

**IT-Outsourcing in Switzerland**

**IT-Outsourcing in der Schweiz**

Dr. iur. Roger Staub

Nicola Benz

**FRORIEP RENGGLI**

Rechtsanwälte  
Attorneys at Law  
Avocats



**IT-Outsourcing in Switzerland**

**IT-Outsourcing in der Schweiz**

Dr. iur. Roger Staub

Nicola Benz

**F R O R I E P R E N G G L I**

Rechtsanwälte  
Attorneys at Law  
Avocats



**IT-Outsourcing in Switzerland** 3

**IT-Outsourcing in der Schweiz** 59

Kontakt/Contact 118





## Table of contents

<b>I.</b>	<b>Pros and Cons</b>	7
A.	Reducing Costs	7
B.	Accessing Resources and Skills	8
C.	Pitfalls	8
a.	Operations Risks	8
b.	Strategic Risks	9
c.	Stakeholder Risks	9
d.	Compliance Risks	9
<b>II.</b>	<b>Structure of the Transaction</b>	10
A.	Sequence of Events	10
a.	Internal Preparations	10
b.	Discussions with Potential Service Providers	12
c.	Finalising the Deal	14
B.	Transaction Structure	14
a.	Asset Deal	14
b.	Share Deal	16
c.	Joint Venture	16
C.	Contractual Structure	17
a.	In General	17
b.	Master Agreement	17
c.	Service Descriptions	18
d.	Service Level Agreements	18
e.	Additional Elements	18
<b>III.</b>	<b>Crucial Terms</b>	21
A.	Why is a Contract Necessary?	21
B.	Description of Services and Measuring Performance	23
a.	Service Specification	23
b.	Service Levels	23
c.	Service Credits	26
d.	Incentive/Bonus Payments	27
e.	Change Requests	28
C.	Pricing	29
a.	Establishing a System of Compensation	29
b.	What the Customer has to Consider	29
c.	Price Adjustments	30
d.	Further Payment Provisions	31
D.	Intellectual Property Rights	31
a.	Contractual Definition	31
b.	Intellectual Property Rights already Existing on Conclusion of Contract: Transfer or License	31



c.	Allocation of Rights to Work Results	33
d.	IP Warranties	34
E.	Liability	34
a.	Liability of the Service Provider	34
b.	Liability of the Customer	37
c.	Exclusion and Limitation of Liability	38
d.	Liability for Behaviour Before Conclusion of a Contract	39
F.	Termination of the Contract	40
a.	Relevance of Contractual Provisions regarding Termination of the Contract	40
b.	Ordinary Termination	41
c.	Termination for Particular Reasons	41
d.	Partial Termination	42
e.	Consequences of Termination of Contract	42
G.	Dispute Resolution	43
a.	Escalation Procedures	43
b.	Arbitration	44
c.	Court Proceedings	44
<b>IV.</b>	<b>Additional Key Aspects</b>	<b>46</b>
A.	Tax Considerations	46
a.	Value Added Tax	46
b.	Taxes on Profits	46
c.	Stamp Duty	47
d.	Further Considerations	47
B.	Regulatory Regimes	47
a.	In General	47
b.	The Banking Industry in Particular	48
C.	Competition Law	50
a.	Merger Control	50
b.	Unlawful Restrictions of Competition	52
D.	Data Protection	53
a.	General Comments on Data Protection	53
b.	Transfer of Personal Data to the Service Provider	54
c.	Transfer of Personal Data Abroad	54
E.	Employment Law Issues	55
a.	Automatic Transfer of Employment Relationship	55
b.	Duties of Consultation and Information	56
c.	Termination	56
d.	Provisions on Secondment	56
<b>V.</b>	<b>Conclusion</b>	<b>57</b>



## I. Pros and Cons

What is outsourcing? In short, it involves a service previously provided internally, or in some cases not at all, being procured from a third party.

On hearing the word “outsourcing”, the first thought that springs to mind is probably cost cutting; a way to enjoy the same services at a reduced price. For many organisations this is why they outsource, particularly in a depressed economy. But it is not the only reason. Outsourcing properly done gives an opportunity to access new resources and skills and to manage change. It can also give new strategic focus to an organisation.

On the other hand, if an outsourcing relationship does not work, it can cripple a company. A good contractual basis will help to avoid an outsourcing project becoming a disaster. Trust and cooperation between the parties involved is also crucial to success.

---

### A. Reducing Costs

There can undoubtedly be financial benefits in outsourcing a service. Firstly, many service providers enjoy advantages of scale by offering the same or similar services to several clients: systems and personnel can be used more efficiently than is possible in-house. Service providers do not need to maintain the same level of unused capacity for times of peak demand because the peaks and troughs of their various clients level each other out. Depending on the pricing structure negotiated by the customer, it can obtain significant benefits from paying only for what it uses. Service providers operate against direct competition in the marketplace, which should work to keep costs down. Finally, outsourcing services enables transparency on costs. If the reporting and pricing structure is sufficiently transparent to show which users within a company represent the highest usage volumes, the customer will be able to further optimise IT provision across its organisation.

The share of any cost reductions passed on to the customer will depend on the customer’s negotiating skills when price comes up for discussion. However, if the customer focuses on nothing more than driving down price, the service it receives may well fail to meet its expectations. The service provider should also receive a fair return for its efforts so that it has an incentive to do a good job.

---

## **B. Accessing Resources and Skills**

Aside from financial considerations, outsourcing can bring significant benefits. IT service providers will generally have more sophisticated equipment and better technological capabilities than a customer can justify buying for its in-house operations. An obligation on the service provider to keep its technology up-to-date allows the customer to benefit from technological advances on an ongoing basis.

Where a company splits itself in two (i.e. in instances of de-merger), at least one of the de-merged companies will no longer have the IT-resources it needs. Outsourcing may be the only way, and in most cases the fastest way, to build up an adequate IT capability. Likewise, where two companies merge, outsourcing may provide a neat solution to the problem of whose IT system to use.

Outsourcing can also provide a quick route into new markets. A global service provider may already have operations in markets that the customer wishes to enter. This saves time for the customer and gives it access to a source of local knowledge and experience.

---

## **C. Pitfalls**

Outsourcing represents a certain loss of control and this brings with it risks. Retaining control over the process may reduce the risks involved. However, keeping tight control also means losing some of the benefits of outsourcing. Handing over responsibility to the service provider will give it more freedom to innovate and to find ways of reducing costs. A fine balance is required.

Here we look briefly at a few particular types of risk and possible ways to minimise their impact.

---

### **a. Operations Risks**

There is a risk that the outsourced service is not delivered as expected. This may be for any number of reasons. The risk can be minimised by a careful choice of service provider, but cannot be removed entirely. Contingency plans and an effective business resumption plan are necessary. Likewise, proper due diligence at the outset regarding the way the systems of service provider and customer will interact and adequate acceptance tests before the service “goes live” are essential. Often however, where services are not performed to the expected level, this is due to a failure to describe the services properly. The solution to this is simple: sufficient time and effort must be invested in the service description.

---

**b. Strategic Risks**

The use of a third party to perform certain business functions may distract a business from its strategic goals. For the party outsourcing its IT, setting up the outsourcing relationship will certainly require management time and divert resources from other tasks. If this is not properly managed, it can cause significant problems. The customer needs to be realistic about the commitment required from the very outset. A good organisational plan setting out the person to contact for each type of issue that may arise also helps to smooth interactions and minimise wasted time on redirecting enquiries.

---

**c. Stakeholder Risks**

Outsourcing may alienate employees and shareholders of a business if it is a concept with which they are not familiar or comfortable. Time needs to be spent on selling the reasons for outsourcing to these stakeholders in order to avoid internal conflicts or even blocking of the transaction.

---

**d. Compliance Risks**

For regulated businesses such as banks or insurers, there is a risk that the services are not performed in compliance with the applicable regulations. The service recipient remains responsible towards the authorities for regulatory compliance, but may lack the necessary control over the service provider to meet the regulatory burden. Regulated businesses cannot afford to assume that the service provider will automatically take on or even be aware of the full regulatory burden. Obligations arising from regulatory and compliance duties should therefore be dealt with in detail in the outsourcing agreement.

## II. Structure of the Transaction

---

### A. Sequence of Events

---

#### a. Internal Preparations

The better the customer prepares itself for the outsourcing process, the easier the discussions with potential service providers will be, in most cases producing a better end result for the customer. Preparations will most likely be focused on defining the scope of the services to be provided. However, time should also be spent on setting up the project team and reporting lines for the transaction, the internal business case and a communications strategy. Each of these topics deserves further consideration.

---

#### aa. Scoping the Services

The most important step in any outsourcing transaction is the definition of what is to be outsourced. The customer will need to identify its objectives and then decide which operations should be outsourced and which kept in-house in order to achieve those objectives. Once this is done, the operations to be outsourced need to be described in considerable detail. This description will form the basis for the pricing proposals from potential service providers. The more detail is given in the description, the easier it will be for the customer to compare the price proposals it receives. The service description is also critical to measure performance once the services have been outsourced. Therefore, although the description may develop over the course of the transaction, it is worth spending some time on it at the outset.

In describing the services, particular attention should be given to the interfaces between service provider and customer. There will certainly be discussions during the negotiations on liability at the interfaces. If the customer is clear about the boundaries of its responsibility and where exactly the interfaces occur, it will be in a stronger position when it comes to negotiate.

---

#### bb. The Project Team

Responsibility for defining the scope of the services will undoubtedly lie with a project team. The composition of that team also deserves some thought. The people involved should have a range of competences. They should not just be technical experts from the area to be outsourced; ideally at least some on the team will have experience of contract negotiation and management, if not of outsourcing. They will need proper and clear authority to make decisions. Without this, the outsourcing process can be very protracted and potential service providers are likely to become frustrated during negotiations. The

project team must have the acceptance of the management of the customer and of those employees who will be impacted by the organisational change. Finally, the team must have the time to devote to the project. This component should not be underestimated. The implementation of a major outsourcing will take several months. During that time, the project team will need to be available on an almost constant basis.

---

### **cc. The Business Case**

A clear business case will persuade the customer's senior executives to support the project. In the business case, the financial and organisational aspects of the outsourcing should be assessed, the benefits and possible downsides of the project set out and a forecast of the project time plan given. The business case will be part of the sales pitch internally, and it may also form part of the information package given to potential service providers. Therefore, it should present a realistic picture of finances and timing.

An accurate assessment of the current situation, particularly the current costs, of the services to be outsourced can be very difficult to come by. The financial data will not be stored in one place. It will be mixed in with figures that are irrelevant for the outsourcing transaction. Some aspects of the services will not appear in any existing costings or budgets. The business case will also need to assess future costs over the foreseen life of the outsourcing contract. The forecast must take account of future growth prospects and technological changes. Where cost is a driver for the outsourcing transaction, it is essential to produce accurate present and future cost estimates for the services on the premise that they continue to be provided in-house. The process of preparing cost estimates also creates a better understanding of what the service involves and what the customer's requirements are. Finally, it will give the customer a good idea of the costs that it will continue to incur once the outsourcing is complete.

---

### **dd. Communications Strategy**

To retain full control over communications regarding the outsourcing project, the customer should develop a communications strategy at an early stage. This should not differ greatly from the way the customer already communicates with its employees, shareholders, clients and suppliers. If it introduces a completely new communications style, the customer is likely to raise suspicions and create uncertainty.

Keeping the project secret is difficult and can have a bad effect on morale. It will become apparent that something is afoot, either because of leaks from the customer's own personnel involved or via the potential service providers once the negotiation process starts, or just because employees observe unusual behaviour, for example, a colleague who is regularly away in confidential meetings. Once the secret is out, it becomes difficult for the customer to control the information flow itself.

---

## **b. Discussions with Potential Service Providers**

---

### **aa. Request for Proposals (“RFP”)**

Generally, the next stage of the process – the negotiations with potential service providers – starts with a request for proposals (“RFP”) sent to the various candidates. The request should present the customer’s technical requirements, preferred pricing structure and rules for the bidding process. It should also ask for the candidates’ positions on the important commercial terms of the deal and the allocation of risks. It needs to cover a lot of ground so that the customer can make a proper decision on which candidates to select for further negotiations but it must leave the candidates some flexibility to come up with innovative approaches to meeting the customer’s requirements.

There are tactical decisions to be made when deciding how much information to disclose initially, particularly in relation to the customer’s internal cost estimates. The customer will want to enable the candidates to produce a pricing proposal that is as realistic as possible, based on as clear a picture of what providing the services will involve as is possible, but without being influenced by the customer’s existing or projected costs for the service.

To how many candidates should an RFP be sent? If the number of potential contractors is more than four, experience shows that the service providers no longer take the process seriously. Service providers will typically try to convince customers to negotiate with just one partner. Customers often agree to this, believing it will be quicker and more efficient. However, this is rarely the case. The service provider is only under pressure if it is in competition with other potential providers. This pressure will force it to react quickly when its input is needed and to take a much more reasonable position in negotiations. It will have an incentive to use its best people on the project and to give of its best in producing its proposal for providing the services. The customer’s workload will not be increased much by having to deal with several partners at once. The work of preparing a service description and pricing proposal will remain the same. The increase in effort comes from having to review the feedback of two or three parties, rather than just one.

The customer will then use the responses to the RFP to narrow down the field of potential service providers. It is important not to close off too many alternatives at this stage. Customers sometimes want to, or have to, come back to a proposal that they had previously rejected. We have seen situations where the customer had almost completed its negotiations with one candidate but was not satisfied with the way the relationship had developed and so switched back to a service provider it had rejected (on the basis of price) much earlier in the process.



---

**bb. Letter of Intent**

Once the field of candidates has been narrowed down to two or possibly three, a letter of intent will be negotiated, setting out the points to be covered in the main contract and an outline of the parties' agreement on the material terms (financial, legal, technical and commercial).

Under Swiss law, certain types of preliminary agreement may be interpreted as a binding obligation to conclude a later agreement. The relevant provision is Article 22 of the Swiss Code of Obligations (CO), which concerns preliminary contracts. Art. 22 CO states "By contract, the parties may validly agree to conclude a contract in the future". This is in stark contrast to the position in common law countries, where an agreement to agree generally cannot be enforced.

There are differing opinions as to whether the parties can be forced by the courts to enter a subsequent agreement. On the one hand, the fact that they have entered into a pre-contract can be interpreted as an indication that they wished to be bound to a lesser extent than under a final contract, in which case damages should be the only remedy. On the other hand, if all of the essential elements of a contract have been agreed in the pre-contract, the courts may allow a direct claim for performance of the (unsigned) main contract, without any need to claim first for conclusion of the main contract. If damages are the remedy, they are awarded in an amount to put the injured party in the position it would have been in if a final contract had been concluded.

A letter of intent is not usually sufficient to constitute a binding agreement to agree. However, the situation is different if the pre-contract is sufficiently detailed and does not contain any reservation on its binding effect, so that it amounts to an offer which can be accepted simply by signature of the counterparty. A term sheet fixing the results of the parties negotiations will not be a preliminary contract provided it is clear that the parties are still free to take the basic decision of whether to conclude a contract at all. Particularly where negotiations are ongoing with several service providers at once, one could hardly assume that the parties intended to agree to enter into a later contract. But even here, it should be clearly stated in the letter of intent that there is no obligation to conclude a later contract.

Even where there is no pre-contract in terms of Art. 22 CO, there will be an obligation at least to conduct negotiations in good faith. If the negotiations are not conducted in good faith, the disappointed party then has a claim for damages (see in this regard III.E.d below).

---

### **cc. Choosing a Service Provider**

The final choice of service provider should not be made too early. Ideally, each potential partner's views on all the main issues should be known before the decision is made. The customer may decide not to outsource all services to one provider. It may opt instead to enter into contracts with several providers for the services it requires. This can create complications when negotiating liability at the interface between services. However, it should then be simpler to switch away from a poorly performing service provider to one that is already delivering another service to the customer.

---

### **c. Finalising the Deal**

The term sheet should be sufficiently developed so that the terms of the main contract can easily be translated into an agreement. There will be further negotiations at this stage as the parties' lawyers iron out the details of the deal. The parties may also agree to postpone discussion on some points to a later stage, once they have more information about each other's capabilities and requirements, or simply due to a lack of resources for parallel negotiations.

Even if, or perhaps especially if, certain discussions are to be postponed, the parties should agree on a clear dispute resolution procedure at the outset. They must also be clear on the consequences of failing to reach agreement. It should further be borne in mind that the distribution of bargaining power will change once the parties are bound to each other via the main contract, with the customer generally being in the weaker position once it is committed to the deal.

---

## **B. Transaction Structure**

An IT outsourcing deal may be structured in a number of ways. At its most simple, it will be a contract for the provision of services. However, this is likely to be the case only if it involves a service not previously provided in-house or if the customer has no assets that the service provider wishes to take over. The more common scenario is that the service provider will take on at least some of the employees, material assets and contracts of the customer. There are a number of ways in which this transfer can be handled.

---

### **a. Asset Deal**

The first alternative to be considered here is the transfer of the customer's IT department, or at least a part of it, to the future service provider. From the legal perspective, this involves the transfer of assets and liabilities – personnel, hardware, software, know-how, buildings, etc. – from the customer to the service provider. A business transfer

agreement will be used to record this. Depending on what the transferring assets are and how the transfer is structured, additional documents in the form of property transfer deeds, assignments of lease, license and supply contracts and documentation for the transfer of intellectual property rights may also be required. Finally, the usual contract for the outsourced services, with all its annexes, will be needed.

Such situations are governed in Switzerland by the Federal Act on mergers, de-mergers, conversions and transfers of assets and liabilities of 3 October 2003 (the Mergers Act). Under the Mergers Act, a transfer may be effected by (partial) universal succession, which allows the transfer of all or part of a company's assets and liabilities by a single act, rather than by separate individual successions.

The basis of the transfer is the inventory that defines the transactions' scope. All assets and liabilities to be transferred must be included in the inventory. Anything not included in the inventory remains with the transferor. This also applies to third party contracts. Once the third party contract is entered in the inventory of transferring assets and liabilities, there is no need to meet additional formal requirements for the transfer of the third party rights and obligations. However, it is currently disputed whether a clause in an agreement specifically prohibiting its transfer will prevent an assignment by universal succession under the Mergers Act. The prevailing opinion at present is that standard clauses prohibiting assignment are void, whereas specific prohibitions containing reference to the Merger Act might be successfully used to prevent the transfer. Yet even if the contract is effectively transferred under the Mergers Act, there is a risk that the third party may terminate the contract, whether on the basis of a termination clause in the contract or in reliance on the general right of termination for important reasons. In practice, the customer's records of third party licenses and agreements are often incomplete, the agreements themselves cross-reference documents that cannot be found or it is unclear whether they are still in force or what their scope is. The Mergers Act gives no help here; contracts not in the inventory will not transfer to the service provider. There is still no substitute for proper due diligence.

Even where Swiss law is the governing law of a contract, foreign laws may need to be checked to ensure that the transfer will be valid. This is the case when the assets are located abroad or if foreign intellectual property rights are involved.

Under the Mergers Act, the customer will in any event remain jointly liable towards third parties for the transferring liabilities. This joint liability continues for three years after publication of the transfer in the official Swiss Commercial Gazette. It is however only subsidiary liability and can only be claimed in limited circumstances, notably if the service provider becomes bankrupt or no longer has its seat in Switzerland so that it is difficult to pursue.

In negotiations, attention should also be given to whether the business is to be transferred back to the customer at the end of the contract for services. The customer will generally be best served by an option, but not an obligation, to repurchase the business.

Finally in this regard, the connection between the service contract and the business transfer contract needs to be thought through. The customer will want to be sure that the services are provided without interruption (and therefore from the outset), whereas the service provider will need to be certain that it has all the assets necessary to deliver the services from day one. If systems and equipment are being physically moved, this can create substantial logistical problems and possibly a need to double up in places, e.g. to operate two sets of hardware for a period of time.

---

#### **b. Share Deal**

The second variant considered here is the share purchase deal. The typical situation is that the IT department, or at least the part being outsourced, is transferred into a subsidiary company and the shares in the subsidiary are sold to the service provider.

The service provider may decide to leave the acquired company as a subsidiary or to merge with it. If the second option is chosen, the Mergers Act again applies. The intention behind the legislation is that the tax effect remains neutral, so that this should not be a factor in making decisions on structure.

Whatever form is chosen for structuring the transaction, the service provider will want to be sure that the correct assets and liabilities are in the company that it will come to own. Therefore, it will want to be closely involved throughout the de-merger process.

The share purchase agreement will give rise to many of the same considerations as a business transfer deal, particularly with regard to the link to the service agreement.

---

#### **c. Joint Venture**

Less common in practice is the joint venture arrangement. Here the customer and the service provider set up and contribute to a new company, which may be a subsidiary of one or other or under their common control. The customer will generally provide human resources and other assets. The service provider will bring its technology know-how and hardware to the table. In return for their contributions in kind, each will receive shares in the new company.

---

## **C. Contractual Structure**

---

### **a. In General**

However the transfer of assets or shares is handled, a service contract will be needed. The contents of the contract are dealt with below (see III). Here we consider its structure. This will generally take the form of a master agreement dealing with the general terms and conditions of the relationship and individual subsidiary agreements for each service. These service agreements typically describe the services to be provided, with further specification of service quality in a separate annex. Other subsidiary documents applicable to all services, such as an organisational document and IT security undertakings, may also be annexed to the master document. In short, there can be no fixed rules for the various contract elements. Every transaction will be slightly different.

---

### **b. Master Agreement**

Splitting the master agreement from the agreements on individual services has several advantages for the parties. Negotiations on the details of specific projects will be much quicker once the general terms are already agreed and can be delegated to the technical experts who understand the issues of importance for the particular service. A clear separation of individual services may also be relevant in cases of poor performance. It can be in the interests of both parties to terminate one service, yet continue with the rest.

Where this contract structure on several levels is used, the parties must agree how to deal with cases where the service agreements and the master agreement contradict each other. There is no clear rule here. Some take the view that the detail should take precedence over the general, so that the project agreement rules in the event of a contradiction. Others consider that the framework agreement should prevail over the project agreements. It can also be argued that the more recent agreement should have precedence. We would suggest that, at least where more time, effort and skill has been spent negotiating the master agreement, its provisions should prevail. Ultimately, this will be a decision taken on the basis of the individual circumstances. What is important is that the issue is clearly resolved in the agreements, in order to avoid surprising interpretations in court.

The use of a master agreement combined with specific service agreements can also be an effective way of delegating responsibilities within the service provider's corporate organisation. Provided the master agreement is drafted in such a way that all group companies are covered, individual subsidiaries responsible for particular services can then conclude the relevant service agreements. However, the customer should make sure that the service provider remains responsible for all services and that the master agreement does not limit responsibility to each subsidiary for the individual services it provides.

---

### **c. Service Descriptions**

Each of the services to be provided should be described in detail in its own annex to the master agreement. This gives the advantage of flexibility; individual services can be supplemented or terminated independently of the outsourcing relationship as a whole. However, the task of splitting services into discrete modules is not always easy. There will often be a degree of inter-dependence between services, and potentially a need to cross-reference between service annexes.

---

### **d. Service Level Agreements**

Service levels are closely tied to the description of the services. However, it is sensible to separate them because not all parts of the service will be capable of empirical measurement. For example, an obligation to complete a batch process by close of business on a certain day may be controlled by a strict performance test. Either the batch is processed in time or it is not. On the other hand, an obligation to liaise with the customer's services manager cannot be objectively measured and so cannot be the subject of a service level agreement. Because of these differences, it is common to set out service levels in separate annexes to the master agreement or in sub-annexes to the service descriptions.

---

### **e. Additional Elements**

---

#### **aa. Implementation Plan for Migration**

The customer will want to be sure that there is no deterioration in service provision during the migration period. A clear migration plan is essential for a smooth hand-over to the service provider. Preparing the plan will focus both parties on the logistics of the transition period. It should include a timetable, possibly with financial penalties on the service provider if the deadlines are not met. If systems are being moved or switched, they will need to be tested before "going live" and provisions should be included for this.

The test and acceptance procedure will usually appear as an annex to the asset transfer or share purchase agreement or possibly as an annex to the master agreement. In the acceptance test document, the items to be tested will be identified and the test procedure will be explained. The document should set out who will be present for the tests, how the results will be recorded, over what time period the test will take place and how any differences of opinion will be resolved.

---

#### **bb. Organisational Plan**

At very least, the organisational plan should identify the project manager for both customer and service provider, the project team and the project steering committee (on

which senior executives of both parties are represented). A full organisational plan will also contain details of the responsibilities of each position and the decisions they may make. For example, in the case of a change request from the customer, the organisational plan should identify who from the customer is authorised to make the change request, to whom the request should be made, who from the service provider is to report on the effects of the change request, to whom the report should be made and finally who from the customer is authorised to make the decision to proceed with the change. Other subjects to be considered are prioritisation of resources, setting and approving budgets and accepting test results and service level reports.

Provision should be made in the organisational plan for an escalation procedure if consensus at the first level cannot be reached. This may refer directly to dispute resolution procedures in the main contract (see bb below) or it may supplement those provisions, particularly by providing for further escalation steps in the early stages. Where this is the case, clear time periods and triggers for the start of the next escalation step should be set out in the plan. For example, if the project managers are not able to solve a problem within seven days, they may give notice to their immediate bosses who then have seven days to solve the problem. If no solution is reached within this second seven day period, the project steering committee may be called to a meeting by either party giving at least fourteen days' notice in writing. If no solution is reached at the meeting, the dispute may be referred to the CEOs of the parties by written notice from either party. Only if the CEOs fail to reach a decision within a further fourteen days, should the dispute be referred to an outside expert or mediator or be capable of arbitration. The time periods should be realistic, so that if the parties are aware that the CEOs' schedules will rarely have space for a meeting at such short notice, the period for them to resolve the dispute should be extended.

---

### **cc. Security Concept**

The security of the IT systems used to provide the outsourced services is more relevant for some customers than others. In regulated industries, such as the banking sector, there is a duty to set out the security requirements in writing and to develop a security framework for the outsourcing.

A security concept should cover: business continuity and disaster recovery; the confidentiality of data, particularly where the service provider has several customers; the accuracy and availability of data and the prevention of unauthorised access to systems and data; where data is being transported physically or transmitted electronically, measures to ensure its secure transport or transmission; rights of access and audit for the customer; and reporting obligations.

---

**dd. Other Elements**

Depending on the circumstances of a particular transaction, other elements of the contract may be best contained in their own annex. For example, confidentiality undertakings may have a separate annex, and if the parties have agreed to undertake development projects that will supplement the services at a later point in time, these should have a separate documentation set.



### III. Crucial Terms

---

#### A. Why is a Contract Necessary?

IT outsourcing involves a contractual relationship over a long period of time. In particular, it involves a customer that wishes to procure an IT-system and/or services in connection with such system from a service provider in a particular IT-field. From a legal point of view, it involves a so called “innominate contract”, which does not correspond to any of the statutorily regulated contract types.

Often several elements from various types of contract are involved. The particular element at hand also depends on which phase of the outsourcing is involved (implementation or operating phase). In the implementation phase, it is often elements of sales contracts and licence agreements that are in the foreground (in particular in the transfer of hardware and software to the service provider). However legal elements of a works agreement may also be important (e.g. when writing software tailored to the customer or for system integration). The law applicable to mandates may possibly be relevant if concepts are to be produced or analyses to be performed. In the operating phase, which often lasts the longest, the service provider primarily performs services that fall under the norms of mandate law (training, support, etc.). With regard to the provision of infrastructure, rental law may be relevant, whereas the law applicable to works contract again applies to the maintenance of IT-infrastructure.

The plethora of potentially applicable legal norms gives rise to the question of which norms will actually be applied in a concrete dispute. In practice, there are two completely different approaches to this. The first approach is to subject the entire contractual relationship (directly or by analogy) to the rules applicable to the most prominent contractual type. This method ought to be the exception with IT-outsourcing contracts. Instead it should be assumed that a cumulative application of the various contractual types is involved although, where this results in contradictory outcomes, the judge will have to weigh up which norm should be applied. In assessing IT-outsourcing contracts, the judge will also have to take account of the particularities that arise from the fact that a long term relationship is involved. This is for example relevant for contract termination, which once the services performed by the service provider have been accepted is only possible by way of a termination for the future, without retrospective effect. Also, when challenging a contract due to a material error, granting retrospective effect to a successful challenge is not possible. Claims for a failure to perform under Art. 82 CO also involve consideration of the particularities of long term relationships.

These comments show that there is a significant amount of legal uncertainty if the parties simply rely on the application of statutory rules by the judge. Therefore, it is essential that this uncertainty is reduced through careful drafting of the contracts and their most important provisions. Below, the details of these provisions will be examined, particularly the description of services and measurement of performance (Section B), pricing (Section C), intellectual property provisions (Section D), questions of liability (Section E), termination of contract (Section F) and ways of dealing with differences of opinion or contractual disputes (Section G).

In addition to this, the customer should also bear in mind the potential need for other provisions. He should give some thought to whether it is in his interests to agree rights of exclusivity (in favour of one or other party). If the customer is of key importance for the service provider due to the size of the transaction, it will be appropriate for the customer to negotiate a special status in comparison with other customers. This could be the involvement of the customer in future development of the service provider's systems, so that the customer can introduce its own requirements into the future planning of the service provider. This could be achieved for example through regular visits and meetings between the parties. The customer should then also furnish the service provider with clear requirements with regard to the physical environment in which the IT-infrastructure is located and with regard to the organisation of processes. This might involve instructions regarding the installation of new software versions, delivery of backups and the carrying out of maintenance work. Clear instructions with regard to contract management are also important. This requires the identification of key contact persons, particularly at the service provider's end. It is very much worth identifying these people by name, setting out their area of competence and defining the qualifications and skills they must have, as well as imposing restrictions on the service provider transferring these employees to other projects. On the other hand, the customer should make sure that it has the possibility to require the service provider to change those employees that do not meet the customers requirements. In addition, depending on the complexity of the situation the customer may be well advised to require the service provider to produce an annual technology plan.

Further provisions of a more technical legal nature but that are also of importance include the applicable law (particularly in cross border transactions), the agreement on effective confidentiality provisions and provisions on the transfer of ownership. With regard to this last point, it should be noted that the laws of several states may be relevant depending where the property is located. If Swiss law is applicable to the transfer of ownership, the basic rule is that physical possession must be transferred in order for ownership to be acquired (Art. 922 Civil Code).

---

## **B. Description of Services and Measuring Performance**

---

### **a. Service Specification**

For the individuals involved in the customers' organisation, defining the services to be provided can be the single most difficult task in the entire outsourcing process. So much depends on a good description of the services. It is important at the very early stages where prospective service providers are sought. It is the key to the discussions on price. And it is the yardstick for measuring performance. Yet it is usually the case that the services involved and the applicable service levels have never been defined or described before. Reducing to words what has previously just happened is a tricky and time-consuming task.

The responsibility for describing the service should lie with the customer. Where the service provider considers the services to be part of its general portfolio, it may try to impose its description in order to have control over costs and delivery time. However, this is not necessarily what the customer will want. Even where the services are recognised from the outset as unique to the customer, there is a common assumption that the service provider should do the work of specifying what those services are. This is based on the mistaken view that the service provider will have a clearer picture of what the customer wishes than the customer itself. Even if the service provider does write the specification – for which service it will charge a fee – the customer will have to take roughly the same time and effort to review it as would have been required to write it in the first place. Furthermore, if several potential service providers are to be approached (as is recommended), the customer will need to have a good idea of what it is looking for before it starts the tendering and negotiation process.

The whole outsourcing transaction will have been a disastrous waste of resources if the customer does not receive substantially the service it expects. Therefore, the description of the services should focus on the expected end result, not the process for getting there. On the other hand, the service provider should be given room to innovate, to maximise its own return and to achieve even better results for the customer. A description of services that is too prescriptive will not allow this to happen. The right balance must be struck between a clear description of the result and freedom for the service provider to determine the route to this goal.

---

### **b. Service Levels**

---

#### **aa. In General**

In defining service levels, the customer indicates to the service provider which service aspects are most important to it. These will generally be linked to penalties or service

credits if the standards set are not met. This subject is considered in more detail below (see c).

If the service is a brand new one or being performed on a new system, defining service levels can be an exceptionally difficult task. The parties may agree that the service provider is exempt from meeting standards during a migratory or transitional period, or that the standards will increase over time. The customer will not want to give the service provider too much leeway here, particularly if the service is business critical. The service level should certainly remain at least as it was prior to the migration.

Sometimes service providers object to being asked to meet service levels higher than those achieved when the service was in-house. This objection is groundless as the level of service provided will be reflected in the price.

General statements about service levels are difficult. Service levels can be defined very differently, depending on the type of service being outsourced. They should concentrate on outputs, not the way those outputs are produced. As already mentioned, the service levels should reflect the priorities of the customers' business. If quality is more important than time, there is nothing to be gained by setting up service levels based on very tight deadlines. Instead the service levels should concentrate on a small number of service elements that have a significant impact on the customer's business.

There follow some examples of the types of service levels that may be appropriate for different outsourcing transactions.

**For provision of a network platform:**

- The network must be available for x% of the time. Here it will be necessary to define permitted downtime and maintenance windows, and exactly when such maintenance windows may occur, e.g. from midnight to 5am on Sundays. "Availability" should also be defined. Availability of a site requires not only that it is functioning but also that it is able to communicate with other sites fully and without restriction;
- Delay (i.e. round trip time for a packet to transit the network) must be no more than x milliseconds;
- Jitter (i.e. the variation in the delay times for delivery of the various parts of a packet) must be no more than x milliseconds;
- Throughput (i.e. the number of packets that successfully reach their destination) must be at least x%.

**For data processing services:**

- Data batches of type abc must be processed by close of business on the day received;
- Data batches of type xyz must be processed within x minutes of receipt;
- Batch processing reports must be produced on completion of the job.

#### **For help-desk services:**

- The help-desk must be manned from 8am to 8pm on working days;
- Calls to the help-desk must be picked up within x seconds;
- Problems reported must be solved or escalated within x minutes. The escalation procedure and times will typically vary depending on the severity of the problem;
- x% of problems reported to the help-desk must be solved within two hours.

It is unreasonable to expect that the service level standards will be absolute. Availability 99% of the time will cost disproportionately more than availability 98% of the time. If the customer does not need 99% availability, it should not insist upon it because it will divert the service provider's resources from the really important aspects of the service as well as increasing its own costs.

---

#### **bb. Monitoring/Reporting**

Service levels are only of value if the customer can monitor whether they are being observed. The customer's monitoring is usually based on reports from the service provider, which means that an element of supervisory control is automatically lost. To limit this risk, clear contractual provisions on reporting are required. The service provider's reports should set out full information on the services performed, preferably prefixed by a management summary highlighting the service levels that have been met, any service levels that have not been met and any service credits due (see c below regarding service credits).

Ideally, the customer should also establish its own control procedure, at least to verify the service provider's reports on a selective basis. Additionally, the customer should have access to the service provider's records so that it can audit the information and verify any rebates, credits or penalties it may be entitled to receive.

---

#### **cc. Future Capacity**

In the hope that the outsourced business will grow, the parties should give some consideration to future volume capacity. The service provider may require the customer to provide volume estimates, at least on an annual basis. This allows the service provider to plan how much it will have to invest in its own resources.

The customer will also be interested to know at the outset how the service provider will cope with increased service volumes. The service provider may be asked to provide details of the scalability of its infrastructure; this may be horizontal scalability, i.e. increasing capacity by adding new components that do not disrupt the existing systems, or vertical scalability, i.e. making use of unused capacity.

---

### c. Service Credits

As an incentive for the service provider to meet the service levels, it is standard practice to provide for service credits or penalties. When the service provider does not meet a service level, he must pay a sum to the customer. This is usually done by way of a deduction from the next invoice. The purpose is to encourage the service provider to provide better services. It is also recognition for the fact that the customer has received a lower level of service than it expected. At the other end of the scale, it will rarely be possible to obtain service credits in an amount that reflects the true loss to the customer.

There follow some examples of the structure of service credits that might be agreed for different types of service level.

#### **For service levels based on time:**

- a credit of x% of the service fee for every fifteen minutes of delay from the measurement point;
- a credit of x% of the service fee for every day of delay after the first three days from the measurement point.

#### **For service levels based on availability:**

- a credit of x% of the service fee for every hour or fraction thereof below the objective for service availability;
- a credit of x% of the service fee for every hour or part hour of unavailability, possibly multiplied by a weighting factor dependant on the time of day and the day of the week when the fall-out occurs.

#### **For service levels based on quality:**

- for a back-up and data recovery service – a credit of x% of the service fee multiplied by the percentage of data not backed-up/recoverable in relation to the total amount of data stored (in gigabytes);
- for packet transmission – a credit of x% of the service fee for every y% of packets lost.

As can be seen from these examples, service credits are generally linked to the service fee. Very often the service provider will press for the service credit for a particular service to be linked to the portion of the service fee attributable to that service. This may be reasonable if the service fee is divided between the services in a way that reflects their worth to the customer. Service providers may also try to cap the total amount of service credits at e.g. 50% of the total service fee. Again this may be acceptable if the customer is able to terminate the agreement and change service providers where the quality of service is sub-standard. The feasibility of this is not just dependent on having a termination provision in the contract, although that is essential. It also depends on the availability of alternative providers and the costs and time involved in transferring to another provider.

The service credit may vary depending on the class of service that the customer opts for (and pays for). It may also be graded so that just missing the service level gives rise to a service credit of e.g. 5% of the service fee and substantially missing the service level gives rise to a service credit of e.g. 10% of the service fee. However, having too many layers of service fee makes the calculation overly complex and can result in an unworkable system. A simple structure is likely to be most efficient for both the customer and the service provider.

It is reasonable to provide for exceptions and exclusions from the obligation to pay service credits in some circumstances; for example, where the service failure is attributable to force majeure or to an act or omission of the customer. There may be some tough discussions regarding attribution of responsibility where the service is interrupted due to a third party act, particularly where the third party is a sub-contractor of the service provider. The question of liability in such situations is discussed further below (see E). Here it is worth noting that the rules for service credits do not have to follow the same lines of responsibility division as for liability generally.

There will be circumstances where more than one service credit could be claimed for the same event. For example, if a system becomes unavailable, that might trigger a service credit and at the same time lead to a failure in processing a batch, or produce an unanswered call to the over-worked help desk. The customer would ideally like to claim a credit for each individual failing. However, service providers will usually resist this and so the parties will have to consider what happens where more than one service credit becomes due. They might reasonably agree that a penalty is due for the first failure and not for any failures that result directly from the first failure. This would mean that the missed batch processing would not give rise to a service credit, but the failure to answer the call to the help-desk is not directly linked to the unavailable system and so is the subject of a further service credit. Or they might agree on a cap on the service credits falling due in connection with one event, or that the service credit for a particular service e.g. system availability, will always take precedence. The variations are numerous and much will depend on the services being provided and their importance to the customer.

---

#### **d. Incentive/Bonus Payments**

A service provider may try to argue that it is entitled to bonus payments where it exceeds service levels. However, there is little reason for a customer to agree to this. The customer wants the service provider to meet the service levels, not to exceed them. Better service than the agreed service level is presumably not necessary for the customer's business needs. Instead, the service provider will be incentivised to divert resources away from where they are really needed to areas that are not of importance to the customer. This makes no sense for the customer. There is no legal duty to pay more unless agreed to in

the contract. For these reasons, any requests for bonus payments should be resisted by the customer.

---

#### **e. Change Requests**

It is highly likely that the scope of services to be provided will change over the term of the service contract, either because the requirements of the customer change or the technology advances. The parties will not be able to foresee all of these changes at the outset and therefore the service contract must contain a mechanism for dealing with change.

It is usual to allow either party to propose in writing a change to the services. If it is the service provider proposing the change, it should include an assessment of the time and costs involved in the change and, importantly, any consequent effects on the other services. If the customer proposes the change, the service provider must have a reasonable amount of time to analyse the proposal and to make a cost, time and impact assessment. This assessment process can be costly in itself and the parties should consider who will bear the expense. The contract should specify who is responsible and capable of proposing and agreeing change. The individuals that identify the need for change will generally be those working with the IT system day-to-day. They are typically not authorised to commit their employer to changes or to sign or amend agreements. However, it may be impractical to have every change approved by senior management.

In general, only if both parties agree to the change and the resultant cost implications should the change go ahead. If the parties cannot agree on a change, the contract may provide that the existing service specification remains effective. Alternatively, there may be a dispute resolution mechanism for deciding the issue. In any case, the customer should retain the final right of approval over the scope of services so that it is not left paying for a service or service level for which it has no use.

Minor changes may be included in the contract price if the customer has negotiated well. However, service providers will want to define what constitutes a “minor” change. They may also seek to cap the number of such minor changes per year. Where the change is major, the parties may agree to cover the associated upgrade in a separate development contract with its own specification, service levels, pricing and liability provisions.

In certain industries, particularly but not only the financial sector, services must be provided in compliance with complex legislative provisions. When the legislation is amended or supplemented, the services may also need adjustment. Who should bear the costs of these change? Unless it has been specifically agreed in the contract, the customer will find it difficult to hold the service provider responsible for these costs. The service provider is unlikely to accept the liability for such changes.



Where the service provider offers similar services to a number of customers of broadly equal standing and a number of them wish a particular enhancement that cannot be isolated, the service provider might decide to upgrade its whole system for the benefit of all its clients. However, this may bring some disadvantages for the customer (who is not interested in having the enhancement). There will be downtime while the upgrade is introduced, there may be a minor deterioration in response times or an impact on other service levels and the service provider may try to increase prices to finance the upgrade. For all these reasons, it is advisable to discuss these issues at the outset and record the agreed position in the contract. The customer should at least make sure that the relevant upgrades are cost neutral for him and should secure agreement that there will be no material interruptions in or effects on his business.

---

## **C. Pricing**

---

### **a. Establishing a System of Compensation**

Pricing is one of the most important issues in an IT-outsourcing agreement, as it is often the hope of reducing its own costs that persuades the customer to conclude an IT-outsourcing transaction at all. In this regard, there are various possible pricing mechanisms that may be implemented. Compensation may take the form of e.g. a base fee per payment period for certain precisely defined services, a fee per service level or the establishment of tariffs for certain processing work divided into various classes of tariff. The individual compensation systems may be combined with each other. Often the parties will also agree on a system for price adjustments, e.g. according to a particular index or to reward a better service or to “punish” poor services by the service provider (see in detail in this regard Section B above).

---

### **b. What the Customer has to Consider**

The framework for negotiation in an IT-outsourcing situation is basically the difference between the costs that the customer would have if it stayed with its internal solution and the costs that the service provider may attribute to the services performed for that particular customer. When negotiating within this framework, the customer should pay attention to the fact that it is looking for the most flexible solution possible, geared towards the actual provision of services by its contracting partner and not towards the pure possibility of being able to obtain services.

There is a certain amount of room for manoeuvre depending on the degree of system availability that the customer requires from the service provider. The higher the promised availability, the higher the price per unit will be, as greater availability generally means

greater costs on the part of the service provider too. Ultimately, the customer should also take into account the fact that the prices for various services will never be exactly the same, nor calculable according to the same methods. A sliding scale of charges is both possible and sensible.

From the customer's point of view, minimum prices should be avoided at all costs. Such minimum prices are an attempt by the service provider to transfer its own commercial risks to the customer. As a general rule, a customer that has managed to negotiate non-exclusivity for services will be in a better negotiating position regarding price discussions than a customer that has no possibility to switch provider. As long as the service provider feels the presence of Damocles' Sword hanging over him, in that the customer may change to another service provider, he will have to stay flexible in negotiating prices.

---

### **c. Price Adjustments**

Parties will often agree on decreases in unit prices with regard to expected developments in technology and processes. For the customer however the question arises as to how unexpected developments should be dealt with price-wise. In the absence of a relevant contractual provision, it will be very difficult for the customer to achieve any concession from the service provider. The customer should therefore ensure that clear mechanisms for this situation are agreed at the time of concluding the contract. In particular, the re-opening of price negotiations should be possible in accordance with a particular procedure. Again, the client that has agreed on non-exclusivity with a service provider will be in a better position here.

From the other side of the fence, the service provider will also attempt to push through price adjustment mechanisms that are to its advantage. To the extent that such changes relate to exchange rate risks or consumer price index increases and are objectively measurable, there are few arguments against their acceptance. However, the possibility of unilateral changes by the service provider based on events that are not objectively measurable, such as reference to the price list of the service provider from time to time, should be resisted. Such references are only acceptable if they involve price increases below a certain (minimal) amount or if the customer can withdraw from the contract without significant problem or disadvantage.

Benchmarking may be relevant in reaching agreement on pricing. This involves an external adviser checking whether the conditions offered by the service provider are in line with general market conditions. The costs that may arise through benchmarking should not be underestimated and as a result this possibility should only be used in a limited way.

---

#### **d. Further Payment Provisions**

The contract should also contain provisions on the payment period. If the due dates for payments are clearly determined, the customer should make sure that it is not immediately in delay on expiry of the payment deadline. Instead it should be explicitly stated that the customer is only in delay after receiving a written warning. The service provider will usually insist that interest on delayed payments is set at a higher rate in the contract than the statutory rate. In Switzerland, if no contractual rate of interest has been agreed, the yearly interest rate is 5%. Interest rates of more than about 18% per year are generally considered to be in bad faith and cannot be enforced.

Finally, the contract should also state whether the agreed prices are gross or net and which party will be liable to pay taxes.

---

### **D. Intellectual Property Rights**

---

#### **a. Contractual Definition**

Intellectual property issues are important in IT-outsourcing transactions. On the one hand, objects protected by intellectual property rights already exist at the time of concluding the contract and will have to be available for use by one or both contracting parties. On the other hand, in carrying out the project further protected work results will be created. If it is not clear who may use which results of the project, problems are inevitable.

Intellectual property rights in the classical sense include patents, trademarks, design rights, copyright, rights to plant varieties and topography rights. When dealing with an IT-outsourcing, it is generally copyright in software that is in the foreground. It is possible however (depending on the type of software and the relevant legal provisions) that patents or rights to patent will also play an important role.

IT-outsourcings often produce project results that do not obviously fit into one of the classic categories of IP rights. In order to have clarity on this, it is advisable to define intellectual property rights in a broad way. In particular, the definition should include rights to data, ideas, concepts, experiences, methods, confidential know-how and possibly domain names.

---

#### **b. Intellectual Property Rights already Existing on Conclusion of Contract: Transfer or License**

Intellectual property rights that may be relevant to the realisation of an IT-outsourcing project generally belong to various persons at the time the contract is concluded. The

customer will on the one hand be the owner of rights to intellectual property that it or its employees have created. On the other hand, it may be that the customer has received certain rights from third parties by way of transfer. In addition, the systems to be operated by the service provider will consist of third party rights in relation to which the customer has only a license right. The situation is similar for the service provider. As a rule, it will also be the owner of some intellectual property rights, and only have a licence to use other rights.

Secondly, it must be ensured that the service provider is in a legal position that enables him to carry out the IT-outsourcing project. This requires that the customer either transfers the rights that belong to it to the service provider, or licenses them. In addition, the customer must check whether the license agreements that it has with third parties allow the service provider to use these intellectual property rights. If this is not the case, the customer must either negotiate a relevant grant of rights with the third party or look for a solution that does not depend on the intellectual property of these third parties.

Ultimately, the client should ensure that the service provider for its part is entitled under its contracts with third parties to use the intellectual property that it requires for carrying out the outsourcing project. The customer must also ensure that the service provider grants licenses to the intellectual property rights belonging to the service provider and that the customer requires in order to make use of the IT-outsourcing services. In this regard it is particularly important that the services can still be used after termination of the contractual relationship.

Usually, the customer will only receive a world wide non-exclusive licence for internal use. This license should include the right to use, alter and improve the software and to create works based on it. To avoid too much dependence on the service provider, the customer should be able to exercise these rights through third parties. Attention should also be paid to the possibility that the service provider may not fulfil its obligation to provide services. In such cases, the customer should have access to the source code for the software so that it or a third party appointed by it may carry out the required work.

In structuring the relevant legal transfers or licenses, it should always be kept in mind that it is not only the contractually applicable laws that may be relevant. Far more important with regard to intellectual property rights is the principle that the law of the country in which the protection arises is applicable. Swiss patents may be transferred by written agreement, although it is recommendable to safeguard against third party claims by registering the transfer in the patent register (see Art. 33 Patents Act). There is no prescribed form in Switzerland for the transfer of copyright (Art. 16 Copyright Act). However here too a transfer in writing is advisable. With regard to copyright, it should be noted that certain countries do not permit the transfer of copyrights (e.g. Germany). In this case, licensing is the only possibility.

---

### **c. Allocation of Rights to Work Results**

In most countries, the principle is that rights to the results of work vest in the individual that created the results. With regard to copyright protected works, this principle is applied almost without exception. For patentable inventions however the rule is that inventions created by an employee in performance of his or her duties under the employment contract belong to the employer (Art. 332 CO). Other than in labour law, there is no provision that rights to the results of work are attributed to the commissioner without further ado, or that they are automatically transferred to the commissioner. This means for the customer that in the absence of a relevant provision in the contract it can assume the rights to the work results will remain with the service provider. The customer must therefore ensure that it is entitled to use such work results to the extent that it requires. It must also consider in what form it wishes to achieve this entitlement. This can again be either a transfer of rights or the grant of a license.

In this regard, it is important for the customer to be aware that legal ownership will put him in a better position than the grant of a license. This can be seen for example from the fact that generally only the legal owner may bring an action for infringement of intellectual property rights by third parties, whereas the licensee in such cases remains dependent on the owner (i.e. the licensor) conducting proceedings against the infringer. Also, in the case of bankruptcy of the service provider, the customer is in an incomparably better position if it has previously had the rights transferred to it. In particular, it does not have to deal with the possibility of intellectual property rights being transferred to third parties in the context of an enforced liquidation. As a basic principle, transfer of legal ownership to the customer gives control over the intellectual property whereas a license is only a contractual right of use within the framework of the agreement that is concluded. Under Swiss law, this contractual right may be withdrawn for important reasons at any time.

In practice, transfers of rights to the commissioner (i.e. the customer) only occur in a limited number of instances, e.g. regarding concepts and manuals. With regard to software, service providers are very reluctant to agree to a transfer of copyright to the customer. In justification, it is often argued that the service provider must remain in a position to use his own tools. However, this argument is only of limited relevance. Also in the context of a transfer of rights, such continued use may be granted by way of a contractual licence from the customer, allowing the service provider to use the necessary tools.

In any case, the customer must ensure here too that the right of use of the results of the work continues after termination of the contract. The customer should also try to oblige the service provider, at least with regard to the results of work tailored for the customer, not to use these for competitors of the customer nor to transfer such rights to its competitors. However, such obligation may need to be limited in time in order to be lawful.

All these considerations should not be left until the time of conclusion of individual agreements. Rather the customer should make sure at the time of concluding any letter of intent or pre-contract that it has use of the results of work in the required extent, even if it never reaches the point of concluding the actual IT-outsourcing contract.

---

#### **d. IP Warranties**

The question of warranties arises with regard to the intellectual property rights already existing at the time of concluding the contract, as well as in connection with the rights to the results of the IT-outsourcing. The service provider will want a guarantee from the customer that it will not be infringing third party rights in providing the services. The customer must ensure that it has sufficient guarantee from the service provider that the use of the work results will not involve any infringement of third party intellectual property rights. This issue is of particular pertinence because any third parties whose rights are potentially infringed may be able to enforce a civil law injunction on use of their rights (in addition to criminal claims and claims of damage compensation). In a worst case scenario, this may mean the customer is no longer able to use its IT-infrastructure.

Ideally, the client will obtain a warranty from the service provider that use of the results of the IT-outsourcing will not infringe any third party rights. In addition, an indemnity in favour of the customer should be agreed to cover cases of infringement. However, there will often be a certain reluctance from the service provider towards giving such far-reaching guarantees. The service provider will argue, in particular, that it is not possible to determine with certainty whether certain results fall into the scope of intellectual property right protection of third parties. In any case, the customer should ensure the service provider warrants that, to the best of its knowledge, it is not aware of any infringement of intellectual property rights.

---

### **E. Liability**

---

#### **a. Liability of the Service Provider**

---

##### **aa. Contractual Liability for Achieving Results or for Due Care?**

One of the key questions is whether the service provider is liable in the event of failure to achieve a particular result or whether he should only be liable if he has performed his obligation without due care. The former liability will arise when the contractual relationship can be classified as a work contract. In this case the service provider is responsible for achieving a particular result (Art. 363 ff CO). On the other hand, if there is found to be a mandate relationship, it is sufficient for the service provider to act with due care

(Art. 398 CO). If he does this, he has performed properly even if he does not deliver the result that the customer had expected. In other words: under a works contract, the service provider is responsible for producing a work; under a mandate, an effort.

This distinction creates considerable difficulty in practice. If difficulties do arise in this regard, it has to be considered whether the result of the contractual agreement can definitely be achieved through the actions to be performed. One tends to be dealing with a mandate if the achievement of a particular result is consciously left open. With a work contract on the other hand, the parties start from the assumption that there will be an actual result.

With regard to IT-outsourcing contracts, this means that when the service provider is responsible for the general availability of IT-infrastructure, the signs are there that he has promised the customer a result. This leads to application of the norms for work contracts and the service provider will be liable in case of failure to achieve the result contracted for. Mandate law on the other hand will tend to be applicable if the service provider has only to deliver certain performances. This will be the case, for example, if the service provider has to train the customer's personnel. The tendency is, particularly in the case of an agreement on service levels, that the rules for work contracts will apply.

---

## **bb. Principles of Contractual Liability**

The central provision for contractual liability of the service provider is Art. 97 para. 1 CO. It becomes relevant primarily if the party under the obligation cannot or can no longer perform that obligation. In addition, it covers so-called poor performance, i.e. performance of an obligation to a standard that does not meet the contract. Breaches of secondary duties are also dealt with under Art. 97 para. 1 CO. Such secondary duties include in particular subsidiary duties of protection such as the duty to investigate, advise or refrain from something.

There is a special legal regime applicable to performances by the service provider that do not meet the agreed contractual times, so-called delay. The relevant rules are found in Art. 102-109 CO. In addition to the claim for damages, the law provides here for a right to withdraw from the contract. However, withdrawal is often not in the interests of the customer, who will most likely be dependant on the IT-infrastructure. As the element of timing plays an important role, the customer is well advised to agree on contractual penalties for failure to meet certain milestones. This will give the service provider an additional incentive to perform its obligations on time.

To the extent the service provider relies on auxiliary persons for the fulfilment of its contractual duties, the special provisions of Art. 101 CO will apply. The service provider is responsible for the acts and omissions of these persons as if it had acted or not acted

itself. It cannot excuse itself. If mandate law applies, the provisions of Arts. 398 para. 3 and 399 para. 2 CO are also relevant. Liability of the service provider is then restricted to the proper degree of care in choosing and instructing subcontractors.

Aside from all these legal provisions, however, the crucial basis for liability of the service provider remains the guarantees and warranties that it gives. The customer should pay particularly close attention to the formulation of these (see in detail Section B above).

---

### **cc. Sanctions for Breach of Contract**

Where a breach of contract occurs that causes loss to the customer, and the service provider cannot establish that it has no responsibility for the breach of contract, the primary sanction is that the service provider must compensate the customer for the loss caused (Art. 97 CO). This means that the service provider must put the customer in the same position financially as if the contract had been properly performed. In concrete terms, this means e.g. that the service provider that promises the customer 98.5% availability during business hours must, in the case of unavailability for a whole day for which it is to blame, put the customer in the same position as if the system had been available for 98.5% throughout the entire week.

In any court proceedings, it is for the customer to prove that it has actually suffered a loss that has to be compensated. This can be very difficult in practice. The customer is therefore well advised to agree on liquidated damages. In principle, this is possible. However, excessive liquidated damages will be reduced by a judge, acting within his discretionary powers (Art. 163 para. 3 CO). Particular care should be taken with regard to liquidated damages when drafting the contract. In the absence of contractual agreement, the law provides for a substitute provision that is not only of advantage to customers. In particular, the law provides that in the absence of an agreement to the contrary the customer is only entitled to require contractual performance or the agreed liquidated damages (Art. 160 para. 1 CO). If the customer wishes to claim both performance and liquidated damages, this must be explicitly stated in the agreement. On the other hand, liquidated damages are also due even if the creditor has not suffered any actual damage (Art. 161 para. 1 CO). If the customer wishes to claim it has suffered loss in excess of the agreed liquidated damages, it will bear the burden of proving that the service provider was at fault (Art. 161 para. 2 CO).

In principle, the customer can also proceed under the rules on delay in the case of a breach of contract by the service provider (Art. 102 ff CO). These provide for the possibility of termination. This is dealt with in more detail below (see Section F).



---

### **dd. Delictual Liability of the Service Provider**

If the behaviour of the service provider leads to property damage or personal injury on the part of the customer, the service provider may also be liable under delict or tort (Art. 41 CO). If in the context of the IT-outsourcing the service provider creates a risk that could lead to damage, it is obliged to take all appropriate measures in order to avoid the occurrence of the damage. If it does not do this, it must pay compensation to the customer (or to another injured party), provided the customer (or the other injured party) can prove it has suffered damage and that the service provider is at fault.

If the damage is caused by an employee or other auxiliary of the service provider carrying out the service or business performance, the service provider is also liable, unless it can show that it took all necessary care under the circumstances (see Art. 55 CO). The result of this is that the service provider has to ensure properly organised working procedures are implemented within the context of the IT-outsourcing. This duty includes, in particular, enforcing appropriate security procedures and setting up control mechanisms for the service provision.

In principle, it is also possible that the service provider will be liable under product liability laws. In practice however this liability head will rarely come into play. Academic writers dispute whether software is even a product that can be defective within the meaning of product liability law. It is also to the service provider's advantage that software is known not to function without errors, so that it would be difficult to assume a defect in the product within the meaning of product liability law. Finally, demonstrating liability in practice will often fail on the fact that liability only arises in the case of death or injury to a person or when the damage concerns use of a product that is primarily for private use.

---

## **b. Liability of the Customer**

---

### **aa. Liability Towards the Service Provider**

A potential liability for the customer arises, firstly, if it transfers or at least makes available its infrastructure to the service provider. Here, the customer will have to ensure that the warranties or guarantees that it gives are not too far-reaching. Otherwise, it exposes itself to an unnecessary liability potential. In the absence of contractual provisions, the relevant provisions of the law of sale (Art. 184 ff CO) or rental law (Art. 253 ff CO) will apply.

The main obligation of the customer is to pay the consideration on time. If it does not do this, it is in delay and the service provider may proceed under Art. 102 ff CO. The customer must ensure that withdrawal under Art 107 ff CO is only possible in exceptional

cases. The relevant statutory provisions should be excluded from application. In addition, as already mentioned above, the customer should ensure that it is not in delay immediately on expiry of the payment deadline.

---

#### **bb. Liability of the Customer Towards Third Parties for Acts and Omissions of the Service Provider**

The customer should not forget that the acts or omissions of the service provider may cause damage to third parties for which the customer can also be liable in certain circumstances. The customer should therefore not only take care in choosing its service provider but also include a provision in the contract whereby the service provider indemnifies it in the event of such liability claims by third parties.

The service provider may be appointed by the customer to perform the customer's contractual duties towards third parties. In this case, the customer remains liable towards the third parties for the actions of the service provider as for its own actions (Art. 101 CO). It cannot defend itself with the argument that it is not at fault.

It is possible – but in practice rare – that a third party claim may be based on group liability. As a rule, bringing in a service provider will not amount to a common appearance of customer and service provider. When however the contractual parties are obviously particularly close, group liability may arise. The same also obviously applies when the customer appoints a group company as service provider.

Finally in this regard, liability arising from data protection law should be mentioned. This will be considered in further detail below. Here it is probable that the customer will be liable if the service provider uses the personal data that it receives from the customer in an unlawful way, i.e. contrary to the provisions of the Data Protection Act.

---

#### **c. Exclusion and Limitation of Liability**

In one instance, the law itself contains an exclusion of liability (Art. 119 CO): if circumstances arise for which the debtor is not responsible and that make his performance impossible, the creditor can no longer require performance. The debtor (generally the service provider in an outsourcing situation) thereby loses the right to the counter performance still to be provided (i.e. the claim to payment) and is liable on the basis of unjustified enrichment for counter performances already received. This provision gives significant protection to the interests of the customer. Extensive force majeure clauses on the other hand are generally in the interests of the service provider and from the customer's point of view should be avoided wherever possible.

In addition, the service provider very often tries to limit its liability as far as possible. In practice, this may be done by limiting the amount of liability (an upper limit of the

consideration received by the service provider over x years), differentiating between types of damage (no liability for indirect damage or consequential damage) or excluding certain types of fault (simple negligence). Swiss law does place certain limits on such restrictions. Even so, this involves an aspect of the contract that is of great importance for the customer and it must be handled with care.

The first limit on liability restrictions occurs in Art. 100 CO: liability for unlawful intent or gross negligence cannot be excluded or restricted. Agreements to that effect are void. For businesses carried out under license, such as banks, a judge may even declare a restriction on liability for simple negligence to be void. Despite these limits, even here the customer must take care. In legal writings the position is increasingly taken that limitations on liability between commercial parties for certain types of damage should be permissible even if the liability arises from gross fault.

It is also a fundamental principle of Swiss contract law that liability for the obligations that constitute the essence of the contract cannot be excluded. A duty of care under mandate law is one of these obligations. The same applies to guarantees and warranted items. Here it is assumed that an exclusion of liability would create a contradictory situation. Such restrictions are therefore also unlawful.

In connection with the definition of service levels (e.g. availability guarantees), the customer should be aware of the following problematic situation: if the service provider achieves the agreed level of availability, but an even greater degree of availability is not achieved due to gross negligence on the part of the service provider, the service provider would generally not be liable. There is a significant risk that the judge assumes this is a case of definition of service levels, not a restriction on liability. This can only be prevented if the service provider is required to achieve the greatest possible degree of availability, at least however a certain percentage.

---

#### **d. Liability for Behaviour Before Conclusion of a Contract**

Negotiations on an IT-outsourcing project can take a considerable length of time and involve a certain risk potential. Although there is no contractual relationship in this phase, it is recognised in Switzerland that a legal connection exists and the parties are obliged on the basis of Art. 2 CO to act in good faith.

The obligation to act in good faith does not create any obligation to conclude a contract. However, it does include an obligation to negotiate seriously, to show consideration to the counterparty and to inform each other of facts relevant for concluding the contract and for the contract contents. Furthermore in this phase, information and advice must be provided to the best of one's knowledge and the general risk provision must be considered: the party that creates a source of risk that could lead to damage is obliged to take all necessary measures in order to avoid the occurrence of the potential damage.

There is no general duty to provide information. However, in legal writings and jurisprudence, it is recognised that a contractual party that realises the counterparty is suffering under a significant error must correct the error. The service provider must for example point out any factors that may prevent him from fulfilling his obligations in future. It is in no way permissible to provide false information to the other party.

In extreme cases, breach of these pre-contractual duties may result in one party being able to challenge the contract that is then concluded on the basis of a basic error or confusion (Art. 24 ff CO). In this case, the other party is liable as if no contract had been concluded. Only the so-called negative interest must be compensated, i.e. the other party is to be put in a position as if there had never been any talk of a contract.

---

## **F. Termination of the Contract**

---

### **a. Relevance of Contractual Provisions regarding Termination of the Contract**

IT-outsourcing agreements are generally concluded for relatively long periods of at least five to ten years. A long contractual period is in the interests of both parties. The service provider is keen to ensure that it can recoup the efforts it makes with regard to the concrete project. The customer is dependent on the supply of the agreed services. It can rightly be assumed that the customer's interest in continuing the contract is generally the greater as its business will often be dependent on the continued success of the project. The service provider on the other hand will generally have other customers so that loss of one particular contract will not threaten its existence. The customer should raise this point during the contractual negotiations. It may even justify agreeing on differing termination rights for each party.

It has already been shown above that, in the absence of contractual provisions, it is unclear which statutory rules apply to the outsourcing relationship. With regard to contractual termination, this is particularly dangerous for the customer because of the serious consequences involved. The customer must achieve a position where the contract is clear on the grounds for termination, the termination notice period, the effective date of termination and the consequences. At the same time, it must be ensured that these provisions are complete and that there are no other grounds for termination.

Two peculiarities of Swiss law may pose problems in this regard. Art 404 CO is a mandatory provision that allows a mandate to be recalled at any time and without specific reason. It is disputed in legal writings and in jurisprudence whether this provision should also apply to mixed contractual relations. Cantonal courts deny this whereas the Federal Supreme Court still appears to take the position that mixed contracts with an element of mandate may be terminated at any time. All the same, it is advisable to list the reasons

for termination and to state the termination notice period in the contract. Even if the courts should decide on the mandatory application of Art. 404 CO, a contractual provision would be a useful indication as to when termination will be untimely within the meaning of Art. 404 para. 2 CO. If the termination is not timely, the terminating party is liable to pay damages. It must put its contracting partner in the same financial position as if the contract had never been concluded.

The second important point in this regard is the mandatory principle that long term relations may be terminated at any time on important grounds. A ground is considered important if the terminating party can no longer be expected to continue the contractual relationship in good faith as a result. Here too, the same considerations as under Art. 404 CO apply. Detailed provisions on the reasons for termination may be an indication as to what the parties considered to be important grounds and what not.

---

#### **b. Ordinary Termination**

IT-outsourcing contracts often provide for ordinary termination under observation of certain notice periods. The terminating party generally bears certain financial obligations. Such a possibility is not bad for the customer. It then has the possibility to part from a contracting partner if it is not entirely satisfied, even though the services are not so poorly performed that termination for good reason is possible.

However, care is needed. The customer should pay particular attention to ensuring that the service provider does not have the same right of termination. The importance of the IT-outsourcing project for the customer's ability to do business generally excludes any right for the service provider to withdraw from the contract without specific reason. But also, when calculating the financial compensation for the service provider where the customer terminates, care is needed. In particular, the customer should ensure that no compensation – or only greatly reduced compensation – is due if there is any element of fault on the part of the service provider. The compensation should cover expenses and costs that the service provider has taken on in reliance on the contract and will not be able to recoup. Thus the amount of compensation due should reduce over time.

---

#### **c. Termination for Particular Reasons**

Irrespective of the above-mentioned mandatory termination at any time for important reasons, at the time of concluding the contract the parties should consider in what circumstances the contract will be terminable.

The customer should here insist that the only ground for termination open to the service provider is the customer's continual failure to pay undisputed amounts of a significant value. It is essential to ensure that the customer receives at least one written notice

after expiry of the payment period in order to avoid a simple oversight by the customer leading to termination of the contract by the service provider. Even the ability to terminate the contract due to insolvency or payment difficulties on the part of the customer, a provision often requested by the service provider, should be avoided. It is exactly in this situation that termination of the IT-outsourcing arrangement can mean ruin for the customer.

On the other hand, the customer should ensure that it is able to terminate the contract without any obligation of compensation where there has been a material breach of contract. The same should apply if there is a change of control over the service provider. The possibility of early termination due to unsatisfactory performance is to be recommended. The customer should here ensure that it lists the cases that justify such termination in considerable detail. Such a list should however be illustrative, not determinative.

---

#### **d. Partial Termination**

Circumstances may change for the customer in such a way that it simply no longer needs certain services from the service provider. It is also possible that the service provider performs unsatisfactorily with regard to a part of the services only. In both cases the customer will be interested in terminating the contract with regard to the relevant services, while wanting and needing to continue to receive the other services.

For these cases, the customer should insist that a partial termination of the contract is possible. Swiss law does not exclude the possibility of partial withdrawal for partial breach. If such a possibility exists, the parties should also agree to what extent such partial termination affects the claims for payment for the remaining services.

---

#### **e. Consequences of Termination of Contract**

For the customer, it is essential that the consequences of contractual termination are properly regulated. This applies regardless of the reason for termination, whether it is due to expiry of the agreed contractual period or termination on notice from one party.

The important point is that the customer ensures it is able to continue using its IT-infrastructure after termination of the contract. It is irrelevant whether it wishes to maintain the infrastructure itself in future or whether it wishes to mandate a third party to do this. Both alternatives must be possible. It is not sufficient to oblige the service provider in a general way to give relevant support. The customer should ensure that the relevant obligations on the service provider are specified in detail.

In this regard, it is also important to ensure that the licenses continue after termination of the contract and that they include the right to use other service providers (see in this

regard Section D above). The service provider must be obliged to (re-)transfer to the customer those parts of the infrastructure that the customer needs for further use of the infrastructure. The service provider should make available the information that a customer needs to continue operations itself or to instruct a third party. It should also be arranged that the personnel who have transferred from the customer to the service provider change back to the customer on termination.

---

## **G. Dispute Resolution**

---

### **a. Escalation Procedures**

If a dispute arises between the customer and the service provider, there is no need to go straight to court or arbitration. In fact, it is generally not in the interests of either party to do so. The parties will have a strong interest in finding an amicable solution to their differences so that they can continue their relationship. Both court proceedings and arbitration are adversarial in nature and therefore tend to set the parties against each other in such a way that continued collaboration is very difficult. Court proceedings and arbitration are both costly and time-consuming, and the person charged with deciding the outcome of the dispute may not have the technical knowledge or experience to reach a properly-founded decision. For these reasons, parties to an IT-outsourcing will almost always agree on a procedure for escalating disputes internally before they turn to outside dispute resolution. For example a dispute that the project managers have not been able to resolve may be referred up to the project steering committee. If no resolution is found, it might be passed up to the finance directors and then to the managing directors of the respective companies. At each stage, a time limit will be fixed within which the dispute must be resolved or escalated.

Often the internal dispute resolution mechanism alone will put enough pressure on the project managers to encourage them to find a solution. There is not much to be gained in acting unreasonably if you know that your actions will later be examined by your CEO, who has a strong interest in preserving good working relations with the counterparty.

Some disputes cannot be settled internally and so the next stage is to ask an independent expert for mediation or for a decision. This can be particularly helpful where the dispute is of a technical nature. The parties should decide on a neutral body, such as the Zurich Chamber of Commerce, to appoint the independent expert in the event that they cannot agree on who it should be. For certain stages of an outsourcing process, for example test and acceptance, the parties might agree to appoint the expert in advance and to have him present throughout. This means that he will be able to take decisions quickly if a dispute arises and will have first-hand information on which to base his judgement. The

parties may want to restrict the access and contact that each has to the expert so that they are not able to influence his decisions unfairly.

The decision of the expert can be final and binding on the parties if they agree to that in advance. Alternatively, there may be a right of appeal to arbitration or to the courts, either on matters of law only or on the full substance of the dispute.

---

#### **b. Arbitration**

Arbitration has a number of advantages over litigation through the courts as a dispute resolution mechanism, particularly where the parties involved are located in different countries. Traditionally, the main advantages of arbitration have been stated as lower costs and faster proceedings. Although this remains true in many cases, it is not always so. More important to most parties nowadays is the procedural flexibility, neutrality and confidentiality of arbitration, as well as the ability to select an arbitrator with expertise in the area of dispute (e.g. IT-outsourcing cases).

Unless the parties have agreed to arbitration, an arbitral tribunal will not be able to hear the dispute. A valid agreement may be reached at any point prior to the start of proceedings, but it is unlikely the parties will be able to agree once a dispute has arisen. Therefore, where the parties wish to submit disputes to arbitration, this should be stated in their contract. Formulating an arbitration clause needs care, so that the clause is clear and not open to interpretation. Using an arbitration institution, such as the International Chamber of Commerce (ICC), Zurich Chamber of Commerce (ZHK) or the London Court of International Arbitration (LCIA) to administer proceedings is convenient and gives more certainty over the procedural rules that will apply.

Arbitration awards may be difficult to enforce in some circumstances and some countries. The 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, which has now been adopted in more than 125 countries, does ease the enforcement of foreign arbitral awards. However, in approximately 10% of cases under the New York Convention, enforcement of an award is still refused.

---

#### **c. Court Proceedings**

There are some situations where it is in a party's interest to have proceedings conducted through the national courts; for example, where one party wants the publicity of a court case or the ability to force discovery of documents beyond the scope of an arbitral tribunal's power.

Even if not using arbitration, agreement on jurisdiction is important. A Swiss court cannot refuse jurisdiction where the parties have specifically agreed that Swiss law will decide their dispute and have not provided for the exclusive jurisdiction of another court



(see Art. 5 para. 3 of the International Private Law Act). This is so even if neither party has any connection to Switzerland. The Swiss courts may even accept jurisdiction where the dispute is not governed by Swiss law.

Not all courts in Switzerland will be qualified to decide IT-outsourcing disputes. In fact there are only a very few. The Commercial Courts in Zurich, St Gallen, Aarau and Bern are the best suited to hearing the type of issues that can arise from an IT-outsourcing contract. The expertise of full-time judges in the Commercial Courts is supplemented by so-called commercial judges drawn from business and industry, who are chosen for their specialised knowledge in their own field. As a result, their decisions are generally well-founded and based on a proper understanding of the background to the dispute.

## IV. Additional Key Aspects

---

### A. Tax Considerations

In particular (but not only) international constellations require a consideration of the tax aspects. Particularly with assets deals, various points should be considered so that tax neutrality can be guaranteed (especially avoidance of the realisation of hidden reserves and consideration of the conditions for relief from stamp duty). It should also be ensured that the transaction does not throw up any undesired value added tax consequences. Particularly with group internal outsourcings, one is confronted with the problems of transfer pricing; prices must correspond to the pricing in an arm's length transaction.

Some of the principle issues from a tax perspective are considered in more detail below.

---

#### a. Value Added Tax

The first difficulty is the move from internal turnover to external turnover. Here one must take into account that turnover that was previously irrelevant for value added tax purposes may become liable to value added tax as a result of the IT-outsourcing.

If the customer transfers assets to a service provider within the same country, this is a transaction liable to value added tax. However, in certain circumstances where the transaction involves the sale of a self-contained part of a business, the transaction may be completed without triggering value added tax by using the notification procedure (Art. 47 para. 3 Value Added Tax Act).

If an outsourcing involves a de-merger under company law or the founding of a joint venture company, it can also be assumed this is a situation subject to value added tax with the possibility of using the notification procedure. At the same time, if the companies are sufficiently closely connected after the transaction, the possibility of group taxation arises. This has the result that inter-company turnover between the companies involved will not be subject to value added tax. Whether or not group taxation makes sense should be calculated and reviewed also with regard to the issue of joint and several liability.

---

#### b. Taxes on Profits

Where assets are sold to the service provider (or vice versa by the service provider to the customer at the end of the relationship) any profit is taxable. Extra care is needed in internal group transactions. If the customer and service provider are connected entities, the value attributed to transferred assets and the agreed service fees will be reviewed by the tax authorities to ensure they are reasonable. This can lead to set off and so to tax

consequences. Here it is advisable to involve the tax authorities at the very start of the transaction.

There is only a limited possibility to offset losses in Switzerland. The tax authorities accept set-off against profit earned through the release of undisclosed reserves only for proven losses over a period of seven years. In general, it can be said that sale and lease back constructions bring a significant tax optimisation advantage.

De-mergers and the incorporation of joint venture companies are tax neutral for IT-outsourcings, provided a self-contained business element is transferred and continues to operate unchanged (Art. 61 para. 1 lit. c Direct Taxation Act). However, it must be noted in addition to the other conditions that there is a blocked period of five years.

---

### **c. Stamp Duty**

It must further be noted that IT-outsourcing transactions may bring with them a duty to pay stamp duty. This is the case for example if the service provider pays for the assets bought from the customer by issuing shares or if the transfer prices are not arm's length prices. If the IT-outsourcing involves a de-merger of part of a business, an exemption from stamp duty is possible under certain conditions (Art. 6 para. 1 lit. abis Stamp Duty Act). In particular, it is essential that the payment is made by contribution in kind or that the intended asset transfer actually takes place, that the guidelines regarding hidden capital for maximum capital creation are followed and that the aim is not partial liquidation. Again here, there is a blocked period of five years.

---

### **d. Further Considerations**

If land is to be transferred in the context of the IT-outsourcing, it must be borne in mind that certain cantons charge taxes on profits from real estate and/or on transfers of ownership. If the service provider performs services for foreign group companies of the customer, the relevant double taxation treaty must be considered. If the parties create a joint venture vehicle, any sharing of profits raises questions of tax law. Subsequent profit corrections may result in a duty to pay stamp duty. Transfer stamp taxes may also be an issue.

---

## **B. Regulatory Regimes**

---

### **a. In General**

Various industries have regulatory regimes that will impact on any attempt to outsource services. The banking industry is a classic example examined in more detail below. Other examples include the health, insurance and betting industries and the regulated

professions (lawyers and accountants). Outsourcing transactions in all these areas will have to take account of the relevant regulatory environment.

Typically, regulations impose obligations of confidentiality on the customer. These obligations have to be passed on to the service provider and its employees and if necessary enforced against the service provider. Data protection is another key area where regulations will impact on the service provision. This is a topic dealt with in further detail below (see D).

The customer may try to pass on liability to the service provider for all its legal compliance. In some circumstances, however, even trying to delegate the obligation will be a breach of the legal requirement. Where delegation is possible, the clause that is standard in other types of agreement, namely that the service provider will be responsible for complying with all relevant laws and regulations, will not be sufficient. This is because few laws require service providers to take action in their capacity as service providers. The laws are generally drafted as an obligation on the customer and unless the customer's obligations are transferred to the service provider, the service provider will have no duty of compliance. In any event, the primary obligation for legal and regulatory compliance will remain with the customer.

---

## **b. The Banking Industry in Particular**

The Swiss Federal Banking Commission has released a circular regarding outsourcing in the banking sector. It describes the conditions that must be met by banks (and securities dealers) when they engage a third party to provide a service that is significant for their business activities. The circular applies to banks and securities dealers organised under Swiss law, for their foreign group companies and branches and for the Swiss branches of foreign banks and securities dealers. If a bank cannot comply with the requirements of the circular it must apply for an individual exemption from the Banking Commission before it undertakes the outsourcing. The requirements that must be met are set out in nine principles, which can be summarised as follows:

### **Principle 1:**

The business area and the services to be outsourced must be clearly defined and the performance of the service provider must be capable of measurement and evaluation.

### **Principle 2:**

The service provider must be carefully selected, instructed and controlled. The service provider must obtain the written consent of the customer (the bank) before engaging sub-contractors. Any sub-contractors must also comply with the principles of the circular. The bank must have rights of inspection, instruction and control over the service provider.

**Principle 3:**

The bank remains fully responsible for the outsourced area.

**Principle 4:**

Security requirements and a security framework must be agreed, covering all foreseeable emergencies. Data protection laws and regulations must be observed. In particular, client related data must be kept confidential and protected against unauthorised access. A disaster recovery plan must be developed to enable continuation of the business in the event that the service provider is no longer able to provide the services. The bank must monitor compliance with the security requirements.

**Principle 5:**

The service provider must be made subject to Swiss banking secrecy rules. Where outsourcing is to foreign countries, adequate technical and organisational measures are required to ensure compliance with Swiss banking secrecy and data protection laws and to maintain confidentiality.

**Principle 6:**

Clients whose data is transmitted to a service provider must be informed of the outsourcing arrangement in advance. If the data is transmitted abroad, information must be provided to clients by way of a detailed letter explaining the security measures taken.

**Principle 7:**

The bank and its auditors must have unrestricted access to and control over the outsourced business. The supervisory function of the Banking Commission must not be adversely affected by the outsourcing. If the service provider is not under a legal obligation towards the Banking Commission, it must give a contractual undertaking to provide information and documents to the Banking Commission.

**Principle 8:**

Outsourcing abroad requires the bank to provide proof that it, its auditors and the Banking Commission have sufficient rights of control and the ability to enforce those rights.

**Principle 9:**

A written contract must be concluded between the bank and the service provider. Such contract must take into account the principles described above.

Many of these principles would constitute best practice for an outsourcing in any industry. However, in the banking sector the consequences of non-compliance are serious, with the ultimate sanction being withdrawal of the customer's banking license.

---

## C. Competition Law

An IT-outsourcing transaction typically comprises two main parts: the transfer of the business to be outsourced and the agreement on the service to be provided. Both elements may have relevance under competition law.

The business transfer element needs to be examined from the point of view of merger control: does it qualify as a merger or concentration of undertakings that needs to be notified to the Swiss competition authorities? The services element should be reviewed to ensure that it does not involve restrictions on competition that are unlawful under competition law. These two issues – merger control and unlawful restrictions on competition – will be examined further below. Additionally, if the IT service provider is in a dominant position on the relevant market, the agreements will require analysis to be sure they do not allow the service provider to abuse its market power. Given the market conditions in Switzerland at the present time, it is considered improbable that an IT service provider has a dominant position. The market remains competitive and therefore this issue of dominance is unlikely to arise in practice.

---

### a. Merger Control

---

#### aa. Concentration of Undertakings

Swiss merger control rules apply to concentrations of undertakings. Concentrations are defined in the Swiss Cartel Act and the Merger Regulation as (i) mergers, (ii) acquisitions of direct or indirect control of a previously independent undertaking and (iii) the set-up of certain types of joint venture.

Determining whether there has been an acquisition of direct or indirect control can be more difficult. The question is whether the IT department, or the part that is being outsourced, can be considered as an independent undertaking. The commercial, rather than legal, structure of the customer's organisation is relevant here. The entity to be outsourced will generally be considered independent if it achieves a turnover of its own (within the customer's organisation or externally). This is likely to be the case if the entity is transferred with sufficient assets and resources to enable it to continue achieving a turnover after completion of the transaction. If only equipment in the form of hardware and software is transferred, there will most probably be no acquisition of control over an independent undertaking and therefore merger control laws will not apply.

Where the customer gives up some control to the service provider, but also retains an element of control for itself, there may be a joint venture that qualifies as a concentration of undertakings. If the two parties really have joint control (i.e. if they are able to block strategic decisions concerning the activities of the joint venture either through voting

or contractual veto rights) and provided the joint venture operates as an independent commercial entity carrying on activities previously carried on by at least one of the controlling entities, it will be a concentration to which the merger control rules apply. In this regard, the Competition Commission has in the past deemed the provision of a software system to be a business activity capable of transfer to a joint venture.

---

#### **bb. Turnover Thresholds**

Once a concentration relevant for merger control is established, the turnover of the undertakings involved needs to be reviewed to establish whether the thresholds triggering the notification requirement are met. The concentration must be notified before it is put into effect if in the last accounting period prior to the concentration (Art. 9 para. 1 Swiss Cartel Act):

- a) the undertakings concerned had a joint turnover of at least 2 billion Swiss francs worldwide or turnover in Switzerland of at least 500 million Swiss francs; and
- b) at least two of the undertakings concerned reported turnover in Switzerland of at least 100 million Swiss francs each.

For joint ventures, the turnover of the entire group of companies to which the customer and the service provider belong (i.e. the company itself, its parent(s), subsidiaries and sister companies) is relevant. For acquisitions of control or mergers, the turnover of the entire group of the service provider must be taken into account, but for the customer only the turnover of that part of its business being transferred is considered. Calculating what this fraction of total turnover will be can be very difficult if this has not been calculated (or not at market prices) in the past. The costs incurred by the part of the business being outsourced provide a starting point. The amount to be charged to the customer for services once the outsourcing is complete can be used to cross-check the figures. As only the turnover of the part being outsourced is relevant and as this must be at least 100 million Swiss francs per annum to trigger the notification requirement, there will be few cases in practice where an asset transfer or share sale outsourcing deal has to be notified. If internationally active groups are involved, the notification requirements of other jurisdictions may be relevant too.

If one of the undertakings involved has previously been found to have a dominant position in a market in Switzerland and the concentration involves either that market or a market up or downstream from there, notification must be made regardless of the turnovers involved.

---

### **cc. Creation or Strengthening of a Dominant Position**

Once notification is made, the Swiss competition authorities will assess whether the transaction is allowable. In making this assessment, they will examine the nature of the undertakings involved and the structure of the relevant market. They are looking to see whether the concentration creates or strengthens a dominant position (Art. 10 Swiss Cartel Act). If it does to such a degree that effective competition is eliminated and there is no strengthening of competition in another market which outweighs the harmful effects of the dominant position, the Competition Commission may prohibit the concentration or allow it subject to conditions.

---

### **b. Unlawful Restrictions of Competition**

The Swiss Cartel Act prohibits agreements that significantly affect competition unless they can be justified on grounds of economic efficiency. Agreements that eliminate effective competition are also prohibited. Since 1 April 2004, parties that enter into agreements eliminating competition will be subject to financial penalties of up to 10% of their turnover in Switzerland over the previous three years.

Particularly where the outsourcing transaction involves two competitors, care must be taken that the parties are not restricted in their continuing ability to compete. Problems will generally arise when the customer and service provider agree to broaden the scope of their cooperation beyond the field of IT, to co-ordinate their behaviour in the marketplace or to exchange sensitive information.

In general, IT outsourcings between non-competitors will not give rise to problems under competition law. As an example, many banks are forced to outsource their IT operations because they cannot meet the constantly rising fixed costs of proper IT provision. Outsourcing is a necessary part of remaining competitive. Yet outsourcing has a price so that, at least in the banking sector, it is only possible to change service provider once every ten years or so. This gives service providers a de facto position of strength once the outsourcing agreement has been signed. However, the influence of the service provider over the customer will be limited as long as the project is restricted to the field of IT and does not reach into pricing policy, target client strategies, investment decisions, recruitment and training or organisational structures. Provided no such expansion of scope is at stake, the transaction will be unlikely to give rise to competition concerns. However, where the customer and service provider wish to extend their cooperation to other areas, the agreements will need to be carefully reviewed on a case by case basis to establish whether competition will be unlawfully restricted as a result.

Where the parties are in doubt about the lawfulness of their agreement from a competition law point of view, they may make a notification to the Competition Commission. The purpose of notification is not to obtain an exemption for the agreement, as was the case



in the EU prior to 1 May 2004, but rather to enable the Competition Commission to decide whether to open an investigation into the agreement. Notification however has the advantage of exempting the parties from financial penalty. To keep this benefit, a notified agreement should not be put into effect for a period of 5 months after the notification date or, if an investigation is opened, until conclusion of the investigation.

---

## **D. Data Protection**

---

### **a. General Comments on Data Protection**

IT-outsourcing regularly requires the transfer of data, in particular personal data. Data processing within Switzerland is permitted under the rules of the data protection legislation. These rules must be taken into consideration when drafting IT-outsourcing contracts. Depending on the situation, the data protection legislation of other states may also be relevant.

In Switzerland, data protection covers all personal data, i.e. information that relates to an identifiable or identified person (Art. 3 lit. a Data Protection Act). Contrary to many other countries, the protection covers not only data of natural persons, but also legal persons. Those concerned may be e.g. employees, clients or suppliers of the customer. However if the personal data is anonymous, there are generally less data protection concerns.

In Art. 4 ff of the Swiss Data Protection Act, certain principals for processing data are set out. These must be taken into account when processing personal data. Processing here includes obtaining, storing, using, amending, disclosing, archiving or destroying data (Art. 3 lit. e Data Protection Act). It is irrelevant whether processing takes place within a company or in connection with an external third party. If the processing principals are not followed and there is no justification ground for this (overriding private or public interest, consent of those involved or statutory provision) there is a breach of the right of personality (Art. 12 Data Protection Act). Civil and also criminal sanctions may apply.

The two main problems that arise in an IT-outsourcing situation, namely the disclosure of personal data to the service provider and the transfer of personal data abroad, will be considered below. When drafting IT-outsourcing contracts, data protection must also be taken into account for other reasons. It is advisable to clearly define the services to be performed by the service provider and the data of the customer that is protected by data protection law. The measures for avoiding or circumventing breaches of data protection law should also be regulated. The customer should ensure that it is able to terminate the contract in order to avoid data protection problems. It is not sufficient to require the service provider simply to respect all data protection provisions in a general way.

---

## **b. Transfer of Personal Data to the Service Provider**

The customer can avoid a large part of the problems of data protection law if it succeeds in having the service provider classified as an agent within the meaning of Art. 14 of the Data Protection Act. If it succeeds in this, it can in particular avoid the requirement that the data collection must be registered with the Federal Data Protection Commissioner before making any data transfers to the service provider, even if the persons concerned have no knowledge thereof (Art. 11 para. 3 Data Protection Act). Even particularly sensitive personal data or personal profiles can then be transferred without the consent of the persons involved and without any other ground for justification (Art. 12 para. 2 lit. c Data Protection Act).

In order to invoke the privilege under Art. 14 para. 1 Data Protection Act, it is also required that the service provider only processes the data in the same way as the customer itself may do. This means it is necessary for the customer to be able to pass on binding instructions to the service provider at any time. In other words, the customer must ensure when setting up the contracts that it remains master of the data. This in itself is not sufficient however. The customer must also ensure that it is able to supervise the service provider in this regard and it must actually carry out such supervision when performing the contracts. Finally, the customer should guarantee that the service provider only involves third parties with consent of the customer.

The second condition for enjoying the privilege of Art. 14 of the Data Protection Act is the absence of an obligation of confidentiality. Such an obligation may be of a statutory nature (e.g. banking secrecy). But even a contractual confidentiality obligation can constitute an obstacle. It is questionable to what extent confidentiality obligations that are broadly formulated are relevant here. If they are widely formulated, it must be sufficient if the customer obliges the service provider in writing to observe confidentiality. If this is not possible the customer cannot avoid the need to obtain consent from the persons involved.

---

## **c. Transfer of Personal Data Abroad**

If an IT-outsourcing involves transfer of data abroad, it must then be ensured that the personality of the data subjects involved is not seriously endangered by the transfer abroad, particularly due to a lack of equivalent data protection in the foreign country (Art. 6 para. 1 Data Protection Act). Appropriate investigations have to be carried out into statutory data protection in the transferee country. However, there are relatively few countries that recognise data protection standards comparable to Switzerland. EU-member states are safe, provided the data transferred is only from natural persons. In the USA, there is general lack of equivalent data protection. When transferring to such countries, the customer must try to establish comparable data protection by means of

contracts. There are model contracts for this purpose. However if the service provider refuses to conclude an appropriate contract, the only possibility is to obtain consent from the persons involved.

Where data collections are transferred, there is a duty to notify the Federal Data Protection Commissioner, if there is no statutory duty to disclose the data and the persons concerned have no knowledge of the transfer. Knowledge is sufficient, i.e. explicit consent is not required. It follows from Art. 7 para. 2 of the Data Protection Act that this duty of notification only arises if the recipient country lacks a comparable standard of data protection.

---

## **E. Employment Law Issues**

---

### **a. Automatic Transfer of Employment Relationship**

It is not unusual in an IT-outsourcing project that the service provider takes on employees from the IT-department of the customer. In this regard the question arises whether all of the existing employment contracts in the relevant business division are automatically transferred over. Under Art. 333 CO this will be the case if the business or an entire business division is transferred. The employee (not however the transferee service provider) does have a right of waiver.

It is a condition for the applicability of Art. 333 CO that the outsourcing project involves a self-contained unit clearly separable from other parts of the undertaking. It is not relevant whether or not this unit is economically independent. The transferred unit must however keep a separate economic identity (organisation, commercial purpose and individual character), despite the transfer. A pure take-over of certain functions by the service provider will not be sufficient. Certainly one will have to consider whether immaterial assets (such as know-how and goodwill) are also transferred.

The main consequence of the transfer of a business is that all employment relationships relating to the business are automatically assumed by the service provider. In individual court decisions however this is not always the case, particularly if the personal relations between the contracting parties are important (e.g. in the case of management employees). It is therefore to be recommended that, to the extent possible, the relevant consents are obtained from the employees involved at an early stage of the planning process.

For the customer it is important to note that he remains jointly liable with the service provider for certain claims pursuant to Art. 333 para. 3 CO. This applies particularly to claims of the employee that become due prior to the transfer, and also for claims that arise prior to expiry of the period for ordinary termination of the employment

relationship. This joint liability also includes insurance for old age and dependents and contributions to pension schemes.

---

#### **b. Duties of Consultation and Information**

Prior to completion of a business transfer as described above, the customer must inform its employees, possibly via the employee representation body. This duty of information includes the reason for the transfer as well as the name of the service provider. The legal, economic and social consequences of the transfer are also to be covered in the information provided.

If the business transfer results in a change in the nature of the employment relationship, there is an additional duty of consultation (Art. 333a para. 2 CO). The consultation must take place before the decision on transfer is made. This should create an opportunity for the suggestions of the employees to be taken into account by the employer. However, there is no duty to implement the suggestions.

Finally, information and consultation duties may also arise if the IT-outsourcing involves a mass redundancy. The relevant thresholds are set out in Art. 335d CO. The details of the procedure to be followed are found in Arts. 335f and 335g CO.

---

#### **c. Termination**

In principle, the general provisions of the Code of Obligations (Art. 334 ff CO) apply to termination of employment relations in the context of an outsourcing. It should be noted that there is a risk that the courts will consider terminations in connection with a business transfer as being invalid.

---

#### **d. Provisions on Secondment**

Depending on the structure of the transaction and the allocation of authority to issue instructions to the employees, there may be an instance of secondment requiring permission. The permission will be issued by the cantonal employment offices. If the secondment is to a location abroad, an additional permission from the State Secretariat for Economic Affairs is required (Art. 12 Secondment of Employees Act).

If there is a duty to obtain permission, the business must fulfil certain conditions (Art. 13 Secondment of Employees Act). The seconding company must also provide caution as a guarantee for salary claims (Art. 14 Secondment of Employees Act).

## **V. Conclusion**

IT-outsourcing is not only complex from the practical point of view. The legal questions that it throws up are also multi-faceted and at times without clear answers. Ultimately there is no alternative to careful preparation of the various contracts. They will form the basis for resolving the generally unavoidable differences of opinion that arise. The customer should therefore make sure that its requirements are well represented in the negotiations. And the customer should not underestimate its negotiating power, in particular where it has a number of options to choose from and can switch to another (potential) service provider if necessary.





# Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Vorteile und Nachteile</b>	63
A.	Kostenreduktion	63
B.	Zugang zu Ressourcen und Fähigkeiten	64
C.	Fallstricke	64
	a. Operative Risiken	64
	b. Strategische Risiken	65
	c. Destabilisierungsrisiken	65
	d. Compliance Risiken	65
<b>II.</b>	<b>Struktur der Transaktion</b>	66
A.	Ablauf	66
	a. Interne Vorbereitungen	66
	b. Gespräche mit potentiellen Dienstleistern	68
	c. Der Abschluss des Deals	70
B.	Strukturierung der Transaktion	71
	a. Asset Deal	71
	b. Share Deal	72
	c. Joint Venture	73
C.	Vertragsstruktur	73
	a. Vorbemerkung	73
	b. Das Master Agreement	74
	c. Beschreibung der Dienstleistungen	74
	d. Service Level Agreements	75
	e. Zusätzliche Elemente	75
<b>III.</b>	<b>Wichtige Vertragsbestimmungen</b>	78
A.	Warum besteht ein Regelungsbedarf?	78
B.	Beschreibung der Dienstleistungen und Performance-Messung	80
	a. Spezifikation der Dienstleistungen	80
	b. Service Levels	81
	c. Leistungsgutschriften	83
	d. Anreize/Bonuszahlungen	85
	e. Change Requests	85
C.	Pricing	87
	a. Festsetzung des Vergütungssystems	87
	b. Woran der Kunde zu denken hat	87
	c. Preisänderungen	88
	d. Weitere Zahlungsbestimmungen	88
D.	Immaterialgüterrechte	89
	a. Vertragliche Definition	89
	b. Bei Vertragsschluss bereits bestehende Immaterialgüterrechte: Übertragung oder Lizenzierung	89



c.	Zuordnung der Rechte an Arbeitsergebnissen	91
d.	Rechtsgewährleistung	92
E.	Haftung	93
a.	Haftung des Dienstleisters	93
b.	Haftung des Kunden	96
c.	Ausschluss und Beschränkung der Haftung	97
d.	Haftung für Verhalten vor Vertragsschluss	98
F.	Vertragsbeendigung	99
a.	Bedeutung der vertraglichen Bestimmungen über die Vertragsbeendigung	99
b.	Ordentliche Kündigung	100
c.	Kündigung aus bestimmten Gründen	100
d.	Teilweise Kündigung	101
e.	Folgen der Vertragsbeendigung	101
G.	Streitbeilegung	102
a.	Eskalationsverfahren	102
b.	Arbitration	103
c.	Streiterledigung vor staatlichen Gerichten	104
<b>IV.</b>	<b>Weitere wichtige Aspekte</b>	105
A.	Steuerliche Überlegungen	105
a.	Mehrwertsteuer	105
b.	Gewinnsteuern	105
c.	Emissionsabgaben	106
d.	Weitere Überlegungen	106
B.	Regulatorische Vorschriften	107
a.	Überblick	107
b.	Der Bankensektor im Speziellen	107
C.	Kartellrecht	109
a.	Fusionskontrolle	109
b.	Unzulässige Wettbewerbsabreden	111
D.	Datenschutz	112
a.	Allgemeines zum Datenschutz	112
b.	Übergabe von Personendaten an den Dienstleister	113
c.	Transfer von Personendaten ins Ausland	114
E.	Arbeitsrechtliche Fragen	115
a.	Automatischer Übergang von Arbeitsverhältnissen	115
b.	Konsultations- und Informationspflichten	115
c.	Kündigungen	116
d.	Bestimmungen über den Personalverleih	116
<b>V.</b>	<b>Fazit</b>	117



## I. Vorteile und Nachteile

Was ist Outsourcing? Outsourcing bedeutet, dass eine Dienstleistung von einem Dritten bezogen werden soll. Es kann sein, dass diese Dienstleistung bis anhin nur intern erbracht wurde; es kann aber auch sein, dass es sich um eine gänzlich neue Dienstleistung handelt.

Beim Wort "Outsourcing" denkt man in der Regel zunächst an Kostensenkung. Für viele Unternehmungen ist das der Grund, warum sie outsourcen, insbesondere wenn es der Wirtschaft schlecht geht. Aber das ist nicht der einzige Grund. Richtig gestaltetes Outsourcing öffnet die Türen zu neuen Ressourcen und Fähigkeiten und ermöglicht betriebliche Veränderungen. Die Unternehmung kann sich zudem auf neue Strategien fokussieren.

Umgekehrt kann aber nicht oder nicht richtig funktionierendes Outsourcing eine Unternehmung lähmen. Eine gute vertragliche Basis sollte deshalb verhindern helfen, dass sich das Outsourcing-Projekt zu einem Desaster entwickelt. Vertrauen und Zusammenarbeit zwischen den Parteien sind dabei wesentlich für den Erfolg.

---

### A. Kostenreduktion

IT-Outsourcing kann zweifelsohne finanzielle Vorteile mit sich bringen. Viele Dienstleister profitieren von Skalenvorteilen, indem sie gleiche oder ähnliche Dienstleistungen mehreren Kunden anbieten. Dadurch können Systeme und Personal effizienter genutzt werden, als dies beim Kunden intern möglich wäre. Anders als der Kunde selbst, muss der Dienstleister nicht im Hinblick auf allfällige Spitzenzeiten immer dieselbe Menge nicht benützter Kapazitäten aufrecht erhalten. Vielmehr halten sich Spitzenzeiten und flauere Perioden seiner verschiedenen Kunden die Waage. Je nachdem, welches Vergütungssystem der Kunde aushandelt, kann er davon profitieren, dass er nur für die tatsächlich beanspruchten Leistungen (und nicht für deren blosse Verfügbarkeit) zahlen muss. Der Umstand, dass die Dienstleister im Wettbewerb stehen, trägt das Seinige dazu bei, dass die Kosten tief bleiben. Schliesslich verschafft IT-Outsourcing auch Kostentransparenz. Wenn das Reporting und die Preisstruktur genügend transparent sind, können sie aufzeigen, welche Nutzer innerhalb eines Betriebs die höchsten Gebrauchsraten haben. Auf diese Weise kann der Kunde seine IT-Infrastruktur optimieren.

Die Höhe der Kostenreduktion hängt natürlich auch vom Verhandlungsgeschick des Kunden ab. Wenn sich der Kunde aber nur auf das Preiselement konzentriert, kann es sein, dass er nicht diejenigen Leistungen erhält, welche er erwartet. Der Dienstleister sollte vielmehr über den Preis einen Anreiz für gute Arbeit haben.

---

## B. Zugang zu Ressourcen und Fähigkeiten

IT-Outsourcing kann aber noch andere als nur finanzielle Vorteile mit sich bringen. In der Regel wird der Dienstleister in technischer Hinsicht sowohl eine bessere Ausstattung wie auch ausgeprägtere Fähigkeiten aufweisen, als der Kunde sich vernünftigerweise intern anschaffen kann. Wenn der Kunde den Dienstleister verpflichtet, seine Technologie auf dem neuesten Stand zu halten, kann der Kunde zudem über längere Zeit am technologischen Fortschritt partizipieren.

Wenn sich eine Gesellschaft aufspaltet, wird in aller Regel nur noch eine der beiden neuen Gesellschaften über die notwendigen IT-Ressourcen verfügen. Outsourcing ist dann oft der einzige (oder zumindest der schnellste) Weg für die andere Gesellschaft, um angemessene IT-Fähigkeiten aufzubauen. Aber auch wenn zwei Unternehmungen fusionieren, kann Outsourcing die angemessene Lösung sein für die Frage, wessen IT-System gebraucht werden soll.

IT-Outsourcing kann zudem den Weg in neue Märkte ebnen. Ein global tätiger Dienstleister ist nicht selten bereits auf Märkten tätig, in welche der Kunde eintreten möchte. Durch diesen Umstand kann der Kunde Zeit sparen, und er erhält Zugang zu lokalem Know-how.

---

## C. Fallstricke

Ein Risiko resultiert aus dem Umstand, dass durch Outsourcing immer ein gewisses Mass an Kontrolle verloren geht. Das Behalten der Kontrolle über den Prozess kann dieses Risiko zwar reduzieren. Umgekehrt bedeutet aber eine zu starke Kontrolle, dass die Vorteile des Outsourcing verloren gehen. Übergibt man dem Dienstleister Verantwortung, ist er freier, Innovationen einzuführen und Wege zur Kostenreduktion zu finden. Die richtige Balance ist entscheidend.

An dieser Stelle sei kurz auf einige typische Risiken und mögliche Wege zu ihrer Reduzierung eingegangen.

---

### a. Operative Risiken

Zunächst besteht natürlich immer ein Risiko, dass die Dienstleistung nicht in der erwarteten Form oder Qualität erbracht wird. Dafür kann es verschiedene Gründe geben. Eine sorgfältige Auswahl des Dienstleisters kann dieses Risiko minimieren, nicht jedoch gänzlich ausschliessen. Ein Krisenplan ist daher notwendig. Ebenso ist es äusserst wichtig, dass bereits am Anfang Abklärungen darüber getroffen werden, wie die Systeme des Dienstleisters und des Kunden zusammenpassen. Annahmetests, bevor die bezogenen Leistungen zum Einsatz kommen, sind ebenfalls wichtig. Wenn Leistungen nicht auf dem

erwarteten Level erbracht werden, ist dies oft die Folge einer ungenügenden Beschreibung der Leistungen. Die Lösung ist einfach: es ist genügend Zeit und Aufwand in die Beschreibung der erwarteten Dienstleistungen zu investieren.

---

#### **b. Strategische Risiken**

Der Einsatz von Dritten für bestimmte Funktionen kann eine Unternehmung von ihren strategischen Zielen ablenken. Der Kunde muss für das Aufsetzen der Outsourcing-Beziehung Zeit und Ressourcen von anderen Aufgaben abziehen. Geschieht das nicht richtig, kann es in der Folge erhebliche Probleme geben. Der Kunde sollte von Anfang an ein realistisches Bild über das Mass seiner Einbindung haben. Hier kann ein guter Organisationsplan hilfreich sein, der die Kontaktpersonen für die einzelnen Fragestellungen bestimmt. Dadurch können Abläufe vereinfacht und die Zeit für das Umleiten von Anfragen auf das Notwendige reduziert werden.

---

#### **c. Destabilisierungsrisiken**

Ein Outsourcing-Projekt kann auf Arbeitnehmer oder Aktionäre befremdend wirken, wenn sie Vorbehalte gegenüber dem Konzept haben. Es ist daher wichtig, dass Zeit darauf verwendet wird, die Gründe für das Outsourcing zu kommunizieren. Dadurch können interne Konflikte oder gar die Blockierung der gesamten Transaktion verhindert werden.

---

#### **d. Compliance Risiken**

Betrifft das IT-Outsourcing einen regulierten Markt (z.B. Banken oder Versicherer), besteht ein Risiko, dass die Dienstleistungen nicht den regulatorischen Vorgaben entsprechend erbracht werden. Der Kunde bleibt gegenüber den Behörden für die Einhaltung der regulatorischen Vorschriften verantwortlich, hat jedoch nicht immer die notwendige Kontrolle über den Dienstleister. Ein Kunde, der in einem derart regulierten Markt tätig ist, darf nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass der Dienstleister diese Verantwortung vollständig übernimmt. Entsprechende regulatorische Verpflichtungen und die daraus resultierenden Aufgaben sind daher beim Ausarbeiten des IT-Outsourcing-Vertrages sorgfältig zu behandeln.

## II. Struktur der Transaktion

---

### A. Ablauf

---

#### a. Interne Vorbereitungen

Je besser der Kunde sich selbst auf den Outsourcing-Prozess vorbereitet, um so leichter werden die Gespräche mit potentiellen Dienstleistern sein. Die Folge ist in der Regel ein besseres Endergebnis. Im Rahmen dieser Vorbereitungen wird sich der Kunde primär mit der Festlegung der erwarteten Dienstleistungen beschäftigen. Er sollte aber auch Zeit darauf verwenden, das interne Reporting, den Business Case und eine Kommunikationsstrategie zu definieren.

---

#### aa. Umschreibung der Dienstleistungen

Der wichtigste Punkt beim IT-Outsourcing ist die Definition dessen, was outgesourced werden soll. Der Kunde muss zunächst seine Ziele identifizieren und dann entscheiden, was vom Dienstleister bezogen und was weiterhin vom Kunden selbst abgewickelt wird. Danach müssen die outzusourcenden Tätigkeiten relativ detailliert beschrieben werden. Diese Beschreibung bildet die Grundlage für Offerten potentieller Dienstleister. Je detaillierter die Beschreibungen sind, um so leichter wird der Kunde die einzelnen Offerten vergleichen können. Die Beschreibung ist aber auch wichtig im Hinblick auf die spätere Messung der Leistungserfüllung. Aus diesen Gründen sollte man bereits ganz am Anfang der Beschreibung der Dienstleistungen genügend Zeit widmen, auch wenn sie sich im Laufe der Transaktion weiter entwickeln wird.

Besonderes Augenmerk ist auf die Schnittstellen zwischen Kunde und Dienstleister zu richten. Im Laufe der Verhandlungen spielen diese Schnittstellen bei der Zuordnung von Verantwortlichkeiten oft eine besondere Rolle. Hat der Kunde eine klare Idee über die Grenzen seiner eigenen Verantwortlichkeiten und den genauen Verlauf der Schnittstellen, stärkt das seine Position in den Verhandlungen.

---

#### bb. Das Projekt-Team

Die Verantwortung für die Beschreibung der Leistungen wird bei einem Projekt-Team liegen. Dessen Zusammensetzung will gut überlegt sein. Die Team-Mitglieder müssen über verschiedene Kompetenzen verfügen. Sie sollten insbesondere nicht bloss technische Experten sein, sondern zumindest teilweise auch über Erfahrung im Verhandeln und Managen von Verträgen (idealerweise von Outsourcing-Verträgen) verfügen. Zudem sollten sie klare Entscheidungskompetenzen haben. Ist dies nicht der Fall, kann dies den

Outsourcing-Prozess verzögern und potentielle Dienstleister frustrieren. Wichtig ist überdies eine hohe Akzeptanz des Projekt-Teams beim Management und bei den involvierten Angestellten des Kunden. Schliesslich ist darauf zu achten, dass die Team-Mitglieder tatsächlich über die Zeit verfügen, welche sie dem Projekt widmen sollten. Dieser Punkt darf nicht unterschätzt werden. Die Umsetzung des Outsourcing-Projektes dauert Monate, und während dieser Zeit muss das Projekt-Team nahezu ununterbrochen zur Verfügung stehen.

---

#### **cc. Der Business Case**

Ein klar definierter Business Case wird das obere Management davon überzeugen, das Projekt zu unterstützen. Dazu gehört, dass die finanziellen und organisatorischen Aspekte des Projektes beurteilt werden. Die Vorteile und möglichen Nachteile des Projektes sind zu analysieren, und der Zeitplan ist vorzuzeichnen. Der Business Case ist sowohl Teil der internen Präsentation des Projektes wie auch des Informationspaketes, das den potentiellen Dienstleistern vorgelegt wird. Er sollte somit ein realistisches Bild über die Finanzen und das Timing abgeben.

Eine präzise Beurteilung der aktuellen Situation, insbesondere was die laufenden Kosten betrifft, ist schwierig. Oft sind die relevanten Finanzdaten an unterschiedlichen Orten verstreut und zudem mit anderen Zahlen vermengt, die für das Outsourcing-Projekt irrelevant sind. Andere Aspekte der Dienstleistungen hingegen sind in den existierenden Zahlen nicht berücksichtigt. Der Business Case sollte überdies auch die zukünftigen Kosten für die prognostizierte Laufzeit des IT-Outsourcing-Vertrages beurteilen und die künftigen Wachstumsaussichten und technologischen Veränderungen berücksichtigen. Wird das Outsourcing vor allem aus Kostengründen realisiert, muss zwingend eine Schätzung sowohl der aktuellen wie auch der zukünftigen Kosten vorgenommen werden. Diese Schätzung hat das Szenario abzudecken, dass die Leistungen auch in Zukunft inhouse erbracht werden. Bei diesem Prozess wird oft ein besseres Verständnis dafür entwickelt, was die Dienstleistungen umfassen sollen und was die Anforderungen des Kunden sind. Schliesslich bekommt der Kunde auch eine klarere Vorstellung davon, welche Kosten nach Abschluss des Outsourcing-Projektes weiter bestehen bleiben.

---

#### **dd. Kommunikationsstrategie**

Der Kunde sollte bereits zu Beginn des Projektes eine Kommunikationsstrategie entwickeln. Diese Strategie wird in aller Regel nicht stark von dem abweichen, was ohnehin schon gegenüber Angestellten, Aktionären, Kunden und Lieferanten praktiziert wird. Ein komplett neuer Kommunikationsstil würde zu Gerüchten und Verunsicherung führen.

Die Geheimhaltung des Projektes kann bisweilen schwierig sein und negative Auswirkungen auf die Moral der Beteiligten haben. Es wird offensichtlich, dass etwas am Laufen

ist, sei es weil ein Leck auf Seiten des Personals besteht, oder sei es nur, weil die Angestellten ungewöhnliches Verhalten beobachten (z.B. dass ein Arbeitskollege plötzlich regelmässig an vertraulichen Treffen teilnimmt). Wird das Geheimnis einmal bekannt, hat es der Kunde schwer, den Informationsfluss selber zu kontrollieren.

---

## **b. Gespräche mit potentiellen Dienstleistern**

---

### **aa. Der "Request for Proposals" ("RFP")**

Die nächste Phase im Prozess – die Verhandlungen mit potentiellen Dienstleistern – beginnt in der Regel damit, dass ein sog. "Request for Proposals" ("RFP") verschiedenen Kandidaten geschickt wird. Der RFP sollte die technischen Anforderungen des Kunden, die erwünschte Pricing-Struktur und die Regeln für das Bietverfahren enthalten. Die Kandidaten werden aufgefordert, ihre Position bezüglich der wichtigsten kommerziellen Bedingungen und der Risikoverteilung anzugeben. Der RFP muss zwar eine weite Bandbreite abdecken, damit der Kunde eine fundierte Entscheidung treffen kann. Er muss den Kandidaten aber auch genügend Flexibilität lassen, damit diese im Hinblick auf die Anforderungen des Kunden innovativ bleiben.

Primär praktische Überlegungen haben einen Einfluss darauf, was den Kandidaten mitgeteilt werden soll. So ist es beispielsweise nicht angezeigt, dass der Kunde seine internen Kostenschätzungen bekannt gibt. Die Kandidaten sollen zwar in der Lage sein, einen möglichst realistischen Preisvorschlag zu machen, der sich auf klare Vorstellungen hinsichtlich der zu leistenden Dienstleistungen abstützt. Dieser Vorschlag darf aber nicht durch die bestehenden oder geplanten Kosten des Kunden für die Dienstleistungen beeinflusst sein.

Eine wichtige Frage ist, wie vielen Kandidaten ein RFP geschickt werden soll. Die Erfahrung zeigt, dass die potentiellen Dienstleister bei mehr als vier Kandidaten den Prozess nicht mehr ernst genug nehmen. Die Dienstleister werden umgekehrt versuchen, den Kunden davon zu überzeugen, nur mit ihnen zu verhandeln. Viele Kunden akzeptieren das in der falschen Annahme, dass es schneller und effizienter sei. Die Annahme ist deshalb falsch, weil ein Dienstleister nur dann unter einem gewissen Druck steht, wenn er mit anderen potentiellen Dienstleistern im Wettbewerb steht. Dieser Druck zwingt ihn dazu, seine Vorstellungen schnell einzubringen und in den Verhandlungen vernünftiger Positionen einzunehmen. Er wird dann auch eher geneigt sein, seine besten Leute auf das Projekt anzusetzen und überhaupt sein Bestes zu geben, um eine gute Offerte abzuliefern. Die Arbeitslast des Kunden steigt umgekehrt nur unwesentlich, wenn er mit mehreren Partnern auf einmal verhandelt. Der Aufwand für die Beschreibung der Dienstleistungen und den Vorschlag für die Vergütung bleibt nämlich derselbe. Der einzige Mehraufwand entsteht dadurch, dass mehr als nur ein Feedback durchgesehen werden muss.



Aufgrund der Antworten zum RFP wird der Kunde dann den Kreis potentieller Dienstleister eingrenzen. Dabei sollte er jetzt noch nicht zu viele Alternativen ausschliessen. Wir haben es mehrfach erlebt, dass Kunden die Verhandlungen bereits nahezu abgeschlossen hatten und dennoch auf einen Dienstleister zurückgeschwenkt haben, den sie zuvor aus Preisüberlegungen eigentlich abgelehnt hatten, weil sie mit einem anderen Kandidaten plötzlich nicht mehr zufrieden waren.

---

### **bb. Letter of Intent**

Wenn nur noch zwei oder drei Kandidaten übrig sind, wird ein Letter of Intent verhandelt, der die wesentlichen Punkte des Hauptvertrages abdeckt. Es handelt sich dabei primär um finanzielle, rechtliche, technische und kommerzielle Punkte.

Nach schweizerischem Recht kann vorvertraglichen Bestimmungen unter Umständen bindende, durchsetzbare Wirkung zukommen, nämlich dann, wenn es sich um einen Vorvertrag im Sinne von Art. 22 OR handelt. Diese Bestimmung besagt, dass durch Vertrag die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages begründet werden kann. Diese Situation unterscheidet sich stark von derjenigen in common law Ländern, wo ein Vorvertrag grundsätzlich nicht durchgesetzt werden kann.

Die Frage, ob eine Partei von den Gerichten gezwungen werden kann, einen Vertrag abzuschliessen, ist allerdings umstritten. Auf der einen Seite kann man die Tatsache, dass die Parteien einen Vorvertrag abgeschlossen haben, als Hinweis darauf deuten, sie wollten weniger stark gebunden sein als unter einem definitiven Vertrag. Diesfalls wäre Schadenersatz die einzige mögliche Sanktion im Falle des Nichtabschlusses des Hauptvertrages. Andererseits, wenn sämtliche wesentlichen Elemente des Vertrages im Vorvertrag vereinbart sind, können Gerichte allenfalls einen direkten Anspruch auf Erfüllung des nicht-unterzeichneten Hauptvertrages ableiten, und zwar ohne dass zunächst der Abschluss des Hauptvertrages eingeklagt werden muss. Wenn Schadenersatz zugesprochen wird, wird die Höhe so bemessen, dass die verletzte Partei gleich gestellt wird, wie wenn der Hauptvertrag tatsächlich abgeschlossen worden wäre.

Ein Letter of Intent ist somit auch in der Schweiz normalerweise nicht ausreichend, um eine bindende Verpflichtung zum Vertragsabschluss zu begründen. Anders liegen die Dinge aber, wenn das Dokument keinen Vorbehalt enthält und so detailliert formuliert ist, dass es eine Offerte darstellt, die vom Dienstleister durch Gegenzeichnung angenommen werden kann. Ein einfaches Termsheet, welches die Verhandlungsergebnisse festhält, wird so lange nicht als bindender Vertrag zu behandeln sein, als es klar ist, dass die Parteien sich die Freiheit vorbehalten, später zu entscheiden, ob sie noch einen Vertrag abschliessen wollen. Vor allem wenn Verhandlungen mit mehreren Dienstleistern auf einmal im Gange sind, wird man kaum davon ausgehen können, dass die Parteien durch einen Vorvertrag gebunden sein wollen. Aber auch in diesem Fall sollte im Letter

of Intent klargestellt werden, dass keine Verpflichtung besteht, später einen Vertrag abzuschliessen.

Selbst wenn kein durchsetzbarer Vorvertrag besteht, müssen die Parteien ernsthaft und nach Treu und Glauben verhandeln. Tut eine Partei dies nicht, hat die in ihrem Vertrauen enttäuschte Partei Anspruch auf Schadenersatz (vgl. dazu weiter unten III.E.d.).

---

### **cc. Die Wahl des Dienstleisters**

Der Kunde sollte den definitiven Dienstleister nicht zu früh aussuchen. Er sollte viel mehr darauf achten, dass er beim Fällen des Entscheides die Positionen aller potentiellen Vertragspartner zu den wesentlichen Fragestellungen kennt. Manchmal kann es angezeigt sein, verschiedene Dienstleister für einzelne Projekte beizuziehen. In diesem Fall ist besonders sorgfältig festzulegen, wer für die Schnittstellen zwischen den einzelnen Leistungen verantwortlich ist. Eine Lösung mit mehreren Dienstleistern hat auf jeden Fall den Vorteil, dass der Kunde leichter von einem Dienstleister, mit dessen Arbeit er nicht zufrieden ist, zu einem Anderen wechseln kann, der bereits bestimmte Leistungen erbringt.

---

### **c. Der Abschluss des Deals**

Das Termsheet sollte soweit ausgearbeitet sein, dass die Bestimmungen relativ einfach in den Hauptvertrag übernommen werden können. Dennoch wird es nicht immer möglich sein, im Rahmen der vorvertraglichen Verhandlungen bezüglich aller Punkte in die Tiefe zu gehen. Die Juristen auf beiden Seiten werden die Details der Transaktion in weiteren Verhandlungen ausarbeiten. Die Parteien werden auch gewisse Diskussionen auf einen späteren Zeitpunkt verschieben, an welchem sie über mehr Informationen bezüglich der Fähigkeiten und Anforderungen der Gegenseite verfügen.

Ein Grund für einen nicht vollständigen Abschluss kann aber auch im Fehlen von Ressourcen für parallele Verhandlungen liegen. Gerade im Hinblick auf solche Fälle sollten sich die Parteien bereits zu Beginn auf ein klares Streitbelegungsverfahren einigen. Sie sollten eine klare Vorstellung darüber haben, was im Falle des Nichterreichens einer Vereinbarung gelten soll. Der Kunde sollte zudem beachten, dass seine Verhandlungsmacht ab dem Zeitpunkt eher schwächer wird, in welchem die Parteien sich gegenseitig verbindlich verpflichtet haben.

---

## **B. Strukturierung der Transaktion**

Ein IT-Outsourcing-Projekt kann auf verschiedene Weise strukturiert werden. Bei seiner einfachsten Form wird bloss ein Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen abgeschlossen. So einfach sind die Verhältnisse freilich nur selten, nämlich dann, wenn die betreffende Dienstleistung für den Kunden neu ist und er keinerlei Vermögenswerte auf den Dienstleister überträgt. Viel häufiger ist allerdings das Szenario, in welchem der Dienstleister zumindest einige Angestellte, Sachwerte und Verträge vom Kunden übernimmt. Es gibt verschiedene Möglichkeiten, wie eine solche Übernahme von Statten gehen kann.

---

### **a. Asset Deal**

Eine erste Alternative ist die Übernahme des gesamten (oder eines Teils des) IT-Department des Kunden durch den zukünftigen Dienstleister. Rechtlich betrachtet bedeutet dies eine Übernahme von Vermögenswerten und Verbindlichkeiten (Personal, Hardware, Software, Know-how, Gebäude, etc.) durch den Dienstleister. Dies geschieht in der Regel durch einen Übernahmevertrag. Je nachdem, welche Vermögenswerte zu übertragen sind und wie die Übertragung strukturiert ist, sind zusätzliche Dokumente erforderlich wie Kaufverträge über Grundstücke, die Übertragung von Mietverträgen, Lizenzen und Lieferverträgen oder aber Dokumente für die Übertragung von Immaterialgüterrechten. Schliesslich muss aber auch noch der gewöhnliche Vertrag über das Outsourcing der IT-Dienstleistungen mit all seinen Anhängen aufgesetzt werden.

In der Schweiz kommt auf solche Übernahmen das Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003 zur Anwendung. Unter dem Fusionsgesetz kann ein solcher Transfer durch (partielle) Universalsukzession stattfinden. Dies erlaubt die Übertragung aller oder gewisser Vermögenswerte und Verbindlichkeiten vom Kunden auf den Dienstleister durch einen einzigen Akt, ohne dass verschiedene individuelle Akte notwendig wären.

Die Grundlage der Übertragung bildet das Inventar, welches den Umfang der Transaktion definiert. Sämtliche zu übernehmenden Vermögenswerte und Verbindlichkeiten sind in das Inventar aufzunehmen. Alles, was nicht ins Inventar aufgenommen wird, verbleibt bei der übertragenden Gesellschaft. Auch in Bezug auf Verträge mit Dritten gelten aufgrund des Fusionsgesetzes diese Erleichterungen. Ist nämlich ein Vertrag in das Inventar aufgenommen, bedarf es keiner weiteren Formalitäten mehr für die Übertragung der Rechte und Pflichten aus solchen Verträgen. Im Moment ist allerdings noch umstritten, ob eine Klausel in einem Vertrag, der die Übertragung desselben ausschliesst, auch eine Übertragung im Rahmen einer Universalsukzession unter dem Fusionsgesetz verhindert. Im Moment geht die herrschende Auffassung dahin, dass entsprechende Standardklauseln ungültig sind, dass aber eine explizite Bezugnahme auf das Fusionsgesetz in der Klausel die Übertragung verhindern kann. Selbst wenn es aber zu einer Übertragung unter dem

Fusionsgesetz kommt, besteht die Gefahr, dass der Dritte solche Verträge kündigen kann, sei es, dass er sich auf einen vertraglich vereinbarten Kündigungsgrund berufen kann, oder sei es, dass der allgemeine Kündigungsgrund des wichtigen Grundes greift. Es kommt relativ oft vor, dass der Kunde in Bezug auf Verträge mit Dritten nur ungenügend dokumentiert ist, oder dass es unklar ist, ob entsprechende Verträge noch in Kraft sind. Das Fusionsgesetz hilft hier nicht weiter. Wenn ein Vertrag nicht im Inventar aufgeführt ist, geht er auch nicht auf den Dienstleister über. Folglich kommen die Parteien nicht darum herum, eine Due Diligence Prüfung vorzunehmen.

Selbst wenn auf den Vertrag schweizerisches Recht anwendbar ist, muss in Bezug auf die Gültigkeit solcher Übertragungen unter Umständen auch ausländisches Recht konsultiert werden. Dies gilt namentlich dann, wenn Vermögenswerte im Ausland belegen sind, oder wenn es um ausländische Immaterialgüterrechte geht.

Im Anwendungsbereich des Fusionsgesetzes bleibt der Kunde Dritten gegenüber für die übertragenen Verbindlichkeiten gemeinsam mit dem Dienstleister haftbar, und zwar für die Dauer von drei Jahren ab Publikation der Übertragung im Schweizerischen Handelsamtsblatt. Es handelt sich aber nur um eine subsidiäre Haftbarkeit, die nur unter sehr beschränkten Umständen geltend gemacht werden kann, insbesondere wenn der Dienstleister Konkurs geht oder seinen Sitz aus der Schweiz verlegt hat und deshalb nicht mehr belangt werden kann.

Im Rahmen der Verhandlungen muss sich der Kunde überlegen, ob die Geschäftseinheit nach Vertragsende wieder auf ihn zurücktransferiert werden soll. Die Ideallösung liegt für den Kunden in einer entsprechenden Option, ohne aber zum Rückkauf verpflichtet zu sein.

Ein wichtiger Punkt ist schliesslich die Frage der Abhängigkeit zwischen Dienstleistungsvertrag und Übertragungsvertrag. Während der Kunde sicher sein will, dass die Dienstleistungen ohne Unterbruch (und damit sofort) erbracht werden, wird der Dienstleister sicherstellen wollen, dass er über alle notwendigen Vermögenswerte verfügt, um die Dienstleistungen vom ersten Tag an erbringen zu können. Sofern Systeme und Equipment physisch verschoben werden müssen, kann dies zu erheblichen logistischen Problemen führen und möglicherweise ein zweigleisiges Verfahren notwendig machen, insbesondere in Bezug auf die Hardware.

---

## **b. Share Deal**

Eine zweite mögliche Variante ist der Verkauf von Aktien an den Dienstleister. In diesem Fall wird typischerweise die IT-Abteilung (oder ein Teil davon) in eine Tochtergesellschaft des Kunden transferiert, worauf der Kunde die Aktien dieser Tochtergesellschaft dem Dienstleister verkauft.

Nach Erwerb der Aktien wird der Dienstleister seinerseits zu entscheiden haben, ob er die Gesellschaft als Tochtergesellschaft führen will, oder ob er mit ihr fusionieren will. Entscheidet er sich für Letzteres, ist wiederum das Fusionsgesetz zu beachten, wobei verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung stehen. Da das Fusionsgesetz Steuerneutralität anstrebt, sind steuerrechtliche Überlegungen diesbezüglich eher untergeordnet.

Welche Form der Strukturierung hier auch immer gewählt wird, der Dienstleister wird immer sicher gehen wollen, dass die richtigen Vermögenswerte und Verbindlichkeiten in die neue Gesellschaft transferiert werden. Das bedingt, dass er selbst relativ eng in den Abspaltungsprozess involviert wird.

Im Übrigen sind beim Modell Share Deal weitgehend dieselben Überlegungen anzustellen wie beim Asset Deal. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Frage der Abhängigkeit von Dienstleistungsvertrag und Aktienkaufvertrag.

---

### **c. Joint Venture**

Weniger verbreitet ist in der Praxis die Gründung eines gemeinschaftlichen Unternehmens. Bei dieser Struktur gründen der Kunde und der Dienstleister zusammen eine neue Gesellschaft, welche dann entweder Tochtergesellschaft von einem der beiden wird oder aber unter gemeinsamer Kontrolle vom Kunden und vom Dienstleister steht. Der Kunde wird sowohl Personal wie auch Vermögenswerte einbringen, während der Beitrag des Dienstleisters regelmässig im Technologie-Know-how und in Hardware besteht. Auch hier geht man in der Regel auf dem Wege der Sacheinlage vor. Kunde und Dienstleister erhalten für ihre Leistungen Aktien der neuen Gesellschaft.

---

## **C. Vertragsstruktur**

---

### **a. Vorbemerkung**

Unabhängig von der Strukturierung der Transaktion als solcher braucht es immer einen Dienstleistungsvertrag. Der Inhalt dieses Vertrages wird später im Detail besprochen (vgl. unten Ziff. III). Vorweg sollten jedoch einige Überlegungen betreffend die Vertragsstruktur angestellt werden. In aller Regel wird man einen Rahmenvertrag haben, der die allgemeinen Vertragsbestimmungen enthält (und in der Praxis oft "Master Agreement" heisst). Für die einzelnen Dienstleistungen werden individuelle Verträge abgeschlossen. Diese Dienstleistungsverträge beschreiben typischerweise die zu erbringenden Leistungen, deren Qualität wiederum in separaten Anhängen spezifiziert wird. Weitere Anhänge enthalten Dokumente über die Organisation und Verpflichtungen betreffend die IT-Sicherheit. Darüber hinaus gibt es aber kaum feste Regeln für die verschiedenen Vertrags-elemente. Jede Transaktion unterscheidet sich zumindest leicht von allen anderen.

---

## b. Das Master Agreement

Die Verwendung eines Rahmenvertrages hat für die Parteien verschiedene Vorteile. Ein Master Agreement erleichtert insbesondere die Verhandlung der Details bezüglich der einzelnen Projekte. Solche Verhandlungen können dann an die technischen Experten delegiert werden, die in der Regel mehr Sachkenntnis hinsichtlich der einzelnen Dienstleistungen mitbringen. Eine klare Trennung der einzelnen Dienstleistungen kann auch im Falle der Schlechterfüllung hilfreich sein. Es kann nämlich durchaus im Interesse beider Parteien liegen, dass der Vertrag nur teilweise bezüglich einer einzelnen Dienstleistung beendet wird, während er bezüglich der anderen Dienstleistungen in Kraft bleibt.

Werden auf diese Weise Verträge auf verschiedenen Ebenen abgeschlossen, muss von den Parteien geregelt werden, wie sich die einzelnen Verträge zueinander verhalten, wenn es Widersprüche gibt. Eine klare Meinung dazu, was hier besser ist, gibt es nicht. Die Einen sind der Ansicht, es sei besser, wenn die detaillierten Bestimmungen den generellen Bestimmungen vorgehen. Andere vertreten dagegen die Auffassung, dass das Master Agreement eine Art Verfassung enthalte, welche gegenüber den Einzelverträgen Vorrang haben sollte. Zum Teil wird auch die Meinung vertreten, dass jeweils das jüngere Dokument Vorrang haben sollte. Wir vertreten die Ansicht, dass zumindest dort, wo viel Zeit und Aufwand für die Verhandlung des Master Agreements aufgewendet wurde, dessen Bestimmungen Vorrang haben sollten. Letztlich wird man aber immer auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen haben. Wichtig ist, dass die Frage klar geregelt wird, wenn man Überraschungen bei der Vertragsauslegung durch den Richter vermeiden will.

Die Trennung von Master Agreement und Dienstleistungsverträgen ermöglicht auch eine effektive Delegation von Verantwortlichkeiten innerhalb der Organisation des Dienstleisters. Soweit das Master Agreement alle seine Gruppengesellschaften abdeckt, können die jeweils verantwortlichen Tochtergesellschaften des Dienstleisters die sie betreffenden Dienstleistungsverträge selbst abschliessen. Der Kunde sollte im Rahmen des Master Agreements aber darauf achten, dass nicht nur die einzelnen Tochtergesellschaften für ihre individuellen Leistungen haftbar sind, sondern zumindest auch der Dienstleister selbst.

---

## c. Beschreibung der Dienstleistungen

Jede zu erbringende Dienstleistung sollte im Detail in einem eigenen Anhang zum Master Agreement beschrieben werden. Der Vorteil dieser Lösung besteht in ihrer Flexibilität. Sie ermöglicht die Ersetzung oder Beendigung individueller Dienstleistungen, unabhängig von der übrigen vertraglichen Beziehung als solche. Eine entsprechende Aufteilung der Verträge in einzelne Module ist allerdings nicht immer einfach. Sehr oft wird es nämlich eine gewisse Interdependenz zwischen den einzelnen Dienstleistungen geben. In solchen Fällen müssen die einzelnen Annexe aufeinander Bezug nehmen.

---

#### **d. Service Level Agreements**

Die Service Levels hängen sehr eng mit der Beschreibung der Dienstleistungen zusammen. Dennoch ist es sinnvoll, sie voneinander zu trennen, da nicht alle Leistungselemente empirisch messbar sind. Ein Beispiel: Die Erfüllung der Verpflichtung, einen bestimmten Batch-Prozess bis zu einem bestimmten Zeitpunkt abzuschliessen, kann durch einen genauen Test überprüft werden. Entweder ist der Batch bis zu diesem Zeitpunkt erstellt, oder er ist es nicht. Umgekehrt kann aber zum Beispiel eine Verpflichtung, mit dem Service-Manager des Kunden zusammenzuarbeiten, nicht objektiv gemessen werden. Eine solche Verpflichtung kann daher nicht Gegenstand eines Service Level Agreements sein. Aus diesem Grund ist es üblich, die Service Levels in separaten Anhängen zum Master Agreement oder in Unteranhängen zu den einzelnen Dienstleistungsbeschreibungen aufzunehmen.

---

#### **e. Zusätzliche Elemente**

---

##### **aa. Implementationsplan für die Migration**

Der Kunde will sichergehen, dass es während der Migrationsphase keine negativen Auswirkungen auf die Erbringung der Dienstleistungen gibt. Ein klarer Migrationsplan ist ausschlaggebend für eine ungestörte Übergabe an den Dienstleister. Bei der Vorbereitung des Planes ist die Logistik in der Übergangsperiode sehr wichtig. Es sollte daher ein Zeitplan vereinbart werden, und der Dienstleister sollte im Falle des Nichteinhaltens des Zeitplans Vertragsstrafen bezahlen müssen. Wenn Systeme übergeben werden, müssen sie vor ihrem operativen Einsatz getestet werden. Auch hierfür sollten die Parteien Bestimmungen in den Vertrag aufnehmen.

Das Test- und Annahmeverfahren wird gewöhnlich in einem Anhang zum Master Agreement, zum Aktienkauf- oder zum Übertragungsvertrag enthalten sein. Im Anhang betreffend Annahmetests sind sowohl die zu testenden Gegenstände aufzuführen wie auch das Testverfahren zu erklären. Es sollte bereits hier festgelegt werden, wer bei den Tests anwesend sein muss, wie die Ergebnisse zu protokollieren sind, über welche Zeitperiode die Tests stattfinden werden und wie im Falle von Meinungsverschiedenheiten vorzugehen ist.

---

##### **bb. Organisationsplan**

Der Organisationsplan sollte die Projektmanager auf beiden Seiten, das Projektteam und den Lenkungsausschuss festlegen. Im Lenkungsausschuss werden erfahrene Manager beider Parteien vertreten sein. Sodann sollte sich der Organisationsplan im Detail zu den Verantwortlichkeiten und Entscheidungskompetenzen dieser einzelnen Positionen äussern. So sollte der Organisationsplan z.B. festlegen, wer auf Seiten des Kunden

berechtigt ist, sogenannte "Change Requests" zu machen, aber auch, wer auf Seiten des Dienstleisters solche Requests entgegennehmen darf. Gleiches gilt für die Festlegung der Person, an welche die Auswirkungen des Change Requests zu rapportieren sind, und schliesslich, wer auf Seiten des Kunden berechtigt ist, zu entscheiden, dass der Wechsel tatsächlich vorgenommen wird. Andere Punkte, die hier berücksichtigt werden sollten, betreffen die Frage, welche Ressourcen Priorität geniessen, die Genehmigung des Budgets, die Annahme von Testergebnissen und Berichte über die Einhaltung der Service Levels.

Für den Fall, dass bei Meinungsverschiedenheiten auf einer ersten Stufe kein Konsens erreicht werden kann, ist ein Eskalationsverfahren in den Organisationsplan aufzunehmen. Hier wird man entweder direkt auf die Streitbeilegungsbestimmungen im Hauptvertrag verweisen (vgl. dazu hinten III.G.), oder es werden die entsprechenden Bestimmungen ergänzt, insbesondere mit weiteren Eskalationsstufen für die Frühphase. Dabei sollten genaue Zeitphasen und Auslöser für den Beginn eines nächsten Eskalationsschrittes definiert werden. Wenn z.B. die Projektmanager ein Problem nicht innerhalb von sieben Tagen lösen können, kann man vereinbaren, dass sie ihre unmittelbaren Vorgesetzten zu informieren haben, welche dann ihrerseits das Problem innerhalb von sieben Tagen lösen sollten. Wenn auch dann keine Lösung gefunden wird, hat jede Partei das Recht, den Lenkungsausschuss zu einem Treffen innerhalb eines im Voraus bestimmten Zeitraumes einzuberufen. Wenn dann immer noch keine Lösung erreicht ist, kann die Sache wiederum durch jede Partei schriftlich den Geschäftsführern der Parteien vorgelegt werden. Nur wenn auch diese keinen Entscheid treffen können, sollte die Angelegenheit aussenstehenden Experten oder einem Mediator vorgelegt werden oder gar in ein Schiedsverfahren münden. Die Zeiträume sollten jeweils realistisch angesetzt werden. Man sollte auch flexibel bleiben und die Möglichkeit der fehlenden Verfügbarkeit der Geschäftsführer berücksichtigen.

---

### **cc. Sicherheitskonzept**

Die Bedeutung der Sicherheit des IT-Systems ist je nach Kunde unterschiedlich hoch. In regulierten Branchen wie beispielsweise dem Bankensektor besteht eine Pflicht, die Sicherheitsanforderungen festzusetzen und Rahmenbedingungen im Hinblick auf die Sicherheit des Outsourcing zu entwickeln.

Ein solches Sicherheitskonzept sollte zumindest die folgenden Punkte umfassen: Kontinuität des Geschäftsganges und Vorgehen bei Ausfällen; Geheimhaltung von Daten, insbesondere, wenn ein Dienstleister mehrere Kunden hat; die Richtigkeit und Verfügbarkeit von Daten und die Verhinderung von unautorisiertem Zugang zu Systemen und Daten; Massnahmen einer sicheren Übertragung von Daten; Zugangsrechte und Kontrollrechte für den Kunden; Reportingpflichten des Dienstleisters.



---

**dd. Andere Elemente**

Je nach den Umständen des Einzelfalles sind auch noch andere Elemente in die jeweiligen Anhänge aufzunehmen. So sind z.B. oft Vertraulichkeitspflichten in einem separaten Anhang enthalten. Gleiches gilt für Fälle, in denen die Parteien die spätere Weiterentwicklung von Projekten vereinbaren. Auch hier wird dies später in separaten Dokumenten geschehen.

### III. Wichtige Vertragsbestimmungen

---

#### A. Warum besteht ein Regelungsbedarf?

Beim IT-Outsourcing handelt es sich um ein auf längere Dauer ausgerichtetes Vertragsverhältnis. Im Wesentlichen geht es darum, dass der Kunde für gewisse IT-Bereiche vom Dienstleister das IT-System und/oder damit im Zusammenhang stehende Dienstleistungen beziehen will. Rechtlich betrachtet handelt es sich dabei um einen sog. "Innominatkontrakt", der sich keinem der gesetzlich geregelten Vertragstypen zuordnen lässt.

Regelmässig liegen mehrere Elemente verschiedener Vertragstypen nebeneinander vor. Um welche Elemente es sich dabei handelt, hängt auch davon ab, welche Phase des Outsourcing betroffen ist (Implementierungs- oder Betriebsphase). In der Implementierungsphase stehen oft kauf- und lizenzvertragsrechtliche Elemente im Vordergrund (insbesondere bei der Übernahme von Hardware und Software durch den Dienstleister). Ebenso können aber auch werkvertragsrechtliche Elemente wichtig sein (z.B. beim Schreiben kundenspezifischer Software sowie bei der Integration des Systems). Auftragsrecht kann allenfalls dann relevant werden, wenn es um die Erstellung von Konzepten oder die Durchführung von Analysen geht. In der Betriebsphase, welche regelmässig länger dauert, erbringt der Dienstleister primär Dienstleistungen, die unter die Normen des Auftragsrechts fallen (Schulung, Support etc.). Hinsichtlich der Zurverfügungstellung der Infrastruktur kann Mietrecht relevant werden, während wiederum das Werkvertragsrecht die Pflege der IT-Infrastruktur regeln wird.

Die Fülle dieser potentiell anwendbaren Rechtsnormen wirft die Frage auf, welche Normen im konkreten Streitfall nun tatsächlich zur Anwendung kommen sollen. In der Praxis gibt es hierfür zwei komplett unterschiedliche Ansätze. Beim einen Ansatz wird das gesamte Vertragsverhältnis (direkt oder analog) der Ordnung des im Vordergrund stehenden Typus unterstellt. Ein solches Vorgehen dürfte bei IT-Outsourcing-Verträgen aber eher die Ausnahme sein. Viel mehr ist davon auszugehen, dass es zu einer kumulativen Anwendung der verschiedenen Vertragstypen kommt, wobei der Richter bei widersprüchlichen Ergebnissen eine wertende Entscheidung trifft. Sodann wird der Richter bei der Beurteilung von IT-Outsourcing-Verträgen auch den Besonderheiten Rechnungen tragen, die sich daraus ergeben, dass ein Dauerschuldverhältnis vorliegt. Dies wirkt sich beispielsweise auf die Vertragsbeendigung aus, welche nach Aufnahme der Leistung durch den Dienstleister nur noch durch eine nicht rückwirkende Kündigung für die Zukunft möglich ist. Auch bei der Anfechtung des Vertrages wegen Willensmängeln ist dann eine Wirkung zurück in die Vergangenheit nicht mehr möglich. Bei der Einrede des nicht-erfüllten Vertrages gemäss Art. 82 OR sind die Besonderheiten von Dauerschuldverhältnissen ebenfalls zu beachten.

Diese Ausführungen zeigen, dass eine erhebliche Rechtsunsicherheit besteht, wenn sich die Parteien einfach auf die Anwendung des Gesetzesrechtes durch den Richter verlassen. Es ist daher essentiell, dieser Unsicherheit mit einer sorgfältigen Redaktion der Verträge und ihrer wichtigsten Bestimmungen zu begegnen. Nachfolgend werden wir auf einzelne dieser Bestimmungen im Detail eingehen, namentlich auf die Beschreibung der Dienstleistungen und die Performance-Messung (Bst. B), das Pricing (Bst. C), die immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen (Bst. D), Haftungsfragen (Bst. E), die Vertragsbeendigung (Bst. F) sowie das Vorgehen bei Meinungsverschiedenheiten oder Vertragsstreitigkeiten (Bst. G).

Der Kunde sollte darüber hinaus aber auch noch andere mögliche Bestimmungen in Betracht ziehen. So sollte er sich darüber Rechenschaft ablegen, ob es in seinem Interesse liegt, Exklusivitätsrechte (auf der einen oder anderen Seite) zu vereinbaren. Wenn der Kunde aufgrund des Auftragsvolumens eine gewisse Bedeutung für den Dienstleister hat, wird es ihm möglich sein, im Vergleich zu anderen Kunden einen gewissen Spezialstatus auszuhandeln. Zu denken ist etwa an den Einbezug des Kunden in die weitere Entwicklung des Systems des Dienstleisters, so dass er seine eigenen Bedürfnisse in deren weitere Planung einbringen kann. Dieses Ziel kann beispielsweise durch regelmässige Besuche und Gespräche erreicht werden. Sodann sollte der Kunde dem Dienstleister klare Auflagen im Hinblick auf die physische Umgebung, in welchem sich die IT-Infrastruktur befinden wird, sowie in Bezug auf die Ablauforganisation machen. Zu denken ist hier an Vorgaben bezüglich der Installation neuer Software-Versionen, an die Lieferung von Backups und an die Durchführung von Wartungsarbeiten. Sehr wichtig sind auch klare Vorgaben in Bezug auf das Vertragsmanagement. Im Vordergrund steht hier die Bezeichnung von Schlüsselpersonen, insbesondere auf Seiten des Dienstleisters. Es empfiehlt sich, diese persönlich zu bestimmen, ihren Aufgabenkreis und die dafür erforderlichen Qualifikationen und Kenntnisse zu definieren und restriktive Auflagen in Bezug auf die Abberufung solcher Arbeitnehmer durch den Dienstleister durchzubringen. Umgekehrt sollte der Kunde aber auch darauf achten, dass er die Möglichkeit hat, den Austausch von Angestellten des Dienstleisters zu verlangen, die seinen Anforderungen nicht genügen. Des Weiteren ist dem Kunden je nach Komplexität der Situation zu empfehlen, vom Dienstleister das Erstellen jährlicher Technologiepläne zu verlangen.

Weitere Bestimmungen, eher juristisch-technischer Natur, welche ebenfalls von Bedeutung sind, umfassen das anwendbare Recht (insbesondere bei internationalen Sachverhalten), die Vereinbarung griffiger Vertraulichkeitsbestimmungen und die Regelung der Übertragung des Eigentums an Sachen. Bei letzterem Punkt ist zu beachten, dass die Rechtsordnungen mehrerer Staaten relevant sein können, je nachdem wo die Sachen liegen. Kommt auf die Übertragung des Eigentums schweizerisches Recht zur Anwendung, gilt als Grundregel, dass für die Verschaffung von Eigentum die Übertragung des physischen Besitzes erforderlich ist (Art. 922 ZGB).

---

## **B. Beschreibung der Dienstleistungen und Performance-Messung**

---

### **a. Spezifikation der Dienstleistungen**

Die Beschreibung der geschuldeten Dienstleistungen ist für die Verantwortlichen auf Seiten des Kunden eine der schwierigsten Aufgaben im gesamten Outsourcing-Prozess. Von einer guten Beschreibung der Dienstleistungen hängt sehr viel ab. Das gilt bereits zu Beginn, wenn es darum geht, potentielle Dienstleister zu suchen. Die Spezifikationen sind der Ausgangspunkt für Preisdiskussionen, und sie sind später die Messlatte bei der Beantwortung der Frage, ob eine vertragsgemässe Erfüllung vorliegt. Dennoch kommt es oft vor, dass die Dienstleistungen und anwendbaren Service Levels lange nicht richtig definiert oder beschrieben werden. Das bisher Geschehene später in präzise Worte zu fassen ist dann eine sehr heikle und zeitintensive Aufgabe.

Die Verantwortung für das Beschreiben der Dienstleistungen sollte beim Kunden liegen. Dienstleister versuchen zwar oft, ihre eigene Beschreibung durchzusetzen, insbesondere wenn sie die angebotenen Leistungen als Teil ihres Produktportfolios betrachten. Dadurch bleiben die Kosten und Lieferzeiten unter ihrer Kontrolle. Das ist aber nicht unbedingt das, was der Kunde will. Dennoch ist die Ansicht verbreitet, dass der Dienstleister die Leistungen spezifizieren sollte. Diese Ansicht basiert auf der falschen Annahme, dass es der Dienstleister ist, der als Spezialist eine klarere Vorstellung von dem hat, was der Kunde tatsächlich wünscht. Hinzu kommt, dass der Dienstleister für das Schreiben der Spezifikationen in aller Regel eine eigene Vergütung verlangt. Der Kunde gewinnt dadurch aber nicht viel. Selbst wenn nämlich der Dienstleister die Spezifikationen schreibt, wird der Kunde später gleichviel Zeit für die Durchsicht und Korrektur der Spezifikationen aufwenden müssen. Bei einem Bietverfahren mit mehreren Dienstleistern kommt noch hinzu, dass der Kunde selbst eine klare Vorstellung davon haben muss, welche Dienstleistungen er beziehen will. Das bedingt aber, dass er die Spezifikationen selbst schreibt.

Wenn der Kunde das von ihm erwartete Ergebnis nicht erhält, erweist sich das Outsourcing-Projekt als enorme Verschwendung von Ressourcen. Die Spezifikationen sollten deshalb auf das erwartete Endergebnis, und nicht auf die Art und Weise, wie man das Ergebnis erreicht, abzielen. Man sollte dem Dienstleister aber trotzdem genügend Freiraum lassen, um innovative Lösungen einzubringen, seinen eigenen Gewinn zu maximieren und für den Kunden bessere Resultate zu erzielen. Eine allzu imperative Beschreibung der Dienstleistungen kann hier hinderlich sein. Wichtig ist die richtige Balance zwischen klarer Vorgabe des Ergebnisses und Freiraum des Dienstleisters auf dem Weg hin zu diesem Ziel.

---

## b. Service Levels

---

### aa. Grundsätzliches

Die Definition von Service Levels gibt dem Dienstleister einen wichtigen Anhaltspunkt dafür, welche Aspekte der Leistungen für den Kunden am wichtigsten sind. Die Service Levels sind in der Regel verbunden mit Vertragsstrafen oder Leistungsgutschriften, wenn die Vorgaben nicht erfüllt werden. Wir kommen darauf noch zurück (vgl. unten Bst. c). Die Definition von Service Levels wird insbesondere dann sehr schwierig, wenn es sich um gänzlich neue Dienstleistungen oder um Dienstleistungen handelt, die auf einem neuen System erbracht werden. In solchen Fällen kann es angezeigt sein, für eine Migrations- oder Übergangsphase den Dienstleister von der Einhaltung der Vorgaben zu dispensieren oder die Vorgaben im Laufe der Zeit zu steigern. Wenn Dienstleistungen allerdings für das Geschäft essentiell sind, sollte der Kunde dem Dienstleister hier nicht allzuviel Freiheit geben. Die Service Levels sollten auf jeden Fall zumindest so hoch sein, wie sie es vor der Migration waren.

Es kommt vor, dass sich Dienstleister gegen Service Levels sträuben, die höher sind, als diejenigen zur Zeit, als die Leistungen noch vom Kunden selbst erbracht wurden. Ein solches Ansinnen ist grundlos, zumal ja die vereinbarten Preisen die vereinbarten Service Levels in einem gewissen Masse reflektieren.

Allgemein gültige Aussagen zu den Service Levels sind schwierig. Sie werden ganz unterschiedlich definiert sein, je nach Art der Dienstleistung, die outgesourced wird. Wiederrum gilt, dass das Ergebnis im Vordergrund stehen sollte, und nicht die Art und Weise, wie es erreicht wird. Grundsätzlich sollten die Service Levels die Prioritäten des Kunden reflektieren. Wenn z.B. Qualität gegenüber dem Zeitelement im Vordergrund steht, bringt es wenig, die Service Levels an strikte Fristen zu binden. Die Service Levels sollten sich auf eine kleinere Anzahl von Service-Elementen konzentrieren, die einen wesentlichen Einfluss auf das Geschäft des Kunden haben.

Nachfolgend zeigen wir einige Beispiele von Service Levels auf, die je nach Art der Outsourcing-Transaktion passend sein können.

#### **Bezüglich der geschuldeten Netzwerkplattform:**

- Das Netzwerk muss zu x% der Zeit verfügbar sein. Erlaubte Ausfallzeiten sind ebenso zu definieren wie Wartungsfenster (z.B. am Sonntag von Mitternacht bis morgens 5.00 Uhr). Die Verfügbarkeit des Netzwerks sollte ebenfalls bestimmt werden. Verfügbarkeit bedeutet dabei nicht nur, dass die Plattform funktioniert, sondern auch, dass mit anderen Netzwerken ohne jegliche Einschränkungen kommuniziert werden kann;
- "Verzögerung" (die Umlaufzeit für ein Paket im Netzwerk) darf nicht mehr als x Millisekunden sein;

- “Schwankung” (d.h. die Abweichung in der Verzögerung für die Ablieferung verschiedener Paketteile) darf nicht mehr als x Millisekunden sein;
- “Durchsatz” (d.h. die Anzahl Pakete, die ihr Ziel erfolgreich erreichen) muss mindestens x% sein.

#### **Bezüglich der Datenverarbeitung:**

- Datenbündel des Typs A müssen bei Geschäftsschluss am Tag, an dem sie erhalten wurden, bearbeitet sein;
- Datenbündel des Typs B müssen innerhalb von x Minuten nach Erhalt bearbeitet werden;
- Datenbearbeitungsreports müssen nach Erledigung der Aufgabe erstellt werden.

#### **Bezüglich Helpdesk:**

- Der Helpdesk muss an Arbeitstagen von 8 Uhr vormittags bis 8 Uhr abends besetzt sein;
- Anrufe an den Helpdesk müssen innerhalb von x Sekunden abgenommen werden;
- Mitgeteilte Probleme müssen innerhalb von x Minuten gelöst oder eskaliert werden. Das Eskalationsverfahren und die Eskalationszeit werden typischerweise je nach Schwere des Problems unterschiedlich sein;
- x% der dem Helpdesk gemeldeten Probleme müssen innerhalb von zwei Stunden gelöst werden.

Es wäre nicht vernünftig zu erwarten, dass Service Level Standards absolut sein sollen. Eine Verfügbarkeit von 99% kostet unverhältnismässig mehr als eine Verfügbarkeit von 98%. Wenn der Kunde eine Verfügbarkeit von 99% nicht unbedingt braucht, sollte er deshalb auch nicht darauf beharren. Dadurch würde er lediglich die Ressourcen des Dienstleisters von den wirklich wichtigen Aspekten der Dienstleistungen ablenken und seine eigenen Kosten erhöhen.

---

### **bb. Überwachung und Reporting**

Service Levels machen nur dann einen Sinn, wenn der Kunde deren Einhaltung überwachen kann. In aller Regel basiert diese Überwachung auf Reports, welche der Dienstleister erstellt. Das bedeutet, dass sie zu Kontrollzwecken nur bedingt brauchbar sind. Um hier das Risiko des Kunden zu begrenzen, muss der Vertrag klare Bestimmungen über das Reporting enthalten. Die Reports müssen eine vollständige Information über die erbrachten Leistungen liefern, vorzugsweise zusammen mit einem Management Summary, das hervorhebt, welche Service Levels erreicht wurden und welche nicht, und ob Leistungsgutschriften fällig werden (siehe dazu auch unten Bst. c).

Idealerweise sollte der Kunde auch ein eigenes Kontrollverfahren einführen, um zumindest die Reports des Dienstleisters stichprobenweise zu prüfen. Zusätzlich sollte der Kunde Zugang zu den Unterlagen des Dienstleisters haben, damit er die gelieferten Informationen, allfällige Rabatte, Gutschriften und Vertragsstrafen verifizieren kann.

---

## cc. Zukünftige Kapazitäten

Im Hinblick auf ein allfälliges Anwachsen des outgesourcten Bereiches sollten die Parteien auch an zukünftige Kapazitäten denken. Der Dienstleister wird oft vom Kunden zumindest jährlich eine Schätzung des erwarteten Volumens verlangen, um bezüglich seiner eigenen Ressourcen vernünftig planen zu können.

Umgekehrt hat aber auch der Kunde ein Interesse daran, dass der Dienstleister von Anfang an in der Lage ist, ein höheres Volumen zu bewältigen. Er sollte deshalb den Dienstleister nach Details der Kapazität seiner Infrastruktur fragen. Zu denken ist sowohl an die Möglichkeit, dass ein gesteigertes Volumen durch das Hinzufügen neuer Komponenten ohne Unterbrechung des bereits bestehenden Systems erreicht wird, als auch daran, dass von bisher brach liegenden Kapazitäten Gebrauch gemacht wird.

---

## c. Leistungsgutschriften

Um dem Dienstleister einen Anreiz für das Erreichen der vereinbarten Service Levels zu geben, ist es üblich, Leistungsgutschriften oder Vertragsstrafen vorzusehen. Wenn der Dienstleister Service Levels nicht erreicht, muss er dem Kunden eine bestimmte Summe bezahlen. Dies geschieht üblicherweise durch Abzug von der nächsten Rechnung. Der Zweck solcher Abzüge ist es, den Dienstleister zu besserer Leistung zu ermuntern. Sie berücksichtigen aber auch die Tatsache, dass der Kunde weniger an Leistung erhalten hat, als er ursprünglich erwartet hatte. Es wird allerdings nur sehr selten möglich sein, Leistungsgutschriften in einem Umfang auszuhandeln, dass sie den tatsächlich beim Kunden eingetretenen Schaden reflektieren.

Nachfolgend führen wir wiederum einige Beispiele auf, wie Leistungsgutschriften je nach Art der Service Levels formuliert werden können.

### Bei zeitbezogenen Service Levels:

- Eine Gutschrift von x% auf der Service Fee pro 15 Minuten Verzögerung beim Messzeitpunkt;
- Eine Gutschrift von x% auf der Service Fee für jeden Verzugstag nach den ersten drei Tagen, gerechnet vom Messzeitpunkt.

### Bei auf der Verfügbarkeit basierenden Service Levels:

- Eine Gutschrift von x% auf der Service Fee pro Stunde (oder y Minuten) unter der vereinbarten Verfügbarkeit;
- Eine Gutschrift von x% auf der Service Fee für jede Stunde der fehlenden Verfügbarkeit, allenfalls multipliziert mit einem Gewichtungsfaktor, der davon abhängt, zu welcher Tageszeit und an welchem Wochentag der Unterbruch geschieht.

#### Bei qualitätsbezogenen Service Levels:

- Für einen Backup und Recovery Service: eine Gutschrift von x% auf der Service Fee multipliziert mit dem Prozentsatz von Daten, die nicht “backed-up” oder wieder herstellbar sind im Verhältnis zur gesamten gespeicherten Datenmenge (in Gigabytes);
- Für die Übermittlung von Datenpaketen: eine Gutschrift von x% auf der Service Fee für jedes y% verlorener Pakete.

Die obigen Beispiele zeigen, dass Leistungsgutschriften in der Regel an die gesamte Service Fee geknüpft werden. Oft wird der Dienstleister aber darauf beharren, dass Gutschriften bezüglich bestimmter Dienstleistungen nur an denjenigen Anteil der Service Fee geknüpft werden, welcher sich auf diese konkrete Dienstleistung bezieht. Das mag dann sinnvoll sein, wenn die Service Fee in einer Art und Weise auf die Dienstleistungen aufgeteilt werden kann, die deren Wert für den Kunden reflektiert. Die Dienstleister drängen zudem oft auf eine obere Grenze für Gutschriften bei z.B. 50% der gesamten Service Fee. Eine solche Lösung kann dann akzeptabel sein, wenn der Kunde in der Lage ist, den Vertrag zu beenden und den Dienstleister zu wechseln. Aber eben: Dies hängt nicht nur davon ab, dass der Vertrag eine Beendigungsklausel enthält, auch wenn dies sehr wichtig ist. Entscheidend sind vielmehr die Verfügbarkeit alternativer Dienstleister und die Möglichkeit, das Projekt mit sinnvollem Kosten- und Zeitaufwand auf den alternativen Dienstleister zu übertragen.

Die Leistungsgutschrift kann auch von der Art Dienstleistung abhängen, um die es geht. Die Gutschrift kann zudem derart abgestuft werden, dass ein gewöhnliches Nichterreichen der Service Levels z.B. eine Gutschrift von bloss 5% auf der Service Fee zur Folge hat, während die Gutschrift bei substantiellen Verfehlungen 10% beträgt. Zu stark sollte hier allerdings nicht differenziert werden, da die Kalkulation sonst sehr kompliziert und unpraktikabel wird. Eine einfache Struktur ist in aller Regel sowohl für den Kunden als auch für den Dienstleister am effizientesten.

Ausnahmen von der Verpflichtung zur Leistung von Gutschriften wird man für bestimmte Konstellationen vorsehen müssen. Ein Beispiel wäre der Fall, dass das Nichterreichen eine Folge höherer Gewalt oder eines Verhaltens des Kunden ist. Hart umkämpft sind die Verhandlungen oft dann, wenn es um die Zuordnung der Verantwortlichkeit für das Verhalten Dritter geht, insbesondere, wenn diese Drittpartei im Auftrag des Dienstleisters handelt. Die Frage der Haftung für solche Dritte wird weiter unten behandelt (vgl. E.). Im Zusammenhang mit Gutschriften ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass diese nicht notwendigerweise gleich behandelt werden müssen wie Haftungsfragen. Auch wenn die Haftung für Dritte ausgeschlossen wird, macht es Sinn, das Verhalten bei der Zusprechung von Gutschriften dem Dienstleister anzurechnen.

Unter Umständen führt ein einziger Vorgang dazu, dass gleichzeitig mehrere Ansprüche auf eine Gutschrift denkbar sind. Wenn z.B. ein System nicht verfügbar ist, kann dies



per se bereits eine Gutschrift auslösen, gleichzeitig aber auch zu einem Ausfall bei der Bearbeitung eines Batch oder zur Nichtbeantwortung eines Anrufs am überlasteten Helpdesk führen. Der Kunde möchte in einer solchen Situation natürlich eine Gutschrift für jeden einzelnen Fehler beanspruchen, während Dienstleister solchen Mehrfachgutschriften naturgemäß negativ gegenüberstehen. Die Parteien sollten solche Konflikte deshalb bereits im Vertrag selbst regeln. Ein Kompromiss kann darin liegen, dass eine Strafe nur für den ersten Fehler greift, nicht jedoch für Fehler, die eine direkte Folge des ersten Fehlers sind. Das würde im oben genannten Beispiel bedeuten, dass es für den Ausfall bei der Batch-Verarbeitung keine Gutschrift gäbe, dass jedoch die fehlende Antwort des Helpdesk zu einer Gutschrift führt, weil diese nicht direkt von der Unverfügbarkeit des Systems abhängt. Eine andere Lösung wäre, die Gesamtgutschrift pro einzelnes Ereignis nach oben zu begrenzen, oder aber zu vereinbaren, dass eine Gutschrift für eine bestimmte Dienstleistung (z.B. die Verfügbarkeit des Systems) immer vorgeht. Es gibt somit eine Vielzahl an Möglichkeiten, das Problem anzugehen. Viel wird von den konkret in Frage stehenden Leistungen und deren Wichtigkeit für den Kunden abhängen.

---

#### **d. Anreize/Bonuszahlungen**

Kommt es zu einer Überschreitung der Service Levels, könnte der Dienstleister versucht sein, Bonuszahlungen zu verlangen. Es gibt jedoch keinen Grund für den Kunden, dem zuzustimmen. Der Kunde erwartet vom Dienstleister, dass er die Service Levels erreicht, nicht, dass er sie überschreitet. Es dürfte in aller Regel kaum den Notwendigkeiten des Kunden entsprechen, dass die Dienstleistungen besser erbracht werden, als das vereinbart wurde. Im Gegenteil: Die Aussicht auf Bonuszahlungen könnte den Dienstleister dazu veranlassen, seine eigenen Ressourcen von Bereichen abzuziehen, wo sie tatsächlich gebraucht werden. Das gibt für den Kunden keinen Sinn. Eine gesetzliche Verpflichtung, mehr zu bezahlen, besteht ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung nicht. Aus all diesen Gründen sollte der Kunde keine Bonuszahlungen leisten.

---

#### **e. Change Requests**

Es ist sehr wahrscheinlich, dass der geschuldete Leistungsumfang im Laufe des Projektes variiert, sei es, weil die Bedürfnisse des Kunden sich ändern, sei es, weil die technologische Entwicklung fortschreitet. Die Parteien können nicht alle diese Änderungen voraussehen. Das Service Level Agreement muss daher einen Mechanismus für den Umgang mit solchen Änderungen vorsehen.

Gewöhnlich haben beide Parteien aufgrund des Vertrages das Recht, Änderungen schriftlich vorzuschlagen. Wenn der Dienstleister eine Änderung vorschlägt, sollte er dies mit einer Beurteilung der Auswirkungen auf Zeit, Kosten und (vor allem) auf die anderen Dienstleistungen verbinden müssen. Ist es der Kunde, der eine Änderung vorschlägt, sollte dem Dienstleister eine angemessene Zeit eingeräumt werden, um den Vorschlag zu

analysieren und eine Beurteilung der Auswirkungen abzugeben. Dieser Beurteilungsprozess selbst kann teuer sein, weshalb sich die Parteien bereits bei den Vertragsverhandlungen überlegen sollten, wer die Kosten zu tragen hat. Der Vertrag sollte sich sodann dazu äussern, welche Personen für Vereinbarungen über Änderungen verantwortlich und zuständig sind. In der Regel werden es diejenigen Personen sein, die beim Kunden Tag für Tag mit dem IT-System arbeiten. Diese Personen sind zwar in der Regel nicht befugt, ihren Arbeitgeber zu verpflichten bzw. Vertragsänderungen zu unterzeichnen, doch wäre es unpraktikabel, jeden nur erdenklichen Wechsel vom höheren Management absegnen zu lassen.

Eine Änderung der Dienstleistungen sollte nur dann stattfinden, wenn beide Parteien der Änderung und den damit verbundenen Kosten (und ihrer Aufteilung) zustimmen. Für den Fall, dass sich die Parteien nicht einigen können, sollte der Vertrag entweder vorsehen, dass die bestehenden Spezifikationen gültig bleiben, oder dass ein Streitbelegungsmechanismus greift. Auf jeden Fall muss der Kunde aber darauf achten, dass er schlussendlich das Recht behält, den Umfang der geschuldeten Dienstleistungen abzusegnen. Nur dadurch kann er verhindern, dass er für eine Dienstleistung oder einen Service Level bezahlen muss, für welchen er gar keinen Gebrauch hat.

Wenn der Kunde den Vertrag gut ausgehandelt hat, sind kleinere Änderungen im Vertragspreis inbegriffen. Meist wird der Dienstleister aber darauf beharren, dass der Begriff der "kleineren Änderung" definiert wird. Es kann auch vorkommen, dass der Dienstleister die Anzahl solcher kleiner Änderungen pro Jahr beschränken will. Ist die Änderung der Leistungen umfassender, kann es angezeigt sein, dass die Parteien den Upgrade in einem separaten Entwicklungsvertrag regeln. Dieser Entwicklungsvertrag enthält dann seine eigenen Spezifikationen, Service Levels, Preis- und Haftungsbestimmungen.

In gewissen Branchen, wie z.B. dem Finanzdienstleistungssektor, müssen Dienstleistungen so erbracht werden, dass ständig komplexe gesetzliche Vorgaben eingehalten werden. Eine Änderung oder Ergänzung der Gesetzgebung kann eine Anpassung der geschuldeten Dienstleistungen notwendig machen. Wer soll dafür die Kosten tragen? Ohne entsprechende vertragliche Bestimmung dürfte es der Kunde schwer haben, diese Kosten dem Dienstleister aufzubürden. Dieser wird generell kaum eine Haftung für solche Kosten übernehmen.

Wenn ein Dienstleister mehrere Kunden mit ähnlichen Dienstleistungen beliefert, und wenn eine gewisse Anzahl dieser Kunden eine nicht isolierbare Verbesserung wünschen, kann dies den Dienstleister dazu veranlassen, sein ganzes System zu Gunsten sämtlicher Kunden upzugraden. Das kann jedoch mit Nachteilen für einzelne Kunden verbunden sein, die nicht zwingend ein Interesse an einer solchen Verbesserung haben. Die Implementierung des Upgrades führt zu Ausfallzeiten, es kann zu kleineren Verspätungen bei den Antwortzeiten oder zu einem negativen Einfluss auf andere Service-Levels kommen.

Zudem kann es sein, dass der Dienstleister versucht, die Preise anzuheben, um den Upgrade zu finanzieren. Aus all diesen Gründen empfiehlt es sich, diese Fragestellungen bereits zu Beginn zu verhandeln und in den Vertrag aufzunehmen. Der Kunde sollte zumindest darauf achten, dass entsprechende Upgrades für ihn kostenneutral sind, und vereinbaren, dass sie zu keinen wesentlichen Beeinträchtigungen in seinen Geschäftsabläufen führen dürfen.

---

## **C. Pricing**

---

### **a. Festsetzung des Vergütungssystems**

Das Pricing gehört zu den wesentlichen Punkten in einem IT-Outsourcing-Vertrag, steht doch die Senkung der eigenen Kosten oft im Vordergrund der Überlegungen des Kunden, warum er sich überhaupt zu einem IT-Outsourcing entschliesst. Es stehen verschiedene mögliche Pricing-Mechanismen zur Verfügung. Denkbar ist z.B. das Einführen einer Grundvergütung für gewisse, genau umschriebene Leistungen pro Zahlungsperiode, das Entrichten einer Vergütung pro Service-Level oder das Festsetzen von Tarifen für bestimmte Regiearbeiten, unterteilt in verschiedene Tarifklassen. Die einzelnen Vergütungssysteme können miteinander verbunden werden. Wie gesehen werden die Parteien oft auch Preisänderungen vereinbaren, z.B. nach einer bestimmten Indexierung oder im Sinne der Honorierung besserer Leistungen oder der "Bestrafung" schlechterer Leistungen durch den Dienstleister (vgl. dazu im Detail oben Bst. B).

---

### **b. Woran der Kunde zu denken hat**

Die Verhandlungsbandbreite besteht beim IT-Outsourcing im Wesentlichen in der Differenz zwischen den Kosten, die der Kunde bei einer internen Lösung hätte, und den Kosten, welche der Dienstleister seinen für den spezifischen Kunden erbrachten Dienstleistungen zuordnen kann. Wenn im Rahmen dieser Bandbreite verhandelt wird, sollte der Kunde darauf achten, dass er eine möglichst flexible Lösung sucht, die sich an der tatsächlichen Beanspruchung der Dienstleistungen seines Vertragspartners orientiert, und nicht an der blossen Möglichkeit des Bezugs solcher Dienstleistungen.

Sodann besteht ein gewisser Spielraum, je nachdem, welche Verfügbarkeit der Kunde vom Dienstleister verlangt. Je höher diese versprochene Verfügbarkeit ist, um so höher wird auch der Preis pro Einheit sein, bedeutet doch höhere Verfügbarkeit regelmässig auch höhere Kosten auf Seiten des Dienstleisters. Schliesslich sollte der Kunde auch in Betracht ziehen, dass die Preise für verschiedene Dienstleistungen keinesfalls immer gleich sein und nach der gleichen Methode berechnet werden müssen. Abstufungen sind möglich und sinnvoll.

Aus Sicht des Kunden auf jeden Fall zu vermeiden sind Mindestpreise. Mit solchen Mindestpreisen versucht der Dienstleister nämlich, sein eigenes wirtschaftliches Risiko auf den Kunden zu verlagern. Generell ist festzuhalten, dass ein Kunde, der eine Nicht-exklusivität der Dienstleistungen seines Partners aushandeln kann, in Bezug auf Preisverhandlungen besser dasteht als ein Kunde, dem Ausweichmöglichkeiten fehlen. Droht über dem Dienstleister das Damoklesschwert des Abwanderns des Kunden zu einem anderen Dienstleister, wird er sich bei den Preisverhandlungen flexibler zeigen müssen.

---

### c. Preisänderungen

In der Regel werden die Parteien im Hinblick auf zu erwartende Technologie- und Prozessveränderungen absteigende Einheitspreise vereinbaren. Für den Kunden stellt sich indessen die Frage, wie er sich im Falle ausserordentlicher Entwicklungen in diesem Bereich verhalten soll. Ohne entsprechende vertragliche Bestimmung wird er es schwer haben, hier Zugeständnisse vom Dienstleister erreichen zu können. Der Kunde sollte daher schon bei Vertragsschluss darauf hinwirken, dass gewisse Mechanismen für diese Fälle vorgesehen werden. Insbesondere sollte nach einer im Voraus bestimmten Methode die Wiederaufnahme von Preisverhandlungen ausgelöst werden. Auch hier ist wiederum derjenige Kunde eher im Vorteil, der mit seinem Dienstleister eine Nichtexklusivität vereinbaren kann.

Umgekehrt wird auch der Dienstleister versuchen, zu seinen Gunsten gewisse Preisanpassungsmechanismen durchzusetzen. Soweit sich solche Änderungen auf Wechselkursrisiken oder Erhöhungen der Lebenshaltungskosten beziehen und objektiv bestimmbar sind, ist nicht viel dagegen einzuwenden. Zu verhindern ist jedoch die Möglichkeit einseitiger Änderungen durch den Dienstleister, welche nicht auf objektiv messbaren Ereignissen beruhen, wie z.B. Hinweise auf die jeweils gültigen Preislisten des Dienstleisters. Solche Hinweise sind nur dann zu akzeptieren, wenn entweder der Preisanstieg einen gewissen (geringen) Umfang nicht überschreitet, oder wenn der Kunde ohne wesentliche Nachteile vom Vertrag zurücktreten kann.

Sogenanntes "Benchmarking" kann im Zusammenhang mit der Preisfestsetzung eine gewisse Bedeutung haben. Dabei wird durch externe Berater geprüft, ob die Konditionen des Dienstleisters noch marktfähig sind. Allerdings sind die in diesem Zusammenhang entstehenden Kosten nicht zu unterschätzen, weshalb von dieser Möglichkeit nur eher zurückhaltend Gebrauch gemacht werden sollte.

---

### d. Weitere Zahlungsbestimmungen

Der Vertrag sollte sich weiter dazu äussern, welche Zahlungsfristen gelten. Werden Zahlungszeitpunkte relativ deutlich bestimmt, sollte der Kunde darauf achten, dass er explizit erst nach Mahnung in Verzug gerät, und nicht sogleich bei Ablauf der Zahlungsfrist.

In der Regel werden die Dienstleister darauf drängen, die Verzugszinsen im Vertrag höher festzusetzen, als es die gesetzliche Ordnung an sich vorsehen würde. In der Schweiz gilt bei Fehlen vertraglich festgelegter Zinssätze ein jährlicher Zinssatz von 5%. Zinssätze von mehr als 18% pro Jahr gelten in der Regel als unsittlich und sind nicht durchsetzbar.

Der Vertrag sollte sich schliesslich auch noch dazu äussern, ob die vereinbarten Preise Brutto- oder Nettopreise sind, und insbesondere, wer die Steuern zu tragen hat.

---

## **D. Immaterialgüterrechte**

---

### **a. Vertragliche Definition**

Immaterialgüterrechtliche Fragen sind beim IT-Outsourcing wichtig. Einerseits sind immaterialgüterrechtlich geschützte Objekte bei Vertragsschluss bereits vorhanden und müssen von einer oder beiden Vertragspartei(en) benützt werden können. Andererseits entstehen auch bei Realisierung des Projektes geschützte Arbeitsergebnisse. Besteht keine Klarheit darüber, wer welche Arbeitsergebnisse wie nutzen darf, sind Probleme vorprogrammiert.

Zu den Immaterialgüterrechten im klassischen Sinne gehören Patente, Marken, Designrechte, Urheberrechte sowie die Rechte an Pflanzenzüchtungen und Topographien. Beim IT-Outsourcing stehen regelmässig Urheberrechte an Software im Vordergrund. Denkbar ist jedoch auch (je nach Art der Software und je nachdem, welche Rechtsordnungen relevant sind), dass Patente bzw. die Rechte auf das Patent eine gewisse Rolle spielen.

IT-Outsourcing führt aber oft zu Arbeitsergebnissen, die nicht ohne weiteres den klassischen Immaterialgüterrechten zuzuordnen sind. Um auch hier Klarheit zu haben, empfiehlt es sich, die Immaterialgüterrechte in einem weiteren Sinne zu definieren. Insbesondere sollte eine solche Definition auch die Rechte an Daten, Ideen, Konzepten, Erfahrungen, Methoden, geheimes Know-how und allenfalls Domainnamen umfassen.

---

### **b. Bei Vertragsschluss bereits bestehende Immaterialgüterrechte: Übertragung oder Lizenzierung**

Immaterialgüterrechte, die für die Realisierung des IT-Outsourcing-Projektes relevant werden können, liegen in der Regel im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bei verschiedenen Personen. Der Kunde wird einerseits Inhaber von Rechten an immateriellen Gütern sein, die er selbst bzw. seine Angestellten geschaffen haben. Andererseits kann es sein, dass er gewisse Rechte bereits von Dritten übertragen erhalten hat. Sodann werden an dem vom Dienstleister zu betreibenden System auch Rechte Dritter bestehen, bezüglich

welcher der Kunde lediglich über Lizenzrechte verfügt. Auf Seiten des Dienstleisters präsentiert sich die Situation ähnlich. Auch er ist in der Regel zum Teil Inhaber gewisser Immaterialgüterrechte, zum Teil aber auch nur über Lizenzen zu deren Nutzung befugt.

Zunächst ist sicherzustellen, dass der Dienstleister in eine Rechtsposition gebracht wird, die ihm die Durchführung des IT-Outsourcing-Projektes ermöglicht. Das macht es notwendig, dass der Kunde die ihm gehörenden Rechte dem Dienstleister entweder abtritt oder aber lizenziert. Zudem muss der Kunde überprüfen, ob diejenigen Lizenzverträge, welche er mit Dritten hat, die Benutzung der Immaterialgüter durch den Dienstleister auch tatsächlich erlauben. Ist das nicht der Fall, muss der Kunde entweder mit diesen Dritten eine entsprechende Rechtseinräumung verhandeln, oder aber nach einer Lösung suchen, welche ohne die Immaterialgüter dieser Dritten auskommt. Schliesslich sollte der Kunde aber auch darauf achten, dass der Dienstleister seinerseits aufgrund seiner Vertragssituation mit Dritten berechtigt ist, deren Immaterialgüter bei der Durchführung des IT-Outsourcing-Projektes zu benutzen. Auch muss der Kunde sicherstellen, dass ihm der Dienstleister an den dem Dienstleister gehörenden Immaterialgüterrechten diejenigen Lizenzen einräumt, welche der Kunde zur Beanspruchung der IT-Outsourcing-Dienstleistungen benötigt. Dabei ist besonders wichtig, dass diese Beanspruchung der Leistungen auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses weiter möglich sein muss.

In der Regel wird der Kunde nur eine weltweite, nichtexklusive Lizenz für den internen Gebrauch beim Kunden erhalten. Diese Lizenz sollte das Recht beinhalten, die Software zu gebrauchen, abzuändern, zu verbessern und darauf basierende Werke zu schaffen. Um eine zu starke Abhängigkeit vom Dienstleister zu vermeiden, ist darauf zu achten, dass der Kunde diese Rechte auch durch Dritte wahrnehmen kann. Besonderes Augenmerk ist zudem auf die Problematik der nichtgehörigen Leistungserfüllung durch den Dienstleister zu legen. Für solche Fälle sollte der Kunde Zugang zum Source Code bekommen, so dass er oder eine von ihm beauftragte Drittpartei die entsprechenden Arbeiten vornehmen kann.

Bei der Ausgestaltung der entsprechenden Rechtsübertragungen bzw. Lizenzen ist immer im Auge zu behalten, dass nicht nur das auf den Vertrag anwendbare Recht massgebend sein kann. Viel mehr gilt bei Immaterialgüterrechten der Grundsatz, dass das Recht desjenigen Landes anwendbar ist, bezüglich dessen Territorium der Schutz besteht. Schweizerische Patente können schriftlich übertragen werden, doch empfiehlt sich im Hinblick auf die Absicherung gegenüber Dritten eine Eintragung im Patentregister (vgl. Art. 33 PatG). Urheberrechte können in der Schweiz grundsätzlich formlos übertragen werden (Art. 16 URG). Es empfiehlt sich jedoch auch hier Schriftlichkeit. Hinsichtlich Urheberrechte ist zu beachten, dass gewisse Länder die Übertragbarkeit von Urheberrechten ausschliessen (so z.B. Deutschland). Ist das der Fall, kommt nur eine Lizenzierung in Frage.

---

### c. Zuordnung der Rechte an Arbeitsergebnissen

In den meisten Ländern gilt der Grundsatz, dass die Rechte an Arbeitsergebnissen bei derjenigen Person entstehen, welche das Arbeitsergebnis geschaffen hat. Bezüglich urheberrechtlich geschützter Werke gilt dies nahezu uneingeschränkt. Bei patentierbaren Erfindungen gilt immerhin, dass Erfindungen, welche von Arbeitnehmern in Erfüllung ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten geschaffen werden, dem Arbeitgeber gehören (Art. 332 OR). Ausserhalb des Arbeitsvertragsrechts sieht keine Bestimmung vor, dass die Rechte an Arbeitsergebnissen ohne weiteres beim Auftraggeber entstehen bzw. von Gesetzes wegen auf diesen übertragen würden. Für den Kunden bedeutet dies, dass ohne entsprechende vertragliche Regelung davon auszugehen ist, dass die Rechte an Arbeitsergebnissen beim Dienstleister verbleiben. Der Kunde muss somit einerseits sicherstellen, dass er zur Nutzung solcher Arbeitsergebnisse in dem von ihm erwünschten Umfang berechtigt wird. Andererseits muss er sich überlegen, in welcher Form er sich diese Berechtigung verschafft. Dies kann wiederum sowohl durch Rechtsübertragung wie auch durch Einräumen einer Lizenz geschehen.

In diesem Zusammenhang ist es für den Kunden wichtig zu wissen, dass ihm die Rechtsinhaberschaft grundsätzlich eine bessere Position verschafft als die blosser Einräumung einer Lizenz. Dies zeigt sich zum Beispiel darin, dass in aller Regel nur der Rechtsinhaber gegen Verletzungen der Immaterialgüterrechte durch Dritte vorgehen kann, während der Lizenznehmer in solchen Fällen darauf angewiesen bleibt, dass der Rechtsinhaber (bzw. der Lizenzgeber) Prozesse gegen Rechtsverletzer führt. Auch im Falle eines Konkurses des Dienstleisters steht der Kunde ungleich besser da, wenn er sich die Rechte vorher hat übertragen lassen. Insbesondere muss er nicht damit rechnen, dass im Rahmen der Zwangsverwertung die Immaterialgüterrechte auf einen Dritten übertragen werden. Ganz grundsätzlich lässt sich festhalten, dass die Übertragung der Rechtsinhaberschaft dem Kunden die Fäden hinsichtlich des immateriellen Gutes in die Hand gibt, während die Lizenz bloss eine vertragliche Nutzungsberechtigung im Rahmen der getroffenen Vereinbarungen bedeutet. Dieses vertragliche Recht kann nach schweizerischem Recht aus wichtigem Grund jederzeit wieder entzogen werden.

In der Vertragspraxis sieht es freilich so aus, dass eine Übertragung der Rechte auf den Auftraggeber eher nur in beschränktem Umfang vorkommt, so z.B. bezüglich Konzepte und Handbücher. Hinsichtlich der Software an sich sind die Dienstleister jedoch sehr zurückhaltend, einer Übertragung der Urheberrechte auf den Kunden zuzustimmen. Zur Begründung wird oft argumentiert, der Dienstleister müsse weiterhin in der Lage bleiben, die Werkzeuge zu verwenden. Dieses Argument ist jedoch nur beschränkt stichhaltig. Auch im Rahmen einer Rechtsübertragung kann nämlich umgekehrt lizenzvertraglich eine solche Weiterverwendung sichergestellt werden, indem der Kunde seinerseits dem Dienstleister im notwendigen Umfang eine grundsätzlich unwiderrufliche Lizenz einräumt.

Auf jeden Fall muss der Kunde auch hier sicherstellen, dass das Recht zur Nutzung der Arbeitsergebnisse nach Vertragsende weiterläuft. Der Kunde sollte zudem versuchen, den Dienstleister zu verpflichten, zumindest die kundenspezifischen Arbeitsergebnisse nicht für Konkurrenten des Kunden zu benützen und sie auch nicht an diese weiterzugeben. Gegebenenfalls ist eine entsprechende Verpflichtung zeitlich zu beschränken.

All diese Überlegungen sind nicht erst beim Abschluss des eigentlichen Vertrages zu machen. Der Kunde sollte viel mehr auch schon beim Abschluss allfälliger Letters of Intent oder Vorverträge darauf achten, dass er in ausreichendem Umfange die Arbeitsergebnisse nutzen kann, auch wenn es später nicht zum Abschluss des eigentlichen IT-Outsourcing-Vertrages kommt.

---

#### **d. Rechtsgewährleistung**

Die Frage der Rechtsgewährleistung stellt sich sowohl hinsichtlich der bei Vertragsabschluss bereits bestehenden Immaterialgüterrechte wie auch in Bezug auf die Rechte an den Ergebnissen des IT-Outsourcing. Der Dienstleister wird sich gegenüber dem Kunden dahingehend absichern wollen, dass er durch die Erbringung der Dienstleistungen nicht die Rechte Dritter verletzt. Umgekehrt hat der Kunde darauf zu achten, dass er hinreichend Zusicherungen vom Dienstleister dafür erhält, dass die Nutzung der Arbeitsergebnisse keine Immaterialgüterrechtsverletzung bedeutet. Die Frage ist vor allem deshalb von einer gewissen Brisanz, weil allfällige in ihren Rechten verletzte Dritte (neben strafrechtlichen Ansprüchen und Schadenersatzforderungen) zivilrechtlich ein Verbot der Nutzung ihrer Rechte durchsetzen können. Das kann im schlimmsten Fall für den Kunden bedeuten, dass er seine IT-Infrastruktur nicht mehr gebrauchen kann.

Im Idealfall lässt sich der Kunde vom Dienstleister zusichern, dass er durch die Benützung der Arbeitsergebnisse keine Rechte Dritter verletzt. Auch sollte für den Fall einer Rechtsverletzung eine Schadloshaltung des Kunden vereinbart werden. Allerdings dürften viele Dienstleister gegenüber so weit gehenden Zusicherungen zurückhaltend sein. Insbesondere werden sie argumentieren, dass es gar nicht möglich sei, abschliessend abzuschätzen, ob ein Arbeitsergebnis in den Schutzbereich von Immaterialgüterrechten Dritter falle. Auf jeden Fall sollte sich der Kunde aber zusichern lassen, dass der Dienstleister nach bestem Wissen keine Kenntnis von Immaterialgüterrechtsverletzungen habe.



---

## **E. Haftung**

---

### **a. Haftung des Dienstleisters**

---

#### **aa. Vertragliche Haftung für Erfolg oder für Sorgfalt?**

Eine der Kernfragen ist, ob der Dienstleister beim Nichteintritt eines bestimmten Erfolges haftet, oder ob er dann haften soll, wenn seine Leistungen unsorgfältig erbracht wurden. Ersteres gilt, wenn das Vertragsverhältnis als Werkvertrag zu qualifizieren ist. In diesem Fall schuldet er den Eintritt eines bestimmten Erfolges (Art. 363 ff. OR). Liegt dagegen ein Auftragsverhältnis vor, genügt es, dass der Dienstleister sorgfältig tätig wird (Art. 398 OR). Tut er dies, hat er selbst dann gehörig erfüllt, wenn er dem Kunden nicht das Ergebnis abliefert, welches dieser erwartet hat. Oder mit anderen Worten: beim Werkvertrag schuldet der Dienstleister ein Werk, beim Auftrag ein Wirken.

Diese Abgrenzung bereitet in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten. Es ist zu prüfen, ob sich das Resultat der vertraglichen Vereinbarung durch die geschuldete Tätigkeit unbedingt verwirklichen lässt oder nicht. Ein Auftrag liegt eher dann vor, wenn der Erfolgseintritt bewusst ungewiss bleiben soll. Beim Werkvertrag hingegen gehen die Parteien von einem konkreten Erfolgseintritt aus.

Hinsichtlich des IT-Outsourcing-Vertrages bedeutet dies Folgendes: Wenn der Dienstleister für die allgemeine Verfügbarkeit der IT-Infrastruktur verantwortlich ist, deutet dies darauf hin, dass er dem Kunden einen Erfolg verspricht. Das führt zur Anwendung der werkvertragsrechtlichen Normen, und der Dienstleister haftet bei Nichteintreten des geschuldeten Erfolges. Auftragsrecht liegt dagegen eher dann vor, wenn der Dienstleister bloss gewisse Tätigkeiten in diesem Zusammenhang zu erbringen hat. Dies gilt z.B. dann, wenn er das Personal des Kunden zu schulen hat. Tendenziell wird man aber – insbesondere im Falle der Vereinbarung bestimmter Service-Levels – eher davon auszugehen haben, dass werkvertragliche Normen zur Anwendung kommen.

---

#### **bb. Vertragliche Haftungsgrundlagen**

Kernbestimmung für die vertragliche Haftung des Dienstleisters ist Art. 97 Abs. 1 OR. Sie greift primär dann, wenn der Schuldner die geschuldete Leistung nicht oder nicht mehr gehörig bewirken kann. Daneben umfasst sie einerseits die sogenannte Schlechterfüllung, d.h. das Erbringen der Leistung in nichtvertragsgemässer Qualität. Andererseits werden über Art. 97 OR aber auch Verletzungen von Nebenpflichten sanktioniert. Solche Nebenpflichten umfassen insbesondere auch unselbständige Schutzpflichten wie Aufklärungs-, Unterlassungs- oder Beratungspflichten des Vertragspartners.

Eine besondere Rechtsgrundlage besteht für die in zeitlicher Hinsicht nicht vertragsgemässe Erfüllung durch den Dienstleister, den sogenannten Verzug. Die entsprechenden Regeln sind in den Art. 102 bis 109 OR enthalten. Neben dem Anspruch auf Schadenersatz wird hier auch ein Recht auf Rücktritt vom Vertrag statuiert. Ein Rücktritt ist oft aber nicht im Interesse des Kunden, der ja auf die IT-Infrastruktur angewiesen ist. Da das zeitliche Element dennoch eine wichtige Rolle spielt, ist dem Kunden deshalb zu empfehlen, für das Nichteinhalten von Meilensteinen Vertragsstrafen zu vereinbaren. Dadurch wird der Dienstleister zusätzlich angespornt, seine Leistungen rechtzeitig zu erbringen.

Soweit der Dienstleister für die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten Hilfspersonen beizieht, gilt die Sonderordnung von Art. 101 OR. Er hat für die Handlungen und Unterlassungen dieser Personen einzustehen, wie wenn er selber gehandelt bzw. nicht gehandelt hätte. Exkulpieren kann er sich nicht. Kommt Auftragsrecht zur Anwendung, gelten darüber hinaus Art. 398 Abs. 3 und Art. 399 Abs. 2 OR. Die Haftung des Dienstleisters ist dann auf die gehörige Sorgfalt bei der Auswahl und Instruktion der Substituten beschränkt.

Ungeachtet all dieser Ausführungen besteht jedoch die wesentliche Grundlage für die Haftung des Dienstleisters in den Gewährleistungen und Zusicherungen des Dienstleisters. Auf deren Formulierung hat der Kunde sein Augenmerk besonders zu richten (vgl. dazu oben im Einzelnen Bst. B.).

---

### **cc. Sanktionen bei Vertragsverletzungen**

Liegt eine Vertragsverletzung vor, aus welcher dem Kunden ein Schaden resultiert, und kann der Dienstleister nicht beweisen, dass ihn an der Vertragsverletzung kein Verschulden trifft, greift die primäre Sanktion: der Dienstleister hat dem Kunden den entstandenen Schaden zu ersetzen (Art. 97 Abs. 1 OR). Das bedeutet, dass der Dienstleister den Kunden finanziell so zu stellen hat, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre. Konkret heisst dies z.B., dass ein Dienstleister, der dem Kunden 98.5% Verfügbarkeit während der gesamten Geschäftszeit verspricht, bei einem verschuldeten Betriebsausfall von einem Tag den Kunden so zu stellen hat, wie wenn über die ganze Woche betrachtet 98.5% Verfügbarkeit bestanden hätte.

In einem Gerichtsverfahren obliegt es dem Kunden zu beweisen, dass er tatsächlich einen Schaden erlitten hat, der ihm zu ersetzen ist. Dies kann in der Praxis recht schwierig sein. Der Kunde ist daher gut beraten, Konventionalstrafen zu vereinbaren. Das ist grundsätzlich möglich. Übermässige Konventionalstrafen wird der Richter jedoch nach seinem eigenen Ermessen herabsetzen (Art. 163 Abs. 3 OR). Beim Abfassen des Vertrages ist bezüglich der Konventionalstrafen besondere Vorsicht geboten. Das Gesetz stellt für den Fall des Fehlens einer vertraglichen Vereinbarung eine Ersatzordnung zur Verfügung, die für den Kunden nicht nur vorteilhaft ist. Insbesondere gilt, dass der Kunde mangels

anderer Abrede nur berechtigt ist, entweder die vertragliche Erfüllung oder die Strafe zu fordern (Art. 160 Abs. 1 OR). Will der Kunde neben der Erfüllung auch die Strafe geltend machen, muss er dies also explizit vertraglich vereinbaren. Umgekehrt verfällt eine Konventionalstrafe aber auch dann, wenn dem Gläubiger gar kein Schaden erwachsen ist (Art. 161 Abs. 1 OR). Will der Kunde denjenigen Schaden geltend machen, der über die Konventionalstrafe hinausgeht, wird er allerdings auch bezüglich des Verschuldens des Dienstleisters beweispflichtig (Art. 161 Abs. 2 OR).

Grundsätzlich kann der Kunde bei Vertragsverletzungen des Dienstleisters auch nach den Verzugsregeln vorgehen (Art. 102 ff. OR). Diese sehen insbesondere eine Kündigungsmöglichkeit vor. Darauf ist weiter unten noch einzugehen (vgl. Bst. F.).

---

#### **dd. Deliktische Haftung des Dienstleisters**

Kommt es aufgrund des Verhaltens des Dienstleisters auf Seiten des Kunden zu Sach- oder Personenschäden, haftet der Dienstleister unter Umständen auch aus Delikt (Art. 41 OR). Schafft der Dienstleister im Rahmen des IT-Outsourcing eine Risikoquelle, die zu einem Schaden führen könnte, ist er verpflichtet, alle geeigneten Massnahmen zu treffen, um einen möglichen Schadenseintritt zu vermeiden. Tut er dies nicht, hat er dem Kunden (oder einem anderen Geschädigten) Schadenersatz zu bezahlen, wenn der Kunde (bzw. der Geschädigte) neben dem Eintritt des Schadens auch beweisen kann, dass den Dienstleister ein Verschulden trifft.

Soweit der Schaden durch Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen des Dienstleisters in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht wird, haftet der Dienstleister ebenfalls, es sei denn er kann dartun, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat (vgl. Art. 55 OR). Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Dienstleister im Rahmen des IT-Outsourcing für eine zweckmässige Organisation der Arbeitsabläufe zu sorgen hat. Diese Pflicht umfasst insbesondere passende Sicherheitsvorkehrungen und die Einrichtung von Kontrollmechanismen bei der Leistungserbringung.

Grundsätzlich auch denkbar ist, dass der Dienstleister aus Produkthaftpflichtrecht haftbar wird. Praktisch dürfte diese Haftung allerdings kaum zum Zug kommen. In der Lehre ist umstritten, ob Software überhaupt als Produkt zu qualifizieren ist, welches im Sinne des Produkthaftpflichtgesetzes fehlerhaft sein kann. Zu Gunsten des Dienstleisters wirkt sich auch aus, dass Software bekanntlich nie absolut fehlerfrei funktioniert, so dass es schwierig sein wird, zweifelsfrei von einem Mangel des Produktes im Sinne des Produkthaftpflichtrechts auszugehen. Schliesslich dürfte eine Haftung in der Praxis oft auch daran scheitern, dass eine Haftpflicht nur dann besteht, wenn es zum Tod bzw. zur Verletzung einer Person kommt oder wenn der Sachschaden den Gebrauch eines Produktes betrifft, das hauptsächlich privat verwendet wird.

---

## **b. Haftung des Kunden**

---

### **aa. Haftung gegenüber dem Dienstleister**

Eine potentielle Haftung besteht für den Kunden zunächst einmal dann, wenn er seine Infrastruktur auf den Dienstleister überträgt oder diesem zumindest zur Verfügung stellt. Hier wird der Kunde darauf zu achten haben, dass die Zusicherungen bzw. Garantien, die er abgibt, nicht zu weit gehen, ansonsten er ein zu grosses Haftungsrisiko eingeht. Beim Fehlen vertraglicher Bestimmungen kommen die entsprechenden Bestimmungen des Kaufrechts (Art. 184 ff. OR) oder des Mietrechts (Art. 253 ff. OR) zur Anwendung.

Daneben besteht die Hauptpflicht des Kunden darin, die Vergütung fristgerecht zu bezahlen. Tut er dies nicht, gerät er in Verzug, und der Dienstleister kann nach Art. 102 ff. OR vorgehen. Der Kunde hat darauf zu achten, dass ein Rücktritt nach Art. 107 ff. OR die absolute Ausnahme bleibt. Er sollte daher diese dispositiven Gesetzesbestimmungen wegbedingen. Zudem sollte er – wie bereits oben erwähnt – darauf achten, dass er nicht bereits mit Ablauf der Zahlungsfrist, sondern erst nach schriftlicher Mahnung in Verzug gerät.

---

### **bb. Haftung des Kunden gegenüber Dritten für Handlungen und Unterlassungen des Dienstleisters**

Der Kunde sollte nicht vergessen, dass die Handlungen oder Unterlassungen des Dienstleisters Schäden bei Dritten verursachen können, für welche unter Umständen auch der Kunde selbst haftbar werden kann. Er sollte daher nicht nur den Dienstleister sehr sorgfältig aussuchen, sondern auch eine Bestimmung in den Vertrag aufnehmen, wonach der Dienstleister ihn im Falle solcher Haftungsansprüche Dritter schadlos zu halten hat.

Zunächst ist denkbar, dass der Dienstleister vom Kunden eingesetzt wird, um vertragliche Pflichten des Kunden gegenüber Dritten zu erfüllen. In diesem Falle haftet der Kunde gegenüber dem Dritten für Handlungen des Dienstleisters wie für seine Eigenen (Art. 101 OR). Er kann sich insbesondere nicht mit dem Argument verteidigen, ihn selbst treffe kein Verschulden.

Grundsätzlich möglich – aber in der Praxis wohl eher selten – ist, dass sich ein Anspruch eines Dritten auf Konzernhaftung zu stützen vermag. Meistens wird es sich so verhalten, dass es beim Einbezug des Dienstleisters nicht um ein gemeinsames Auftreten von Kunden und Dienstleister geht. Wenn allerdings eine besondere Nähe zwischen den beiden Vertragspartnern äusserlich zum Ausdruck kommt, kann es zu einer Konzernhaftung kommen. Gleiches gilt selbstverständlich dann, wenn der Kunde eine Gruppengesellschaft als Dienstleister benutzt.

Schliesslich ist in diesem Zusammenhang auch noch die Haftung aus Datenschutzrecht zu erwähnen. Darauf wird weiter unten noch detaillierter eingegangen werden. Es kann passieren, dass der Kunde haftbar wird, wenn der Dienstleister die ihm vom Kunden übergebenen Personendaten rechtswidrig, d.h. gegen die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes, verwendet.

---

### **c. Ausschluss und Beschränkung der Haftung**

Für einen Fall enthält das Gesetz selbst einen Ausschluss der Haftung (Art. 119 OR): Soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist, kann der Gläubiger diese Leistung nicht mehr verlangen. Der Schuldner (beim Outsourcing in der Regel der Dienstleister) verliert dadurch die noch nicht erfüllte Gegenforderung (sprich: den Anspruch auf Vergütung) und haftet für bereits empfangene Gegenleistungen aus ungerechtfertigter Bereicherung. Diese Bestimmung trägt den Interessen des Kunden weitgehend Rechnung. Extensive Force majeure Klauseln liegen daher weitgehend im Interesse des Dienstleisters und sind nach Möglichkeit aus Sicht des Kunden zu vermeiden.

Darüber hinaus wird der Dienstleister in aller Regel versuchen, seine Haftung weitest möglich einzuschränken. In der Praxis finden sich zum Beispiel betragsmässige Limiten (vom Dienstleister erhaltene Vergütung für x Jahre als Obergrenze), Unterscheidungen nach Schadensarten (keine Haftung für indirekte Schäden oder Folgeschäden) oder der Ausschluss für bestimmte Formen des Verschuldens (einfache Fahrlässigkeit). Das schweizerische Recht setzt solchen Beschränkungen zwar einige Grenzen. Es handelt sich jedoch um einen Aspekt, der von grosser Wichtigkeit ist und vom Kunden daher mit Sorgfalt verhandelt werden sollte.

Eine erste Schranke ergibt sich aus Art. 100 OR: Die Haftung kann nicht für absichtliche oder grobfahrlässige Schadenszufügung wegbedungen oder beschränkt werden. Entsprechende Vereinbarungen sind ungültig. Bei konzessionierten Gewerben wie Banken kann der Richter sogar eine Haftungsbeschränkung für leichte Fahrlässigkeit für ungültig erklären. Trotz dieser Schranken sollte der Kunde aber auch hier vorsichtig sein. In der Lehre wird zunehmend die Ansicht vertreten, dass im kaufmännischen Verkehr Haftungsbeschränkungen z.B. auf bestimmte Schadensarten selbst dann zulässig sein sollen, wenn der Haftung ein grobes Verschulden zu Grunde liegt.

Sodann gehört es zu den Grundsätzen des schweizerischen Vertragsrechts, dass die vertragswesentlichen Pflichten nicht wegbedungen werden können. Zu diesen Pflichten gehört beispielsweise die Sorgfaltspflicht im Auftragsrecht. Gleiches gilt für Sicherungspflichten und zugesicherte Eigenschaften. Hier wird davon ausgegangen, dass eine entsprechende Wegbedingung der Haftung ein widersprüchliches Verhalten darstellen würde. Solche Beschränkungen sind daher ebenfalls unzulässig.

Im Zusammenhang mit der Definition von Leistungskriterien (z.B. Ausfallsicherheit) sollte sich der Kunde zudem folgender Problematik bewusst sein: Wenn der Dienstleister die vereinbarte Ausfallsicherheit zwar erreicht, eine höhere Ausfallsicherheit aufgrund grobfahrlässigen Verhaltens des Dienstleisters jedoch unterbleibt, wird der Dienstleister in aller Regel nicht haftbar werden. Die Gefahr ist gross, dass der Richter davon ausgeht, es liege die Definition eines Leistungskriteriums vor und nicht eine Haftungsbeschränkung. Dies lässt sich wohl nur dadurch verhindern, dass dem Dienstleister aufgeboten wird, eine höchstmögliche Ausfallsicherheit, mindestens jedoch einen bestimmten Prozentsatz, zu erreichen.

---

#### **d. Haftung für Verhalten vor Vertragsschluss**

Der Verhandlungsprozess kann beim IT-Outsourcing sehr lange dauern und trägt ein gewisses Schädigungspotential in sich. Zwar besteht in dieser Phase noch kein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien. Es ist in der Schweiz jedoch anerkannt, dass eine rechtliche Sonderverbindung gegeben ist und dass die Parteien aufgrund von Art. 2 ZGB verpflichtet sind, sich in dieser Phase nach Treu und Glauben zu verhalten.

Die Pflicht zum Verhalten nach Treu und Glauben begründet keine Verpflichtung, einen Vertrag abzuschliessen. Sie umfasst jedoch die Pflicht zum ernsthaften Verhandeln, zur Rücksichtnahme auf die Gegenseite sowie zur Aufklärung über für den Vertragsabschluss und den Vertragsinhalt erhebliche Tatsachen. Weiter sind in dieser Phase Auskünfte und Ratschläge nach bestem Wissen und Gewissen zu erteilen, und der allgemeine Gefahrensatz ist zu beachten: Wer eine Gefahrenquelle schafft, die zu einem Schaden führen könnte, ist verpflichtet, alle geeigneten Massnahmen zu treffen, um einen möglichen Schadenseintritt zu vermeiden.

Eine allgemeine Aufklärungspflicht besteht nicht. Immerhin ist aber in Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass ein Vertragspartner, der einen erheblichen Irrtum auf der Gegenseite erkennt, zur Aufklärung verpflichtet ist. Auch müsste der Dienstleister beispielsweise auf etwaige Hinderungsgründe hinweisen, welche ihn in Zukunft von der Erfüllung der Verpflichtungen abhalten könnten. Auf keinen Fall zulässig sind unrichtige Angaben gegenüber der Gegenpartei.

Eine Verletzung dieser vorvertraglichen Pflichten kann im Extremfall dazu führen, dass eine Partei den später abgeschlossenen Vertrag wegen Grundlagenirrtums oder Täuschung anfechten kann (Art. 24 ff. OR). In diesem Fall – aber auch dann, wenn es gar nicht zu einem Vertragsabschluss kommt – ergibt sich eine Haftung der anderen Partei. Zu ersetzen ist allerdings lediglich das sogenannte negative Interesse, d.h. die andere Partei ist finanziell so zu stellen, wie wenn vom Vertrag gar nie die Rede gewesen wäre.

---

## **F. Vertragsbeendigung**

---

### **a. Bedeutung der vertraglichen Bestimmungen über die Vertragsbeendigung**

IT-Outsourcing-Verträge sind in aller Regel auf eine relativ lange Vertragsdauer von mind. fünf bis zehn Jahren angelegt. Eine lange Dauer liegt im Interesse beider Parteien. Der Dienstleister ist daran interessiert, dass er die im Hinblick auf das konkrete Projekt getätigten Aufwendungen amortisieren kann. Der Kunde ist demgegenüber auf den Bezug der vereinbarten Leistungen angewiesen. Es darf mit Fug davon ausgegangen werden, dass das Interesse des Kunden an der Aufrechterhaltung in aller Regel grösser sein dürfte, da sein Schicksal vom Gelingen des Projektes abhängt. Der Dienstleister dagegen wird meist noch andere Kunden haben, so dass der Wegfall eines einzigen Geschäftes ihn in seiner Existenz nicht bedrohen wird. Der Kunde sollte diesen Aspekt bereits bei den Vertragsverhandlungen erwähnen. Er kann allenfalls für die beiden Parteien unterschiedliche Beendigungsregimes rechtfertigen.

Weiter oben wurde bereits darauf hingewiesen, dass beim Fehlen vertraglicher Bestimmungen unklar sein kann, welche gesetzlichen Regeln ersatzweise zur Anwendung kommen. Im Bereich der Vertragsbeendigung ist dies aufgrund der erheblichen Konsequenzen insbesondere für den Kunden besonders gefährlich. Der Kunde muss darauf hinwirken, dass sich der Vertrag klar äussert zu den Kündigungsgründen, den Kündigungsfristen, den Kündigungsterminen und den Folgen einer Vertragsbeendigung. Gleichzeitig ist unbedingt darauf zu achten, dass diese Regeln abschliessend sind. Es sollen insbesondere keine anderen Kündigungsgründe möglich sein.

Zwei spezifische Besonderheiten des schweizerischen Rechts können dabei allerdings zum Problem werden. Art. 404 OR sieht für das Auftragsrecht zwingend die jederzeitige Widerrufbarkeit ohne spezifische Gründe vor. In Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, ob diese Bestimmung auch bei gemischten Vertragsverhältnissen zur Anwendung kommen soll. Die kantonalen Gerichte verneinen dies, während das Bundesgericht immer noch davon auszugehen scheint, dass auch bei gemischten Verträgen mit Auftragsselementen jederzeit gekündigt werden kann. Dennoch empfiehlt es sich, Kündigungsgründe und Kündigungsfristen in den Vertrag aufzunehmen. Selbst wenn nämlich die Gerichte zu einer zwingenden Anwendung von Art. 404 OR kommen sollten, wären solche Bestimmungen wertvolle Indizien dafür, wann eine Kündigung als zur Unzeit erfolgt im Sinne von Art. 404 Abs. 2 OR zu gelten hat. Erfolgt die Kündigung zu Unzeit, wird der Kündigende schadenersatzpflichtig. Er hat dann den Vertragspartner finanziell so zu stellen, wie wenn vom Vertrag nie die Rede gewesen wäre.

Der zweite in diesem Zusammenhang wesentliche Punkt ist der Grundsatz, dass Dauerschuldverhältnisse zwingend jederzeit aus wichtigem Grund gekündigt werden können. Ein Grund gilt dann als wichtig, wenn wegen seines Vorliegens der kündigenden Partei

die Fortführung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann. Auch hier gelten aber die gleichen Überlegungen wie bei Art. 404 OR. Eine detaillierte Regelung der Kündigungsgründe kann als Indiz dafür dienen, was die Parteien als wichtigen Grund erachten oder eben nicht.

---

### **b. Ordentliche Kündigung**

Oft sehen IT-Outsourcingverträge die Möglichkeit einer vorzeitigen ordentlichen Kündigung unter Einhaltung bestimmter Kündigungsfristen vor. Die kündigende Partei übernimmt dabei meist gewisse finanzielle Verpflichtungen. Für den Kunden ist eine solche Möglichkeit an sich nicht schlecht. Er hat dann insbesondere die Möglichkeit, sich von einem Vertragspartner zu trennen, mit dem er nicht ganz zufrieden ist, obwohl die Leistungen nicht derart schwach sind, dass eine Kündigung aus anderen Gründen in Frage kommen würde.

Vorsicht ist aber in verschiedener Hinsicht geboten. Der Kunde sollte insbesondere darauf achten, dass der Dienstleister seinerseits ein solches Recht nicht hat. Die Bedeutung des IT-Outsourcing-Projektes für die Funktionsfähigkeit des Kunden verbietet es in aller Regel, dem Dienstleister die Möglichkeit zu geben, ohne spezifische Gründe aus dem Vertrag auszusteigen. Aber auch bei der Berechnung der finanziellen Entschädigung des Dienstleisters bei Kündigung durch den Kunden ist Vorsicht geboten. Insbesondere sollte der Kunde darauf achten, dass keine – oder nur eine stark reduzierte – Entschädigung geschuldet ist, wenn auf Seiten des Dienstleisters ein Verschulden vorliegt. Die Entschädigung sollte das abgelden, was der Dienstleister im Vertrauen auf den Vertrag an Kosten auf sich genommen hat, ohne es nachher amortisieren zu können. Dementsprechend ist die Höhe der Entschädigung auf der Zeitachse absteigend.

---

### **c. Kündigung aus bestimmten Gründen**

Ungeachtet der oben erwähnten zwingenden jederzeitigen Kündbarkeit bei Vorliegen wichtiger Gründe sollten sich die Parteien bei Vertragsschluss überlegen, wann der Vertrag für sie kündbar sein sollte.

Der Kunde sollte hier darauf bestehen, dass der einzige Kündigungsgrund, welchen der Dienstleister anrufen kann, die fortgesetzte Nichtbezahlung der vom Kunden unbestrittenen Vergütung in erheblicher Höhe ist. Es ist zwingend darauf zu achten, dass der Kunde nach Ablauf der Zahlungsfrist mindestens einmal schriftlich gemahnt werden muss, um zu vermeiden, dass bereits ein Versehen auf Seiten des Kunden zu einer Auflösung des Vertrages durch den Dienstleister führt. Auch die oft vom Dienstleister verlangte Vertragsbeendigung wegen Insolvenz oder Zahlungsschwierigkeiten des Kunden ist zu vermeiden. Gerade in einer solchen Situation kann nämlich die Beendigung des IT-Outsourcing den Todesstoss für den Kunden bedeuten.



Auf der anderen Seite sollte der Kunde darauf achten, dass er den Vertrag bei einer wesentlichen Vertragsverletzung ohne Entschädigung beenden kann. Gleiches sollte gelten, wenn sich auf Seiten des Dienstleisters die Kontrollverhältnisse ändern. Zu empfehlen ist auch die Möglichkeit einer vorzeitigen Kündigung wegen ungenügender Leistungserfüllung. Hier sollte der Kunde darauf achten, dass er die Fälle, welche ihn zu einer solchen Kündigung berechtigen, relativ detailliert auflistet. Eine entsprechende Auflistung sollte aber keineswegs abschliessend sein.

---

#### **d. Teilweise Kündigung**

Für den Kunden kann sich die Situation in dem Sinne verändern, dass er gewisse Leistungen des Dienstleisters schlicht nicht mehr benötigt. Auch ist denkbar, dass der Dienstleister nur einen Teil der Leistungen in einem nicht zufriedenstellenden Masse erfüllt. In beiden Fällen ist der Kunde daran interessiert, den Vertrag bloss bezüglich der entsprechenden Leistungen zu kündigen, während er die weiteren Leistungen weiterhin beanspruchen können will und muss.

Für diese Fälle sollte der Kunde darauf pochen, dass eine bloss teilweise Kündigung des Vertrages möglich ist. Das schweizerische Recht verbietet die Möglichkeit eines blossen Teilrücktritts bei Teilverzug nicht. Besteht eine solche Möglichkeit, sollten die Parteien auch vereinbaren, inwiefern sich eine solche teilweise Kündigung auf die Vergütungsansprüche bezüglich der verbleibenden Leistungen auswirkt.

---

#### **e. Folgen der Vertragsbeendigung**

Für den Kunden von essentieller Bedeutung ist, dass er die Folgen der Vertragsbeendigung gewissenhaft regelt. Dies gilt unabhängig vom Beendigungsgrund, sei es, dass die vereinbarte Vertragsdauer abgelaufen ist, sei es, dass der Vertrag durch Kündigung beendet wurde.

Im Wesentlichen geht es darum, dass der Kunde sicherstellen muss, dass er auch nach Vertragsbeendigung seine IT-Infrastruktur weiterbenützen kann. Dabei ist unerheblich, ob er die Infrastruktur in Zukunft selber unterhalten oder einen Dritten beauftragen will. Beides muss ihm möglich sein. Es reicht jedoch nicht aus, den Dienstleister in genereller Weise zu einer entsprechenden Unterstützung zu verpflichten. Der Kunde sollte viel mehr darauf achten, dass die entsprechenden Pflichten des Dienstleisters detailliert spezifiziert werden.

In diesem Zusammenhang ist zunächst wesentlich, dass die Lizenzen auch nach Vertragsbeendigung weitergelten und den Einbezug anderer Dienstleister erlauben (vgl. dazu bereits oben Bst. D). Sodann muss der Dienstleister verpflichtet werden, denjenigen Teil der Infrastruktur auf den Kunden (rück-) zu übertragen, welchen der Kunde für die

weitere Benützung der Infrastruktur benötigt. Der Dienstleister sollte weiter diejenige Information zusammenstellen, welche der Kunde entweder für den Betrieb durch ihn selbst oder aber für die Beauftragung Dritter benötigt. Auch ist darauf zu achten, dass vom Kunden zum Dienstleister übergewechseltes Personal veranlasst werden kann, zum Kunden zurückzuwechseln.

---

## **G. Streitbeilegung**

---

### **a. Eskalationsverfahren**

Wenn es zwischen dem Kunden und dem Dienstleister zu Streitigkeiten kommt, ist es keineswegs zwingend, dass sofort staatliche Gerichte oder ein Schiedsgericht angerufen werden. Ein solches Vorgehen liegt grundsätzlich nicht im Interesse der Parteien. Die Parteien wollen in der Regel ihre Vertragsbeziehung fortsetzen, weshalb sie ein starkes Interesse an einer einvernehmlichen Lösung ihrer Differenzen haben. Sowohl Schiedsverfahren wie auch Verfahren vor ordentlichen Gerichten sind ihrer Natur nach auf Konfrontation ausgerichtet und bringen deshalb die Parteien in eine Position, die eine weitere Zusammenarbeit sehr schwierig macht. Zudem sind diese Streitbeilegungsarten kosten- und zeitintensiv. Hinzukommt, dass die den Streit entscheidende Person oft nicht über genügend technisches Know-how und technische Erfahrung verfügt, um ihre Entscheidung fundiert zu fällen. Aus diesen Gründen einigen sich die Parteien in einem IT-Outsourcing-Verhältnis meist auf ein internes Eskalationsverfahren, bevor die Angelegenheit aussenstehenden Instanzen zur Entscheidung vorgelegt werden soll. Wenn z. B. die Projektmanager nicht in der Lage waren, ein Problem zu lösen, wird dieses an den Lenkungsausschuss weitergereicht. Wenn auch dort keine Lösung gefunden wird, wird die Sache den Finanzdirektoren und dann den Geschäftsführern der betroffenen Gesellschaften übergeben. Es ist aber wichtig, für alle diese Stufen eine zeitliche Begrenzung festzulegen, innerhalb welcher der Konflikt entweder gelöst oder weiter eskaliert werden muss.

Die internen Streitbeilegungsmechanismen sind oft geeignet, genügend Druck auf die Projektmanager auszuüben, damit diese eine Lösung finden. Die Projektmanager haben nämlich nur wenig zu gewinnen, wenn sie unvernünftig handeln und wissen, dass ihr Vorgehen später vom CEO beurteilt wird, der seinerseits ein ausgeprägtes Interesse an einer weiteren guten Zusammenarbeit mit der Gegenseite hat.

Einige Konflikte können allerdings nicht intern gelöst werden. Sie müssen in einer nächsten Stufe einem unabhängigen Experten zur Mediation oder zur Entscheidung vorgelegt werden. Ein solches Vorgehen ist insbesondere dann angezeigt, wenn es um eine technische Streitigkeit geht. Die Parteien sollten sich auf ein neutrales Institut wie die Zürcher Handelskammer einigen, welche einen unabhängigen Experten einsetzt, falls

die Parteien sich selbst nicht auf einen solchen einigen können. Hinsichtlich gewisser Stufen des Outsourcing Prozesses (z.B. des Abnahmeverfahrens) können die Parteien sich auch im Voraus auf einen Experten einigen, der während des gesamten Verfahrens (also schon vor Eintritt einer Streitigkeit) daran beteiligt ist. Das hat den Vorteil, dass er im Falle eines Konfliktes schnell in der Lage ist, Entscheidungen zu treffen und dass er Informationen aus erster Hand hat, auf deren Grundlage er sein Urteil fällen kann. In solchen Fällen sollten die Parteien jedoch den Kontakt der einzelnen Parteien zum Experten einschränken, so dass keine der Parteien ungebührlich Einfluss auf seine Entscheidungen nehmen kann.

Wenn die Parteien es vereinbaren, kann die Entscheidung des Experten endgültig und bindend sein. Sie können aber auch die Möglichkeit vorsehen, dass der Entscheid vor einem Schiedsgericht oder vor den ordentlichen Gerichten angefochten werden kann. Denkbar ist sowohl, dass die (Schieds-)Gerichte volle Kognition haben, als auch dass die Kognition auf Rechtsfragen beschränkt ist.

---

## **b. Arbitration**

Vieles spricht für eine Streiterledigung durch Schiedsgerichte im Gegensatz zu einem Vorgehen vor den ordentlichen Gerichten, insbesondere wenn die Parteien aus verschiedenen Ländern stammen. Seit jeher werden die tieferen Kosten und das schnellere Verfahren als Hauptvorteile der Schiedsgerichtsbarkeit bezeichnet. Auch wenn dies in den meisten Fällen immer noch zutrifft, ist dies keineswegs immer so. Wichtiger für die meisten Parteien ist heutzutage aber die verfahrensmässige Flexibilität, die Neutralität und die Vertraulichkeit der Schiedsgerichtsbarkeit. Hinzu kommt, dass die Parteien bei der Auswahl der Schiedsrichter deren Erfahrung im umstrittenen Bereich (z.B. IT-Outsourcing-Fälle) berücksichtigen können.

Ein Schiedsgericht kann eine Streitsache nur dann behandeln, wenn die Parteien die Streitsache rechtsgültig der Schiedsgerichtsbarkeit zugeführt haben. Eine entsprechende Vereinbarung kann zwar theoretisch zu jeder Zeit getroffen werden. Ist jedoch einmal ein Streit entstanden, ist es eher unwahrscheinlich, dass die Parteien diesbezüglich noch eine Einigung finden. Es empfiehlt sich daher, bereits in den Vertrag eine Schiedsklausel aufzunehmen. Bei der Ausarbeitung der Schiedsklausel ist sehr sorgfältig vorzugehen, damit diese klar und unmissverständlich ist. Es empfiehlt sich in aller Regel für die Verwaltung des Schiedsverfahrens eine Schiedsinstitution wie die Internationale Handelskammer (ICC), die Zürcher Handelskammer (ZHK) oder den London Court of International Arbitration (LCI) einzubeziehen. Dadurch erreicht man unter anderem mehr Rechtssicherheit in Bezug auf die anwendbaren prozessualen Regeln.

Es kann vorkommen, dass die Vollstreckung von Schiedsurteilen nicht gewährleistet ist. Das New Yorker Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedsurteilen

aus dem Jahre 1958 ist mittlerweile zwar in mehr als 125 Ländern in Kraft. Dennoch wird die Vollstreckung in ca. 10% aller Fälle, auf welche das New Yorker Abkommen zur Anwendung kommt, immer noch verweigert.

---

### **c. Streiterledigung vor staatlichen Gerichten**

Trotz der Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit ziehen die Parteien in bestimmten Konstellationen die Zuständigkeit staatlicher Gerichte vor. Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn eine Partei möchte, dass der Fall öffentlich bekannt wird oder wenn sie die Herausgabe solcher Dokumente erzwingen will, hinsichtlich welcher Schiedsgerichte keine Herausgabe verlangen können.

Auch ohne Schiedsklausel empfiehlt sich eine Vereinbarung über den Gerichtsstand. Die schweizerische Zuständigkeit kann dann nicht abgelehnt werden, wenn die Parteien die Anwendung schweizerischen Rechts vereinbart haben und wenn keine ausschliessliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts besteht (vgl. Art. 5 Abs. 3 IPRG). Dies gilt selbst dann, wenn keine der Parteien irgendeinen Bezug zur Schweiz hat. Die schweizerischen Gerichte können ihre Zuständigkeit sogar dann bejahen, wenn auf die Streitigkeit nicht schweizerisches Recht zur Anwendung kommt.

Zu beachten gilt, dass nicht alle Gerichte in der Schweiz gleichermassen qualifiziert für die Beurteilung von IT-Outsourcing-Streitigkeiten sind. Faktisch sind es die wenigsten. Die besten Voraussetzungen erfüllen die Handelsgerichte in Zürich, St. Gallen, Aarau und Bern. Die Erfahrung der Vollzeitrichter an den Handelsgerichten wird ergänzt durch die sog. Fachrichter, welche direkt aus der Industrie kommen und wegen ihres Spezialwissens im betreffenden Gebiet ausgewählt werden. Das hat zur Folge, dass ihre Entscheidungen in aller Regel fundiert sind und insbesondere auf einem richtigen Verständnis des Umfelds basieren.

## IV. Weitere wichtige Aspekte

---

### A. Steuerliche Überlegungen

Insbesondere (aber nicht nur) internationale Sachverhalte machen eine Berücksichtigung steuerlicher Aspekte notwendig. Vor allem bei Asset Deals sind verschiedene Punkte zu beachten, damit Steuerneutralität gewährleistet ist (insbesondere Vermeidung der Realisierung stiller Reserven und Beachtung von Befreiungstatbeständen für die Emissionsabgabe). Es ist weiter darauf zu achten, dass die Transaktion keine unerwünschten Mehrwertsteuerfolgen nach sich zieht. Vor allem beim gruppeninternen Outsourcing ist man sodann mit der Problematik der Verrechnungspreise konfrontiert. Diese haben einem Drittvergleich Stand zu halten.

Nachfolgend ist auf einige der Hauptaspekte in steuerlicher Hinsicht etwas detaillierter einzugehen.

---

#### a. Mehrwertsteuer

Eine erste Problematik betrifft die Transferierung von Innenumsätzen zu Aussenumsätzen. Hier sollte man sich bewusst sein, dass durch das IT-Outsourcing vormalig mehrwertsteuerlich nicht relevante Umsätze plötzlich mehrwertsteuerpflichtig werden können.

Überträgt der Kunde Vermögenswerte auf einen Dienstleister im Inland, stellt dies eine mehrwertsteuerpflichtige Transaktion dar. Allerdings besteht unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit die Transaktion ohne Entrichtung von Mehrwertsteuern nach dem Meldeverfahren abzuwickeln, wenn es um den Verkauf eines in sich geschlossenen Teilbetriebes geht (Art. 47 Abs. 3 MwStG).

Kommt es im Rahmen des IT-Outsourcing zu einer gesellschaftsrechtlichen Abspaltung oder zur Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, ist ebenfalls von einer Mehrwertsteuerpflicht mit der Möglichkeit des Meldeverfahrens auszugehen. Gleichzeitig öffnet sich aber die Möglichkeit der Gruppenbesteuerung, sofern die Gesellschaften nachher eng genug miteinander verbunden sind. Dies hat zur Folge, dass Innenumsätze zwischen den beteiligten Gesellschaften nicht der Mehrwertsteuer unterliegen. Ob eine Gruppenbesteuerung sinnvoll ist, sollte berechnet werden und ist auch hinsichtlich Solidarhaftung zu hinterfragen.

---

#### b. Gewinnsteuern

Beim Verkauf von Assets an den Dienstleister (oder umgekehrt nach Abschluss der Transaktion vom Dienstleister an den Kunden) ist ein allfälliger Kapitalgewinn zu besteuern.

Erhöhte Vorsicht ist bei gruppeninternen Transaktionen geboten. Wenn der Kunde und der Dienstleister miteinander verbunden sind, werden transferierte Werte oder vereinbarte Service Fees meistens durch die Steuerbehörden auf die Angemessenheit hin überprüft. Es kann folglich zu Aufrechnungen und dadurch zu Steuerfolgen kommen. Hier empfiehlt es sich, bereits zu Beginn der Transaktion die Steuerbehörden mit einzubeziehen.

Verlustverrechnungen sind in der Schweiz nur beschränkt möglich. Die Steuerbehörden akzeptieren sie nur bei ausgewiesenen Verlusten über einen Zeitraum von sieben Jahren mit anfallenden Gewinnen, welche bei der Auflösung stiller Reserven entstehen können. Generell lässt sich sagen, dass Sale-Lease-Back-Konstruktionen durchaus ein erhebliches Potential der Steueroptimierung mit sich bringen.

Abspaltungen und Gründungen von Gemeinschaftsunternehmen sind beim IT-Outsourcing dann steuerneutral, wenn ein Betriebsteil in sich geschlossen übertragen und unverändert weitergeführt wird (Art. 61 Abs. 1 lit. c DBG). Zu beachten ist neben weiteren Voraussetzungen allerdings, dass in diesen Fällen eine Sperrfrist von fünf Jahren besteht.

---

### **c. Emissionsabgaben**

Weiter ist zu beachten, dass IT-Outsourcing-Transaktionen allenfalls die Pflicht zur Entrichtung von Emissionsabgaben nach sich ziehen können. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Dienstleister die vom Kunden gekauften Assets mittels Ausgabe von Aktien bezahlt, oder wenn Verrechnungspreise einem Drittvergleich nicht Stand halten. Kommt es im Rahmen des IT-Outsourcing zur Abspaltung eines Betriebsteils, ist eine Ausnahme von der Emissionsabgabe unter bestimmten Voraussetzungen möglich (Art. 6 Abs.1 lit. abis StG). Erforderlich ist insbesondere, dass die Liberierung mittels Sacheinlage oder beabsichtigter Sachübernahme erfolgt, dass die Richtlinie bezüglich verdecktem Eigenkapital zur maximalen Bildung von Eigenkapital eingehalten wird, und dass kein Teilliquidationszweck vorliegt. Auch hier gilt wiederum eine Sperrfrist von fünf Jahren.

---

### **d. Weitere Überlegungen**

Werden im Rahmen des IT-Outsourcing Grundstücke übertragen, ist zu beachten, dass gewisse Kantone Grundstücksgewinnsteuern und/oder Handänderungssteuern kennen. Erbringt der Dienstleister Leistungen an ausländische Gruppengesellschaften des Kunden, sind insbesondere die Aspekte der einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommen zu beachten. Gründen die Parteien ein Gemeinschaftsunternehmen, wirft sodann die Gewinnverteilung steuerrechtliche Fragen auf. Nachträgliche Gewinnkorrekturen können zu einer Emissionsabgabepflicht führen. Die Umsatzabgabepflicht kann bei Transaktionen ein Thema sein.

---

## **B. Regulatorische Vorschriften**

---

### **a. Überblick**

In verschiedenen Industrien bestehen regulatorische Vorschriften, die einen Einfluss auf jegliche Art von Outsourcing-Projekten haben. Ein klassisches Beispiel ist die Bankenindustrie, auf welche wir weiter unten noch detailliert eingehen. Andere Beispiele umfassen das Gesundheitswesen, die Versicherungsindustrie, die Wettindustrie aber auch regulierte Berufe wie Rechtsanwälte und Revisoren. In all diesen Branchen müssen die regulatorischen Vorgaben bei der Vertragsgestaltung zwingend beachtet werden.

Die regulatorischen Vorschriften verlangen vom Kunden typischerweise Vertraulichkeit. Die entsprechende Verpflichtung muss auf den Dienstleister und dessen Angestellte überbunden werden. Sofern notwendig, muss der Kunde die entsprechenden Pflichten gegen seinen Vertragspartner auch durchsetzen. Datenschutz spielt in diesen Gebieten ebenfalls eine grosse Rolle. Auch darauf werden wir weiter unten noch im Detail eingehen (siehe Bst. D.).

In aller Regel versucht der Kunde, die Verantwortung für das Einhalten gesetzlicher Bestimmungen auf seinen Dienstleister zu überwälzen. Unter bestimmten Umständen ist aber bereits der blosser Versuch, solche Pflichten zu delegieren, ein Verstoß gegen die gesetzlichen Bestimmungen. Selbst wenn eine Delegation möglich ist, genügt die Standardklausel aus anderen Verträgen nicht, wonach der Dienstleister selbst für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zuständig ist. In der Regel verpflichtet nämlich das Gesetz nicht den Dienstleister gewisse Massnahmen zu treffen. Sie sind vielmehr einzig im Hinblick auf eine Verpflichtung des Kunden ausgestaltet, und solange der Kunde selbst diese Verpflichtungen nicht auf den Dienstleister überträgt, hat der Dienstleister selbst keine Verpflichtung, sich an diese Bestimmungen zu halten. In jedem Fall liegt aber die primäre Verpflichtung beim Kunden.

---

### **b. Der Bankensektor im Speziellen**

Die Eidgenössische Bankenkommision hat ein Rundschreiben "Auslagerung von Geschäftsbereichen" (Outsourcing) erlassen. Das Rundschreiben beschreibt die Bedingungen, welche die Banken und Effektenhändler erfüllen müssen, wenn sie Dritte für die Erbringung von Dienstleistungen beiziehen, die für ihre Geschäftstätigkeit wesentlich sind. Das Rundschreiben gilt für nach schweizerischem Recht organisierte Banken und Effektenhändler, für ihre ausländischen Konzerngesellschaften und Zweigniederlassungen sowie für die schweizerischen Zweigniederlassungen ausländischer Banken und Effektenhändler. Wenn die Voraussetzungen gemäss Rundschreiben nicht erfüllt sind, ist das Outsourcing-Projekt nur zulässig, wenn es vorab von der EBK genehmigt wird.

Im Wesentlichen gelten die folgenden neun Grundsätze:

**Grundsatz 1:**

Der Geschäftsbereich und die Leistungen, die ausgelagert werden, müssen klar definiert sein, und der Kunde muss in der Lage sein, die Vertragserfüllung durch den Dienstleister zu messen und zu beurteilen.

**Grundsatz 2:**

Der Dienstleister muss sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht werden. Der Dienstleister darf Unterakkordanten nur mit der schriftlichen Einwilligung des Kunden benützen. Solche Unterakkordanten müssen sich ebenfalls an die Grundsätze des Rundschreibens halten. Die Bank muss das Recht behalten, den Dienstleister zu inspizieren, instruieren und kontrollieren.

**Grundsatz 3:**

Die Bank bleibt alleine und voll verantwortlich für die ausgelagerte Tätigkeit.

**Grundsatz 4:**

Sicherheitsanforderungen und ein Sicherheitsdispositiv müssen vereinbart werden, wobei sämtliche voraussehbaren Notfälle abgedeckt sein müssen. Die Datenschutzbestimmungen müssen eingehalten werden. Das bedeutet insbesondere, dass kundenbezogene Daten vertraulich behalten und vor unzulässigem Zugang geschützt werden müssen. Es muss im Voraus abgesichert werden, dass eine Fortsetzung der Geschäftstätigkeit auch dann noch möglich ist, wenn der Dienstleister die Dienstleistungen nicht mehr erbringt. Die Bank muss schliesslich die Einhaltung dieser Sicherheitsanforderungen überwachen.

**Grundsatz 5:**

Der Dienstleister muss dem schweizerischen Bank- und Berufsgeheimnis unterstellt werden. Im Falle, dass die Dienstleistungen im Ausland erbracht werden, müssen angemessene technische und organisatorische Massnahmen getroffen werden, um die Einhaltung des schweizerischen Bankkundengeheimnisses, der Datenschutzgesetzgebung und der Vertraulichkeit sicherzustellen.

**Grundsatz 6:**

Ein Bankkunde, dessen Daten einem Dienstleister übergeben werden, muss im Voraus darüber informiert werden. Erfolgt die Datenübermittlung ins Ausland, müssen die Bankkunden schriftlich über die ergriffenen Sicherheitsmassnahmen orientiert werden.

**Grundsatz 7:**

Die Bank und ihre Revisoren müssen ungehinderten Zugang und Kontrolle über den ausgelagerten Geschäftsbereich haben. Die Überwachungsfunktion der EBK darf durch das Outsourcing-Projekt nicht beeinträchtigt werden. Unterliegt der Dienstleister selbst keiner gesetzlichen Verpflichtung gegenüber der EBK, ist ihm eine vertragliche Verpflichtung aufzuerlegen, die notwendigen Informationen und Dokumente der EBK zu übergeben.



### **Grundsatz 8:**

Im Falle einer Auslagerung der Tätigkeit ins Ausland, muss die Bank belegen, dass die Bank selbst, ihre Revisoren und die EBK genügend Kontrollrechte haben und diese Rechte auch durchsetzen können.

### **Grundsatz 9:**

Zwischen der Bank und dem Dienstleister muss ein schriftlicher Vertrag bestehen. Dieser hat den Grundsätzen, wie sie oben beschrieben wurden, Rechnung zu tragen.

Viele dieser Grundsätze gelten ohnehin als "best practice" in den meisten Industrien. Dennoch: die Folgen einer Nichtbeachtung der Grundsätze sind im Bankensektor schwerwiegend. Sie können bis zu einem Entzug der Bankenlizenz reichen.

---

## **C. Kartellrecht**

Die Übertragung eines Geschäftsteils und ein Vertrag über die zu erbringenden Dienstleistungen sind die beiden Hauptbestandteile eines IT-Outsourcing-Projektes. Beide Elemente können kartellrechtlich relevant sein.

Die Übertragung eines Geschäftes oder eines Geschäftsteils muss unter dem Gesichtspunkt der Fusionskontrolle überprüft werden. Es gilt zu klären, ob eine Meldepflicht gegenüber den Wettbewerbsbehörden besteht. Die Dienstleistungselemente sind unter dem Gesichtspunkt der unrechtmässigen Wettbewerbsbeschränkungen zu beurteilen. Auf diese beiden Aspekte – Fusionskontrolle und unrechtmässige Wettbewerbsbeschränkungen – werden wir nachfolgend etwas detaillierter eingehen. Ein weiterer Aspekt, der hinzukommen kann, betrifft den Machtmissbrauch (Art. 7 KG). Wenn der IT-Dienstleister eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt hat, muss sichergestellt werden, dass der Dienstleister seine Marktmacht nicht missbraucht. Allerdings ist es bei den zur Zeit in der Schweiz gegebenen Marktbedingungen kaum wahrscheinlich, dass irgendein IT-Dienstleister tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung inne hat.

---

### **a. Fusionskontrolle**

---

#### **aa. Tatbestand des Unternehmenszusammenschlusses**

Die Regeln über die Fusionskontrolle kommen auf Unternehmenszusammenschlüsse zur Anwendung. Zu diesen gehören gemäss Kartellgesetz und der dazugehörigen Verordnung (i) Fusionen, (ii) der Erwerb der direkten oder indirekten Kontrolle über ein vormals unabhängiges Unternehmen und (iii) die Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens.

Die Feststellung, ob eine Übernahme der direkten oder indirekten Kontrolle vorliegt, kann im Einzelfall schwierig sein. Die Kernfrage ist, ob der ausgelagerte Teil der IT-Abteilung

als unabhängiges Unternehmen qualifiziert werden kann. Im Vordergrund steht dabei eine Beurteilung der kommerziellen (und weniger der rechtlichen) Struktur der Organisation des Kunden. Die auszulagernde Einheit wird grundsätzlich dann als unabhängig zu qualifizieren sein, wenn sie auch nach der Transaktion ihren eigenen Umsatz erzielt, sei es innerhalb der Organisation des Kunden selbst oder ausserhalb. Dies dürfte meistens dann der Fall sein, wenn die Einheit mit genügend Vermögen und Ressourcen übertragen wird. Wenn hingegen lediglich die Anlagen in Form von Hardware und Software übertragen werden, liegt kaum einmal ein Kontrollerwerb vor, so dass die Vorschriften über die Fusionskontrolle nicht zur Anwendung kommen.

Wenn der Kunde zwar ein gewisses Mass an Kontrolle an den Dienstleister abgibt, selbst aber einen Teil der Kontrolle behält, kann ein solches Joint-Venture ebenfalls als Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn die beiden Parteien tatsächlich gemeinsam die Kontrolle ausüben (indem beide Parteien strategische Entscheidungen blockieren können) und wenn das Joint-Venture als selbständige wirtschaftliche Einheit auftritt, welche die Geschäftstätigkeit eines oder beider der kontrollierenden Einheiten ausübt. Die Vorschriften über die Fusionskontrolle kommen dann ebenfalls zur Anwendung. Die Wettbewerbskommission hat in der Vergangenheit die Lieferung eines Software-Systems, das die Grundlage für den Betrieb des Joint-Ventures bildete, als Geschäftstätigkeit in diesem Sinne qualifiziert.

---

### **bb. Schwellenwerte**

Liegt ein Zusammenschluss im oben beschriebenen Sinne vor, müssen in einem nächsten Schritt die Umsätze der involvierten Unternehmen geprüft werden, um zu sehen, ob eine Meldepflicht besteht. Einschlägig ist hier Art. 9 Abs. 1 KG. Danach muss ein Zusammenschluss vor seinem Inkrafttreten gemeldet werden, wenn im letzten Geschäftsjahr:

- a) die betroffenen Unternehmen gesamthaft einen Umsatz von mindestens CHF 2 Mrd. weltweit oder in der Schweiz einen gesamten Umsatz von mindestens CHF 500 Mio. erzielt haben; und
- b) wenn mindestens zwei der Unternehmen in der Schweiz einen Umsatz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielt haben.

Bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ist der Umsatz der gesamten Gruppen, zu welchen der Kunde und der Dienstleister gehören, relevant (d.h. die Gesellschaften selbst, ihre Mutter-, Tochter- und Schwestergesellschaften). Bei der Beurteilung einer Kontrollübernahme oder einer Fusion sind die Umsätze der gesamten Gruppe des Dienstleisters zu berücksichtigen. Auf Seiten des Kunden ist dagegen lediglich derjenige Umsatz relevant, der sich auf den zu übertragenden Geschäftsteil bezieht. Die Berechnung dieser Umsätze kann im Einzelfall sehr schwierig sein, insbesondere wenn in

der Vergangenheit nicht separat abgerechnet wurde (z.B. weil die Leistungen gar nicht oder nicht zu Marktpreisen verrechnet wurden). Die Kosten der IT-Abteilung können hier als Anhaltspunkt für eine Berechnung dienen. Als Gegenprobe kann derjenige Betrag verwendet werden, welchen dem Kunden nachher für die Beanspruchung der Dienstleistungen belastet werden soll. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass insbesondere der Schwellenwert von CHF 100 Mio. pro Jahr sehr hoch ist, und dass es deshalb in der Praxis nur sehr wenige Fällen geben dürfte, in welchen eine solche IT-Outsourcing-Transaktion in der Schweiz gemeldet werden muss. Bei international tätigen Gruppen muss immer auch geprüft werden, ob eine Meldung in anderen Ländern zu erfolgen hat.

Eine Spezialbestimmung besteht für den Fall, dass eines der betroffenen Unternehmen bereits einmal als Inhaberin einer marktbeherrschenden Stellung in der Schweiz qualifiziert wurde, und dass der Zusammenschluss entweder diesen oder einen davon abgeleiteten Markt betrifft. In diesem Falle besteht eine Meldepflicht ungeachtet der erreichten Umsätze.

---

### **cc. Schaffung oder Ausbau einer marktbeherrschenden Stellung**

Nach erfolgter Meldung wird die Wettbewerbskommission die Zulässigkeit der Transaktion prüfen. Bei dieser Beurteilung berücksichtigt sie die Natur der Unternehmen und die Struktur des relevanten Marktes. Es wird insbesondere geprüft, ob durch die Transaktion eine marktbeherrschende Stellung geschaffen oder verstärkt wird (Art. 10 KG). Wenn dies in einem Masse geschieht, dass der Wettbewerb beseitigt wird und wenn dadurch nicht in einem anderen Markt der Wettbewerb so verstärkt wird, dass die negativen Auswirkungen der marktbeherrschenden Stellung aufgehoben werden, kann die Wettbewerbskommission die Transaktion verbieten oder unter Auflagen zulassen.

---

### **b. Unzulässige Wettbewerbsabreden**

Das schweizerische Kartellgesetz verbietet Vereinbarungen, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, es sei denn, sie sind aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt. Vereinbarungen, die wirksamen Wettbewerb ausschliessen, sind ebenfalls verboten. Seit dem 1. April 2004 können die Parteien solcher Vereinbarungen mit Bussen von bis zu 10% ihres Umsatzes in den letzten drei Jahren in der Schweiz bestraft werden.

Vor allem, wenn das Outsourcing-Projekt zwei oder mehr Wettbewerber umfasst, muss stärker darauf geachtet werden, dass die Parteien in ihrer Fähigkeit, sich gegenseitig zu konkurrenzieren, nicht eingeschränkt werden. Probleme ergeben sich insbesondere, wenn die Parteien ihre Zusammenarbeit auf andere Bereiche als das blosses gemeinsame IT-Outsourcing ausweiten, wenn sie ihr Wettbewerbsverhalten koordinieren, oder wenn sensible Informationen ausgetauscht werden.

Grundsätzlich dürften IT-Outsourcing Verträge zwischen Unternehmungen, die nicht im Wettbewerb stehen, kaum kartellrechtliche Probleme aufwerfen. Generell ist zu bedenken, dass insbesondere viele Banken geradezu gezwungen sind, ihre IT-Operationen auszulagern, weil sie selbst die ständig steigenden Kosten einer angemessenen IT-Struktur nicht aufbringen können. Die Auslagerung ist somit ein notwendiger Bestandteil, um die Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten. Outsourcing hat aber auch seinen Preis, was z.B. im Bankensektor dazu führt, dass der Dienstleister nur einmal alle zehn Jahre gewechselt werden kann. Dadurch erhalten die Dienstleister de facto eine Position der Stärke, sobald ein Outsourcing-Vertrag unterzeichnet ist. Der Einfluss des Dienstleisters auf den Kunden ist allerdings begrenzt, solange sich das Projekt auf die IT beschränkt und insbesondere nicht die Preispolitik, Kundenstrategie, Investitionsentscheidungen, die Personalbeschaffung und Schulung oder organisatorische Strukturen umfasst. Solange keine entsprechende Ausweitung stattfindet, bestehen kaum Wettbewerbsbedenken. Wenn hingegen die Kunden und der Dienstleister tiefergehender zusammenarbeiten wollen, müssen ihre Verträge sorgfältig begutachtet werden, um im Einzelfall zu prüfen, ob eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt.

Wenn die Parteien Zweifel an der Rechtmässigkeit ihrer Vereinbarung unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten haben, können sie die geplante Vereinbarung der Wettbewerbskommission melden. Zweck einer solchen Meldung ist nicht, eine Befreiung im Einzelfall zu bekommen, wie dies in der EU vor dem 1. Mai 2004 der Fall war. Es geht vielmehr darum, der Wettbewerbskommission den Entscheid zu ermöglichen, ob eine Untersuchung eröffnet werden soll. Dennoch hat eine Meldung den Vorteil, dass die Parteien nicht gebüsst werden können. Um von diesem Vorteil profitieren zu können, darf allerdings ein Vertrag während einer Periode von fünf Monaten nach der Meldung (bzw. bis eine allfällige Untersuchung abgeschlossen ist) nicht in Kraft gesetzt werden.

---

## **D. Datenschutz**

---

### **a. Allgemeines zum Datenschutz**

IT-Outsourcing führt regelmässig zu einem Transfer von Daten, insbesondere Personendaten. Deren Bearbeitung ist in der Schweiz innerhalb der Regeln der Datenschutzgesetzgebung zulässig. Diesen Regeln ist bereits beim Abfassen von IT-Outsourcing-Verträgen Rechnung zu tragen. Je nach Sachlage können auch die Datenschutzgesetzgebungen anderer Staaten relevant sein.

In der Schweiz betrifft der Datenschutz alle Personendaten, d.h. Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 lit. a DSGVO). Anders als in vielen anderen Ländern umfasst der Schutz somit nicht nur Daten natürlicher, sondern auch

juristischer Personen. Bei den Betroffenen kann es sich z.B. um Mitarbeiter, Kunden oder Lieferanten des Kunden handeln. Werden die Personendaten allerdings anonymisiert, entschärft sich die Datenschutzproblematik in aller Regel.

Das schweizerische Datenschutzrecht setzt in Art. 4 ff. DSG gewisse Bearbeitungsgrundsätze fest, welche beim Bearbeiten von Personendaten zu beachten sind. Als Bearbeitung in diesem Sinne gelten insbesondere das Beschaffen, das Aufbewahren, das Verwenden, das Umarbeiten, das Bekanntgeben, das Archivieren oder das Vernichten von Daten (Art. 3 lit. e DSG). Unerheblich ist, ob eine solche Bearbeitung innerhalb eines Konzerns oder im Verhältnis zu aussenstehenden Dritten erfolgt. Werden die Bearbeitungsgrundsätze nicht eingehalten, und besteht auch kein Rechtfertigungsgrund (überwiegendes privates oder öffentliches Interesse, Einwilligung des Betroffenen oder gesetzliche Bestimmung), liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor (Art. 12 DSG). Es können sowohl zivil- wie auch strafrechtliche Sanktionen greifen.

Nachfolgend wird auf die beiden beim IT-Outsourcing bestehenden Hauptprobleme eingegangen, nämlich die Weitergabe von Personendaten an den Dienstleister sowie den Transfer von Personendaten ins Ausland. Beim Abfassen von IT-Outsourcing-Verträgen ist der Datenschutz aber auch noch in anderer Hinsicht zu berücksichtigen. Es ist zu empfehlen, den Leistungsauftrag des Dienstleisters und die datenschutzrechtlichen Schutzobjekte des Kunden klar zu definieren. Auch sollten die Massnahmen zur Vermeidung von bzw. der Umgang mit Datenschutzverletzungen geregelt werden. Der Kunde sollte darauf achten, dass er den Vertrag beenden kann, um datenschutzrechtlichen Problemen aus dem Weg zu gehen. Es reicht somit nicht aus, den Dienstleister lediglich in genereller Art zur Einhaltung sämtlicher datenschutzrechtlicher Bestimmungen zu verpflichten.

---

## **b. Übergabe von Personendaten an den Dienstleister**

Der Kunde kann einen Grossteil der datenschutzrechtlichen Probleme vermeiden, wenn es ihm gelingt, den Dienstleister als Beauftragten im Sinne von Art. 14 DSG zu qualifizieren. Gelingt dies, kann insbesondere vermieden werden, dass selbst bei regelmässigen Datentransfers an den Dienstleister die Datensammlung beim Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten registriert werden muss, auch wenn die betroffenen Personen keine Kenntnis davon haben (Art. 11 Abs. 3 DSG). Selbst bei besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen kann dann die Weitergabe ohne Zustimmung der betroffenen Personen und ohne einen anderen Rechtfertigungsgrund erfolgen (vgl. Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG).

Damit das Privileg von Art. 14 Abs. 1 DSG greift, ist zunächst erforderlich, dass der Dienstleister die Daten nur so bearbeitet, wie es der Kunde selbst tun dürfte. Das macht es notwendig, dass der Kunde dem Dienstleister jederzeit verbindliche Weisungen erteilen

kann. Der Kunde muss mit anderen Worten bei der Vertragsgestaltung darauf achten, dass er selbst Herr der Daten bleibt. Das reicht für sich aber noch nicht aus. Der Kunde muss viel mehr auch dafür sorgen, dass er den Dienstleister diesbezüglich überwachen kann, und er muss im Rahmen der Vertragsabwicklung eine solche Überwachung auch tatsächlich vornehmen. Schliesslich muss der Kunde sicherstellen, dass der Dienstleister Dritte nur mit Zustimmung des Kunden beizieht.

Zweite Voraussetzung für das Privileg von Art. 14 DSGVO ist sodann das Fehlen einer Geheimhaltungspflicht. Eine solche Pflicht kann gesetzlicher Natur sein (z.B. Bankkunden-geheimnis). Aber auch eine vertragliche Geheimhaltungspflicht kann hinderlich sein. Fraglich ist dabei, wieweit hier offen formulierte Geheimhaltungspflichten greifen. Wenn sie offen formuliert sind, müsste es reichen, wenn der Kunde seinerseits den Dienstleister schriftlich zu Geheimhaltung verpflichtet. Ist dies nicht möglich, wird der Kunde nicht umhin kommen, von den betroffenen Personen eine Einwilligung einzuholen.

---

### **c. Transfer von Personendaten ins Ausland**

Kommt es im Rahmen des IT-Outsourcing zu einem Datentransfer ins Ausland, muss zunächst sichergestellt werden, dass durch den Transfer die Persönlichkeit der betroffenen Personen im Ausland nicht schwerwiegend gefährdet wird, namentlich weil dort ein gleichwertiger Datenschutz fehlt (Art. 6 Abs. 1 DSGVO). Entsprechende Abklärungen haben zunächst beim gesetzlichen Datenschutz anzusetzen. Es sind allerdings relativ wenige Länder, die einen vergleichbaren Datenschutzstandard wie die Schweiz aufweisen. EU-Staaten sind sicher, aber nur soweit ausschliesslich Daten natürlicher Personen transferiert werden. In den USA fehlt es generell an einem gleichwertigen Datenschutz. Bei Transfers in solche Länder muss der Kunde versuchen, auf vertraglichem Wege einen gleichwertigen Datenschutz sicherzustellen. Hierfür bestehen Musterverträge. Weigert sich allerdings der Dienstleister, einen entsprechenden Vertrag abzuschliessen, bleibt einzig noch die Möglichkeit, von den betroffenen Personen eine Zustimmung einzuholen.

Geht es um die Übermittlung von Datensammlungen, besteht eine Meldepflicht gegenüber dem Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten, wenn weder eine gesetzliche Pflicht für die Datenbekanntgabe besteht noch die betroffenen Personen Kenntnis davon haben. Kenntnis ist ausreichend, d.h. eine explizite Zustimmung ist nicht erforderlich. Wie sich aus Art. 7 Abs. 2 VDSG ergibt, gilt diese Meldepflicht aber nur dann, wenn im Zielland ein gleichwertiger Datenschutz fehlt.

---

## **E. Arbeitsrechtliche Fragen**

---

### **a. Automatischer Übergang von Arbeitsverhältnissen**

Es kommt bei IT-Outsourcing-Projekten nicht selten vor, dass der Dienstleister Arbeitnehmer aus der IT-Abteilung des Kunden übernehmen soll. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob sämtliche im entsprechenden Betriebsteil bestehenden Arbeitsverträge automatisch übernommen werden. Dies ist gemäss Art. 333 OR dann der Fall, wenn ein Betrieb oder ganzer Betriebsteil übernommen wird. Die Arbeitnehmer (nicht aber der übernehmende Dienstleister) haben allerdings ein Ablehnungsrecht.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 333 OR ist, dass das Outsourcing-Projekt eine in sich geschlossene, von anderen Unternehmensteilen klar abgrenzbare Einheit betrifft. Unerheblich ist, ob diese wirtschaftlich selbständig ist oder nicht. Die übertragene Einheit muss allerdings trotz der Übertragung ihre wirtschaftliche Identität (hinsichtlich Organisation, Betriebszweck und individuellen Charakter) bewahren. Nicht darunter fällt die blossе Übernahme von Funktionen durch den Dienstleister. Entscheidend wird man darauf zu achten haben, ob auch immaterielle Wirtschaftsgüter (z.B. Know-how oder Goodwill) mitübernommen werden.

Hauptfolge eines solchen Betriebsüberganges ist, dass sämtliche betriebsbezogenen Arbeitsverhältnisse automatisch vom Dienstleister übernommen werden. Vereinzelt wurde in Gerichtsentscheiden allerdings schon anders entschieden, nämlich dann, wenn die persönlichen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien im Vordergrund stehen (z.B. bei Kadermitarbeitern). Es empfiehlt sich daher, soweit möglich, die entsprechenden Zustimmungen von den betroffenen Arbeitnehmern bereits in einer relativ frühen Planungsphase einzuholen.

Für den Kunden von Bedeutung ist, dass er gemäss Art. 333 Abs. 3 OR solidarisch mit dem Dienstleister noch für gewisse Forderungen haftet. Dies gilt insbesondere für Forderungen der Arbeitnehmer, die vor dem Übergang fällig geworden sind, wie auch für solche, die nachher bis zum ordentlichen Ablauf der Kündigungsfrist fällig werden. Diese solidarische Haftung umfasst auch AHV- und BVG-Beiträge.

---

### **b. Konsultations- und Informationspflichten**

Vor dem Vollzug einer Betriebsübernahme im vorstehend beschriebenen Sinne hat der Kunde seine Arbeitnehmer, allenfalls über die Arbeitnehmervertretung, zu informieren. Diese Informationspflicht umfasst sowohl die Motive der Übertragung wie auch die Nennung des Dienstleisters. Sodann ist auch über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Überganges zu informieren.

Führt der Betriebsübergang zu inhaltlichen Änderungen der Arbeitsverhältnisse, besteht sogar eine Konsultationspflicht (Art. 333a Abs. 2 OR). Die Konsultation hat vor dem Entscheid über den Übergang zu erfolgen. Dadurch soll die Möglichkeit geschaffen werden, dass Vorschläge der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber berücksichtigt werden. Eine Pflicht zur Umsetzung der Vorschläge besteht allerdings nicht.

Schliesslich können Informations- und Mitteilungspflichten auch entstehen, wenn es im Rahmen des IT-Outsourcing zu einer eigentlichen Massenentlassung kommt. Die relevanten Schwellenwerte sind in Art. 335d OR formuliert. Das Vorgehen im Einzelnen richtet sich nach den Art. 335f und 335g OR.

---

### **c. Kündigungen**

Grundsätzlich kommen auf Kündigungen im Rahmen des IT-Outsourcing die normalen Bestimmungen des OR zur Anwendung (Art. 334 ff. OR). Zu beachten ist, dass ein gewisses Risiko besteht, dass Gerichte im Zusammenhang mit Betriebsübernahmen ausgesprochene Kündigungen für ungültig erachten.

---

### **d. Bestimmungen über den Personalverleih**

Je nach Strukturierung der Transaktion und Zuordnung der Weisungsbefugnisse gegenüber den Arbeitnehmern kann ein bewilligungspflichtiger Personalverleih vorliegen. Die Bewilligung wird vom kantonalen Arbeitsamt erteilt. Erfolgt der Verleih ins Ausland, ist zusätzlich eine Bewilligung des SECO erforderlich (Art. 12 AVG).

Besteht eine Bewilligungspflicht, muss der Betrieb gewisse Voraussetzungen erfüllen (Art. 13 AVG). Der Verleiher muss zudem eine Kautionsleistung zur Sicherung von Lohnansprüchen leisten (Art. 14 AVG).



## V. Fazit

IT-Outsourcing ist nicht nur in tatsächlicher Hinsicht ein komplexes Phänomen. Auch die Rechtsfragen, die sich dabei stellen, sind facettenreich und teils ohne eindeutige Antwort. Letztlich führt kein Weg an einer sorgfältigen Redaktion der verschiedenen Verträge vorbei. Sie sind die Basis, auf welcher die in die Regel unvermeidlichen Meinungsverschiedenheiten letztlich zu lösen sind. Der Kunde ist daher gut beraten, seine eigenen Bedürfnisse in die Verhandlungen einzubringen. Seine Verhandlungsmacht sollte er dabei nicht unterschätzen, insbesondere wenn er sich mehrere Optionen offenhält und bei Bedarf zu einem anderen Anbieter von Dienstleistungen wechseln kann.

---

**Froriep Renggli Zürich**

Bellerivestrasse 201  
CH-8034 Zürich  
Tel.: +41 44 386 60 00  
Fax: +41 44 383 60 50  
zurich@froriep.com

Roger Staub  
rstaub@froriep.ch

Nicola Benz  
nbenz@froriep.ch

---

**Froriep Renggli Genève**

4, rue Charles-Bonnet  
CH-1211 Genève 12  
Tel.: +41 22 839 63 00  
Fax: +41 22 347 71 59  
geneva@froriep.com

---

**Froriep Renggli Zug**

Baarerstrasse 37  
CH-6304 Zug  
Tel.: +41 41 710 60 00  
Fax: +41 41 710 60 01  
zug@froriep.com

---

**Froriep Renggli London**

1 Knightrider Court  
London EC4V 5JP  
Tel.: +44 20 7236 60 00  
Fax: +44 20 7248 02 09  
london@froriep.com

---

**Froriep Renggli Madrid**

C/Antonio Maura, 10, 6° izqda.  
28014 Madrid  
Tel.: +34 91 523 77 90  
Fax: +34 91 531 36 62  
madrid@froriep.com



# FRORIEP RENGGLI

Seit 1966 erbringt Froriep Renggli für Unternehmen und Privatpersonen des In- und Auslandes Dienstleistungen zu einer Vielzahl von Rechtsgebieten. In verschiedener Hinsicht ist unsere Anwaltskanzlei führend tätig.

Das wirtschaftliche und geschäftliche Umfeld verändert sich laufend, so auch der Markt für anwaltliche Dienstleistungen, der mit stetig zunehmenden Regulierungen und Erwartungen der Klienten konfrontiert ist. Wir vertiefen unablässig unsere Fachkenntnisse, verbreitern unser Dienstleistungsangebot und eignen uns auch auf neuen Rechtsgebieten grundlegendes Wissen an.

Wir sind überzeugt, dass Froriep Renggli mit seinem Engagement für die Klienten, dem Teamwork und seiner Kreativität weiterhin die Herausforderungen meistern wird. Mit unseren hervorragenden Mitarbeitern, besten Klienten und einem effizienten Support sind wir sehr optimistisch, als starke und unabhängige Schweizer Anwaltskanzlei mit einem ausgeprägten internationalen Flair auch in der Zukunft erfolgreich für unsere Klienten tätig zu sein.

Since 1966, Froriep Renggli has provided corporations and individuals, domestic and international, with a broad range of legal services. The firm has been a leader in several respects.

The economic and business environment is being impacted by many changes, and so is the legal market, faced with ever growing regulations and clients' expectations. We are expanding the breadth and depth of our expertise, the scope of our delivery, and we are developing skills in many new areas.

We are confident that with our emphasis on commitment to clients, teamwork and creativity, Froriep Renggli will continue to meet the challenges head on. With outstanding people, best clients and efficient supports, we have never been more optimistic about our success as a strong independent Swiss law firm with a distinct international flair.

Depuis 1966, Froriep Renggli a fourni une vaste gamme de services juridiques à des sociétés ainsi qu'à des personnes physiques, tant en Suisse qu'à l'étranger. L'Etude a occupé une position de leader dans plusieurs domaines.

Les changements importants intervenus ces dernières années dans le domaine de l'économie et dans le monde des affaires ont imposé à l'activité juridique de faire face à un nombre grandissant de règles de toutes sortes, ainsi qu'à une clientèle de plus en plus exigeante. Dans un processus continu, nous étendons le champs de nos compétences et la variété de notre gamme de services, et développons ainsi nos connaissances dans de nombreux domaines nouveaux.

Nous sommes certains que son engagement envers les clients, sa créativité et l'esprit d'équipe qui l'anime conduiront Froriep Renggli à remporter les nouveaux challenges la tête haute. Grâce à des collaborateurs hors pair, à des clients de grande valeur et à des moyens efficaces, nous n'avons jamais été plus optimistes au sujet de notre succès en tant qu'Etude d'avocats suisse indépendante à l'accent international bien établi.