienstleistung(en) ausgefertigt wird. In einer anderen Spielart wird ein Rahmenvertrag abgeschlossen, der für eine Mehrzahl von Dienstleistungen die grundlegenden vertraglichen Bestimmungen festlegt. Aufbauend auf dem Rahmenvertrag werden alsdann für jede einzelne Dienstleistung sogenannte Einzelverträge oder Nachträge abgeschlossen, die die Spezifika der betreffenden Dienstleistung festlegen. Ergänzt werden solche Rahmenverträge und Einzelverträge oftmals durch sogenannte Service Level Agreements oder Service Level Nachträge, welche die Leistungsmerkmale für gewisse Dienstleistungen definieren.

⁴⁴ Ein Rahmenvertrag kann beispielsweise folgenden Aufbau und Inhalt aufweisen:

- (a) Definition bestimmter zentraler Begriffe, bei welchen es von Bedeutung ist, dass sie durch den gesamten Vertrag hindurch in der stets gleichen Weise verwendet werden.
- (b) Festlegung des Vertragsgegenstandes, mithin Definition, was im Vertrag geregelt wird und welche Bestandteile der Vertrag aufweist. Dies kann verbunden werden mit einem ausdrücklichen Vorbehalt der oder Hinweis auf die Einzelverträge.

- (c) Spezifikation der Leistungspflichten, wobei hier nur die Grundsätze der Leistungspflichten des Dienstleistungserbringers festgelegt werden, falls für die einzelnen Dienstleistungen Einzelverträge und eventuell noch Service Level Agreements unterzeichnet werden.
- (d) Auf die Spezifikation der Leistungspflichten folgend sind die Mitwirkungsobligationen des Kunden zu bestimmen. Ohne eine ausreichende Mitwirkung durch den Kunden kann ein Outsourcingvorhaben kaum je erfolgreich umgesetzt werden. In der Regel wird es am Dienstleistungserbringer liegen darzulegen, welche Mitwirkung er vom Kunden erwartet, wobei dabei aber darauf zu achten ist, dass die Verantwortlichkeitsbereiche nicht verschoben werden.
- (e) Der Erfüllungsort ist auch bei Outsourcingdienstleistungen festzuhalten. Die Parteien müssen sich darüber einigen, ob der Dienstleistungserbringer die Leistungen nur von seinen Räumlichkeiten aus zu erbringen hat, oder ob er auch vor Ort beim Kunden tätig sein muss, etwa wenn er dort einen Help Desk betreiben oder eine andere Art von First Level Support erbringen muss. Wenn der Dienstleistungserbringer gar das System für den Kunden in dessen eigenen Räumlichkeiten betreiben muss, ergibt sich dieser Erfüllungsort allein schon aus diesem Umstand.
- (f) Zentral ist sodann die Regelung der Vergütung. Falls dem Schema Rahmenvertrag – Einzelvertrag gefolgt wird, wird der Rahmenvertrag auch diesbezüglich nur die Grundsätze der Berechnung der Vergütung und der Zahlungskonditionen festhalten. Der konkrete Preis für die Dienstleistung wird diesfalls im dienstleistungsspezifischen Einzelvertrag festgehalten.
- (g) Auf Grund der langen Dauer der Vertragsbeziehung ist es wichtig, sich vorausschauend mit möglichen zukünftigen Änderungen der Vertragsbeziehung zu befassen. Die Parteien sollten sich vor Eingehung der Vertragsbeziehung darüber einigen, in welchem Verfahren sie zukünftig den Vertrag abändern können oder müssen. Auch wenn eine konkrete Verpflichtung, den Vertrag den zukünftigen Änderungen des Umfeldes oder neuen Bedürfnissen anzupassen, kaum verbindlich vereinbart werden kann und nicht vollstreckbar ist, so sollten die Parteien doch zumindest den Mechanismus für ein „Change Management“ festlegen und überein-

stimmend zum Ausdruck bringen, dass sie bereit sind, den Vertrag anzupassen, wenn dies notwendig werden sollte.

- (h) Es wurde bereits weiter oben darauf hingewiesen, dass auch im Rahmen eines Outsourcingvertrages eine Abnahme zu erfolgen hat. Das entsprechende Verfahren kann zumindest in den Grundzügen im Rahmenvertrag definiert werden. Daneben kann es aber durchaus sein, dass der Einzelvertrag noch abweichende oder konkretisierende Bestimmungen enthalten muss.
- (i) Eng mit der Abnahme zusammen hängt sodann die Frage der Gewährleistung und mit Letzterer diejenige der Haftung beziehungsweise deren Begrenzung. Dass diese Bestimmungen zwischen den Parteien regelmässig zu langen Diskussionen Anlass geben, ist eine bekannte Tatsache.
- (j) Je nach Sachlage kann eine Partei ein Interesse an einer Geheimhaltung der Vertragsbeziehung als solcher und/oder der den Parteien auf Grund der Vertragsbeziehung bekannt gewordenen Informationen haben. Die Geheimhaltungspflicht wird dabei oftmals durch die Pflicht zur Zahlung einer Konventionalstrafe für den Fall einer Verletzung dieser Pflichten abgesichert. Die oftmals anzutreffenden Standardklauseln bedürfen aber nach Erfahrung des Schreibenden der kritischen Prüfung um sicherzustellen, dass die Parteien hier nicht über das Ziel hinaus schießen und kaum erfüllbare oder unnötige Pflichten vereinbaren.
- (k) Falls die Dienstleistungen in den Räumlichkeiten des Dienstleistungserbringers erbracht werden, zum Beispiel wenn dort ein IT-System des Kunden aufgestellt und durch den Dienstleister betrieben wird, ist es für den Kunden sehr wichtig, Zugang zu diesem System zu erhalten. Der Inhalt und die Ausübung dieser Zugangsrechte sind deshalb im Vertrag ebenfalls zu regeln.
- (l) Weitere wichtige Punkte sind die Dauer des Vertrages und die Regelung einer eventuellen vorzeitigen Beendigung. Der Kunde, der einen wesentlichen Teil seiner IT-Systeme und oder -Prozesse auslagert, wird regelmässig an einer langen Dauer interessiert sein. Aus ökonomischen und technischen Gründen gilt für den Dienstleistungserbringer wohl das Gleiche. Trotz Gleichlauf der diesbezüglichen Interessen

von Kunde und Dienstleistungserbringer gehört es zur vom Kunden vorzunehmenden Risikoanalyse zu prüfen (so weit dies möglich ist), ob der Dienstleistungserbringer ausreichend Gewähr dafür bietet, dass er die Dienstleistungen während dieser langen Dauer erbringen kann. Auf Grund der Abhängigkeit, in die sich der Kunde in vielen Fällen begibt, kann dieser Punkt nicht ernst genug genommen werden.

- (m) Von grosser Wichtigkeit ist im Zusammenhang mit der Vertragsdauer die Frage der Vertragsqualifikation. Sollte der Outsourcingvertrag als Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR qualifiziert werden, wäre er gemäss der Bestimmung von Art. 404 Abs. 1 OR grundsätzlich jederzeit kündbar. Die nicht kündigende Vertragspartei könnte diesfalls höchstens noch auf Grund von Art. 404 Abs. 2 OR Schadenersatz wegen Rücktritt zur Unzeit verlangen. Bei Outsourcingverträgen wäre auf diese Weise aber kaum je ein sachgerechter Ausgleich zu schaffen. Nach Ansicht des Schreibenden sprechen die essentialia eines Outsourcingvertrages aber regelmässig nicht für eine Qualifikation als Auftrag. Vielmehr dürften auf Grund der konkret feststell- und messbaren Leistungspflicht des Dienstleistungserbringers eher werkvertragliche oder werkvertragsähnliche Elemente überwiegen. Diese Elemente sind vielfach gekoppelt mit mietvertraglichen oder mietvertragsähnlichen Elementen, dies, falls dem Kunden auch Systemkapazität zur Verfügung gestellt wird. Untergeordnete auftragsrechtliche Elemente können gegebenenfalls vorliegen, falls reine Beratungsleistungen oder ein anderes Tätigwerden für den Kunden geschuldet ist, mit welchem keine konkret messbare Leistungspflicht verbunden ist. Outsourcingverträge stellen somit regelmässig Innominatverträge dar³. Bei Outsourcingverträgen, die vom auftragsrechtlichen „Normalfall“ abweichen, ist nun aber keine „Schutzbedürftigkeitslage“ ersichtlich, die es rechtfertigen würde, die zwingende Bestimmung von Art. 404 OR an die Stelle einer von den Parteien parteiautonom gewählten Vertragsdauer oder Kündigungsregel zu setzen⁴. Für eine zwingende Anwendung von Art. 404 OR verbleibt somit nach Ansicht des Schreibenden kein Raum.

³ vgl. auch Bräutigam, SLA: In der Praxis alles klar? in: Computer und Recht 4/2004, S. 249

⁴ vgl. hierzu BSK OR I, Schluép/Amstutz, Einl. vor Art. 184 ff., N 79 sowie grundlegend Schluép, Innominatverträge, Basel 1979, S. 793 ff. und S. 795 ff.

- (n) Eng mit der Frage der Vertragsdauer verbunden sind jene des Know-How Transfers und der Migration des Systems zurück zum Kunden. Irgendwann endet jede Outsourcingbeziehung, so dass der Vertrag die Folgen hiervon mit Vorteil zumindest in den Grundzügen vorausschauend regelt.
- (o) Es versteht sich von selbst, dass der Kunde darauf angewiesen ist, dass der Dienstleistungserbringer eine hohe Datensicherheit gewährleistet und die datenschutzrechtlichen Bestimmungen einhält. Der Outsourcingvertrag sollte dies zum Ausdruck bringen und eventuell notwendige spezifische Bestimmungen aufnehmen.
- (p) Je nach konkreter Sachlage kann es angezeigt sein, dass der Vertrag überdies die Frage der Rechte an den Arbeitsergebnissen regelt.
- (q) Nicht fehlen dürfen sodann Bestimmungen, die das Projektmanagement und die Projektüberwachung regeln. Dies ist auf Grund der langen Vertragsdauer und der Abhängigkeit des Kunden vom Dienstleistungserbringer unabdingbar.
- (r) Dass der Vertrag schliesslich allgemeine Bestimmungen enthalten sollte, die zum Beispiel die Fragen der Schriftlichkeit und der Teilungültigkeit sowie des anwendbaren Rechtes und des Gerichtsstandes regeln, sei der Vollständigkeit halber erwähnt, ohne hier weiter in die Details zu gehen. Der Outsourcingvertrag unterscheidet sich hier nicht wesentlich von anderen kommerziellen Vereinbarungen.

4.5 Einzelvertrag

⁴⁵ Der Einzelvertrag regelt auf der Grundlage des Rahmenvertrages die Erbringung der konkreten Dienstleistungen. Es werden nach Ansicht des Schreibenden mit Vorteil mindestens zwei Einzelverträge abgeschlossen: einer für die Implementierung und einer für die Erbringung der eigentlichen Outsourcingdienstleistung.

⁴⁶ Bei der Festlegung des Inhaltes der Dienstleistungen geht es in erster Linie darum zu definieren, ob der Dienstleistungserbringer dem Kunden ein System zu überlassen, ob er das System des Kunden zu betreiben und ob er dieses System zu unterhalten hat. Weitere Dienstleistungen können sein das Beschaffen und Installieren

von Systemerweiterungen, die Anpassung an technologische Entwicklungen, das Betreiben eines Help Desks und das Beraten in IT-relevanten Belangen.

47 Im Einzelvertrag sind sodann das System und/oder die Prozesse, die betrieben und/oder unterhalten werden sollen, die (technische) Systemumgebung und die physische Umgebung zu spezifizieren. Festzulegen sind darüber hinaus die Betriebszeiten, mithin die Zeiträume, innert welcher die Dienstleistungen erbracht werden und innerhalb welcher das System zur Verfügung stehen muss.

48 Ein weiteres wichtiges Element ist die Festlegung der Service Levels. Da dies häufig im Rahmen von speziellen Service Level Agreements erfolgt, wird hierauf in jenem Kontext weiter unten noch Bezug genommen.

49 Der Einzelvertrag sollte sich schliesslich ausführlich mit der Projektorganisation auseinandersetzen. Zu unterscheiden sind dabei primär die Aufbauorganisation, d.h. die Bildung und Zusammensetzung der einzelnen Projektgruppen, deren Aufgaben und die Berichterstattung sowie die Ablauforganisation, d.h. die einzelnen Abläufe bei der Dienstleistungserbringung, wie etwa im Hinblick auf Ausbauten des Systems, Wartung, Restoreprozeduren sowie First, Second und Third Level Support.

4.6 Service Level Agreement (SLA)

50 Im Rahmen von Service Level Agreements⁵ oder SLAs werden gewisse vom Dienstleistungserbringer zu erfüllende Leistungsmerkmale definiert und die Folgen eventueller Nichterfüllung festgelegt. SLAs sind im Regelfall nicht eigenständige Verträge (auch wenn der Ausdruck „Agreement“ dies vermuten liesse). Vielmehr bilden SLAs Bestandteile eines Outsourcingvertrages (eventuell bestehend aus einem Rahmenvertrag und einem Einzelvertrag oder mehreren Einzelverträgen). Dies gilt regelmässig auch dann, wenn ein SLA Gegenstand eines separaten Vertragsdokumentes bildet.

⁵ vgl. hierzu auch Gurovits Kohli, Service Level Agreements in der Outsourcing Praxis, in: IT-Outsourcing, S. 97 ff.

- 51 Zu den Leistungsmerkmalen, die im Rahmen eines SLA festgelegt werden, zählen die Verfügbarkeit, die Ausfallsicherheit, die Geschwindigkeit bzw. die Antwortzeiten und die Problembehandlung bzw. die Reaktionszeiten.
- 52 Bei der Verfügbarkeit geht es um die Festlegung derjenigen Zeiträume, während welcher die Dienstleistungen zu erbringen sind und insbesondere das System dem Kunden zur Verfügung stehen muss. In den meisten Fällen wird sich der Kunde nicht für eine Lösung entscheiden, gemäss welcher das System 24 Stunden am Tag und sieben Tage in der Woche zur Verfügung stehen muss. Solches wird auf Grund der damit verbundenen massiv höheren Kosten nur bei besonders kritischen Systemen vereinbart werden. In der Vielzahl der Fälle reicht dem Kunden eine etwas reduzierte Verfügbarkeit, z.B. an Werktagen von sechs bis 18 Uhr.
- 53 Verbunden werden kann eine solche Verfügbarkeitsregelung mit einer Bestimmung, wonach der Kunde das System auch ausserhalb dieser Zeiten nutzen darf, falls es in Betrieb ist und ohne dass den Dienstleistungserbringer für diese Zeiträume eine Vertragspflicht trifft („auf Risiko des Kunden“).
- 54 Das Kriterium der Ausfallsicherheit dient der Definition derjenigen Zeit, während welcher ein Systemausfall toleriert wird, ohne dass es zu einer Vertragsverletzung durch den Dienstleistungserbringer kommt. Die Ausfallsicherheit bzw. die erlaubten Ausfälle lassen sich in Prozenten (z.B. 99 %) oder in absoluten Zahlen (z.B. 10 Stunden pro Quartal) festlegen. Bei der Festlegung der Ausfallsicherheit ist darauf zu achten, dass dem Dienstleistungserbringer gewisse Zeiträume (sogenannte Wartungsfenster) eingeräumt werden, während welcher er den Betrieb des Systems zum Zwecke der Wartung unterbrechen darf, ohne dass ein solcher Unterbruch in der Messung der Ausfallsicherheit berücksichtigt wird.
- 55 Bei den Antwortzeiten geht es um die Definition der Geschwindigkeit bestimmter Systemteile. Dazu gehören etwa die Geschwindigkeit bestimmter Datenverbindungen oder die Antwortzeiten bestimmter zeitkritischer Applikationen (wie etwa der Bildschirmaufbau eines Dialogfeldes oder die Verarbeitungszeit eines kritischen Batchlaufes).

- 56 Besonderes Augenmerk ist bei der Definition solcher Zeiten auf die Datenmengen, die zur Verarbeitung gelangen, zu legen, können sich diese doch stark auf die Geschwindigkeiten auswirken.
- 57 Ein weiteres Kriterium ist dasjenige der Problembehandlung. Zum einen sind in Bezug hierauf organisatorische Fragen zu regeln, wie etwa welche Kommunikationswege benutzt werden sollen (z.B. Fax, spezielle Software etc.) und welches die Kontaktstellen sind, mithin wer mit wem zu kommunizieren hat. Zum anderen sind die fehlerspezifischen Parameter zu definieren. Dazu gehören die Fehlerkategorien (z.B. Totalausfall, wichtige Funktion nicht verfügbar, unerhebliche Fehler), die Reaktionszeiten pro Fehlerkategorie (d.h. wie schnell der Dienstleistungserbringer in Abhängigkeit von der Schwere des Fehlers mit der Fehlerbehebung beginnen muss) und die Problemlösungszeiten (d.h. wie schnell der Dienstleistungserbringer den Fehler behoben haben muss). Es sei an dieser Stelle aber darauf hingewiesen, dass es in vielen Fällen schwierig sein wird, die Problemlösungszeit verbindlich festzulegen, weil die Fehlerursachen naturgemäss nicht im Voraus definiert werden können. Weitere organisatorische Fragen im Zusammenhang mit der Problembehandlung sind sodann die Zuteilung einer tatsächlich aufgetretenen Störung zu einer der Fehlerkategorien. Hier stehen sich selbstredend die Interessen von Kunde und Dienstleistungserbringer entgegen. Während der Kunde an einer möglichst raschen Beseitigung der Störung interessiert ist und deshalb dazu tendieren wird, den Fehler einer höheren Kategorie zuzuordnen, wird der Dienstleistungserbringer sich eher mehr Zeit zur Beseitigung ausbedingen und den Fehler einer tieferen Kategorie zuordnen wollen.
- 58 Schliesslich gilt es, die Leistungserbringung zu messen. Es geht darum festzustellen, ob der Dienstleistungserbringer die vereinbarten Leistungsmerkmale erfüllt oder nicht. In diesem Zusammenhang stellen sich die Fragen, wer die Messungen vornimmt, auf welche Weise die Messungen vorgenommen werden, in welchen Intervallen gemessen werden soll und schliesslich, wie über die Messresultate Bericht zu erstatten ist. Die Messberichte bilden alsdann eine wichtige Grundlage für die Einleitung von eventuell notwendigen Korrekturmassnahmen. Verglichen mit eventuellen Vertragsstrafen infolge Nichterfüllung der Leistungskriterien sind die Erkenntnisse, die auf der technischen Ebene gewonnen werden, für den längerfris-

tigen Erfolg der Auslagerung für den Kunden wohl von grösserer Bedeutung. Der Kunde will ja nicht mit den vom Dienstleistungserbringer zu zahlenden Vertragsstrafen Geld verdienen, sondern möglichst langfristig die Auslagerung reibungslos sichergestellt haben.

59 Zu Diskussionen Anlass gibt sodann noch die Frage der Folgen der Nichterfüllung der Leistungskriterien. Wenn zum Beispiel die tatsächliche Verfügbarkeit des Systems während eines Messzeitraums 96% war, die Parteien aber 98.5% vereinbart hatten, liegt es auf der Hand, dass der Dienstleistungserbringer seine Pflicht nicht vollständig erfüllt hat. Angesichts des Umstandes, dass die Parteien ein Dauer-schuldverhältnis eingegangen sind und dass es dem Kunden jeweils schwer fallen dürfte, einen als Folge dieser Mindererfüllung konkret entstandenen Schaden zu beweisen, ist es von Vorteil, im Sinne einer Konventionalstrafe oder eines „Penalty“ die Folgen im Voraus festzulegen. Regelmässig wird in solchen Fällen vereinbart, dass der Dienstleistungserbringer einen bestimmten Betrag bezahlen muss. Dieser Betrag sollte nach Ansicht des Schreibenden aus verschiedenen Gründen moderat festgelegt werden. Dies soll aber nicht bedeuten, dass die Strafe nicht spürbar sein soll, aber es gilt auch zu beachten, dass die Strafe vor allem auch die Funktion hat, den Dienstleistungserbringer stets zur vollen Erfüllung der Leistungskriterien anzuhalten und den „Frieden“ zwischen den Parteien zu sichern. Falls etwas schief geht und die Strafen definiert sind, gibt es keine langen Diskussionen um den Schaden und die Parteien können sich den eigentlichen technischen Problemen zuwenden. Bei der Redaktion der Vertragsbestimmungen ist zudem darauf zu achten, dass das Verhältnis zu eventuellen weiteren Ansprüchen, wie etwa auf Schadenersatz und vorzeitige Vertragsbeendigung, sorgfältig abgegrenzt wird.

5. Weitere Rechtsfragen

5.1 Datenschutzrechtliche Fragen

60 Eine Auslagerung von IT-Systemen und -Prozessen führt in vielen Fällen zwangsläufig dazu, dass der Dienstleistungserbringer Zugriff auf vom Kunden bearbeitete

personenbezogene Daten erhält. Damit stellen sich automatisch Fragen des Datenschutzes und der Konformität mit dem Datenschutzgesetz⁶.

- ⁶¹ Von Vorteil ist diesbezüglich, dass das schweizerische Recht mit Art. 14 DSG einen eigentlichen Outsourcing-Artikel enthält. Gemäss dieser Bestimmung ist Outsourcing im Hinblick auf die Bearbeitung von personenbezogenen Daten unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich zulässig, wenn der Dienstleistungserbringer die Daten weisungsgebunden für die Zwecke des Betriebes des Kunden bearbeitet und wenn keine vertragliche oder gesetzliche Geheimhaltungspflicht eine solche Bearbeitung verbietet (und die übrigen datenschutzrechtlichen Grundsätze nach Art. 4 ff. DSG beachtet werden). Falls diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist die Auslagerung möglich, auch ohne dass die betroffenen Personen informiert werden oder zustimmen müssen und ohne dass dieser Vorgang dem Eidg. Datenschutzbeauftragten gemeldet werden müsste.
- ⁶² Eine Einschränkung zum Vorstehenden gilt es allerdings für jene Fälle zu machen, in denen der Dienstleistungserbringer im Ausland ist, weil dann eine Datenbekanntgabe in das Ausland im Sinne des DSG erfolgt. In solchen Fällen sind die Bestimmungen von Art. 6 über den gleichwertigen Datenschutz im Ausland sowie über die Meldepflicht zu beachten. Eine Präzisierung der im DSG festgelegten Meldepflichten findet sich in Art. 7 der Verordnung zum DSG (VDSG).
- ⁶³ Ungeachtet dieser gesetzlichen Vorschriften sollten die Parteien entweder eine separate Datenschutzvereinbarung abschliessen oder die datenschutzrechtlich relevanten Fragen im Outsourcingvertrag ausdrücklich regeln. Dabei wird es vor allem darum gehen, dem Dienstleistungserbringer jede andere Verwendung der Daten zu untersagen und ihn zur Geheimhaltung zu verpflichten⁷.

⁶ vgl. hierzug auch Rosenthal, in: IT-Outsourcing, S. 193 ff.

⁷ vgl. hierzu auch Gurovits, Grenzüberschreitender Datenverkehr und elektrische Märkte, in: Weber (Hrsg.), Informatikrecht im europäischen Umfeld, Zürich 1997, S. 140 ff.

64 Besondere Bestimmungen sind zu beachten, wenn es um das Outsourcing bei Banken geht. Das Rundschreiben der EBK vom 26. August 1999, geändert am 22. August 2002 (EBK-RS 99/2) ist hier ebenfalls einschlägig. Anwendbar ist dieses Rundschreiben auf die Auslagerung von sogenannten „wesentlichen Dienstleistungen“. Die Interpretation des Begriffes „wesentlich“ verursacht mitunter Mühe. Für den IT-Bereich gilt immerhin, dass Betrieb und Unterhalt von Datenbanken sowie der Betrieb von IT-Systemen darunter fallen. Wenn die Anforderungen des Rundschreibens erfüllt und die Bankkunden informiert werden, dann soll nach dessen Bestimmungen die Auslagerung erlaubt sein. Strenger sind die Anforderungen, wenn die Auslagerung in das Ausland erfolgt. Diesfalls braucht es u.a. die ausdrückliche Einwilligung der Bankkunden.

5.2 Kartellrechtliche Fragen

65 In grösseren Verhältnissen können sich auch interessante kartellrechtliche Fragen stellen⁸. Je nach Konstellation kann es zu einem Zusammenschlussvorhaben kommen, das nach Art. 9 KG meldepflichtig ist. Dabei kann es sich entweder um einen Kontrollerwerb durch Erwerb von Eigentums- oder Nutzungsrechten an der Gesamtheit oder an Teilen eines Unternehmens bzw. durch einen anderweitigen Kontrollerwerb an solchen Einheiten (vgl. Art. 1 VKU) oder um die Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 VKU handeln. Damit es zu einer Meldepflicht kommt, müssen die gesetzlichen Schwellenwerte gemäss Art. 9 KG von CHF 2 Mia. (weltweiter Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen) bzw. CHF 500 Mio. (Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen in der Schweiz) sowie CHF 100 Mio. (Umsatz in der Schweiz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen) erfüllt sein⁹.

66 Falls keine Meldepflicht vorliegt, ist aus kartellrechtlicher Sicht immer noch zu prüfen, ob das Vorhaben eventuell als (unzulässige) Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG oder - was regelmässig unwahrscheinlich sein dürfte - als (unzuläs-

⁸ vgl. hierzu auch Jacobs, in: IT-Outsourcing S. 271 ff.

⁹ Für die Berechnung der Schwellenwerte bei Versicherungsgesellschaften sowie Banken und anderen Finanzintermediären vgl. Art. 9 III KG

sige) Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 KG zu qualifizieren ist. Problematisch dürften in erster Linie Vereinbarungen zwischen Konkurrenten werden¹⁰.

5.3 Gesellschaftsrechtliche Fragen

⁶⁷ Ebenfalls in grösseren Verhältnissen oftmals anzutreffen sind gesellschaftsrechtlich relevante Vorgänge, wie zum Beispiel der Erwerb der Eigentumsrechte an einer bestimmten Gesellschaft (Share Deal) oder die Übertragung von bestimmten Unternehmensteilen (Asset Deal), was gemäss den vorhergehenden Ausführungen eventuell eine Meldepflicht auslösen kann. Nach dem Inkrafttreten des neuen Fusionsgesetzes (FusG) sind diesbezüglich in erster Linie die Bestimmungen über die Vermögensübertragung mit partieller Universalsukzession (Art. 69 ff. FusG) einschlägig. Denkbar wäre grundsätzlich auch eine Spaltung mit partieller Universalsukzession und somit die Anwendung der Art. 29 ff. FusG. Wichtig in diesem Zusammenhang ist, ob im Falle einer partiellen Universalsukzession auch die Verträge ohne ausdrückliche Zustimmung der Vertragsparteien übergehen. Nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ist diese Frage wohl eher zu verneinen. Die bisher überwiegende Lehrmeinung bejaht diese Frage allerdings, zumindest dann, wenn ein enger Sachzusammenhang zwischen den übertragenen Vermögensgegenständen und den fraglichen Verträgen gegeben ist¹¹.

5.4 Arbeitsrechtliche Fragen

⁶⁸ Falls im Rahmen eines Outsourcingprojektes Betriebsteile übertragen werden, stellt sich regelmässig auch die Frage nach dem Übergang von Arbeitsverträgen¹². Gemäss Art. 333 OR gilt folgender Grundsatz: „Überträgt der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber

¹⁰ vgl. RPW 2003/3, S. 514 ff.

¹¹ vgl. Ulysses v. Salis, Fusionsgesetz, Zürich 08/2004, www.fusionsgesetz.ch, III 17.27

¹² vgl. hierzu auch die detaillierte Darstellung von Wickihalder in IT-Outsourcing, S. 153 ff.

über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt.“ Ein solcher Übergang von Arbeitsverträgen kommt somit nur dann in Frage, wenn Betriebsmittel übertragen werden. Art. 333 OR kommt insbesondere dann nicht in Betracht, wenn keine Betriebsmittel übertragen werden und wenn der beigezogene Dritte die IT-Systeme und/oder -Prozesse von sich aus betreibt. In einem solchen Fall kann es vorkommen, dass bestehende Arbeitsverträge aufgelöst werden und dass dann die Kündigungsregeln von Art. 334 ff. OR und nicht Art. 333 OR zur Anwendung gelangen.