

Roland Mathys
lic. iur. et lic. oec. publ., LL.M., Partner
roland.mathys@wenger-plattner.ch

Michael Isler
Dr. iur., Senior Associate
michael.isler@wenger-plattner.ch

Christoph Zogg
MLaw, Associate
christoph.zogg@wenger-plattner.ch

WENGER PLATTNER
Rechtsanwälte Notare Steuerberater
Aeschenvorstadt 55, 4010 Basel
+41 61 279 70 00, www.wenger-plattner.ch

Nach dem Outsourcing ist vor dem Outsourcing – Planung und Durchführung eines Providerwechsels



Roland Mathys



Michael Isler



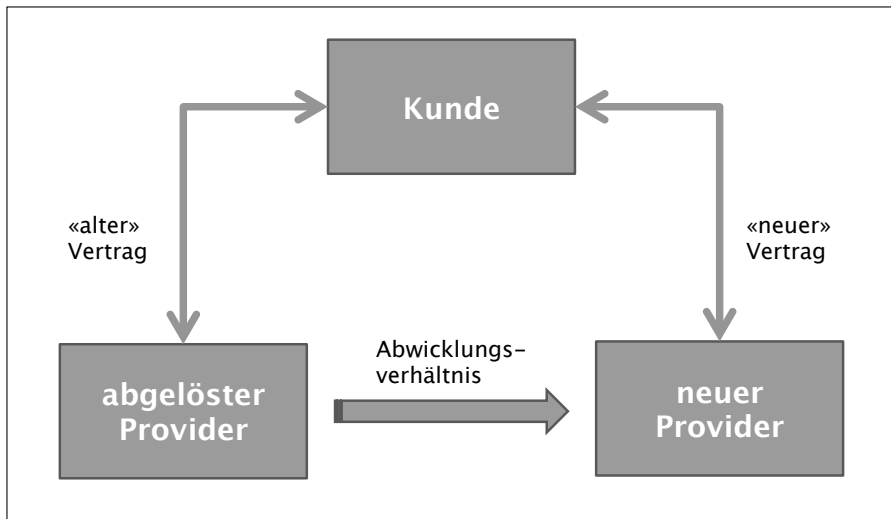
Christoph Zogg

Gegenstand eines ICT-Outsourcings bilden beispielsweise der Betrieb des Rechenzentrums oder der EDV- und Kommunikationssysteme, die Ausrüstung und Wartung der Arbeitsplatzinfrastruktur oder die Anwenderunterstützung durch einen externen Provider. Der Kunde fährt seine eigene ICT-Kompetenz im entsprechenden Umfang herunter, verbunden mit der Absicht, sich auf seine Kernkompetenzen zu konzentrieren und Kosten zu reduzieren. Die durch das Outsourcing gewonnenen Vorteile haben allerdings auch ihren Preis. Jede Outsourcing-Konstellation schafft ein **Abhängigkeitsverhältnis** des Kunden gegenüber dem Provider. Es liegt im langfristigen Interesse des Kunden, dass er die Herrschaft über seine **betriebsnotwendigen Unternehmensfunktionen** nicht verliert und bei Bedarf die Outsourcing-Entscheidung rückgängig machen oder – was häufiger vorkommt – den Provider wechseln kann.

Wann ist der Zeitpunkt reif, um mit dem Gedanken eines Providerwechsels zu spielen? Outsourcing-Verträge sind **langfristige Verträge**. Bis die Leistungsbereitschaft zur Zufriedenheit des Kunden erstellt ist und der Provider die kundenspezifischen Anforderungen verstanden und umgesetzt hat, vergehen oft Monate. Auf den Provider kommen hohe Anfangsinvestitionen zu, die sich nur über eine längere Vertragslaufzeit rechnen. Dennoch: Jeder Outsourcing-Vertrag ist **kündbar**. Die vereinbarte vertragliche Mindestlaufzeit beträgt in der Regel zwischen drei und sieben Jahren. Immer mehr Outsourcing-Verträge haben dieses Alter inzwischen erreicht oder längst überschritten. Denkbar ist auch, dass der Kunde mit der Qualität oder dem Preis der Dienstleistung nachhaltig unzufrieden ist und aus diesem Grund eine vorzeitige Vertragsauflösung ins Auge fasst.

Transitionsprojekt mit umgekehrten Vorzeichen

Viele Unternehmen schrecken vor einem Providerwechsel zurück. Die Befürchtung ist gross, die Kontinuität des Betriebs zu gefährden, während die mit der Umstellung verbundenen Chancen der Leistungs- und Preisoptimierung ausgeblendet werden. Wer den Schritt zum ICT-Outsourcing gewagt hat, wird jedoch auch die Übertragung der Dienstleistungen auf einen neuen Provider (secondary oder 2nd generation outsourcing) meistern. Die Struktur eines Providerwechsels weist in vielerlei Hinsicht **Parallelen zur Transitionsphase** zu Beginn eines jeden Outsourcing-Zyklus auf. In dieser Übergangsphase werden das betriebsnotwendige Know-how wie auch Hardware, Software, Daten oder Personal auf den externen Dienstleister transferiert und die Leistungsbereitschaft erstellt. Die mit der Rück- oder



Weiterübertragung der Dienstleistungen einhergehenden Massnahmen sind das **Spiegelbild** davon.

Es ist aber richtig, die Risiken eines Providerwechsels ernst zu nehmen und **Alternativen zur Vertragskündigung** zu evaluieren. Die gewünschten kommerziellen oder qualitativen Verbesserungen lassen sich möglicherweise auch über eine **Neu- oder Nachverhandlung** des Outsourcing-Vertrages oder – sofern vertraglich vorgesehen – über ein **Benchmarking** erreichen.

Tückische «ménage à trois»

Trotz der aufgezeigten Parallelen zur ersten Auslagerung weist der Providerwechsel einige **Besonderheiten** auf, die damit zusammenhängen, dass sich drei Parteien gegenüberstehen: Der Kunde, der abgelöste Provider und dessen Nachfolger (vgl. Grafik). Zwischen den beiden Dienstleistern, die erst noch miteinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehen, existiert keine direkte vertragliche Beziehung. Es liegt somit am Kunden, deren Kooperation zu orchestrieren, was in Anbetracht der gegenläufigen Interessen des ehemaligen und des neuen Providers hohe Anforderungen an die Projektleitung stellt. Es zahlt sich aus, wenn der ursprüngliche Outsourcing-Vertrag diese Konstellation vorwegnimmt und die **Mitwirkungspflichten des Providers** im Rahmen der Beendigungsphase ausreichend abdeckt sowie die allenfalls dafür geschuldete Vergütung regelt. Selbst der perfekte Vertrag vermag allerdings eine vorausschauende und sorgfältige Planung der Übergangsphase nicht zu ersetzen.

Aufgrund der geschilderten Schwierigkeiten zieht es der Kunde bisweilen vor, sich aus der Projektleitung zurück-

zuhalten und die Verantwortung für die Durchführung des Rückabwicklungsprogramms dem neuen Provider zu überbinden. Dieser wird in solchen Fällen zum Begünstigten der Beendigungsunterstützungspflichten seines Vorgängers gemacht und kann die geschuldeten Leistungen direkt bei jenem einfordern. Was auf dem Papier als elegante Lösung daherzukommen scheint, erweist sich allerdings kaum je als praxistauglich. Der Kunde verfügt als **Scharnier** zwischen den beiden Providern über die geeigneten Mittel und Anreizsysteme, um die Übergangsphase erfolgreich zu orchestrieren. Der Rückzug des Kunden auf einen Beobachtungsposten in dieser gerade auch im Hinblick auf die **Sicherstellung der Betriebskontinuität** kritischen Phase ist riskant und nicht zu empfehlen.

Vielfältiges Rückabwicklungsprogramm

Die Beendigung des Outsourcing-Vertrages führt somit nicht dazu, dass am Tage X der Stecker gezogen wird. Der Kunde und der neue Provider sind vielmehr auf mannigfache **Beendigungsunterstützung** angewiesen:

- Betriebsnotwendiges **Know-how**, **Datenmaterial** sowie dedizierte (dem Kunden zugeordnete) **Betriebsmittel** und allenfalls damit zusammenhängende Leasing- oder Wartungsverträge sind auf den neuen Provider zu transferieren. Dieser muss zudem in die Lage versetzt werden, laufende Projekte (work in progress) weiterzubearbeiten.
- Der neue Provider ist möglicherweise während einer längeren Übergangszeit darauf angewiesen, auf bestimmte **Tools** oder **Plattformen** des abgelösten Providers zuzugreifen.

- Sofern Personal auf den neuen Provider übergeht, muss der bisherige Leistungserbringer im Rahmen der Due Diligence seine **Anstellungsbedingungen** (insbesondere Kündigungsfristen) und zahlreiche **Arbeitnehmerdaten** wie Saläre, Dienstalter, Ferien- und Überstundensaldid offenlegen, damit eine verlässliche Angebotskalkulation möglich ist.
- In komplexen Verhältnissen drängt sich oft eine **gestaffelte Leistungsübertragung** auf den neuen Provider auf, die zudem über einen zeitlich limitierten **Parallelbetrieb** und **Rückfallszenarien** abgesichert wird. In solchen Fällen zahlt es sich aus, wenn der Kunde berechtigt ist, vom bisherigen Provider während der Auslaufphase in möglichst flexibler Weise individuell geschnürte Dienstleistungspakete zu beziehen. Die Preisfestlegung sollte zumindest in den Grundzügen geregelt sein und sich an den bestehenden Kalkulationsgrundlagen orientieren. Auf der anderen Seite wird der Kunde einsehen müssen, dass das Vorhalten von Leistungsbereitschaft quasi auf Abruf kostspielig ist und die aus der Leistungsbündelung erzielten Synergieeffekte des Providers in der Auslaufphase nicht mehr greifen.

Es versteht sich von selbst, dass die Überführung der Dienstleistungen auf den neuen Provider frühzeitig geplant werden muss. Im Idealfall besteht das Gerüst des **Rückführungsplans** bereits bei Vertragsabschluss und wird während der gesamten Laufzeit des Outsourcing-Vertrages kontinuierlich gepflegt und den veränderten Verhältnissen angepasst. Der Rückführungsplan sollte insbesondere die **Abhängigkeiten** von sämtlichen Ressourcen im Rahmen des Rückabwicklungsprojekts festhalten, das **Inventar** der im Falle eines Providerwechsels auf den neuen Provider übergehenden Betriebsmittel nachführen, die für die Weiterführung der Dienstleistungen durch den neuen Provider relevante **Dokumentation** identifizieren sowie in den Grundzügen auch bereits die **Projektorganisation und Verantwortlichkeitsmatrix** regeln.

Sofern mit dem Providerwechsel ein **Personalübergang** verbunden ist, werden weitere Informations- und Unterstützungsspflichten ausgelöst. Darüber hinaus wird der abzulösende Provider regelmässig in seinen **personellen Entscheidungsbefugnissen zurückgebunden**, sobald sich die Vertragsbeendigung abzeichnet. So darf er beispielsweise kein zusätzliches Personal mehr einstellen, Anstellungsbedingungen ändern oder individuelle Lohnerhöhungen gewähren.

Der Rückführungsplan wird aktiviert, verfeinert und mit einem **konkreten Zeitplan** hinterlegt, sobald bekannt ist, dass sich das Vertragsverhältnis dem Ende zuneigt. Die Übergangsphase kann in komplexen Fällen ohne weiteres ein halbes Jahr in Anspruch nehmen. Nicht zu vergessen ist, dass während dieser Zeit die eigentlichen Betriebsleistungen weiterhin in der vereinbarten Qualität erbracht werden müssen. Je sorgfältiger die Planung, desto geringer das Risiko eines Betriebsunterbruchs.

Detaillierte Regelung zahlt sich aus

Was gilt, wenn der Outsourcing-Vertrag mit dem abgelösten Provider keine Regelung über die Beendigungsunterstützung enthält? Eine präzise **gesetzliche Auffangbestimmung fehlt** in einem solchen Fall. Immerhin kann der Kunde sich auf den allgemeinen Grundsatz von **Treu und Glauben** berufen und unter dieser Prämisse darauf bauen, dass den abgelösten Provider eine Pflicht zur Beendigungsunterstützung und Schadensminderung trifft. Allerdings lässt sich mit diesen Allgemeinplätzen kein konkreter Leistungskatalog definieren. In der Regel dürfte der Providerwechsel dem Kunden daher gehörig Kopfzerbrechen bereiten, wenn er die Folgen der Vertragsbeendigung nicht ausreichend antizipiert hat. In **regulierten Branchen** wie beispielsweise dem Banken- und Versicherungsbereich hat die Praxis allerdings gezeigt, dass sich die **Aufsichtsbehörden** nicht scheuen, im Notfall einzugreifen und den abgelösten Provider mittels Verfügung anzuweisen, die erforderliche Beendigungsunterstützung zu leisten.

Wer trägt die Kosten?

Das Rückführungsprojekt bindet Ressourcen und ist entsprechend **kostenintensiv**. Darüber hinaus kann es vorkommen, dass der abzulösende Provider während der Vertragslaufzeit in **Betriebsmittel** investiert hat, die er seinem Nachfolger übergeben muss. Dazu zählen beispielsweise Arbeitsgeräte und Ersatzteile, die der Provider auf eigene Rechnung beschafft hat. Auch diesbezüglich stellt sich die Frage der Vergütung.

Outsourcing-Verträge sehen in der Praxis häufig vor, dass die im Rahmen des vorgesehenen Zeitraums der Beendigungsunterstützung zu erbringenden Leistungen **in der Vergütung eingeschlossen** sind, sofern der Vertrag ausläuft bzw. ordentlich gekündigt wird oder der Provider zu einer vorzeitigen Kündigung Anlass gegeben hat. Hat dagegen

der Kunde die Vertragsauflösung zu vertreten, trägt auch er die zusätzlichen Kosten. Dasselbe gilt, wenn die Überführungsphase mehr Zeit in Anspruch nimmt als geplant. Manchmal schuldet der abgelöste Provider dem Kunden eine Konventionalstrafe, wenn er die Unterstützungsleistung nicht oder nicht rechtzeitig erbringt. Die Provider haben also die mit der Rückführungsphase verbundenen Aufwendungen und Risiken bereits in ihre Angebotskalkulation einfließen zu lassen.

Bei der Übertragung von Vermögensgegenständen wird in der Regel unabhängig vom Grund der Vertragsauflösung eine Abschreibungsperiode definiert und auf den **Restbuchwert** abgestellt.

Betriebsteilübergang – unverhofft kommt oft

Eine zusätzliche Komplexitätsebene stellt sich ein, wenn der Transfer vom bisherigen zum neuen Provider einen Betriebsteilübergang bewirkt. In internationalen Verhältnissen sind zudem die äquivalenten Bestimmungen der jeweils anwendbaren Rechtsordnung zu beachten, welche sich trotz gemeineuropäischer Harmonisierung in ihren Voraussetzungen und Auswirkungen unterscheiden.

Liegt ein Betriebsteilübergang vor, gehen die **Arbeitsverhältnisse** der dort beschäftigten und organisatorisch eingegliederten Mitarbeiter von Gesetzes wegen **auf den Erwerber** über. Diese Rechtsfolge kann durch die Vertragsparteien nicht vertraglich wegbedungen werden. Darüber hinaus sind bestimmte **Informations- und Konsultationspflichten** zu beachten.

Der Verlust eines Auftrags an einen Konkurrenten (sog. **Funktionsnachfolge**) stellt für sich allein noch keinen Betriebsteilübergang dar. Sobald allerdings in erheblichem Umfang Betriebsmittel oder einzelne Schlüsselpersonen übernommen werden, steigt die Wahrscheinlichkeit, dass sich ein Betriebsteilübergang einstellt. Entscheidendes Kriterium ist in diesem Fall die Wahrung der **Betriebsteil-Identität**, die nach Massgabe sämtlicher den Vorgang kennzeichnender Tatsachen und Umstände zu beurteilen ist. An einer **Einzelfallprüfung** führt daher kein Weg vorbei. Das Bestreben, die Rechtsfolgen eines Betriebsteilübergangs zu vermeiden, kann zudem die Strukturierung eines Providerwechsels entscheidend prägen, indem beispielsweise bewusst auf die Übertragung an sich sinnvoller Betriebsmittel verzichtet wird und der neue Pro-

vider die übernommene Arbeitsorganisation auf Antrieb transformiert, um keinen Anschein einer Betriebsteil-Identität zu erwecken. Die rechtlichen Unwägbarkeiten lassen sich allerdings nie vollständig aus der Welt schaffen. Immerhin lassen sie sich finanziell abfedern, sofern der Outsourcing-Vertrag eine Freistellungsklausel enthält, gemäss welcher die von der Vertragsauflösung betroffene Partei ihre Funktionsnachfolgerin für die finanziellen Risiken eines unerwünschten Mitarbeiterübergangs schadlos zu halten hat.

Scheidungsfolgen schon beim Heiraten regeln

Die Formulierung und Verhandlung der Modalitäten, welche im Zusammenhang mit der Auflösung eines Outsourcing-Vertrages zu beachten sind, stellen in mehrfacher Hinsicht eine **Herausforderung** dar. Im Gegensatz zum Transitionsprojekt am Anfang der vertraglichen Zusammenarbeit liegen die zu regelnden Gegenstände noch relativ weit in der **Zukunft** und sind **dynamischen Entwicklungen** unterworfen; sie können daher häufig nur sehr allgemein umschrieben werden. Dabei sind die potenziellen finanziellen und betrieblichen Auswirkungen enorm. Dennoch sorgt die menschliche Natur dafür, dass die einschlägigen vertraglichen Kapitel – da sowohl im Vertragsdokument wie auch im Outsourcing-Zyklus weit hinten liegend – tendenziell eher auf die leichte Schulter genommen werden. Dies kann sich später rächen. Wer sich dem **nachhaltigen Unternehmenserfolg** verpflichtet fühlt, wird dem Providerwechsel bei der Vertragsausarbeitung die notwendige Beachtung schenken, und zwar sowohl auf Kunden- wie auch auf Providerseite.

□ Gut möglich, dass wir
Ihren Nachfolger
bereits kennen!

Wir vermitteln für Sie
Nachfolgeregelungen/Kauf und Verkauf von Unternehmen.
Auch innerhalb des umfassenden
Kammer-Netzwerkes.



Handelskammer Deutschland-Schweiz
Tödistrasse 60, 8002 Zürich
www.handelskammer-d-ch.ch
Telefon +41 (0)44 283 61 61
auskunft@handelskammer-d-ch.ch