



BRUNO K. HOFSTETTER
MANAGEMENT & SECURITY CONSULTING

Informationsblatt

Merkpunkte zum Outsourcing-Vertrag

von Dr. Markus Edelmann, Rechtsanwalt
St. Gallen, Juni 1999 *)

Für die Praxis herausgegriffen, einige Punkte mit besonderen rechtlichen Risiken.

Begriffe

Outsourcing bedeutet hier: Die Übertragung der Verantwortung für einen betrieblichen Bereich vom Outsourcer (Kunde) auf einen Insourcer (Outsourcing-Dienste-Anbieter).

Vertrauen

Outsourcing ist eine langfristige Partnerschaft und gelingt nur bei Vertrauen zwischen den Partnern. Ein Vertrag kann dieses Vertrauen nicht ersetzen, aber zum guten Gelingen wesentlich beitragen. Saubere rechtliche Grundlagen dienen

- der Sicherheit in der Abwicklung, sowohl innerhalb der beiden Partner als auch im Verhältnis zwischen ihnen, und
- als Lösungswege bei Konflikten.

Vertragstyp

Outsourcing entspricht nicht einem bestimmten gesetzlichen Vertragstyp. Die Auslagerung von Betriebsteilen, Know-how und Arbeit enthält unterschiedliche Vertragselemente: Kauf, Werkvertrag, Auftrag, Miete, Zession. Outsourcing ist damit ein gemischter Vertrag (Innominatskontrakt).

Übertragung des Geschäftsbereiches

Zu Beginn des Outsourcing steht die Übertragung des Geschäftsbereiches.

Gesamtheit des Betriebes

Es ist möglich, die Gesamtheit eines Betriebes zu übertragen. Bei der Geschäftsübertragung mit Aktiven und Passiven gehen sämtliche Rechte und Pflichten über, also auch Nutzungsrechte und Geschäftsbeziehungen. Der bisherige Geschäftsinhaber haftet mit dem Neuen während einer bestimmten Zeit nach der Geschäftsübernahme für weitere Verpflichtungen.

Übertragung einzelner Güter und Rechte

Wird nicht eine Gesamtheit von Rechten und Pflichten, sondern werden nur einzelne Güter und einzelne Rechte übernommen, benötigt die Übertragung von Rechtsverhältnissen (Lieferverträge, Abnahmeverträge, Lizenzverträge, Wartungsverträge) die Zustimmung jedes einzelnen Geschäftspartners.

Personal

Arbeitet das Personal in der übernommenen Betriebsorganisation weiter, gilt dies arbeitsrechtlich als Betriebsübernahme, und damit als blosser Fortsetzung des bisherigen Arbeitsverhältnisses, auch wenn das Personal und der neue Arbeitgeber neue Arbeitsverträge miteinander eingehen. Für das Dienstalter wird auf den Eintritt beim früheren Arbeitgeber abgestellt. Zudem haftet der neue Arbeitgeber gegenüber den Mitarbeitern auch für alle Ansprüche aus dem früheren Arbeitsverhältnis (Ferien, Überstunden, Provisionen).



BRUNO K. HOFSTETTER
MANAGEMENT & SECURITY CONSULTING

Betrieb des Geschäftsbereiches

Für den Betrieb sind möglichst klare Grundlagen zu schaffen.

Verantwortlichkeit und Leistung

Outsourcing ist eine Zusammenarbeit, bei der beide Parteien Verantwortung tragen und Leistungen erbringen. Vertraglich zu definieren sind nicht nur die Tätigkeiten, sondern auch die Unterlassungen (z.B. Konkurrenzverbot, Personalabwerbeverbot). Zudem sind die Verantwortlichkeitsbereiche der beiden Partner möglichst deutlich abzugrenzen.

Projekt und Changemanagement

Der Betrieb eines Geschäftsbereiches ist etwas äusserst Lebendiges. Das erfordert Veränderungen. Festzulegen sind die Willensbildung und die Ausführung (Kompetenzen, Aufgaben). Sämtliche Änderungen sind sorgfältig zu dokumentieren.

Kommunikation und Information

Outsourcing gelingt nur, wenn sich die Partner verstehen. Festzulegen sind Arbeitssprache (z.B. Englisch) und Kommunikationsmittel, aber auch Inhalte (z.B. Veränderungen in den Geschäftsprozessen, bei den Mitarbeitern oder bei der Technik).

Know-how

Zusammenarbeit im Bereich der Informationstechnologie benötigt viel Know-how. Zudem wird neues Wissen erarbeitet.

Know-how ist nur rechtlich geschützt, wenn dafür ein besonderes Schutzinstrument besteht (Urheberrecht, Patent, Muster und Modell, Marke, Geheimnisverpflichtung).

Es ist besonders wichtig, hier die Spielregeln unter den Parteien festzulegen. Ansätze dazu:

- Begründung entsprechender Diskretionspflichten;
- rechtlich geschütztes Know-how, das ein Partner einbringt, darf der andere Partner ohne dessen Einwilligung nicht nutzen;
- gemeinsam erworbene Erkenntnisse, die selbständig schützbar sind, dürfen nur gemeinsam verwertet werden. Verweigert ein Partner die Zustimmung, darf der andere selbständig verwerten, muss diesen jedoch am Gewinn beteiligen;
- im Übrigen darf jeder Partner die erworbene Erkenntnis bei seiner angestammten Tätigkeit weiter verwenden.

Um Know-how zu schützen sind eventuell in Betracht zu ziehen: Konkurrenzverbot, Verbot der Kunden- oder Personalabwerbung, Unterlassung einer bestimmten Tätigkeit.

Um Nutzung sicherzustellen sind eventuell in Betracht zu ziehen: Regelmässige Übergabe von Quellencodes oder Escrow-Agreement. Ohne besondere Abrede gehören Sourcecodes dem Entwickler.

Qualität und Garantie

Qualitätsanforderungen und Servicelevel, aber auch Qualitätsmanagement sind festzulegen. Wichtig ist dabei die Zuweisung der Verantwortung für die Qualitätsprüfung. Ohne besondere Abrede ist der Abnehmer einer Leistung zur Prüfung verpflichtet (was häufig schwierig ist).



BRUNO K. HOFSTETTER MANAGEMENT & SECURITY CONSULTING

Die Begrenzung der Haftung ist nur beschränkt zulässig und häufig nur bei leichter Fahrlässigkeit möglich. Die Parteien sollten Haftungsreduktionen erst nach sorgfältiger Analyse möglicher Risiken vereinbaren.

Freelance

Das Verhältnis zu Freelancern ist regelmässig zu überprüfen. Nicht der Parteiwille (z.B. Vereinbarungstext), sondern die tatsächlichen Verhältnisse sind massgebend, ob ein Freelancer als Selbständigerwerbender gilt.

Für Unselbständigkeit (so genannte Scheinselbständigkeit) sprechen arbeitsrechtlich die Eingliederung in die Organisation des Auftraggebers und die Unterstellung unter sein Weisungsrecht, sozialversicherungsrechtlich die wirtschaftliche Abhängigkeit vom Auftraggeber (z.B. nur zwei Auftraggeber). Die spätere Feststellung einer Scheinselbständigkeit kann arbeitsrechtliche Ansprüche (z.B. Ferien, Überstunden, Krankengeld, Kündigungsfrist) oder die Nachzahlung von Sozialversicherungsprämien (Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge mit Strafzuschlägen) auslösen.

Personalabwerbeverbot

Ein solches ist grundsätzlich zulässig. Arbeitet jedoch ein Mitarbeiter des Insourcers zusammen mit dem Personal des Outsourcers in den gleichen Räumlichkeiten, kann faktisch ein Personalleihverhältnis entstehen. Dieses lässt ein Personalabwerbeverbot fast nicht mehr zu.

Beendigung der Zusammenarbeit

Outsourcing-Verträge können für eine feste Dauer oder auf unbestimmte Zeit eingegangen werden.

Vorzeitige Vertragsauflösung

Es lohnt sich, die Bedingungen der vorzeitigen Vertragsauflösung bei Beginn festzulegen. Fehlen Parteiabmachungen, dürfte in den meisten Fällen ein Ausstieg nur bei schwerer Vertragsverletzung und erst nach entsprechender Abmahnung möglich sein.

Abwicklung der Beendigung

Ebenfalls zu Beginn des Outsourcing vertraglich festzulegen ist, was bei Vertragsende gilt:

- Rückgabe des gesamten Geschäftsbetriebes, oder einzelner Güter und Rechte;
- Sourcecodes und Dokumentationen;
- gewerbliche Schutzrechte;
- Weiterführung von Unterlassungspflichten wie Diskretionspflicht, Konkurrenzverbot, Personalabwerbeverbot, Kundenabwerbeverbot.

Form des Outsourcing-Vertrages

Der Outsourcing-Vertrag ist an keine besondere Form gebunden.

Mehrere Dokumente

Häufig wird ein Basisvertrag mit Anhängen abgeschlossen. Zur Vereinbarung gehören aber auch weitere Unterlagen wie Manuals, Protokolle, Änderungsdokumente. Vertragsinhalt ist alles, was die Parteien der Zusammenarbeit gemeinsam zugrunde legen.



BRUNO K. HOFSTETTER
MANAGEMENT & SECURITY CONSULTING

Digitale Informationen

Informationen in digitaler Form (z.B. E-Mail) sind rechtlich bindend, soweit die Gültigkeit nicht von der Schriftform abhängt (z.B. vertraglicher Vorbehalt für Vertragsänderung). Ohne besondere Abrede wird dann eine handschriftliche Unterzeichnung vorausgesetzt. <P< **Arbeitshilfen**

Wegen der vielfältigsten Erscheinungsformen des Outsourcing sind Musterverträge wenig geeignet. Empfohlen wird der Bezug von Checklisten, z.B. SWICO/SVD Checkliste Outsourcingvertrag (zu beziehen beim Schweizerischen Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik, Technoparkstrasse 1, 8005 Zürich Tel. 01 445 38 00, Fax 10 445 38 01 E-Mail: swicomail@swico.ch).

*) Der Autor Dr. Markus Edlmann ist Netzwerkpartner sowie Gründer und Partner der zet.Wirtschaftsberatung, Vadianstrasse 40, CH-9000 St. Gallen.
Fon +41 71 223 20 20, Fax +41 71 223 35 70, info@zet.ch