

lic.iur. et lic.oec.publ. Roland Mathys

IT-Outsourcing – Was ändert sich mit dem Fusionsgesetz?

Beim IT-Outsourcing werden zu Beginn oft Vermögens- oder Betriebsteile mit Aktiven und Passiven wie Hardware, Software, zugehörigen Vertragsverhältnissen und oft auch personelle Ressourcen auf einen externen Dienstleistungserbringer ausgelagert. Das Outsourcing kann somit einen Anwendungsfall der im neuen Fusionsgesetz geregelten Vermögensübertragung darstellen. Der Beitrag untersucht, worauf inskünftig bei der vertraglichen Ausgestaltung des IT-Outsourcing zu achten ist und ob die Gesetzesnovelle gar eine Anpassung bestehender Outsourcing-Verträge erfordert.

Inhaltsverzeichnis

I. IT-Outsourcing nach geltendem Recht

1. IT-Outsourcing
 - a. Begriff
 - b. Gegenstand der Auslagerung
2. Bisherige Rechtslage
 - a. Aktiven
 - b. Passiven
 - c. Vertragsverhältnisse
 - d. Arbeitsverträge insbesondere

II. Neuerungen durch das Fusionsgesetz

1. Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes
 - a. Outsourcing als Anwendungsfall der Vermögensübertragung
 - b. Zwingende Anwendbarkeit?
2. Gültigkeit
 - a. Formelle Voraussetzungen
 - b. Materielle Voraussetzungen
3. Umfang der Auslagerung
 - a. Inventar
 - b. Nicht inventarisierte Gegenstände
 - c. Arbeitsverhältnisse
4. Vollzug der Auslagerung
 - a. Grundsatz der partiellen Universalsukzession
 - b. Forderungen
 - c. Vertragsverhältnisse
 - d. Arbeitsverträge insbesondere
 - e. Schulden

III. Übergangsrecht

1. Übergangsbestimmung
2. Backsourcing

IV. Fazit

V. Bibliographie

I. IT-Outsourcing nach geltendem Recht

1. IT-Outsourcing

a. Begriff

[Rz 1] Das IT-Outsourcing ist dadurch gekennzeichnet, dass *IT-bezogene Aufgaben* nicht oder bloss teilweise von einem Unternehmen selbst erbracht werden, sondern an externe Leistungserbringer (Outsourcing-Provider)

ausgelagert werden¹. Bei der Aufnahme einer Outsourcing-Beziehung wird meist die bei einem Unternehmen vorbestehende *IT-Infrastruktur* ebenfalls ausgelagert. Bei der Beendigung des IT-Outsourcing findet regelmässig eine Rückübertragung dieser Infrastruktur («Backsourcing»²) oder eine Weitergabe an einen neuen Outsourcing-Provider statt. Auf genau diesen Übergängen liegt das Augenmerk der folgenden Ausführungen.

b. Gegenstand der Auslagerung

[Rz 2] Bei den auszulagernden Gegenständen kann es sich zunächst um bewegliche *Sachen* wie Hardware handeln. Häufig soll auch Software mit den zugehörigen *Urheber- oder Nutzungsrechten* übertragen werden. Für das IT-Outsourcing typisch ist sodann die Übernahme von *Verträgen*, deren Inhalt mit der übertragenen Hard- und Software in Zusammenhang steht (z.B. Wartungs- oder Pflegeverträge). Neben den materiellen und immateriellen werden oft auch *personelle Ressourcen* ausgelagert (z.B. Mitarbeiter der IT-Abteilung).

2. Bisherige Rechtslage

a. Aktiven

[Rz 3] Die auszulagernden Aktiven mussten bislang einzeln, d.h. auf dem Wege der *Singularsukzession* übertragen werden³. Dabei sind die für das jeweilige Aktivum einschlägigen Übertragungsvoraussetzungen mitsamt deren Formerfordernissen (z.B. schriftliche Abtretung bei Forderungen) zu befolgen⁴.

[Rz 4] Die rechtsgeschäftliche Übertragung registrierter *Immaterialgüterrechte* (Patente, Designs und Marken) bedarf zu ihrer Gültigkeit der Schriftform⁵. Urheberrechte können demgegenüber formlos übertragen werden⁶. In Bezug auf *Forderungen* ist zu beachten, dass in IT-Verträgen häufig deren Nichtabtretbarkeit vereinbart wird (z.B. Einräumung eines nichtübertragbaren Rechts zur Nutzung eines Computerprogramms im Rahmen eines Softwarelizenzvertrags⁷). In solchen Fällen muss vorgängig die Zustimmung des Lizenzgebers eingeholt werden⁸.

[Rz 5] Insgesamt ist die Übertragung von Aktiven als umständlich zu bezeichnen, was sich namentlich bei grösseren Outsourcing-Projekten als hinderlich erweisen kann⁹.

b. Passiven

[Rz 6] Die Schuldübernahme setzt grundsätzlich das Einverständnis des Gläubigers voraus¹⁰. Bei der Übernahme eines Vermögens mit Aktiven und Passiven gelangt Art. 181 OR zur Anwendung. Demnach ist die Zustimmung des Gläubigers zum Schuldnerwechsel nicht erforderlich; jedoch wird zu dessen Absicherung eine zeitlich auf zwei Jahre begrenzte *Solidarhaftung* zwischen dem bisherigen und dem neuen Schuldner begründet.

c. Vertragsverhältnisse

[Rz 7] Der Übergang eines ganzen Vertragsverhältnisses stellt einen Parteiwechsel dar und bedarf der *Zustimmung* des Vertragspartners¹¹. Für Mietverhältnisse ist dies im Gesetz ausdrücklich geregelt¹².

d. Arbeitsverträge insbesondere

[Rz 8] Bei der Übertragung von Arbeitsverhältnissen gelten die *Sonderbestimmungen* von Art. 333 f. OR: Umfasst der auszulagernde Bereich einen ganzen Betrieb oder Betriebsteil, gehen die zugehörigen Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten ohne weiteres auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer dies nicht ablehnt¹³. Für gewisse Lohnforderungen des Arbeitnehmers haften der bisherige und der neue Arbeitgeber solidarisch¹⁴. Überdies muss das auslagernde Unternehmen die Arbeitnehmervertretung bzw. die Arbeitnehmer rechtzeitig über die bevorstehende Auslagerung informieren¹⁵.

[Rz 9] Beim IT-Outsourcing stellt sich häufig das Problem, dass bloss einzelne Mitarbeiter eines Betriebs oder Betriebsteils im Zuge der Auslagerung übernommen werden sollen¹⁶; grundsätzlich ist jedoch von einem *Übernahmepflicht* des Erwerbers auszugehen¹⁷. Die Auslagerung kann somit nicht durch vertragliche Abrede

zwischen Übergeber und Übernehmer auf einzelne Arbeitsverhältnisse beschränkt werden, was manchem IT-Outsourcing die Attraktivität nimmt.

II. Neuerungen durch das Fusionsgesetz¹⁸

1. Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes

a. Outsourcing als Anwendungsfall der Vermögensübertragung

[Rz 10] Gemäss Art. 69 Abs. 1 FusG können im Handelsregister eingetragene Gesellschaften und Einzelunternehmen ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger des Privatrechts übertragen. Das neue Institut dient somit unter anderem der Veräusserung eines Unternehmensteils, der nicht rechtlich verselbständigt ist¹⁹, was beim Outsourcing die Regel darstellt.

[Rz 11] Unterschiedliche Ansichten herrschen über den notwendigen *Umfang* der Übertragung: Während überwiegend die Meinung vertreten wird, bereits die Übertragung einzelner Gegenstände oder Objekte reiche für die Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes aus²⁰, verlangt die weitergehende Auffassung, dass der Übergang eines zusammenhängenden Komplexes von Aktiven und Passiven erforderlich sei²¹. Das IT-Outsourcing beschränkt sich kaum je auf einzelne Objekte der IT-Infrastruktur und stellt somit grundsätzlich einen Anwendungsfall der im Fusionsgesetz geregelten Vermögensübertragung dar.

[Rz 12] Das Fusionsgesetz regelt nur die Übertragung *im Sinne einer Veräusserung*²². Wird die IT-Infrastruktur des auslagernden Unternehmens dem Outsourcing-Provider lediglich mietweise zur Verfügung gestellt²³, liegt keine Vermögensübertragung im Sinne des Fusionsgesetzes vor.

b. Zwingende Anwendbarkeit?

[Rz 13] Gemäss dem neuen Wortlaut von Art. 181 Abs. 4 OR, der zugleich mit dem Fusionsgesetz in Kraft tritt, richtet sich die Übernahme des Vermögens oder des Geschäftes im Handelsregister eingetragener Gesellschaften oder Einzelfirmen nach den Vorschriften des Fusionsgesetzes. Umstritten ist, ob es sich hierbei um eine *zwingende Bestimmung* handelt oder ob es einem Unternehmen möglich bleiben soll, ein Vermögen wie bisher zu übertragen²⁴. Wie noch zu zeigen sein wird, ist die Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz an erhöhte formelle und materielle Voraussetzungen geknüpft²⁵. Bei Outsourcing-Projekten geringfügigen Ausmasses dürften diese Anforderungen kaum gerechtfertigt sein und eher zu einer Erschwerung statt Vereinfachung der Auslagerung führen. Es sollte nach hier vertretener Meinung deshalb den Parteien anheim gestellt werden, die Vermögensübertragung wahlweise gemäss Fusionsgesetz oder gemäss Art. 181 OR zu vollziehen.

[Rz 14] Soweit von einer *Wahlmöglichkeit* ausgegangen wird, stellt sich die Anschlussfrage, wie die Parteien diese Wahl im Outsourcing-Vertrag erklären. Denkbar wäre etwa ein Verweis auf die einschlägigen Gesetzesbestimmungen oder ein Hinweis, dass die Übertragung auf dem Wege der Singular- oder eben partiellen Universalsukzession²⁶ erfolgen soll. Haben die Parteien keine Abrede darüber getroffen, ist der Parteiwille durch Auslegung zu ermitteln²⁷. Werden die erhöhten formellen und materiellen Voraussetzungen einer Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz²⁸ nicht erfüllt, wird man sich im Sinne einer Vertragsrettung (*favor negotii*)²⁹ wohl für eine Anwendung der bisherigen Regeln aussprechen.

2. Gültigkeit

a. Formelle Voraussetzungen

[Rz 15] In formeller Hinsicht ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Übertragungsvertrag der *Schriftform* bedarf³⁰. Ein entsprechendes Formerfordernis gilt für die «herkömmliche» Vermögensübertragung nicht, stellt jedoch für IT-Outsourcing-Verträge keine besondere Hürde dar, da diese bereits jetzt in aller Regel schriftlich abgeschlossen wurden³¹.

[Rz 16] Von grösserer Tragweite ist die Anforderung, dass der Übernahmevertrag von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen der beteiligten Rechtsträger abgeschlossen werden muss³². Bei einer Aktiengesellschaft fällt der Abschluss somit in die *Kompetenz* des Verwaltungsrats³³. Nach unten kann wohl die Verhandlung und Unterzeichnung delegiert werden, nicht jedoch der Entscheid über den Abschluss des Übertragungsvertrags³⁴. Die Gegenmeinung, wonach bei kleineren Transaktionen auch der Abschlussentscheid als solcher nach unten delegiert werden könne³⁵, ist nach hier vertretener Auffassung aus Gründen der Rechtssicherheit abzulehnen. IT-Outsourcing-Verträge werden häufig durch die zuständigen Abteilungs- oder Projektleiter beider Vertragspartner abgeschlossen, die nicht dem obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan angehören. Diese Praxis kann nicht aufrecht erhalten werden. Die Abschlusskompetenz muss auf höherer Stufe angesiedelt werden, ansonsten der Outsourcing-Vertrag ungültig ist.

[Rz 17] Die erhöhten formellen Anforderungen gelten nur für den Übertragungsvertrag als solchen und den darin zu regelnden Mindestinhalt³⁶. Outsourcing-Projekte resultieren in komplexen, aus vielen Dokumenten zusammengesetzten Vertragswerken; zahlreiche *Vertragsanhänge* wie bspw. Service Level Agreements weisen einen überwiegend technischen Inhalt aus und werden erst nach Abschluss des eigentlichen Outsourcing-Vertrags durch Mitarbeiter der IT-Abteilungen fest- oder fortgeschrieben³⁷. Solche Dokumente stehen ausserhalb des Übertragungsvertrags und können somit auch unter dem Fusionsgesetz in bisher gewohnter Art vereinbart werden.

b. Materielle Voraussetzungen

[Rz 18] In materieller Hinsicht muss der Übertragungsvertrag unter anderem ein detailliertes Inventar sowie eine Liste der übergehenden Arbeitsverhältnisse enthalten³⁸. Eine Vermögensübertragung ist überdies nur zulässig, wenn das Inventar einen *Aktivenüberschuss* ausweist³⁹. Dieses Erfordernis kann beim IT-Outsourcing gelegentlich Probleme bereiten; zu denken ist etwa an Fälle, in denen die Aktiven (namentlich Hardware) weitgehend abgeschrieben sind und langfristige Verträge bestehen, die eine Vorleistungspflicht des auslagernden Unternehmens vorsehen (z.B. Lizenz-, Wartungs- oder Pflegeverträge, bei denen die periodischen Gebühren im Voraus bezahlt werden müssen). Soweit die Ansprüche aus solchen Verträgen nicht im Inventar aktiviert werden können, sind die entsprechenden Verbindlichkeiten vor Übertragung der Verträge durch das auslagernde Unternehmen zu tilgen.

3. Umfang der Auslagerung

a. Inventar

[Rz 19] Das Inventar muss die zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens *eindeutig bezeichnen*⁴⁰. Bei Outsourcing-Verträgen wird vereinzelt der auszulagernde Unternehmensteil nur pauschal (z.B. als «Rechenzentrum» oder «Informatikabteilung» eines Unternehmens) bezeichnet. Es versteht sich, dass solche Globalumschreibungen den erhöhten Anforderungen an ein Inventar nicht gerecht werden. Bei der Ausgestaltung von Outsourcing-Verträgen ist der Inventarisierung inskünftig erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken.

[Rz 20] Dies gilt namentlich für *immaterielle Werte*, die im Inventar einzeln aufzuführen sind⁴¹. Beim IT-Outsourcing sind immaterielle Werte von zentraler Bedeutung; zu diesen zählen bspw. Urheber- oder Patentrechte, aber auch im Rahmen eines Lizenzvertrages eingeräumte Nutzungsbefugnisse oder Know-how. Ein Inventar, das solche Aktiven lediglich in genereller Form umschreibt (z.B. Übergang der auf den inventarisierten Rechnern installierten Software und der zugehörigen Rechte), vermag keine Wirkung zu entfalten⁴².

[Rz 21] Die Pflicht zur Erstellung eines detaillierten Inventars ist nicht unproblematisch, denn das Inventar ist als Teil des Übertragungsvertrags mit der Anmeldung der Eintragung dem Handelsregisteramt einzureichen und öffentlich einsehbar⁴³. Demzufolge können *Geheimhaltungsinteressen* der an der Auslagerung beteiligten Unternehmen tangiert sein, was namentlich bei Offenlegung immaterieller Werte wie etwa Know-how gilt. Die Interessenlage der Parteien würde für eine möglichst allgemeine Abfassung des Inventars sprechen. Die in der Literatur vertretene Ansicht, die blosser Bestimmbarkeit der im Inventar erfassten Gegenstände müsse stets genügen⁴⁴, hat daher durchaus ihre Berechtigung, scheidet in Bezug auf immaterielle Werte aber am diesbezüglich klaren Wortlaut des Gesetzes.

b. Nicht inventarisierte Gegenstände

[Rz 22] Lässt sich ein Gegenstand auf Grund des Inventars nicht eindeutig zuordnen, gilt in Bezug auf *Aktiven*, dass Gegenstände, Forderungen und immaterielle Rechte beim übertragenden Rechtsträger verbleiben⁴⁵; hinsichtlich der *Passiven* fehlt eine entsprechende Regelung, so dass von einer Gesetzeslücke ausgegangen werden muss⁴⁶. Diese Lücke ist in Analogie zur *Abspaltung*⁴⁷ – und nicht etwa zur *Aufspaltung*⁴⁸ – dahin gehend zu füllen, dass die Verbindlichkeiten nicht auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen⁴⁹.

[Rz 23] Der Verbleib nicht inventarisierter Gegenstände, namentlich immaterieller Werte, beim übertragenden Rechtsträger kann bei IT-Outsourcing-Verträgen zu Schwierigkeiten führen: Der Outsourcing-Provider kann seine Leistungen während der Betriebsphase in der Regel nur dann richtig erbringen, wenn er über alle erforderlichen Gegenstände namentlich des Aktivvermögens (z.B. Software-Lizenzrechte oder Ansprüche aus einem Wartungs- oder Pflegevertrag) verfügen kann. Er hat bei der Vertragsgestaltung deshalb besonders darauf zu achten, dass das Inventar *detailliert und vollständig* erstellt wird⁵⁰.

c. Arbeitsverhältnisse

[Rz 24] In Bezug auf den Übergang von Arbeitsverhältnissen finden die Sonderbestimmungen von Art. 333 f. OR weiterhin Anwendung⁵¹. Der Umstand, dass die mit der Vermögensübertragung übergehenden Arbeitsverhältnisse im Übertragungsvertrag aufgeführt werden müssen⁵², könnte dahingehend interpretiert werden, dass neuerdings auch die Möglichkeit besteht, nur einen *Teil der Arbeitsverhältnisse* zu übernehmen. Soweit ersichtlich findet diese Ansicht in der Literatur aber keine Stütze⁵³. Somit bleibt diesbezüglich alles beim Alten.

4. Vollzug der Auslagerung

a. Grundsatz der partiellen Universalsukzession

[Rz 25] Die Vermögensübertragung wird mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam. In diesem Zeitpunkt gehen alle im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven *von Gesetzes wegen* auf den übernehmenden Rechtsträger über⁵⁴. Damit wird der Grundsatz der partiellen Universalsukzession statuiert, der im Bereich der Vermögensübertragung wohl die am weitesten reichende Änderung und Vereinfachung gegenüber der bisherigen Rechtslage mit sich bringt oder jedenfalls mit sich bringen soll⁵⁵.

b. Forderungen

[Rz 26] Mit dem Aktivvermögen gehen grundsätzlich auch Forderungen ohne Weiteres auf den Erwerber über; einer schriftlichen Abtretung⁵⁶ bedarf es nicht mehr.

[Rz 27] Bei IT-Verträgen (z.B. Softwarelizenzverträgen) wird die Abtretbarkeit von Forderungen häufig *vertraglich ausgeschlossen* oder an die Zustimmung des Schuldners gebunden⁵⁷. Es fragt sich, ob das Abtretungsverbot für solche Forderungen auch unter dem Fusionsgesetz gelten soll. Zustimmung verdient nach hier vertretener Auffassung die Ansicht, dass eine Forderung dann auf den Erwerber übergeht, wenn sie einen inneren Zusammenhang mit dem übertragenen Betriebsteil aufweist⁵⁸, was bei der Auslagerung der IT-Infrastruktur regelmässig zutreffen dürfte. Um Unsicherheiten zu vermeiden, empfiehlt sich dennoch, die Zustimmung des Schuldners zum Übergang der Forderung vorsorglich einzuholen.

c. Vertragsverhältnisse

[Rz 28] Beim IT-Outsourcing ergibt die Auslagerung von Ressourcen wie Hard- oder Software wenig Sinn, wenn nicht auch die zugehörigen Verträge, welche bspw. die Wartung und Pflege der Infrastruktur betreffen, übergehen. Damit stellt sich die Frage, ob der Grundsatz der partiellen Universalsukzession auch auf ganze Vertragsverhältnisse vorbehaltlos Anwendung findet. Die Frage ist in der Lehre umstritten, wobei sich bisher im Wesentlichen folgende *Meinungen* herausgebildet haben:

- Nach der *restriktivsten* Meinung ist der Übergang eines Vertragsverhältnisses in jedem Fall von der Zustimmung des Vertragspartners abhängig⁵⁹; folgte man dieser Ansicht, würde der mit dem Fusionsgesetz eingeführte Grundsatz der partiellen Universalsukzession weitgehend illusorisch.
- Die *liberalste* Auffassung spricht sich dafür aus, dass ganze Vertragsverhältnisse ohne gesonderte Zustimmung des Vertragspartners übertragen werden können⁶⁰.
- Eine *dazwischen* liegende Ansicht geht dahin, dass eine Zustimmung dann nicht erforderlich ist, wenn das übergehende Vertragsverhältnis mit dem zu übertragenden Vermögen in Zusammenhang steht⁶¹.

[Rz 29] Während bei der dritten Lösung gewissen Interessen des Vertragspartners wie bspw. der Erhaltung des Haftungssubstrats hinreichend Rechnung getragen wird⁶², bleiben andere Interessen unberücksichtigt, was sich etwa bei der Übertragung eines Vertragsverhältnisses auf einen direkten Konkurrenten des Vertragspartners zeigt. Aus diesem Grund wird postuliert, dem Vertragspartner solle bei *Dauerschuldverhältnissen* ein ausserordentliches Kündigungsrecht zustehen, wenn ihm die Fortsetzung eines Vertragsverhältnisses mit dem übernehmenden Rechtsträger nicht zugemutet werden könne⁶³. Wo gesetzliche Regeln zur ausserordentlichen Vertragsbeendigung fehlen (wie namentlich bei Innominatkontrakten), soll das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung aufgelöst werden können⁶⁴. Viele Dauerschuldverhältnisse im Bereich der IT (z.B. Softwarelizenzverträge oder Wartungs- und Pflegeverträge) sind den Innominatkontrakten zuzuordnen⁶⁵. Die aufgezeichnete Rechtsfolge würde beim IT-Outsourcing, das auf lange Dauer ausgelegt ist, somit erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringen.

[Rz 30] *Change of Control-Klauseln* werden bei IT-Verträgen mitunter in Dauerschuldverhältnissen oder auch im Rahmen grösserer Entwicklungsprojekte, die dem Werkvertragsrecht unterstehen, verwendet. In der Literatur herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass eine vertragliche Change of Control-Klausel den Grundsatz der partiellen Universalsukzession durchbricht, soweit mit einem Parteiwechsel ein Kontrollwechsel einher geht⁶⁶. Dem Vertragspartner soll deshalb das Recht zustehen, dem Vertragsübergang zu widersprechen oder den Vertrag ausserordentlich zu kündigen.

[Rz 31] Insgesamt besteht bei der in der Praxis entscheidenden Frage des Vertragsübergangs *erhebliche Rechtsunsicherheit*. Die im Vorfeld des Inkrafttretens geäusserte Prognose, die Vermögensübertragung gemäss Fusionsgesetz bewirke «eine echte Universalsukzession, was manche heute ungeklärte Probleme, wie etwa das Schicksal von Dauerschuldverhältnissen, löst»⁶⁷, ist leider nicht eingetroffen. Solange nicht gerichtlich geklärt ist, ob, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Nebenfolgen Vertragsverhältnisse nach dem Grundsatz der partiellen Universalsukzession übergehen, muss die Empfehlung dahingehend lauten, die Zustimmung des Vertragspartners zum Übergang des Vertragsverhältnisses bereits bei Vertragsabschluss oder spätestens im Rahmen einer IT-Due Diligence einzuholen. Damit bringt das Fusionsgesetz in dieser wichtigen Frage gegenüber dem Status Quo (noch) keine Verbesserung.

d. Arbeitsverträge insbesondere

[Rz 32] Wie erwähnt finden Art. 333 f. OR auf den Übergang von Arbeitsverhältnissen unvermindert Anwendung. Damit bleibt auch die Möglichkeit des Arbeitnehmers erhalten, den Übergang des Arbeitsverhältnisses *abzulehnen*⁶⁸. Beim Outsourcing stellt die Weiterbeschäftigung von Mitarbeitern mit Schlüssel-Know-how oft einen entscheidenden Erfolgsfaktor dar. Im Rahmen der Vertragsgestaltung sind deshalb wie bisher Szenarien vorzusehen für den Fall, dass wichtige Know-how-Träger den Übergang des Arbeitsverhältnisses ablehnen⁶⁹.

[Rz 33] Während die Pflicht zur *Information* der Arbeitnehmervertretung bzw. Arbeitnehmer bislang nur für das auslagernde Unternehmen galt⁷⁰, trifft diese Verpflichtung neu auch den übernehmenden Rechtsträger⁷¹. Unterbleibt die Information, kann die Eintragung der Vermögensübertragung im Handelregister auf Antrag untersagt werden⁷². Die Informationspflicht wird damit von der blossen Ordnungsvorschrift⁷³ zur «Sperrklausel» mit weitreichenden Folgen.

e. Schulden

[Rz 34] Für bestehende Schulden gilt eine auf drei Jahre befristete Solidarhaftung des bisherigen mit dem neuen Schuldner⁷⁴. Mit dem Fusionsgesetz wird auch die Dauer der Solidarhaftung im Rahmen der Vermögensübertragung nach Art. 181 OR von zwei auf drei Jahre verlängert⁷⁵.

III. Übergangsrecht

1. Übergangsbestimmung

[Rz 35] Das Fusionsgesetz findet Anwendung auf Vermögensübertragungen, die *nach seinem Inkrafttreten* beim Handelsregister zur Eintragung angemeldet werden⁷⁶. Outsourcing-Vorhaben, die erst nach Inkrafttreten vollzogen und zur Eintragung angemeldet werden, müssen die erhöhten formellen und materiellen Voraussetzungen gemäss Fusionsgesetz freilich auch dann erfüllen, wenn die entsprechenden Vorbereitungshandlungen, namentlich der Vertragsabschluss, noch vor Inkrafttreten stattgefunden haben⁷⁷.

[Rz 36] Auf *bestehende Outsourcing-Verhältnisse* hat das Fusionsgesetz keine Auswirkungen. Dies gilt bspw. für die Inventarpflicht oder die Zuordnung nicht inventarisierter Gegenstände des Aktivvermögens⁷⁸. Fraglich dürfte demgegenüber sein, ob die Solidarhaftung in Bezug auf Schulden, die bei Inkrafttreten bereits bestehen, von zwei auf drei Jahre verlängert wird⁷⁹.

2. Backsourcing

[Rz 37] Bei der Beendigung einer Outsourcing-Beziehung stellt sich die Frage nach dem weiteren Schicksal der ausgelagerten IT. Vielfach wird vorgesehen, dass die Infrastruktur durch das ursprünglich auslagernde Unternehmen zurück genommen wird oder auf einen neuen Outsourcing-Provider übertragen werden soll. Entsprechende Klauseln im Outsourcing-Vertrag werden den formellen und materiellen Voraussetzungen einer Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz (z.B. betreffend Abschlusskompetenz)⁸⁰ kaum genügen. Soweit beabsichtigt ist, das Backsourcing nach den Bestimmungen des Fusionsgesetzes durchzuführen, sind Anpassungen des bestehenden Outsourcing-Vertrages bzw. der Abschluss einer gesonderten Vereinbarung, welche die Rück- oder Weiterübertragung regelt, somit unvermeidlich.

IV. Fazit

[Rz 38] Die Vermögensübertragung gemäss Fusionsgesetz wird auf das IT-Outsourcing *breite Anwendung* finden. Bei der Redaktion von Outsourcing-Verträgen sind inskünftig die *erhöhten formellen und inhaltlichen Vorschriften* zu beachten, ansonsten die Auslagerung nicht nach Fusionsgesetz vollzogen werden kann.

[Rz 39] Mit der *partiellen Universalsukzession* bringt das Fusionsgesetz zahlreiche Neuerungen, welche die Auslagerung der IT-Infrastruktur vereinfachen und erleichtern sollen⁸¹; dies wird jedoch stark relativiert durch die derzeit bestehende *Unklarheit* in Bezug auf das Zustimmungserfordernis für die Abtretung von Forderungen und den Übergang von Vertragsverhältnissen. *Keine Flexibilisierung* bringt das Fusionsgesetz im Bereich des Übergangs von Arbeitsverhältnissen.

[Rz 40] *Bestehende Outsourcing-Verträge* können in der bisherigen Form beibehalten werden; einer Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung bedürfen Bestimmungen über das *Backsourcing*.

V. Bibliographie

Beretta Piera, *Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes*, SJZ 2002, S. 249 ff.

Bertschinger Urs, *Spaltungsvertrag und Vermögensübertragungsvertrag gemäss Fusionsgesetz – neue Nominatkontrakte*, in: *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts*, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, 2003, S. 359 ff.

Brändli Thomas, *Outsourcing: Vertrags-, Arbeits- und Bankenrecht*, Bern 2001.

Frick Joachim, *Kommentar zu Art. 69-72 FusG*, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Fusionsgesetz*, Bern 2003.

Fritzemeyer Wolfgang / Schoch Sonja, *Übernahme von Softwareüberlassungsverträgen beim IT-Outsourcing*, CR 2003, S. 793 ff.

Heusler Bernhard / Mathys Roland, *IT-Vertragsrecht*, Zürich 2004.

Losler-Krogh Peter, *Die Vermögensübertragung – Kompromiss zwischen Strukturanpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes*, AJP 2000, S. 1095 ff.

Luginbühl Jürg, *Gesellschaftsrechtliche Aspekte des IT-Outsourcing*, in: Rolf H. Weber / Mathis Berger / Rolf Auf der Maur (Hrsg.), *IT-Outsourcing*, Zürich 2003, S. 139 ff.

Meier-Schatz Christian J., *Das neue Fusionsgesetz*, Zürich 2000.

Rehbinder Manfred / Portmann Wolfgang, *Kommentar zu Art. 319-362 OR*, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I*, 3. Auflage, Basel 2003.

Schläfli Jürg, *Erfolgsfaktoren des Outsourcing – Praxisbeispiele aus dem Telekommunikationsbereich*, Fribourg 1999.

Schwenzer Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Bern 2003.

Tschäni Rudolf, *Kommentar zu Art. 175-183 OR*, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I*, 3. Auflage, Basel 2003.

Tschäni Rudolf, *Vermögensübertragung*, ZSR 123 (2004) I, S. 83 ff.

Turin Nicholas, *Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion*, Neuchâtel 2003.

Vischer Frank, *Einführung in das Fusionsgesetz*, in: Christian J. Meier-Schatz (Hrsg.), *Fusionsgesetz – Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern*, Bern 1999, S. 9 ff.

Von der Crone Hans Caspar / Gersbach Andreas / Kessler Franz J. / Dietrich Martin / Fritsche Claudia / Berlinger Katja, www.fusg.ch/ – *Die Internetplattform zu Fragen des Transaktionsrechts*, www.fusg.ch/vmuebr/recht/materiell/index.php, Stand 16.12.2003, besucht am 27.05.2004.

Weber Rolf H., *Öffentliche Unternehmen und Privatisierungen unter dem Fusionsgesetz*, in: Christian J. Meier-Schatz (Hrsg.), *Fusionsgesetz – Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern*, Bern 1999, S. 79 ff.

Wickihalder Urs, *Arbeitsrechtliche Aspekte des Outsourcing*, in: Rolf H. Weber / Mathis Berger / Rolf Auf der Maur (Hrsg.), *IT-Outsourcing*, Zürich 2003, S. 153 ff.

Wiegand Wolfgang, *Kommentar zu Art. 18 OR*, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I*, 3. Auflage, Basel 2003.

Der Autor, Roland Mathys, LL.M., ist diplomierter Wirtschaftsinformatiker und Rechtsanwalt bei WENGER PLATTNER in Basel. Er ist Co-Autor der kürzlich erschienenen Publikation «IT-Vertragsrecht» zur praxisorientierten Vertragsgestaltung in der Informationstechnologie.

Des Autors verbindlicher Dank geht an Frau lic. iur. Corinne Laffer für die Unterstützung bei der Zusammenstellung des Materials und die kritische Durchsicht des Manuskripts.

- ¹ Vgl. Heusler/Mathys, S. 17.
- ² Vgl. Schläfli, S. XIII.
- ³ Vischer, S. 20.
- ⁴ Tschäni, Rz. 1 zu Art. 181 OR.
- ⁵ Vgl. Art. 33 Abs. 2bis PatG, Art. 14 Abs. 2 DesG, Art. 17 Abs. 2 MSchG.
- ⁶ Luginbühl, S. 144.
- ⁷ Vgl. Heusler/Mathys, S. 159 f.
- ⁸ Eingehend Fritzemeyer/Schoch, passim.
- ⁹ Vgl. auch Luginbühl, S. 142 f.
- ¹⁰ Art. 176 OR.
- ¹¹ Vgl. Schwenger, Rz. 92.03; Brändli, Rz. 77; Luginbühl, S. 145; Beretta, S. 250.
- ¹² Art. 263 Abs. 1 OR.
- ¹³ Art. 333 Abs. 1 OR.
- ¹⁴ Art. 333 Abs. 3 OR.
- ¹⁵ Art. 333a OR; vgl. auch Art. 10 Bst. b Mitwirkungsgesetz.
- ¹⁶ Vgl. Brändli, Rz. 378 ff.
- ¹⁷ Rehbindler/Portmann, Rz. 6 zu Art. 333 OR; Wickihalder, S. 170 und 172; im Ergebnis wohl ebenso Brändli, Rz. 331; BGE 123 III 466, 468.
- ¹⁸ Das Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (FusG; SR 221.301; AS 2004 2617) tritt am 1. Juli 2004 in Kraft.
- ¹⁹ Meier-Schatz, S. 47.
- ²⁰ Statt vieler Frick, Rz. 4 zu Art. 69 FusG; Loser-Krogh, S. 1098.
- ²¹ So etwa Frank Vischer im Rahmen des von der Advokatenkammer Basel (Fortbildung im Recht) veranstalteten Workshops «Das neue Fusionsgesetz» vom 6. Mai 2004 in Basel; vgl. dazu das in den Tagungsunterlagen enthaltene schriftliche Referat zum Thema «Zivilrechtliche Aspekte des neuen Fusionsgesetzes», S. 14 f.
- ²² Bertschinger, S. 361.
- ²³ Vgl. Brändli, Rz. 77.
- ²⁴ Für die zwingende und ausschliessliche Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes sprechen sich u.a. Vischer, S. 20, Meier-Schatz, S. 71 sowie Turin, S. 64 f. aus; demgegenüber vertreten etwa Tschäni, S. 104 f., und Loser-Krogh, S. 1010, die Ansicht, es bestehe eine Wahlmöglichkeit.
- ²⁵ Vgl. Rz. 15 ff.
- ²⁶ Vgl. dazu Rz. 25.
- ²⁷ Wiegand, Rz. 2 zu Art. 18 OR.
- ²⁸ Vgl. dazu Rz. 15 ff.
- ²⁹ Wiegand, Rz. 40 zu Art. 18 OR.
- ³⁰ Art. 70 Abs. 2 FusG.
- ³¹ Die Schriftform wird auch von Luginbühl, S. 143, empfohlen.
- ³² Art. 70 Abs. 1 FusG.
- ³³ Tschäni, S. 90.
- ³⁴ Tschäni, S. 90; Turin, S. 129 f.; vgl. auch Art. 108 Abs. 1 Bst. b HRegV.
- ³⁵ Vgl. etwa Bertschinger, S. 371; Loser-Krogh, S. 1099 f.

³⁶ Art. 71 FusG; vgl. dazu Rz. 18.

³⁷ Vgl. zur Problematik Heusler/Mathys, S. 63 f.

³⁸ Art. 71 Abs. 1 Bst. b und e FusG; vgl. dazu näher Rz. 19 und 24.

³⁹ Art. 71 Abs. 2 FusG.

⁴⁰ Art. 71 Abs. 1 Bst. b FusG.

⁴¹ Art. 71 Abs. 1 Bst. b FusG.

⁴² Vgl. auch Frick, Rz. 3 zu Art. 71 FusG.

⁴³ Art. 108 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 9 HRegV; Loser-Krogh, S. 1100.

⁴⁴ Vgl. Bertschinger, S. 364 f.

⁴⁵ Art. 72 FusG.

⁴⁶ Bertschinger, S. 364.

⁴⁷ Vgl. dazu die Botschaft, BBl 2000 4337 ff., 4439; Turin, S. 152.

⁴⁸ Vgl. Art. 38 Abs. 3 FusG.

⁴⁹ A.M. Frick, Rz. 1 zu Art. 72 FusG, der sich für Solidarhaftung ausspricht.

⁵⁰ Vgl. auch Turin, S. 152.

⁵¹ Vgl. Art. 76 Abs. 1 und Art. 77 Abs. 1 FusG.

⁵² Art. 71 Abs. 1 Bst. e FusG; vgl. dazu Rz. 18.

⁵³ Für eine zwingende Übertragung sprechen sich bspw. Tschäni, S. 98, Bertschinger, S. 362, sowie Turin, S. 159 und 216 f. aus.

⁵⁴ Art. 73 Abs. 2 FusG.

⁵⁵ Dazu Rz. 31.

⁵⁶ Art. 165 Abs. 1 OR.

⁵⁷ Vgl. Rz. 4.

⁵⁸ Vgl. Tschäni, S. 94 f.; a.M. Turin, S. 61 f.

⁵⁹ Vgl. Turin, S. 114 ff. In diesem Sinne ist wohl auch die revidierte Bestimmung von Art. 111 Abs. 2 HRegV zu verstehen, die wie folgt lautet: «Bei Spaltungen und Vermögensübertragungen lehnt das Handelsregisteramt die Eintragung insbesondere dann ab, wenn die erfassten Gegenstände offensichtlich nicht frei übertragbar sind»; fraglich erscheint immerhin, ob bei Verträgen die allfällig fehlende Übertragbarkeit «offensichtlich» ist.

⁶⁰ Beretta, S. 252 f; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Fritsche/Berlinger, Ziffer C.3.

⁶¹ Vgl. Loser-Krogh, S. 1106 f.; Frick, Rz. 20 ff. zu Art. 69 FusG.

⁶² Vgl. Tschäni, S. 97.

⁶³ Vgl. Beretta, S. 256.

⁶⁴ Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Fritsche/Berlinger, Ziffer E.2; Beretta, S. 256.

⁶⁵ Vgl. näher Heusler/Mathys, S. 42 ff.

⁶⁶ Vgl. Weber, S. 100 f.; Beretta, S. 255; Bertschinger, S. 366 f.

⁶⁷ Vischer, S. 21.

⁶⁸ Art. 333 Abs. 1 und 2 OR.

⁶⁹ Vgl. für Beispiele Heusler/Mathys, S. 87 f.

⁷⁰ Art. 333a Abs. 1 OR; vgl. Wickihalder, S. 175.

⁷¹ Art. 77 Abs. 1 FusG.

⁷² Art. 77 Abs. 2 FusG.

⁷³ Vgl. Wickihalder, S. 176.

⁷⁴ Art. 75 Abs. 1 FusG.

⁷⁵ Vgl. Art. 181 Abs. 2 OR sowie zur übergangsrechtlichen Problematik Rz. 36.

⁷⁶ Art. 110 FusG.

⁷⁷

Botschaft BBl 2000 4337 ff., 4491.

⁷⁸ Vgl. dazu Rz. 19 ff.

⁷⁹ Die Übergangsbestimmung äussert sich nur zum zeitlichen Anwendungsbereich des Fusionsgesetzes, nicht aber von Art. 181 Abs. 2 OR. In der Literatur wurde die Frage soweit ersichtlich bislang nicht aufgegriffen. Die Verlängerung einer laufenden oder gar das Wiederaufleben einer bereits verstrichenen Frist von zwei Jahren würde im Ergebnis einer Gesetzesrückwirkung entsprechen und ist daher abzulehnen. Unklarheit besteht somit vor allem bei denjenigen Fällen, wo die Vermögensübertragung bei Inkrafttreten bereits erfolgt ist, der Fristenlauf für die Solidarhaftung mangels Mitteilung oder Fälligkeit aber noch nicht begonnen hat. Im Rahmen diese Beitrags kann hierauf nicht näher eingegangen werden.

⁸⁰ Vgl. dazu Rz. 16.

⁸¹ Luginbühl, S. 148; Vischer, S. 21.

Rechtsgebiet: Fusion

Erschienen in: Jusletter 7. Juni 2004

Zitervorschlag: Roland Mathys, IT-Outsourcing – Was ändert sich mit dem Fusionsgesetz?, in: Jusletter 7. Juni 2004

Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=3160>