

Vertragsausstieg: Ende ohne Schrecken

Beim Abschluss des Outsourcing-Vertrages liegt das Ende des Projekts in weiter Ferne, weshalb dessen Regelung oft vernachlässigt wird. Dies kann sich verheerend auswirken, da es den Parteien im Fall einer Konfliktsituation kaum mehr gelingen wird, sachgerechte und ausgewogene Lösungen für die geordnete Vertragsbeendigung zu finden. Deshalb muss bereits bei Entwurf, Verhandlung und Abschluss des Outsourcing-Vertrages den Beendigungsszenarien gebührende Aufmerksamkeit gewidmet werden.

Das Outsourcing von IT-Systemen und -Dienstleistungen hat in der Schweiz grosse Verbreitung gefunden. Gemäss einer kürzlich durchgeführten Erhebung (Swiss IT-Outsourcing Survey 2003) haben zwei Drittel der angefragten Unternehmen ihre IT ganz oder teilweise ausgelagert. Ungeachtet dieser Popularität lässt die Zufriedenheit mit dem IT-Outsourcing oft zu wünschen übrig: Nicht einmal die Hälfte der angefragten Unternehmen wertete das Outsourcing-Projekt als Erfolg; auch konnte nur in jedem zweiten Projekt ein positiver Return on Investment erzielt werden. Mehr als die Hälfte der Unternehmen gab überdies ihre Absicht kund, künftig einen anderen Provider auszuwählen.

Kein blinder Verlass aufs Gesetz

Wegen der Unzufriedenheit mit dem IT-Outsourcing im allgemeinen oder mit dem Provider im besonderen erwägen zahlreiche Unternehmen, die ausgelagerten Bereiche wieder bei sich selbst zu integrieren respektive auf einen anderen Provider zu übertragen. Mit dem IT-Outsourcing wird eine langfristig ausgerichtete und auf gegenseitigem Vertrauen basierende Beziehung aufgebaut. Die Parteien begeben sich dabei in eine gegenseitige Abhängigkeit, bei der das Unternehmen zentrale Elemente der Wertschöpfungskette und damit verbundenes Know-how dem Provider anvertraut und dieser personelle und materielle Ressourcen zur Leistungserbringung aufbaut. Die Beendigung muss daher frühzeitig und vorausschauend geplant werden, um in Krisensituationen einem Schrecken ohne Ende vorzubeugen.

Der Outsourcing-Vertrag zählt nicht zu den im Obligationenrecht (OR) explizit geregelten Vertragstypen. Die Zuordnung zu einem der gesetzlichen Typen bereitet Probleme, da beim Outsourcing eine Vielzahl von Elementen unterschiedlicher Verträge (z.B. Kauf, Miete, Werkvertrag, Auftrag) vorzufinden ist. Überdies passen gerade die Beendigungsmechanismen der im OR geregelten Typen nicht. So sieht etwa das Auftragsrecht zwingend eine jederzeitige Beendigungsmöglichkeit vor, die quer zum Outsourcing als Dauerschuldverhältnis steht.

Wegen ungenügender gesetzlicher Ordnung kommt der vertraglichen Regelung der Beendigungsszenarien grosse Bedeutung zu. Der Outsourcing-Vertrag muss Klauseln über die ordentliche und ausserordentliche Beendigung enthalten, wobei sowohl Voraussetzungen wie Rechtsfolgen eingehend und unter Beachtung der Eigenheiten des IT-Outsourcing zu regeln sind. Weiter sollte der Outsourcing-Vertrag Bestimmungen über eine allfällige (Rück-)Übertragung der IT-Infrastruktur und über die vom Provider zu leistende Unterstützung bei Vertragsbeendigung beinhalten.

Aufs Timing kommt es an

Outsourcing-Verträge werden selten auf feste Dauer, sondern in der Regel auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Empfehlen kann sich deshalb die Vereinbarung einer Mindestlaufzeit, die die Etablierung der neu aufzubauenden Outsourcing-Beziehung ermöglicht und die Amortisierbarkeit anfänglicher Investitionen durch den Provider sicherstellt.

Bei der Regelung der ordentlichen Beendigung steht die Frage nach Beendigungstermin und Kündigungsfrist im Vordergrund. Der Termin sollte so fixiert werden, dass die Beendigung für beide Seiten reibungslos verläuft; eine Beendigung etwa per 31. Dezember könnte wegen anstehender Jahresendverarbeitungen und ferienbedingter Personalengpässe Probleme bereiten. Die Kündigungsfrist ist ausserdem so festzusetzen, dass sie dem Unternehmen den Transfer des ausgelagerten Bereichs auf einen neuen

Provider respektive das «Bacsourcing» ermöglicht und den bisherigen Provider in die Lage versetzt, Überkapazitäten abzubauen oder anderweitig einzusetzen; eine Kündigungsfrist von drei Monaten wird dafür meist zu kurz sein.

Vorzeitige Beendigung als Knacknuss

Aus wichtigen Gründen kann der Outsourcing-Vertrag kraft Gesetz vorzeitig beendet werden. Dabei wird auf das Kriterium der Unzumutbarkeit abgestellt, dessen Anwendung in richterlichem Ermessen steht und mit Unsicherheit verbunden ist. Die Parteien sollten daher die wichtigen Gründe, die eine ausserordentliche Vertragsbeendigung rechtfertigen, möglichst abschliessend im Outsourcing-Vertrag konkretisieren:

► Aus Sicht des auslagernden Unternehmens liegen triftige Gründe primär bei wiederholter oder qualifizierter Nichterreichung von Service Levels oder gravierender Verletzung von Nebenpflichten (beispielsweise betreffend Geheimhaltung) durch den Provider vor. Bei aufsichtspflichtigen Unternehmen ist auch eine behördliche Anordnung (etwa der EBK) als Ursache denkbar.

► Für den Provider dürfte ein wichtiger Grund namentlich dann bestehen, wenn das Unternehmen zentrale Mitwirkungspflichten (wie z.B. zum Schutz der Mitarbeiter des Providers) verletzt oder sich mit Zahlungen im Verzug befindet.

Die vorzeitige Vertragsbeendigung muss eine ultima ratio darstellen. Zur Verhinderung einer un-

Daran müssen Sie denken

1. Wegen der ungenügenden gesetzlichen Ordnung führt an der vertraglichen Regelung kein Weg vorbei.
2. Bei der vertraglichen Ausgestaltung sind die Besonderheiten des IT-Outsourcing zu beachten.
3. Beendigungstermine sind vorausschauend zu wählen.
4. Die Kündigungsfrist muss hinreichend lange sein.
5. Die wichtigen Gründe einer ausserordentlichen Beendigung müssen fixiert werden.
6. Abfederungsmechanismen und Eskalationsprozeduren sind vorzusehen.
7. Eine fristlose Beendigung ist selten sachgerecht.
8. Das Schicksal der IT-Infrastruktur nach Vertragsbeendigung muss geklärt werden.
9. Der Provider ist zur Erbringung von Transfer Assistance zu verpflichten.
10. Die Beendigung darf nicht erst dann geregelt werden, wenn sie kurz bevorsteht.

Arbeitsplatzvernichtung durch Outsourcing

Outsourcing spart Geld, so zumindest lautet die landläufige Meinung. In der Realität ist eine Auslagerung aber meist nur dann signifikant billiger als der Eigenbetrieb, wenn die Dienste in Billiglohnländer verschoben werden. «Offshore Outsourcing» heisst das Schlagwort, das in den USA inzwischen auch die Gewerkschaften aktiviert. Denn Offshore Outsourcing heisst nichts anderes als Arbeitsplatzvernichtung im Inland. Die kleinmaschige KMU-Struktur unseres Landes dürfte den Trend allerdings abschwächen.

Glaubt man den Marktauguren von Gartner, steht das Offshore Outsourcing erst am Anfang. Denn was bei der Softwareentwicklung schon länger gang und gäbe ist, soll jetzt auch mit dem Datacenter gemacht werden. Schliesslich winkt zurzeit ein Sparpotential von bis zu 40 Prozent. Bereits im nächsten Jahr werden dadurch in den USA IT-Arbeitsplätze im grossen Stil verlorengehen. Acht von zehn in den USA befragte CIOs haben auf 2004 von der Geschäftsleitung den konkreten Auftrag erhalten, mindestens Teile der IT in Billiglohnländer zu transferieren. Die Hälfte von ihnen wird bis im nächsten Jahr entsprechende Projekte bereits in die Tat umgesetzt haben. Über die nächsten zwölf Monate sollen in den USA so 450'000 IT-Spezialisten ihren Job an Inder, Osteuropäer und Chinesen verlieren, wie Forrester Research vorrechnet. Das wären in einem einzigen Jahr acht Prozent aller IT-Arbeitsplätze.

Offshore indirekt

In der Schweiz wird der Trend ausser bei den internationalen Konzernen kaum im gleichen Ausmass zum Tragen kommen. Die relativ kleinen Schweizer KMU wollen die Nähe zu einem Outsourcing-Partner ihrer Grösse und Kultur. Aber auch wer mit einem heimischen Anbieter zusammenarbeitet, wird indirekt je länger je mehr Stellen in sogenannte Schwellenländer auslagern. Denn weltweite, aber auch lokale Outsourcer versuchen selber, ihre Dienste möglichst billig zu erbringen. Sie bauen dafür Datenzen-

ter in den entsprechenden Ländern oder vergeben Teile ihrer Aufträge an dortige Anbieter weiter. IBM Global Services ist bereits heute der fünfgrösste Arbeitgeber Indiens. EDS plant auf dem Subkontinent Dienstleistungszentren mit insgesamt 20'000 Arbeitsplätzen. Oracle will die Belegschaft in Indien von 3200 auf 6000 aufstocken. HP Europa baut derzeit in Budapest ein Datacenter, in dem die Sourcing-Dienste von ganz Europa zusammengefasst werden sollen.

Wie gross das Arbeitsvolumen ist, das aus der Schweiz in die Schwellenländer abwandern wird, lässt sich ungefähr aus den erwarteten Zahlen für Deutschland ableiten. Deloitte & Touche schätzt, dass der Umsatz indischer Dienstleister in unserem nördlichen Nachbarland in den nächsten Jahren von zurzeit 200 Millionen Euro auf 14 Milliarden emporschnellen wird.

Absehbares Ende

Der Grund für den Offshore-Trend bedeutet aber gleichzeitig auch sein absehbares Ende. Die Löhne in den Auslagerungsländern sind heute rund zehnmal tiefer als bei uns. Je mehr qualifizierte Arbeit aber in diese Länder kommt, desto mehr steigt der Lebensstandard und desto kleiner wird die Differenz. Wie die Halbleiterfachzeitschrift «EE Times» meldet, gebe es inzwischen schon wieder eine Rückkehrbewegung von Tausenden von indischen Spezialisten, die wegen der besseren Jobaussichten und der verbesserten Lebensqualität in ihrer Heimat den USA wieder den Rücken kehren. Im Entwicklungszentrum von Network Associates in Bangalore beispielsweise seien heute rund 15 Prozent der Mitarbeiter solche Rückkehrer.

Auch Gartner sieht diesen Trend. In etwa fünf Jahren übersteige in Indien die Nachfrage das Angebot, und dann werden die Preise steigen. Wer nicht schon jetzt mit dem Offshore Outsourcing begonnen hat, kommt zu spät, so die Folgerung der Marktbeobachter. Und wer es getan hat oder dabei ist, es zu tun, hat besser eine durchgedachte Resourcing-Strategie in der Rückhand. (dmh)

Fortsetzung von Seite 29

reflektierten oder unter vorgeschobenem Grund erfolgenden ausserordentlichen Kündigung sollten deshalb Abfederungsmechanismen (etwa die Möglichkeit der Sicherstellung bestrittener Forderungen) und Eskalationsprozeduren in den Outsourcing-Vertrag integriert werden. Bei den Rechtsfolgen ist zu beachten, dass eine fristlose Beendigung der Vertragsbeziehung keiner Partei dienen dürfte, denn das abrupte Ende gefährdet die Kontinuität beim Betrieb des ausgelagerten Bereichs und schafft beim Provider unvermittelt Überkapazität.

Point of Return

Bei jeder Vertragsbeendigung stellt sich auch die Frage nach dem weiteren Schicksal der IT-Infrastruktur, welche zur Leistungserbringung verwendet wurde. Der Outsourcing-Vertrag muss Aufschluss darüber geben, inwieweit das auslagernde Unternehmen zur Übernahme der Infrastruktur berechtigt oder verpflichtet ist. Der Vertrag hat sich dabei auch zu den Modalitäten des Übergangs (darunter Gewährleistung, Schutzrechte, Kosten) zu äussern. Zudem ist der Provider vertraglich anzuhalten, die spätere Übertragbarkeit der von ihm mit Drittunternehmen abgeschlossenen Verträge sicherzustellen; ansonsten besteht die Gefahr, dass die Übertragung der IT-Infrastruktur an der fehlenden Zustimmung Dritter scheitert.

Da es kaum einem Unternehmen gelingen wird, ausgelagerte Dienste ohne Unterstützung des Outsourcing-Providers wieder bei sich zu integrieren oder auf einen anderen Provider zu übertragen, muss im Outsourcing-Vertrag vereinbart werden, zu welchen Unterstützungsleistungen im Beendigungsfalle (Transfer Assistance) der bisherige Provider verpflichtet ist. Die Art der Unterstützung (beispielsweise durch Vornahme von Systemanpassungen, Datenübertragung oder Transfer von Know-how) und deren Modalitäten (wie Dauer, Umfang, Entgelt und Personalqualifikation) müssen detailliert beschrieben werden.

Der Autor: Roland Mathys ist Rechtsanwalt bei Wenger Plattner Basel Zürich Bern (www.wenger-plattner.ch).

