

IT-Outsourcing

Eine Darstellung aus rechtlicher, technischer,
wirtschaftlicher und vertraglicher Sicht

Herausgegeben von

Dr. Peter Bräutigam

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Informationstechnologierecht

mit Beiträgen von

Dr. Peter Bräutigam

Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Informationstechnologierecht

Matthias Ferstl

Rechtsanwalt

Dr. Hartwig Grabbe

Rechtsanwalt

Dr. Sabine Grapentin, LL. M.

Rechtsanwältin

Prof. Dr. Dirk Heckmann

Universität Passau

Peter Huppertz, LL. M.

Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Informationstechnologierecht

Peter Küchler

Dipl.-Math., Dipl.-Ök.

Dr. Heidi Mahr

Rechtsanwältin und
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Dr. Jyn Schultze-Melling, LL. M.

Rechtsanwalt

Dr. Frank Werner

Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Medizinrecht

Ralf Zwingel

Dipl.-Kfm., Wirtschaftsprüfer,
Steuerberater

2., völlig neu bearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage

ERICH SCHMIDT VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über dnb.ddb.de abrufbar.

Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter
[ESV.info/978 3 503 11202 9](http://ESV.info/978_3_503_11202_9)

1. Auflage 2004
2. Auflage 2009

ISBN 978 3 503 11202 9

Alle Rechte vorbehalten
© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co., Berlin 2009
www.ESV.info

Dieses Papier erfüllt die Frankfurter Forderungen
der Deutschen Bibliothek und der Gesellschaft für das Buch
bezüglich der Alterungsbeständigkeit und entspricht sowohl den
strengen Bestimmungen der US Norm Ansi/Niso Z 39.48-1992
als auch der ISO Norm 9706.

Gesetzt aus der Stempel Garamond, 9/11 Punkt

Satz: multitext, Berlin
Druck: Danuvia Druckhaus, Neuburg/Donau

Vorwort

Der Bereich IT-Outsourcing zählt zu den Rechtsgebieten, die einem beständigen und starken Wandel unterliegen. Technischer Fortschritt, häufige Gesetzesänderungen und der immer mehr in den Fokus rückende Auslandsbezug vieler Projekte gebieten die ständige Anpassung an vielfältigste Neuerungen. Vier Jahre nach dem Erscheinen der Erstauflage des vorliegenden Werks war es an der Zeit, diesem Wandel Rechnung zu tragen und eine vollständig überarbeitete Neuauflage des Handbuchs IT-Outsourcing herauszugeben.

Nach dem Erfolg des Erstlings haben alle Autoren ihre Beiträge auf Aktualität und Vollständigkeit überprüft und eine ganze Reihe von Ergänzungen vorgenommen. Für die Neuauflage konnten darüber hinaus mit Herrn Professor Dirk Heckmann und Herrn Rechtsanwalt Frank Werner ausgewiesene Fachleute gewonnen werden, um den Fokus des Buchs weiter auszudehnen. Herr Professor Heckmann übernahm die Erstellung des neuen Kapitels „IT-Outsourcing der Öffentlichen Hand“ (Teil 10), Herr Dr. Werner ergänzte das Kapitel „IT-Outsourcing im Sozial- und Gesundheitswesen“ (Teil 11).

Ebenfalls neu in der Autorenriege sind Frau Dr. Sabine Grapentin (Teil 3, Rechtliche Einordnung von IT-Outsourcing-Leistungen [zivil- und zivilprozessrechtliche Grundlagen]), Herr Dr. Jyn Schultze-Melling, LL.M., (Teil 5, Datenschutz) sowie Herr Matthias Ferstl (Teil 9, Aufsichtsrechtliche Besonderheiten für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute sowie für Wertpapierdienstleistungsunternehmen), die die bereits in der Erstauflage vorhandenen Teile vollständig überarbeiteten und teilweise stark ergänzten. In Teil 13 finden sich nun außerdem Ausführungen zu dem in der Praxis mittlerweile äußerst relevanten Thema des Offshorings, also der Verlagerung von IT-Prozessen in das Ausland.

Dieses Buch wäre nicht entstanden, wenn nicht die Last auf mehreren Schultern verteilt gewesen wäre. Dank gebührt meinen Mitautoren sowie den Herren Joachim Diehm und Günther Willert vom Erich Schmidt Verlag für ihre umsichtige Begleitung bei der Entstehung des Werks. Bedanken möchte ich mich weiter bei Herrn Rechtsreferendar Sven Sosna für die Erstellung des Glossars und des Stichwortverzeichnisses sowie für die unermüdliche Betreuung des Manuskripts und – last but not least – geht mein Dank auch an Frau Jutta Erndl und Frau Chris Herrmann, die mit scharfem Blick, wachem Verstand und rotem Stift dem Fehlerteufel zu Leibe gerückt sind. Schließlich danke ich denjenigen, die mir nahe stehen, für ihre Geduld und ihr Verständnis – allen voran meiner Frau Astrid und meinen Söhnen Simon und Thomas. Auch für die 2. Auflage möchte ich alle Leser einladen, mir Hinweise, Anregungen und Kritik über den Verlag zukommen zu lassen.

München, im März 2009

Peter Bräutigam

Inhaltsübersicht

Teil 1 Technische und wirtschaftliche Grundlagen (Peter Küchler)	1
A. Begriffsbildung zum Outsourcing	4
B. Das IT-Outsourcing-Projekt	35
C. Transition mit Transformation	46
D. Querschnittsleistungen	52
E. Technik und Service	67
F. General Services	102
G. Wirtschaftliche Betrachtung	105
Teil 2 Rechtliche Ausgangspunkte (Peter Bräutigam, Hartwig Grabbe)	137
A. Zusammenspiel technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Aspekte. .	140
B. Zielstrukturen beim IT-Outsourcing	146
Teil 3 Rechtliche Einordnung von IT-Outsourcing-Leistungen (zivil- und zivilprozessrechtliche Grundlagen) (Dr. Sabine Grapentin)	177
A. IT-Outsourcing-Leistungen – eine Bestandsaufnahme	180
B. Zur rechtlichen Einordnung des IT-Outsourcing	183
C. Die Einordnung prägender Elemente des IT-Outsourcing-Vertrags ...	191
D. Das Gesamtlösungsrecht vom IT-Outsourcing-Vertrag	224
E. Zivilprozessrechtliche Grundlagen	228
F. Anwendbares Recht beim Cross-Border-Outsourcing	241
Teil 4 Urheberrechtliche Grundlagen und sonstige gewerbliche Schutzrechte (Peter Huppertz)	247
A. Praktische Relevanz gewerblicher Schutzrechte	251
B. Der Schutz von Software	252
C. Der Schutz von Datenbanken	288
D. Einräumung von Nutzungsrechten im IT-Outsourcing-Projekt	300
Teil 5 Datenschutz (Jyn Schultze-Melling)	319
A. Einleitung	322
B. Datenschutzrechtliche Aspekte bei Outsourcing-Projekten	323
C. Informationssicherheit im Rahmen von Outsourcing-Projekten	361
D. Strukturierung, Organisation und Steuerung von Datenschutz und Informationssicherheit beim Outsourcing	375
Teil 6 Arbeitsrechtliche Grundlagen (Heidi Mahr)	387
A. Individualarbeitsrechtliche Fragestellungen	391
B. Kollektivrechtliche Fragestellungen	430

C. Checkliste zur rechtlichen Überprüfung unternehmerischer Entscheidungen und Gestaltungsmöglichkeiten.....	449
Teil 7 Gesellschafts- und konzernrechtliche Grundlagen (Hartwig Grabbe)	453
A. Ausgangslage	458
B. Allgemeine gesellschafts- und konzernrechtliche Aspekte des IT-Outsourcing.....	459
C. Juristische Realisierung von Outsourcing-Outbound-Maßnahmen....	496
Teil 8 Steuerrechtliche Grundlagen (Ralf Zwingel)	525
A. Grundlagen.....	529
B. Steuerliche Auswirkungen des IT-Outsourcing.....	533
C. Steuerliche Auswirkungen des Application-Service-Providing (ASP)..	607
D. Schlussbemerkung	617
Teil 9 Aufsichtsrechtliche Besonderheiten für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute sowie für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Matthias Ferstl)	619
A. Outsourcing bei Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten	621
B. Outsourcing im Wertpapierhandel	641
C. Sonstige Outsourcing-Regelungen.....	643
Teil 10 IT-Outsourcing der Öffentlichen Hand (Dirk Heckmann)	645
A. Begriffsklärung.....	654
B. Modi des IT-Outsourcings der Verwaltung	660
C. Materielle Fragen des IT-Outsourcings der Verwaltung.....	661
D. Vergaberechtliche Fragestellungen.....	685
E. Privatisierungsfolgenrecht.....	711
F. IT-Outsourcing im Justizbereich.....	719
Teil 11 IT-Outsourcing im Sozial- und Gesundheitswesen (Frank Werner)	727
A. IT-Outsourcing in der Sozialverwaltung.....	729
B. Outsourcing im Gesundheitswesen.....	752
Teil 12 Rechtliche Vorbereitung, Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement (Peter Bräutigam)	767
A. Rechtliche Vorbereitung.....	770
B. Vertragsverhandlung	795
C. Vertragsmanagement	805
Teil 13 Vertragsgestaltung (Peter Bräutigam)	817
A. Modularer Vertragsaufbau	824
B. Rahmenvertrag	832

C. Transition/Übernahmescheine	973
D. Leistungserbringung: Leistungsscheine und Service Level Agreements .	997
E. Vertragsgestaltung bei Offshoring-Projekten	1075
Teil 14 Glossar (Sven Sosna).....	1085
Autorenverzeichnis	1117
Stichwortverzeichnis	1123

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rand- nummer
Vorwort	V	
Inhaltsübersicht	VII	
Abkürzungsverzeichnis	LI	

TEIL 1

Technische und wirtschaftliche Grundlagen

(Peter Küchler)

	1	
A. Begriffsbildung zum Outsourcing	4	1
I. Komponenten und Phasen der IT	4	1
II. Funktionen der IT-unterstützten Geschäftsprozesse	8	16
III. IT-Governance	9	22
IV. Möglichkeiten der Leistungserbringung	10	24
V. Definition von Outsourcing	12	30
VI. Varianten des Outsourcing	13	33
VII. Bandbreiten des Outsourcing	16	42
1. Personal-Transfer	16	42
2. Asset-Transfer	18	45
3. Migrationales (Transitionales) Outsourcing	19	50
4. Shared Services	20	53
5. Application Service Providing	20	54
a) Einordnung von ASP	20	54
b) ASP und Outsourcing	23	58
c) Verhältnis von ASP zu anderen Outsourcing- Leistungen	23	59
6. IT on Demand	24	60
7. Managed Services	26	62
8. Business Process Outsourcing	26	63
VIII. Software-Lizenzierung	27	66
1. Kauf/Miete/Leasing	28	67
2. Wartung	28	68
3. Open-Source-Software	29	70
4. Gebrauchte-Software	29	71
IX. Personelle Komponenten	30	72
X. Örtliche und zeitliche Komponenten	31	77
XI. Abgrenzung der Verantwortung	33	81
XII. Nachhaltigkeit	34	82
B. Das IT-Outsourcing-Projekt	35	85
I. Einführung in den Projektablauf	35	85

II.	Wichtige Einzelprobleme	38	91
1.	Beistellungsformen der Assets	39	91
a)	Kauf	39	92
b)	Miete, Mietkauf	39	93
c)	Leasing	40	94
d)	Betreibermodell	40	95
2.	Due Diligence	41	96
3.	Betrieb	42	100
a)	Technologische Änderungen	43	101
b)	Unerwartete Wachstumsverschiebungen	43	102
c)	Wandel der Anforderungen	43	103
d)	Preisverfall auf dem Markt	43	104
e)	Benchmarking	44	105
f)	Managementwechsel (auf Seiten beider Partner) ...	44	106
g)	Unfähigkeit/Unwilligkeit des Dienstleisters	44	107
h)	Eskalation	45	108
4.	Übergang, Rückabwicklung	45	109
C.	Transition mit Transformation	46	111
I.	Definition	46	111
II.	Transition-Plan	47	114
III.	Übernahme von Hardware	48	115
IV.	Übernahme von Software	48	116
V.	Übertragung von Daten	49	118
VI.	Temporärer Parallelbetrieb	49	119
VII.	Übergang von Mitarbeitern	50	120
VIII.	Transformation	51	126
D.	Querschnittsleistungen	52	129
I.	Definition	52	129
II.	User-Helpdesk	52	130
1.	Definition	52	130
2.	First-Level-Support	53	133
3.	Second-Level-Support/Backdesk-Support	54	136
4.	Third-Level-Support/Externer Support	54	137
5.	Eskalations-Management	54	138
6.	Helpdesk-Outsourcing	55	139
III.	Betriebssteuerung/Betriebs-Management	55	140
1.	Definition	55	140
2.	Wartung und Pflege	56	141
a)	Instandsetzung	56	142
b)	Instandhaltung	57	143
3.	Systemadministration	57	144
4.	Logging/Monitoring/Event Management/Tracking/ Reporting	57	145
a)	Logging	57	145

b) Monitoring	58	146
c) Event Management	58	147
d) Tracking	58	148
e) Reporting	58	149
5. System-Management/Tuning	59	150
6. Betriebs-Management	59	151
7. Betriebssicherheit	60	153
a) Hardware-Sicherheit	60	154
b) Zugriffsbeschränkungen/Schutz vor Missbrauch ..	62	159
c) Logische Datensicherheit	62	160
d) Physische Datensicherheit	63	162
e) Personelle Maßnahmen	63	163
8. Escrow	63	164
9. Dokumentation	64	165
10. Quality Assurance, Normen, Zertifizierung	64	166
11. Schulung	66	173
12. Service-Management	66	174
E. Technik und Service	67	175
I. Endgeräte für den Anwender	67	175
1. Definition	67	175
2. Einzelleistungen	68	176
a) Infrastructure Providing	68	176
b) Katalog-Service	68	177
c) Asset-Management	69	178
d) IMAC/R, IMAC/D	69	180
e) Maintenance/Wartung	70	182
f) Call-to-Repair	71	184
g) Antiviren-Software	71	185
h) Call-Handling	72	187
3. Innovationszyklus	72	188
4. Qualitätsmaße	72	189
II. Netzwerke	73	190
1. Definition	73	190
a) Local Area Network (LAN)	73	191
b) Wide Area Network (WAN)	73	192
c) Metropolitan Area Network (MAN)	73	193
d) Virtual Private Network (VPN)	74	194
2. Leistungsübersicht	74	195
3. Einzelleistungen	75	197
a) Assessment Services	75	197
b) Netzwerk-Operation-Management	75	198
c) Service Improvement	76	200
d) Connectivity Support	76	201
e) Monitoring	77	202
4. Innovationszyklus	77	203

	5. Back-up-Szenarien	77	204
	6. Qualitätsmaße	77	205
III.	Server	79	211
	1. Definition, Leistungsübersicht	79	211
	2. Einzelleistungen	80	214
	a) Co-Location	80	214
	b) Rechenzentrums-Leistungen	80	215
	c) Systemerhaltung	81	216
	d) System-Administration	81	217
	e) System-Back-up	81	218
	f) Weitere Leistungen	82	219
	g) Übertragung der Gesamtverantwortung	82	220
	h) Managed Hosting	83	221
	i) Web-Hosting	83	224
	3. Innovationszyklus	84	226
	4. Qualitätsmaße	84	227
IV.	Storage	85	229
	1. Definition	85	229
	2. Leistungsübersicht	87	231
	3. Einzelleistungen	87	232
	a) Storage-Area-Management	87	232
	b) Storage-Area-Optimization	87	233
	c) Datensicherung	87	234
	4. Innovationszyklus	87	235
	5. Qualitätsmaße	88	236
V.	Systemsoftware	88	237
	1. Definition	88	237
	2. Leistungsübersicht	88	239
	3. Einzelleistungen	89	240
	a) Customizing	89	240
	b) Administration	89	241
	c) Wartung und Pflege	89	242
	d) Asset-Management	89	243
	4. Innovationszyklus	90	244
	5. Qualitätsmaße	90	245
VI.	Applikationen	90	246
	1. Definition	90	246
	a) Allgemein	90	246
	b) Standardsoftware („buy“)	91	248
	c) Individualsoftware („make“)	92	250
	2. Leistungsübersicht	92	251
	a) Verwendung vorhandener Software	92	251
	b) Softwarebeschaffung	92	252
	c) Weitergehende Leistungen	93	254
	3. Einzelleistungen für Standard-Software	93	255

a)	Software-Auswahl	93	255
b)	Customizing	94	256
c)	Software-Wartung und -Pflege	94	257
d)	Asset-Management	95	259
4.	Einzelleistungen für Individual-Software	95	260
a)	Software-Erstellung	95	260
b)	Software-Wartung und -Pflege	96	261
5.	Weitergehende Leistungen	96	262
a)	Application Services	96	262
b)	Services zur Datenverwaltung	96	263
c)	Funktionsbezogene Auftragsdatenverarbeitung	97	265
d)	Client-Software	98	266
6.	Innovationszyklus	98	267
7.	Qualitätsmaße	98	268
VII.	Zusammenfassung von Technik und Service als End-to-end-Leistung	99	271
1.	Operational Level Agreement	99	271
2.	Service Level Agreement	99	272
3.	End-to-end-Service-Level-Agreement	100	273
F.	General Services	102	274
I.	Definition	102	274
II.	Einzelleistungen	103	277
1.	Beratung	103	277
2.	Professional Services	104	282
III.	Qualitätsmaße	105	283
G.	Wirtschaftliche Betrachtung	105	284
I.	Unternehmensbezogen/Betriebswirtschaftlich	105	284
1.	Finanzielle Aspekte	105	284
a)	Abrechnungskomponenten	105	284
aa)	Outsourcing-Business-Modell	105	284
bb)	Laufende Kosten auf Kunden- und Anbieterseite	108	295
(1)	Koordination	108	295
(2)	Mieten	109	296
cc)	Laufende Kosten aus Sicht des Kunden	109	297
(1)	TCU auf Kundenseite	109	297
(2)	Preis	109	298
dd)	Laufende Kosten aus Sicht des Anbieters	110	300
(1)	TCU auf Anbieterseite	110	300
(2)	Anbindungs-/TK-Kosten	110	301
(3)	Marge	111	302
(4)	Festpreisannteil (Lumpsum)	111	303
(5)	Variable Preiskomponenten	111	304
(i)	Allgemeines	111	304

(ii)	Verbrauchsbezogene Preiskomponenten	112	305
(iii)	Bonus-/Malus-Regelungen	113	306
(iv)	Vertragsstrafen	114	307
(6)	Wert-/Nutzenbasierte Preiskomponenten (value based pricing)	114	308
ee)	Ausgleichszahlung bei vorzeitiger Beendigung	115	310
ff)	Einmalige Aspekte auf Kundenseite	116	311
(1)	Vergütung der übernommenen Werte (Assets)	116	311
(2)	Financial Engineering	116	312
(3)	Risikotransfer	117	313
gg)	Open Book Policy	117	314
hh)	Begleitende externe Aspekte	118	315
(1)	Preis-Benchmarking	118	315
(2)	Degressionen über Zeit, Menge, Volumen	119	318
(3)	Technologische Entwicklungen	120	321
b)	Chancen von IT-Outsourcing/ASP	122	326
aa)	Kostenersparnis	122	326
(1)	Total Cost of Utilization (TCU)	122	327
(2)	Einsparung bei Standardleistungen durch Wettbewerbspreise	122	328
(3)	Vergabestrategien unter Kostengesichts- punkten	122	329
bb)	Fixkostenumwandlung und Kosten- variabilität	123	331
cc)	Bessere Kostenplanbarkeit	123	333
dd)	Reduzierung von Anlagevermögen und Kapitalbindung	123	334
ee)	Wegfall von Schulungsaufwand	123	335
c)	Risiken von IT-Outsourcing/ASP	124	336
aa)	Update der IT-Strategie	124	336
bb)	Langfristige Bindung an einen Vertrags- partner	124	337
cc)	Insolvenzrisiko des IT-Service-Providers	124	338
dd)	Rückabwicklung	124	339
2.	Qualität	125	340
3.	Führungsbezogene Aspekte	125	341
a)	Chancen von IT-Outsourcing/ASP	125	341
aa)	Kerngeschäftskonzentration („downsizing“/„rightsizing“).	125	341
bb)	Unternehmensrestrukturierung	126	343
cc)	Risikotransfer	126	344
dd)	Schnelle Verfügbarkeit	127	348
ee)	Kompetenzvorteil beim Dienstleister	127	349

b)	Risiken von IT-Outsourcing/ASP	127	350
aa)	Verlust von IT-Personal	127	350
bb)	Abhängigkeit vom Provider	128	351
cc)	Know-how-Transfer	129	354
dd)	Verschlechterung des Betriebsklimas	129	355
ee)	Reibungsverluste	129	356
II.	Unternehmensübergreifend/Volkswirtschaftlich	130	357
1.	Marktprognosen	130	357
2.	Trends	131	358
3.	Anbieter	133	362

TEIL 2

Rechtliche Ausgangspunkte

(Peter Bräutigam, Hartwig Grabbe) 137

A.	Zusammenspiel technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Aspekte	140	1
I.	Outsourcing-Projekt: Prozess- und statusbezogene Betrachtungsweise	140	1
1.	Prozessbezogen: Plan-/Build-/Run-Phase	140	2
2.	Statusbezogen: Outbound und Inbound	142	4
II.	Rechtliche Schwerpunkte: ein Überblick	144	8
1.	Zivilrecht/Zivilprozessrecht	145	9
2.	Urheberrecht	145	10
3.	Datenschutz	145	11
4.	Arbeitsrecht	145	12
5.	Gesellschafts- und Konzernrecht	145	13
6.	Steuerrecht	146	14
7.	Recht besonderer Branchen: Kredit-/Finanzdienstleistungen und Wertpapierhandel, Öffentliche Hand, Sozial- und Gesundheitswesen	146	15
8.	Vertragsverhandlungen und Vertragsgestaltung	146	16
B.	Zielstrukturen beim IT-Outsourcing	146	17
I.	Beteiligte	146	18
1.	Der Kunde/Auftraggeber	147	19
2.	Der Provider/Auftragnehmer	149	23
3.	Subunternehmer	150	24
4.	Zulieferer	151	25
II.	Internes und externes Outsourcing	152	28
III.	Direktes und indirektes Outsourcing (Joint Venture)	153	29
1.	Einsatz eines Joint Venture: Pro und Contra	154	30
2.	Grundlagen der Joint-Venture-Beziehung	157	36
a)	Übergreifender Beteiligungsvertrag	158	38
aa)	Regelungsgegenstand	158	38
bb)	Vertragsparteien	159	39

cc) Präambel	160	40
dd) Rechtsform	160	41
ee) Ausgewählte wichtige Vertragsbestandteile	162	43
(1) Stimmbindungsvereinbarungen	162	43
(2) Pattsituationen und Konfliktlösungsmodelle ..	162	44
(3) Erwerbsvorrechte und Andienungsrechte	165	46
(4) Call- und Put-Options/Drag Along Rights und Tag Along Rights	165	47
(5) Beendigung der Zusammenarbeit	166	48
b) Dokumentation der gesellschaftsrechtlichen Grundlagen des Joint Venture	166	49
c) Liefer- und Leistungsverträge	167	50
d) Kartellrechtliche Aspekte des IT-Outsourcing bei Zusammenarbeit über ein Joint Venture	167	51
aa) Joint Venture und das Kartellverbot nach § 1 GWB und Art. 81 Abs. 1 EGV	168	52
bb) Joint Ventures und Zusammenschluss- kontrolle	169	54
cc) Ancillary Restraints	172	57
IV. Insbesondere: Mehrheit von Vertragspartnern	173	58
1. Mehrheit auf der Abnehmerseite	173	58
2. Mehrheit auf der Anbieterseite	175	61
a) Multi-Vendor-Outsourcing	175	62
b) Generalunter-/Generalübernehmer	176	63

TEIL 3

**Rechtliche Einordnung
von IT-Outsourcing-Leistungen
(zivil- und zivilprozessrechtliche Grundlagen)**

(Dr. Sabine Grapentin)

177

A. IT-Outsourcing-Leistungen – eine Bestands- aufnahme	180	1
B. Zur rechtlichen Einordnung des IT-Outsourcing	183	5
I. Die tatsächlichen Rahmenbedingungen des IT-Outsourcing	184	6
1. Die Langfristigkeit der Vertragsbeziehung	184	6
2. Das wechselnde Anforderungsprofil	184	7
II. Der rechtliche Rahmen des Gesamtprojekts: Der IT-Outsourcing-Vertrag als Dauerschuldverhältnis ..	185	8
III. Grundsätzlich: Zur rechtlichen Einordnung der Einzel- leistungen eines IT-Outsourcing-Vertrags	186	12
1. Die Problematik der Zuordnung	186	13
2. Die Notwendigkeit der Zuordnung	188	16

a)	Die gesetzliche Regelung als Ausgangsbasis für die Entwicklung einer eigenen Lösung durch die Parteien	188	17
b)	Die gesetzliche Regelung als Maßstab für die Rechtmäßigkeit einer Vereinbarung	188	18
c)	Die gesetzliche Regelung als Lückenfüller im Bedarfsfall	189	20
d)	Der IT-Outsourcing-Vertrag als Typenkombinationsvertrag	189	22
C.	Die Einordnung prägender Elemente des IT-Outsourcing-Vertrags	191	26
I.	Zielsetzung und Überblick	191	26
II.	Kaufvertragliche Regelungen	192	28
1.	Der Leistungsinhalt unter besonderer Berücksichtigung des Kaufs von Soft- und Hardware	193	29
a)	Die Sachqualität von Software	193	30
b)	Die Pflicht zur Lieferung eines Benutzerhandbuches beim Verkauf von Software	193	31
c)	Die Montage von Hardware	194	32
d)	Die Installation von Software als Montage?	195	33
2.	Die kaufrechtliche Mängelhaftung	195	34
a)	Das Vorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels ...	195	34
aa)	Sachmängel	195	35
bb)	Rechtsmängel	196	36
b)	Die Mängelhaftungsrechte des Käufers	196	37
c)	Die kaufrechtliche Verjährung	197	39
d)	Die vertragliche Modifikation der Mängelhaftungsrechte	198	40
3.	Die Pflichten und Obliegenheiten des Anwenders ...	198	41
III.	Mietvertragliche Vereinbarungen	199	43
1.	Die Miete als vertragliche Form der Beschaffung, insbesondere die Miete von Soft- und Hardware ...	199	43
a)	Der Inhalt des Mietvertrags	200	45
aa)	Die Vermieterpflicht zum Erhalt des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache ...	200	46
bb)	Die Rückgabepflicht des Mieters bei Beendigung des Mietverhältnisses	200	47
b)	Die Mängelhaftungsrechte des Mieters	201	48
2.	Klassische Rechenzentrumsleistungen und Hosting einschließlich des Web-Hosting	202	50
a)	Der Leistungsinhalt bei Rechenzentrums- und Hostingvertrag	202	50
aa)	Die Bereitstellung von Speicherkapazität	202	50
bb)	Die Anbindung an die Speicherkapazität	203	52
b)	Der Leistungsinhalt des Web-Hosting	203	53

	aa) Die Speicherung und der Betrieb der Online-Anwendungen	203	53
	bb) Die Anbindung an das Internet	203	54
	3. Application Service Providing	204	55
	a) Leistungsinhalt	204	55
	b) Die rechtliche Einordnung von ASP	204	56
	c) Das maßgebliche mietvertragliche Regime	206	59
IV.	Werkvertragliche Vereinbarungen, insbesondere: Die Erstellung oder Anpassung von Software	206	60
	1. Die Erstellung von Individualsoftware	206	61
	a) Das anzuwendende Recht	207	62
	b) Leistungsinhalt	209	65
	c) Mitwirkungspflichten des Bestellers	210	67
	d) Mängelhaftungsrechte	210	68
	e) Die werkvertragliche Verjährung	211	69
	2. Die Anpassung von Standardsoftware	211	70
	3. Die Transition-Vereinbarung	212	72
	4. Business Process Outsourcing	213	74
	a) Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall	214	75
	b) Der Vertragsinhalt	215	78
V.	Leistungen mit dienst- oder werkvertraglichem Charakter	216	79
	1. Netzwerkleistungen	216	80
	2. Supportleistungen, Pflege und Wartung	217	81
	a) Der Leistungsinhalt	218	84
	aa) Der technische Leistungsinhalt	218	84
	bb) Der juristische Leistungsinhalt (Verpflichtungsgrad)	219	85
	b) Die Mängelhaftungsrechte	220	86
	aa) Die dienstvertragliche Schlechterfüllung	220	86
	bb) Die werkvertragliche Mängelhaftung	221	87
	(1) Die Mängelhaftungsansprüche des Bestellers	221	87
	(2) Die werkvertragliche Verjährung	222	90
	c) Pflege und Wartung während einer laufenden Mängelhaftungszeit oder Leistungspflicht	222	91
VI.	Dienstvertragliche Pflichten, insbesondere Beratung und Schulung	223	93
D.	Das Gesamtlösungsrecht vom IT-Outsourcing- Vertrag	224	95
I.	Die Kündigung des Gesamtvertrags	224	96
	1. Die ordentliche Kündigung	224	96
	2. Die außerordentliche Kündigung	225	97
	a) Der Kündigungsgrund	225	98
	b) Die Kündigungsfrist	226	101

II.	Der Wegfall der Geschäftsgrundlage	227	102
	1. Voraussetzungen	227	103
	2. Rechtsfolgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage	227	104
E.	Zivilprozessrechtliche Grundlagen	228	106
I.	Zuständigkeit staatlicher Gerichte	229	107
	1. Gerichtsstandsvereinbarung	229	107
	2. Internationale Zuständigkeit	231	109
	3. Örtliche Zuständigkeit	232	112
	4. Sachliche Zuständigkeit	234	115
II.	Prozessuale Besonderheiten	234	116
	1. Selbständiges Beweisverfahren	234	116
	2. Sachverständigenbeweis	235	119
III.	Schiedsverfahren	237	123
	1. Rahmenbedingungen	238	124
	2. Gestaltungsmöglichkeiten	239	126
F.	Anwendbares Recht beim Cross-Border- Outsourcing	241	131
I.	Vorrang der Rechtswahl	241	133
II.	Anknüpfungstatbestände bei fehlender Rechtswahl (bis 16.12.2009)	242	134
III.	Anknüpfungstatbestände bei fehlender Rechtswahl (ab 17.12.2009)	243	136

TEIL 4

**Urheberrechtliche Grundlagen
und sonstige gewerbliche Schutzrechte**

(Peter Huppertz) 247

A.	Praktische Relevanz gewerblicher Schutzrechte	251	1
B.	Der Schutz von Software	252	5
I.	Urheberrecht, §§ 69aff. UrhG	252	5
	1. Schutzobjekt und Schutzanforderungen	254	8
	2. Urheberschaft	257	13
	a) Grundsatz	257	13
	b) Urheber- und Nutzungsrechte im Arbeits- verhältnis, § 69b UrhG	257	14
	3. Übertragung von Nutzungsrechten	261	19
	a) Übersicht	261	19
	b) Einzelheiten zu den §§ 29, 31 UrhG	261	20
	4. Die Rechte aus dem Urheberrecht	263	22
	a) Das Vervielfältigungsrecht	264	23
	b) Umarbeitung und Bearbeitung	264	24
	c) Verbreitungsrecht	265	25
	d) Urheberpersönlichkeitsrechte	266	27

5.	Beschränkungen des Urheberrechts gemäß §§ 69d, 69e UrhG	267	28
6.	Besonderheiten bei „Open-Source“-Software	269	31
a)	Relevanz von „Open-Source“-Software	269	31
b)	Die Open-Source-Idee	269	32
c)	Die GNU General Public Licence (GPL)	270	33
d)	Einordnung der GPL im deutschen Rechtssystem	273	36
aa)	Die GPL als Allgemeine Geschäftsbedingungen	273	37
bb)	Kontrolle der Haftungs- und Gewährleistungsregelungen der GPL anhand des AGB-Rechts	274	38
(1)	Haftungsausschluss	274	38
(2)	Gewährleistungsausschluss	275	39
e)	Urheberrechtliche Besonderheiten	275	40
aa)	Einräumung von Nutzungsrechten bei der GPL	276	41
bb)	Lizenzierung bei anderen Open-Source-Lizenzmodellen	277	44
II.	Patentrechtlicher Schutz	277	45
1.	Die Patentierbarkeit von Software	277	45
a)	Die „softwarebezogene Erfindung“	277	45
b)	Das Problem der „Technizität“	278	47
c)	Beispiele für Softwarepatente	281	51
2.	Die Rechte des Patentinhabers	282	52
III.	Der wettbewerbsrechtliche Schutz von Software	283	53
1.	Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz nach §§ 3, 4 Nr. 9 UWG	284	55
a)	Unmittelbare Übernahme	284	56
b)	Nachschaffende Leistungsübernahme	285	57
2.	Geheimnisschutz nach § 17 UWG	286	59
IV.	Softwarelizenzen in der Insolvenz	287	61
C.	Der Schutz von Datenbanken	288	62
I.	Urheberrechtlicher Schutz als Datenbankwerk, § 4 Abs. 2 UrhG	289	63
1.	Übersicht	289	63
2.	Schutzobjekt und Schutzanforderungen für Datenbankwerke i.S.v. § 4 Abs. 2 UrhG	290	66
3.	Umfang des Urheberrechtsschutzes	291	67
II.	Investitionsschutz nach § 87b UrhG	291	68
1.	Die EG-Datenbankrichtlinie	292	69
2.	Inhalt des Investitionsschutzes nach § 87a ff. UrhG	292	70
3.	Schutzobjekt und Schutzanforderungen für Datenbanken	292	71

a)	Begriff der „Datenbank“ i.S.v. § 87a UrhG	292	71
b)	Wesentliche Investition	293	72
c)	Investition für die Beschaffung, Darstellung oder Überprüfung des Inhalts	293	73
d)	Investitionsaufwand	294	74
4.	Datenbankhersteller	295	75
5.	Rechte des Datenbankherstellers	295	76
a)	Wesentlicher Teil des Datenbankinhalts	295	76
b)	Unwesentlicher Teil des Datenbankinhalts	296	77
c)	Typische Verletzungshandlungen	296	78
6.	Schranken des Investitionsschutzes	297	80
7.	Schutzumfang	298	82
8.	Abgrenzung zum Wettbewerbsrecht	298	83
III.	Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz gemäß §§ 3, 4 Nr.9 UWG	298	84
IV.	Schutz der Datenbanksoftware	299	86
D.	Einräumung von Nutzungsrechten im IT-Outsourcing-Projekt	300	87
I.	Bestandsaufnahme und Ermittlung der „Chain of Title“	301	90
II.	Die Übertragung von Nutzungsrechten an den Outsourcing-Anbieter	302	92
1.	Eigensoftware des Outsourcing-Kunden	303	93
a)	Selbstentwickelte Software	303	93
b)	Durch Dritte entwickelte Software bei exklusiven Nutzungsrechten	303	95
2.	Fremdsoftware des Outsourcing-Kunden	305	98
a)	Dauerhaft gegen Einmalzahlung überlassene Software	305	99
aa)	Weitergabeverbote	308	103
bb)	Sonstige Nutzungsbeschränkungen	309	104
cc)	Anwendungsbereich von § 34 Abs. 3 UrhG	310	106
b)	Nur für einen beschränkten Zeitraum überlassene Software	311	107
3.	Datenbanken	312	108
III.	Die Übertragung von Nutzungsrechten an den Outsourcing-Kunden	313	110
1.	Grundsatz	313	110
2.	Besonderheiten im Rahmen von ASP und SaaS	314	112
a)	Vertragstypologische Einordnung von ASP-Leistungen	314	112
b)	Urheberrechtliche Besonderheiten von ASP	315	115
aa)	Notwendige Nutzungsrechte der Outsourcing-Kunden	316	117
bb)	ASP als eigene Nutzungsart	317	118

TEIL 5			
Datenschutz			
	(Jyn Schultze-Melling)	319	
A.	Einleitung	322	1
B.	Datenschutzrechtliche Aspekte bei Outsourcing-Projekten	323	2
I.	Vorfragen zur Anwendbarkeit datenschutzrechtlicher Bestimmungen	323	2
	1. Vorliegen personenbezogener Daten	323	3
	2. Datenschutzrechtlich relevante Verwendung von Informationen	325	7
	3. Örtliche Anwendbarkeit des BDSG	326	12
II.	Grundwissen zum Datenschutz	328	13
	1. Rechtsquellen des Datenschutzes	328	14
	a) Bundes- und Landesdatenschutzrecht	328	14
	b) Verhältnis des BDSG und der LDSG zu den Fachgesetzen	329	15
	2. Differenzierung zwischen öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen	329	16
	3. Grundsatz des generellen Verarbeitungsverbots	330	20
	4. Direkterhebungsgrundsatz	330	21
	5. Zweckfestlegung, Zweckbindung und Zweckänderung	331	22
	a) Zweckfestlegungs- und Zweckbindungsgrundsatz	331	22
	b) Verwendung für andere Zwecke, § 28 Abs. 2, Abs. 3 BDSG	331	23
	6. Augenmaß beim Umgang mit personenbezogenen Daten	332	24
	7. Betroffenenrechte, § 33ff. BDSG	333	25
	a) Unterrichtungs-/Benachrichtigungsanspruch, § 33 BDSG	333	26
	b) Auskunftsanspruch, § 34 BDSG	335	29
	c) Berichtigungspflicht der Stelle, § 35 BDSG	337	33
	d) Löschungs- und Sperrungsanspruch, Löschungsrecht, § 35 BDSG	337	34
	8. Haftungsrisiken und Schadenspotentiale	339	36
III.	Zulässigkeit der Datenübermittlung an einen Outsourcing-Provider	339	38
	1. Auftragsdatenverarbeitung und Funktionsübertragung	340	39
	2. Auftragsdatenverarbeitung bei Outsourcing-Projekten	341	43
	a) Voraussetzungen der Auftragsdatenverarbeitung	341	43

b)	Pflichten der Parteien bei der Auftrags-		
	datenverarbeitung	342	44
aa)	Die Pflichten des beauftragenden		
	Unternehmens	342	44
bb)	Die Pflichten des Providers	343	45
3.	Datenverwendung außerhalb der Auftrags-		
	datenverarbeitung	344	46
a)	Gesetzliche Erlaubnistatbestände	344	48
aa)	Zweckbestimmung des Vertragsverhält-		
	nisses, § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG	344	49
bb)	Wahrung berechtigter Interessen,		
	§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG	345	51
b)	Einwilligung des Betroffenen, § 4a BDSG	346	53
aa)	Form	346	54
bb)	Inhalt	347	55
c)	Rechte und Pflichten des Providers bei der		
	Verwendung personenbezogener Daten		
	außerhalb der Auftragsdatenverarbeitung	348	58
aa)	Verarbeitung personenbezogener Daten		
	durch den Provider	348	58
bb)	Weitere datenschutzrechtliche Pflichten		
	des Providers	349	60
d)	Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten	349	62
IV.	Sonderfälle	351	64
1.	Datenschutz bei Telemedien- und Telekommu-		
	nikationsdiensten	351	64
a)	Datenschutz bei Telemediendiensten	351	64
aa)	Anwendungsbereich	351	65
bb)	Grundsätze des TMG	352	67
cc)	Bestands- und Nutzungsdaten	353	69
dd)	Haftungsrisiken und Schadenspotenziale	353	70
b)	Datenschutz bei Telekommunikations-		
	diensten	353	71
aa)	Gesetzliche Grundlagen	353	72
bb)	Datenkategorien	354	73
cc)	Zulässigkeit der Datenverarbeitung	354	74
dd)	Datenschutzfreundliche Tele-		
	kommunikation	356	79
ee)	Haftungsrisiken und Schadenspotentiale	356	80
2.	Datenschutz bei grenzüberschreitenden		
	Outsourcing-Projekten	357	81
a)	Auslagerung der Datenverarbeitung		
	innerhalb der EU	357	84
b)	Auslagerung der Datenverarbeitung		
	in Drittstaaten	358	85

	aa) Vertragliche Regelung des Datenschutzes	358	86
	bb) Verbindliche Unternehmensrichtlinien	360	88
	cc) Safe-Harbor-Principles	360	90
C.	Informationssicherheit im Rahmen von Outsourcing-Projekten	361	91
I.	Grundlagen der Informationssicherheit	361	92
	1. Daten- und Informationssicherheit	361	92
	2. Verantwortung für die Informationssicherheit	362	95
	3. Begriffsdefinitionen	363	96
II.	Übersicht über die rechtlichen Rahmenbedingungen der Informationssicherheit	363	98
	1. Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen der Informationssicherheit	363	98
	a) Die technische und organisatorische Sicherheit, § 9 BDSG	364	99
	b) Die Anlage zu § 9 Satz 1 BDSG als Handlungsanweisung	364	100
	2. Gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen der Informationssicherheit	366	101
	a) Vorgaben des KonTraG und § 91 Abs. 2 AktG	366	101
	b) Vorgaben für sonstige Gesellschaftsformen	367	103
	3. Medienrechtliche Rahmenbedingungen der Informationssicherheit	367	104
	a) § 13 Abs. 4 TMG	367	105
	b) § 109 TKG	368	106
	4. Strafrechtliche Aspekte der Informationssicherheit	369	108
	a) Sicherheit der Daten	369	109
	aa) §§ 202a bis 202c StGB	369	110
	bb) §§ 303a, 303b StGB	370	111
	b) Vertraulichkeit und Integrität von Inhalten	371	113
	c) Sonstige Delikte	372	115
	5. Wirtschaftliche Rahmenbedingungen der Informationssicherheit	372	116
	a) Basel II	373	117
	b) Solvency II	373	118
III.	Haftungsrisiken und Schadenspotentiale	374	119
	1. Datenschutzrechtliche Konsequenzen	374	119
	2. Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen	374	121
	3. Telekommunikations- und telemedienrechtliche Konsequenzen	374	122
D.	Strukturierung, Organisation und Steuerung von Datenschutz und Informationssicherheit beim Outsourcing	375	124
I.	Standards und Best Practices der Daten- und Informationssicherheit	375	124

1.	ISO/IEC 27001:2005 und ISO 27002:2005	375	125
2.	IT-Grundschutz-Kataloge	376	128
3.	IT Infrastructure Library und ISO/IEC 20000	377	129
4.	ITSEC und Common Criteria	377	131
II.	Personale Aspekte	378	133
1.	Der Datenschutzbeauftragte, §§ 4f, 4g BDSG	378	133
a)	Pflicht zur Bestellung eines Datenschutz- beauftragten	378	134
b)	Bestellung und Widerruf	379	135
c)	Anforderungsprofil	379	136
d)	Aufgaben	380	137
e)	Stellung im Unternehmen	380	138
f)	Haftung	381	139
2.	Der Informationssicherheitsbeauftragte	381	140
a)	Zweck der Bestellung eines Informations- sicherheitsbeauftragten	381	141
b)	Bestellung	382	142
c)	Anforderungsprofil	382	143
d)	Aufgaben	382	144
e)	Stellung im Unternehmen	383	145
f)	Haftung	384	146
III.	Formalia	384	147
1.	Verpflichtung auf das Datengeheimnis, § 5 BDSG	384	148
2.	Meldepflicht und Vorabkontrolle, §§ 4d, 4e BDSG	385	149
IV.	Auditierungen	385	150
1.	Datenschutzaudit	385	150
2.	Daten- und Informationssicherheitsaudits	386	151

TEIL 6

Arbeitsrechtliche Grundlagen

(Heidi Mahr)

387

A.	Individualarbeitsrechtliche Fragestellungen	391	1
I.	Betriebs(teil)übergang nach § 613a BGB	391	1
1.	Betrieb(steil)	392	2
2.	Übergang des Betriebs(teils)	393	6
a)	Assets des Betriebsteils	393	7
b)	Übertragung der Assets auf den Erwerber	394	10
c)	Wahrung der Identität der Einheit	395	11
3.	Zeitpunkt des Übergangs	397	13
4.	Betriebsstilllegung	397	14
5.	Gestaltungsvarianten möglichst ohne Betriebs(teil)übergang	398	15
6.	Unterrichtungspflichten des Arbeitgebers und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer	400	21

7.	Rechtsfolgen des Betriebs(teil)übergangs	404	24
a)	Übergang bestehender Arbeitsverhältnisse	405	25
b)	Eintritt des Erwerbers in die Rechte und Pflichten	405	26
c)	Verteilung der Haftung zwischen Veräußerer und Erwerber für Verpflichtungen aus den übergehenden Arbeitsverhältnissen	406	28
d)	Betriebliche Altersversorgung	411	36
e)	Geltung von Tarifverträgen und Betriebs- vereinbarungen	413	43
f)	Änderung von Arbeitsbedingungen nach Betriebsübergang	413	45
II.	Beendigung von Arbeitsverhältnissen	416	51
1.	Vor dem Betriebsübergang	416	52
2.	Nach dem Betriebsübergang	418	54
3.	Aufhebungsverträge	418	55
a)	Einschränkungen der Vertragsfreiheit	418	55
b)	Formalien	419	58
4.	Eigenkündigung	421	64
5.	Voraussetzungen der betriebsbedingten Kündigung	422	65
a)	Unternehmerische Entscheidung	422	67
b)	Dringende betriebliche Gründe	423	68
c)	Wegfall des Arbeitsplatzes	423	69
d)	Sozialauswahl	423	70
e)	Weiterbeschäftigungsmöglichkeit	424	73
f)	Ultima-ratio-Prinzip	425	74
6.	Massenentlassung gemäß § 17 KSchG	426	77
III.	Arbeitnehmerüberlassung (Neuregelungen)	427	78
1.	Normenkette im neuen AÜG	427	80
2.	Rechtsfolgen	429	86
B.	Kollektivrechtliche Fragestellungen	430	91
I.	Zuständigkeit des Betriebsrates bei Betriebs(teil)übergang	430	92
1.	Der Betrieb geht insgesamt auf einen neuen Erwerber über	431	93
2.	Ein Betriebsteil geht über und bildet beim Erwerber einen eigenständigen Betrieb	431	94
3.	Ein Betriebsteil geht über und wird in einen bereits vorhandenen Betrieb mit Betriebsrat eingegliedert	432	95
4.	Ein Betriebsteil geht über und wird mit anderen Betrieb(steil)en zusammengefasst	433	96
5.	Übergangsmandat oder Restmandat	434	97
6.	Aufgaben des Betriebsrates im Übergangsmandat	434	98
7.	Sonstige Fälle außerhalb von § 21a BetrVG	435	99

II.	Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei IT-Outsourcing	435	101
1.	Organisationsstrukturen im Betriebs- verfassungsrecht.	435	101
2.	Interessenausgleich und Sozialplan gemäß § 111ff. BetrVG	436	103
a)	Was sind Interessenausgleich und Sozialplan?	436	104
aa)	Interessenausgleich	436	104
bb)	Sozialplan	439	109
b)	Voraussetzungen für die Notwendigkeit eines Interessenausgleichs und/oder Sozialplanes	440	112
aa)	Grundsätze	440	112
bb)	Überlegungen zum IT-Outsourcing	441	116
c)	Weiteres Vorgehen	444	125
3.	Sonstige Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates	446	129
4.	Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses in wirtschaftlichen Angelegenheiten	449	138
C.	Checkliste zur rechtlichen Überprüfung unter- nehmerischer Entscheidungen und Gestaltungs- möglichkeiten	449	139

TEIL 7

**Gesellschafts- und
konzernrechtliche Grundlagen**

(Hartwig Grabbe)

453

A.	Ausgangslage	458	1
B.	Allgemeine gesellschafts- und konzernrechtliche Aspekte des IT-Outsourcing	459	5
I.	Entscheidungszuständigkeit über Outsourcing- Maßnahmen	461	7
1.	Zuständigkeit der geschäftsführenden Organe in der Aktiengesellschaft	461	7
2.	Zuständigkeit der geschäftsführenden Organe in der GmbH	463	11
3.	Zuständigkeit der geschäftsführenden Organe in der OHG/KG	464	13
II.	Konsequenzen der Kompetenzstrukturen für die Vertragsgestaltung	465	15
1.	Vertrags- und Leistungsstandards	466	16
2.	Weisungsrechte	466	17
3.	Kontrollrechte, Reporting	467	19
4.	Investitionspolitik	468	20

	5. Nutzungsrechte.....	468	21
	6. Vertragsbeendigung	468	22
III.	Funktionale Berichterstattung im Konzern und Outsourcing.....	469	25
	1. Funktionale Berichterstattung als Haftungs- problem	470	26
	2. Relevanz einzelner Haftungstatbestände	472	31
	a) Haftung gegenüber Dritten (Außenhaftung)	472	31
	b) Haftung gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung).....	473	32
	c) Absicherung des Geschäftsführers im Haftungsfall	474	34
	d) Strafrechtliches Haftungsrisiko	475	35
IV.	Mitwirkungsrechte der Anteilsinhaber und Gremien- vorbehalte.....	476	36
	1. Mitwirkungsrechte der Anteilsinhaber in der AG	476	38
	a) Geschriebene Mitwirkungsrechte der Anteilsinhaber.....	476	39
	b) Ungeschriebene Mitwirkungsrechte der Anteilsinhaber.....	478	41
	2. Mitwirkungsrechte der Anteilseigner in der GmbH.....	480	45
	3. Mitwirkungsrechte der Anteilseigner in der OHG und KG	482	49
V.	Konzernrechtliche Aspekte des IT-Outsourcing.....	483	53
	1. Vertragliche Konzernierung durch IT-Outsourcing... ..	483	54
	2. IT-Outsourcing im faktischen Konzern.....	487	63
	a) Rechtslage beim IT-Outsourcing einer abhängigen AG	487	63
	b) Rechtslage beim IT-Outsourcing auf eine spezialisierte IT-Gesellschaft innerhalb des Konzerns	493	78
	c) Besonderheiten im GmbH-Konzern.....	494	80
	d) Rechtslage in der konzernierten OHG und KG ...	496	82
C.	Juristische Realisierung von Outsourcing- Outbound-Maßnahmen.....	496	83
I.	Ausgangslage	496	83
II.	Grundlegende Unterschiede in der Rechtstechnik der Outbound-Maßnahmen.....	498	89
III.	Einzelne Umstrukturierungs- und Umwandlungs- maßnahmen	499	90
	1. Share Deal und Asset Deal.....	499	91
	2. Umwandlungsrechtliche Outbound-Maßnahmen: Spaltung und Verschmelzung	501	93
	a) Spaltung als Outbound-Maßnahme.....	501	94

	b) Verschmelzung als Outbound-Maßnahme	503	98
3.	Durchführung von Spaltung und Verschmelzung	506	104
	a) Vorbereitungsphase	506	104
	b) Beschlussphase	506	105
	c) Umsetzungsphase	506	106
4.	Rechtliche Besonderheiten von Spaltung und Verschmelzung	507	108
	a) Aufspaltung, Abspaltung und Ausgliederung in Grundzügen	507	108
	b) Verschmelzung in Grundzügen	511	120
	c) Zeitliche Planung von Spaltung und Verschmelzung	515	129
IV.	Ausgewählte kartellrechtliche Gesichtspunkte des IT-Outsourcing	517	134

TEIL 8

Steuerrechtliche Grundlagen

(Ralf Zwingel)

525

A.	Grundlagen	529	1
I.	Grundproblem virtueller Geschäftsprozesse im Steuerrecht	529	1
II.	Wichtige Begriffe im IT-Outsourcing und ASP	531	6
B.	Steuerliche Auswirkungen des IT-Outsourcing	533	13
I.	Steuerliche Erfassungs- und Dokumentationspflichten	533	13
	1. Qualität, Verfügbarkeit und Aufbewahrung ausgelagerter Daten	533	13
	2. Besonderheiten bei internationalen Auslagerungs- fällen	536	17
	3. Besonderheiten beim ASP	539	23
II.	Ertragsteuerliche Auswirkungen auf Seiten des auslagernden Unternehmens	540	25
	1. Besteuerung der Auslagerung (Outbound)	540	25
	a) Rechtliche Ausgestaltung der Auslagerung	540	25
	b) Auslagerung auf einen externen IT-Anbieter	543	30
	aa) Besteuerung bei Veräußerung des IT-Systems	543	30
	bb) Besonderheiten der Kaufpreisgestaltung	545	34
	c) Auslagerung innerhalb eines Konzerns	547	38
	aa) Darstellung der gesellschaftlichen Übertragungsmöglichkeiten	548	39
	bb) Übertragung durch Umwandlung auf eine Kapitalgesellschaft	549	43
	cc) Übertragung durch Sacheinlage auf eine Kapitalgesellschaft	553	48
	dd) Übertragung auf eine Personengesellschaft	555	51

ee) Entgeltliche Übertragung im Konzern	557	56
d) Besonderheiten der Auslagerung bei öffentlich- rechtlichen Unternehmen	560	62
aa) Abgrenzung der steuerlich zu erfassenden Tätigkeit	560	62
bb) Gründe für Outsourcing in öffentlich- rechtlichen Betrieben	561	64
cc) Darstellung der Übertragungsmöglich- keiten	562	66
2. Auswirkungen des IT-Outsourcing auf die Bilanzierung	563	67
a) Finanzwirtschaftliche Zielsetzungen des auslagernden Unternehmens	563	67
b) Wirtschaftliches Eigentum als maßgebliches Kriterium für die Bilanzierung	565	71
c) Miet- und Leasinggeschäfte im Rahmen des IT-Outsourcing	566	73
aa) Bilanzierungsgrundsätze bei klassischen Leasinggeschäften	567	76
bb) Besonderheiten der Zurechnung beim IT-Outsourcing	569	80
3. Besteuerung nach der Auslagerung (Inbound)	572	86
a) Entgelte für IT-Dienstleistungen	572	86
b) Angemessenheit von Leistungsentgelten im Konzern	574	90
c) Besonderheiten bei öffentlich-rechtlichen Unternehmen (Exkurs: Bildung von Organschaften)	575	92
III. Ertragsteuerliche Auswirkungen beim IT-Anbieter	577	96
1. Besteuerung der Auslagerung (Outbound)	577	96
a) Auslagerung durch Umwandlung	577	97
b) Auslagerung durch Sacheinlage in eine Personen- oder Kapitalgesellschaft	579	100
c) Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter auf eine Personengesellschaft	580	103
d) Auslagerung einzelner Wirtschaftsgüter durch Veräußerung oder durch Sacheinlage zu Teilwerten	580	104
2. Besteuerung nach der Auslagerung (Inbound)	582	106
a) Besteuerung der Leistungsentgelte	582	106
b) Besonderheiten bei öffentlich-rechtlichen Unternehmen	583	112

IV.	Besonderheiten des IT-Outsourcing zwischen internationalen Partnern	584	113
1.	Besteuerung eines ausländischen IT-Providers in Deutschland	584	114
a)	Besteuerung der Auslagerung auf ein ausländisches Unternehmen (Outbound)	584	114
b)	Besteuerung nach der Auslagerung (Inbound)	586	116
aa)	Qualifikation der Einkünfte nach nationalem Recht	586	118
bb)	Begründung einer inländischen Betriebsstätte nach nationalem Recht	588	123
cc)	Vorliegen eines ständigen Vertreters	591	127
dd)	Zurechnung von Einkünften zur Betriebsstätte	591	129
ee)	Inländische Einkünfte ohne Vorliegen einer Betriebsstätte	594	134
ff)	Besteuerung nach dem OECD-Musterabkommen	595	136
2.	Besteuerung beim auslagernden Unternehmen	598	141
V.	Umsatzsteuerliche Aspekte des IT-Outsourcing	601	147
1.	IT-Outsourcing zwischen inländischen Unternehmern	601	147
a)	Grundlagen	601	147
b)	Besonderheiten bei Vorliegen von Ausschlussumsätzen	603	151
2.	IT-Leistungen durch ausländische Unternehmer	605	155
3.	Leistungen durch inländische Unternehmer	607	161
C.	Steuerliche Auswirkungen des Application-Service-Providing (ASP)	607	162
I.	Ertragsteuerliche Aspekte	607	162
1.	ASP zwischen inländischen Unternehmen	607	162
2.	ASP im internationalen Geschäftsverkehr	609	166
a)	Leistungen durch ausländische ASP-Anbieter	609	166
b)	Leistungen durch inländische ASP-Anbieter über eine ausländische Serverbetriebsstätte	613	173
II.	Umsatzsteuerliche Aspekte	616	179
1.	Leistungen zwischen inländischen Unternehmern	616	179
2.	Leistungen unter Beteiligung ausländischer Unternehmer	616	180
D.	Schlussbemerkung	617	183

<p>TEIL 9</p> <p>Aufsichtsrechtliche Besonderheiten</p> <p>für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute</p> <p>sowie für</p> <p>Wertpapierdienstleistungsunternehmen</p> <p>(Matthias Ferstl)</p>			619
A.	Outsourcing bei Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten	621	1
I.	Wirtschaftliche Rahmenbedingungen	621	1
II.	Besondere organisatorische Pflichten von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten	623	5
	1. § 25a Abs. 2 KWG	623	5
	a) Gesetzliche Regelung	623	5
	b) Verwaltungsvorschriften	625	10
	2. Mindestanforderungen an das Risikomanagement der Institute (MaRisk)	626	12
III.	Auslagerung von Aktivitäten und Prozessen nach § 25a Abs. 2 KWG	628	16
	1. Persönlicher Anwendungsbereich	628	17
	2. Sachlicher Anwendungsbereich	628	18
	a) Tatbestandliche Auslagerung im Sinne von § 25a Abs. 2 Satz 1 KWG	629	19
	b) Auslagerungsfähigkeit der Aktivitäten und Prozesse	631	21
	c) Wesentliche Auslagerungen	632	26
	d) Unwesentliche Auslagerungen	634	31
	3. Zulässigkeitsvoraussetzungen von wesentlichen Auslagerungen	634	32
	a) Allgemeine Vorgaben	634	32
	b) Vertragsgestaltung	636	37
	c) Anzeigepflicht	638	42
	d) Subauslagerung	639	43
	e) Altfälle	639	44
	f) Sanktionen	639	45
IV.	Outsourcing bei Kapitalanlagegesellschaften	640	46
B.	Outsourcing im Wertpapierhandel	641	47
I.	Organisationspflichten nach § 33 Abs. 1 WpHG n.F.	641	48
II.	Auslagerung von Aktivitäten und Prozessen nach § 33 Abs. 2 WpHG	642	50
C.	Sonstige Outsourcing-Regelungen	643	53

<p>TEIL 10</p> <p>IT-Outsourcing der Öffentlichen Hand</p> <p>(Dirk Heckmann)</p>			
		645	
A.	Begriffsklärung	654	1
I.	Zentralisierung	654	2
II.	Privatisierung	655	3
	1. Organisationsprivatisierung/formelle Privatisierung	655	4
	2. Funktionale Privatisierung	655	5
	3. Aufgabenprivatisierung/externes Outsourcing	656	8
	4. Einordnung des IT-Outsourcings der Öffentlichen Hand	657	11
III.	Öffentlich-private Partnerschaften.	657	14
	1. Kennzeichen.	658	17
	2. Formen	659	18
IV.	Zusammenfassung	659	22
B.	Modi des IT-Outsourcings der Verwaltung.	660	23
C.	Materielle Fragen des IT-Outsourcings der Verwaltung	661	27
I.	Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen.	661	27
	1. Der Funktionsvorbehalt in Art. 33 Abs. 4 GG.	661	27
	a) Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse.	661	28
	b) Grenzen bei der Übertragung hoheits- rechtlicher Befugnisse	664	33
	2. Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip	665	34
	a) Allgemeine Grenzen	665	34
	b) Strukturschaffungspflicht des Staates.	666	37
	3. Art. 12 GG – Berufsfreiheit	667	38
	a) Anspruch auf Outsourcing?	668	39
	b) Technologische Selbstversorgung des Staates als Marktbeeinträchtigung?	669	42
	aa) Verwaltungsmonopole zugunsten staat- licher Rechenzentren.	669	44
	bb) Wirtschaftliche Betätigung des Staates – Kostenlose Abgabe staatlicher Software.	671	50
	c) Staatliche Technologievorgaben	674	55
II.	Einfachrechtliche Rahmenbedingungen – Daten- schutzrecht	676	61
	1. Auftragsdatenverarbeitung oder Funktions- übertragung	676	62
	a) Abgrenzung Auftragsdatenverarbeitung/ Funktionsübertragung	676	62
	b) Sinn und Zweck der Privilegierung der Datenverarbeitung im Auftrag	678	66

aa) Gefahrengedanke	678	67
bb) Überwachbarkeit	678	68
cc) Bewertung	679	69
2. Datenübermittlung	680	71
a) Datenübermittlung an öffentliche Stellen, § 15 BDSG	680	72
b) Datenübermittlung an nicht-öffentliche Stellen, § 16 BDSG	681	75
3. IT-Outsourcing in datenschutzrechtlich sensiblen Verwaltungsbereichen	682	77
a) IT-Outsourcing der Sozialdatenverarbeitung	682	77
b) Beihilfedatenverarbeitung durch Private	684	81
c) Private Verarbeitung von Patientendaten im Krankenhauswesen	684	82
D. Vergaberechtliche Fragestellungen	685	83
I. Vergaberechtliche Rahmenbedingungen	685	83
1. Ausgangslage	685	83
2. Normative Grundlagen	686	84
3. Anwendungsbereich des Vergaberechts	686	85
a) Personenbezogener Anwendungsbereich	686	86
b) Sachbezogener Anwendungsbereich	687	87
II. Vergaberechtliche Relevanz ausgewählter Out- sourcing-Maßnahmen	687	88
1. Outsourcing als Beschaffungsvorgang	687	89
a) Einfaches Outsourcing durch Beauftragung Privater	687	90
b) Aufgabenübertragung durch öffentlich-recht- lichen Vertrag	687	91
c) Dienstleistungskonzession	688	93
d) Begründung einer öffentlich-privaten Partnerschaft	689	94
2. Aufträge an verbundene Unternehmen	690	95
a) In-house-Geschäfte	690	96
b) Teckal-Kriterien	690	97
aa) Kontrollkriterium (erstes Teckal-Kriterium) ...	691	98
bb) Wesentlichkeitskriterium (zweites Teckal- Kriterium)	692	99
3. Folgeaufträge durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen	694	103
a) ÖPP als Öffentlicher Auftraggeber?	695	104
b) Tätigkeit im Allgemeininteresse nicht- gewerblicher Art	695	105
c) Beherrschung durch staatliche Stellen	696	106

4.	Aufgabenübertragung im Rahmen von „Interkommunaler Kooperation“ bzw. Öffentlich-öffentlicher Partnerschaften	697	108
	a) Vergaberechtliche Problematik.	697	109
	b) Lösungsansatz	699	111
	c) Auslagerung auf öffentlich-rechtliche IT-Dienstleister	700	112
	d) ÖÖP und Interkommunale Kooperation de lege ferenda	700	113
III.	Ausgewählte Erfolgsfaktoren für das Outsourcing von IT-Leistungen im Vergabewege	701	114
1.	Anforderungen an die Leistungsbeschreibung.	701	115
	a) Analyse des Bedarfs und Beiziehung von Sachverständigen	701	116
	b) Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung.	702	117
	c) Funktionale Leistungsbeschreibung.	702	118
	d) Zuweisung von Leistungsrisiken und Leistungspflichten	703	119
2.	Wahl der richtigen Vergabeverfahrensart	704	120
	a) Vergabeverfahren im Überblick	704	121
	aa) Offenes Verfahren	704	122
	bb) Nicht-offenes Verfahren	705	123
	cc) Verhandlungsverfahren.	705	124
	b) Insbesondere: Wettbewerblicher Dialog	706	126
	aa) Allgemeines	706	127
	bb) Besondere Komplexität des Auftrags.	707	128
	cc) Technische Komplexität	707	129
	dd) Rechtliche oder finanzielle Komplexität	709	132
	ee) Verfahrensablauf in groben Zügen.	710	133
E.	Privatisierungsfolgenrecht	711	134
I.	Regelungsbedarf.	712	136
II.	Ausgewählte Gegenstände vertraglicher Regelung.	714	140
1.	Sicherung der Kommunikationsstrukturen	714	141
2.	Sicherung von Kontroll- und Einwirkungsrechten	715	142
3.	Regelung verfahrenstechnischer Rahmenbedingungen.	715	143
4.	Qualifikation des Verwaltungshelfers	716	144
III.	Haftungsrechtliche Fragestellungen.	717	145
F.	IT-Outsourcing im Justizbereich.	719	150
I.	Schrankenermittlung: Organisationsgewalt und richterliche Unabhängigkeit	720	152
II.	IT-Sicherheit, Datenschutz und Technikabhängigkeit.	722	157
III.	Zentralisierung von IT-Dienstleistungen.	723	158

<p>TEIL 11</p> <p>IT-Outsourcing im Sozial- und Gesundheitswesen</p> <p>(Frank Werner) 727</p>			
A.	IT-Outsourcing in der Sozialverwaltung	729	1
I.	Sozialverwaltung	730	2
	1. Sozialversicherung und Sozialverwaltung	730	3
	2. Verwaltungsinternes Outsourcing	731	5
	3. Verwaltungsexternes Outsourcing	732	7
	a) Formelles Outsourcing	732	8
	b) Materielles Outsourcing	733	9
	c) Funktionales Outsourcing	733	10
II.	Zulässigkeit des Outsourcing.	733	11
	1. Keine gesetzliche Regelung	733	11
	a) Verfassungsrechtliche Fragen	734	12
	b) Sozialverwaltung: § 7 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BHO, Vorschriften der LHO	735	13
	2. Verwaltungsinternes Outsourcing	735	14
	a) Delegation	735	14
	b) Mandatserteilung	736	15
	3. Verwaltungsexternes Outsourcing	736	16
	a) Hoheitliches obrigkeitliches Handeln	736	17
	b) Schlicht hoheitliches Handeln	737	18
	4. Fiskalische Hilfsgeschäfte	737	19
III.	Gestaltungsmöglichkeiten	738	20
	1. Verwaltungsinternes Outsourcing	738	20
	2. Verwaltungsexternes Outsourcing	739	23
IV.	Besondere Anforderungen an zulässiges Outsourcing	739	24
	1. Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. . .	739	24
	2. Beauftragung eines anderen Sozialleistungsträgers, eines Verbandes oder einer Arbeitsgemeinschaft.	739	25
	a) Anforderungen an die Gründung einer Arbeits- gemeinschaft oder den Beitritt	739	25
	b) Anforderungen an die Beauftragung	740	26
	3. Servicegesellschaften	741	29
	4. Auftragsvergabe an Dritte	741	30
	a) Sicherstellung sachgerechter Aufgabenerfüllung . . .	741	30
	b) Herausgabeansprüche nach Vertragsende	742	32
	c) Vergaberecht	743	33
	aa) Schwellenwerte	743	34
	bb) Öffentlicher Auftrag	744	35
	cc) Offenes und nicht offenes Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren	744	36
	dd) Verfahren des wettbewerblichen Dialogs	744	37
	(1) Voraussetzung: „Besondere Komplexität“	744	38

	(2) Verfahrensgang	745	39
5.	Outsourcing bei den Kassenärztlichen Vereinigungen	745	40
	a) Gründung von Dienstleistungsgesellschaften	746	42
	b) Outsourcing im Zusammenhang mit der Erfüllung des Sicherstellungsauftrags.	746	44
V.	Datenschutz	747	46
	1. Anwendbare Vorschriften	747	46
	2. Abgrenzung zum BDSG.	747	47
	3. Sozialdaten	747	48
	4. Verschiedene Formen des Outsourcing von Daten ...	748	52
	5. Einwilligung der Betroffenen	749	55
	6. Outsourcing von Daten bei Anonymisierung	749	56
	7. Auftragsdatenverarbeitung	750	57
	8. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Auftrags- datenverarbeitung	751	58
	9. Funktionsübertragung	751	60
B.	Outsourcing im Gesundheitswesen	752	61
I.	Einführung	752	61
	1. Schweigepflicht	752	62
	2. Gesetzliche Offenbarungsbefugnis	753	63
	3. Outsourcing-Provider als „berufsmäßig tätige Gehilfen“?	753	64
II.	Anwendbare Datenschutzvorschriften	754	66
	1. Bereichsspezifische Datenschutzvorschriften	754	66
	2. Anzuwendende Datenschutzbestimmungen für Krankenhäuser.	756	67
III.	Häufige Outsourcing-Maßnahmen im Krankenhaus.	757	68
	1. Externe Vergabe von Schreibarbeiten durch Krankenhäuser	758	71
	2. Externe Archivierung von Krankenunterlagen.	759	74
	3. Einschaltung eines externen Inkassounternehmens ...	761	79
	4. Externes Catering	762	84
	5. Bestellung eines externen Datenschutz- beauftragten im Krankenhaus	763	87
IV.	Arztpraxen	764	90

TEIL 12

**Rechtliche Vorbereitung, Vertragsverhandlung
und Vertragsmanagement**

(Peter Bräutigam)

767

A.	Rechtliche Vorbereitung	770	1
I.	Einbindung juristischer Kompetenz	770	2
II.	Due-Diligence	772	4

1.	Inhalt und Gegenstand der Due-Diligence	772	5
a)	Inhalt der Due-Diligence	772	5
aa)	Legal-Due-Diligence	772	6
bb)	Technical- & IT-Due-Diligence	773	7
cc)	Financial- & Tax-Due-Diligence.....	774	8
dd)	Markt-/Business-Due-Diligence	774	9
ee)	Environmental-Due-Diligence	774	10
ff)	Human-Resources-Due-Diligence	775	11
b)	Objekt der Due-Diligence	775	12
aa)	Due-Diligence beim Auftraggeber	775	13
bb)	Due-Diligence beim Auftragnehmer/ Outsourcing-Anbieter	776	14
2.	Due-Diligence beim Auftraggeber	777	15
a)	Outbound-Due-Diligence	777	16
aa)	Asset-Deal und/oder Share-Deal.	777	17
bb)	Share-Deal	779	20
(1)	Gesellschaftsrechtliche Prüfung	779	21
(2)	Prüfung der Assets	780	22
(3)	Personal	781	23
(4)	Verträge, insbesondere Lieferanten- und Kundenbeziehungen	781	24
(5)	Verbindlichkeiten	783	25
(6)	Versicherungen	783	26
(7)	Gerichtsverfahren, Verfahren vor Behörden ...	784	27
cc)	Asset-Deal	784	28
(1)	Hardware.	785	29
(2)	Software/sonstige geistige und gewerb- liche Schutzrechte	785	30
(3)	Personal	787	34
(4)	Verträge	787	34
(5)	Zustimmungspflichten/Genehmigungen	788	35
(6)	Daten	788	36
dd)	Besonderheiten im Rahmen der Human- Resources- und arbeitsrechtlichen Due-Diligence	788	37
ee)	Financial- & Tax-Due-Diligence.....	792	44
b)	Inbound Due-Diligence	793	49
III.	Zieldefinition	794	50
B.	Vertragsverhandlung	795	51
I.	Kontaktaufnahme/Vertraulichkeitsvereinbarung	795	51
II.	Einholen von Angeboten/Ausschreibung (Request for Proposal)	796	52
III.	LOI/MOU.	797	54
IV.	Outsourcing-Vertrag	799	55

V.	Verhandlungstipps: Grundsätze professionellen		
	Verhandeln	800	56
	1. Harvard-Concept	800	56
	2. Richtige Kommunikation	800	57
	3. Interessengeleitetes Verhandeln	801	58
	4. Wege zum Kompromiss	802	59
	5. Richtige Vorbereitung	804	60
	6. Verhandlungsnetze	804	61
	7. Bedeutung für den gesamten Outsourcing-Prozess...	805	62
C.	Vertragsmanagement	805	63
I.	Bedeutung des Vertragsmanagements	805	63
	1. Komplexität des Leistungsgegenstandes	805	63
	2. Komplexer Langzeitvertrag und Vertragsmanagement	806	64
II.	Ausprägungen des Vertragsmanagements	809	67
	1. Pflichtenmanagement	809	68
	2. Change-(Request-)Management	810	69
	3. Konfliktmanagement	810	70

TEIL 13

Vertragsgestaltung

(Peter Bräutigam)

817

A.	Modularer Vertragsaufbau	824	2
I.	Rahmenvertrag	826	6
II.	Einzelverträge/Leistungsscheine/Service Level		
	Agreements	827	7
III.	Verhältnis: Rahmenvertrag/Einzelverträge,		
	Normen-Hierarchie	828	10
IV.	Standard- oder Individualverträge	830	12
	1. Standardverträge	830	12
	2. Individualverträge	830	13
	3. Standard- oder Individualvertrag	830	14
B.	Rahmenvertrag	832	15
I.	Eingangsbestimmungen	832	16
	1. Präambel	832	17
	2. Terminologie	834	20
	3. Vertragsaufbau/Normenhierarchie	834	21
II.	Vertragsgegenstand/Leistung	835	22
	1. Stand der Technik	835	23
	2. Geschultes Fachpersonal	836	25
	3. Subunternehmer	837	26
	4. Abnahme	837	27
	5. Sicherung der Leistungserbringung	840	33
	6. Dokumentation	841	36

	7. Monitoring/Tracking/Reporting/Auditing	841	37
	8. IT-Sicherheit	842	40
III.	Gegenleistung	843	41
	1. Gesamtregelung der Gegenleistung	843	41
	2. Umsatzsteuerhinweis	843	42
	3. Preismodelle	843	43
	a) Festpreise	843	44
	b) Variable Preise	845	48
	c) Kombination von Festpreisen und variablen Preisen, Anforderungen an Rechnungsstellung	846	51
	aa) Kombination in einer Preiskomponente.	846	52
	bb) Kombination verschiedener Preis- komponenten.	846	53
	cc) Anforderung an Rechnungsstellung	847	54
	d) Degression/Rabattierungen	847	55
	e) Nebenkosten	847	56
	4. Preisanpassung/Benchmarking	847	57
	a) Automatische Preisanpassung	848	58
	b) Benchmarking	850	62
	aa) Abgrenzung.	851	63
	bb) Benchmarkklauseln.	851	65
	5. Fälligkeit/Verzug	855	76
	6. Aufrechnung/Zurückbehaltungsrechte/Eigentums- vorbehalt	857	80
	a) Aufrechnung	857	81
	b) Zurückbehaltungsrechte	857	82
	c) Eigentumsvorbehalt	860	86
IV.	Mitwirkungspflichten	861	89
	1. Erfüllungsort.	862	90
	2. Zutrittsrechte.	862	91
	3. Arbeitsmittel und Material.	862	92
	4. Personelle Mitwirkungsleistungen	862	93
	5. Verweis auf Übernahme- und Leistungsscheine/ Verantwortlichkeitsmatrix.	863	94
	6. Gesonderter Infrastruktur(miet)vertrag	863	95
	7. Beratung.	864	96
	8. Folgen der Nichteinhaltung von Mitwirkungspflichten	864	97
V.	Nutzungsrechte.	866	101
	1. Urheberrechte des Auftraggebers	867	103
	2. Urheberrechte des Auftragnehmers	867	104
	a) Einräumung des ausschließlichen Nutzungs- rechts.	867	104
	b) Einräumung des einfachen Nutzungsrechts.	868	108
	c) Rücklizenzierung an den Auftragnehmer.	870	109
	3. Rechte an (gemeinsamen) Arbeitsergebnissen	870	110

4.	Verwertung von Programmbausteinen und -vorstufen	871	112
5.	Rechte an Datenbanken	872	114
VI.	Zusammenarbeit.	872	115
1.	Ansprechpartner	872	116
2.	Projektausschuss	874	118
VII.	Change-Management.	875	122
1.	Anwendungsbereich und Abgrenzung	875	123
2.	Change Request	876	125
VIII.	Gewährleistung	879	130
1.	Arten der Gewährleistung/Einschränkung und Ausschluss	879	130
a)	IT-Outsourcing-Vertrag als Typen- kombinationsvertrag	879	131
b)	Outsourcing-Verträge als Dauerschuld- verhältnisse	880	132
c)	Kaufvertragliche Elemente des Outsourcing- Vertrags.	881	134
aa)	Anwendung des Kaufrechts	881	134
bb)	Kaufvertragliche Gewährleistungsregelungen	882	135
cc)	Gewährleistungsausschluss durch Allgemeine Geschäftsbedingungen	885	142
dd)	Individualvertraglicher Gewährleistungs- ausschluss	886	145
ee)	Besonderheit des § 377 HGB	886	146
ff)	Verjährung	887	148
d)	Werkvertragliche Elemente des Outsourcing- Vertrags.	888	150
aa)	Anwendung des Werkvertragsrechts.	888	150
bb)	Werkvertragliche Gewährleistungs- regelungen	890	156
cc)	Gewährleistungsausschluss im Werk- vertragsrecht	891	157
dd)	Parallele Wartungsverträge	892	161
e)	Dienstvertragliche Elemente des Outsourcing- Vertrags.	894	163
aa)	Anwendung des Dienstvertragsrechts	894	163
bb)	Dienstvertragliche Gewährleistungs- regelungen und Kündigungsrechte	895	165
cc)	Ausschluss der Haftung und Kündigungs- rechte.	896	167
dd)	Verjährung	896	168
f)	Mietvertragliche Elemente des Outsourcing- Vertrags.	897	171
aa)	Anwendung des Mietvertragsrechts.	897	171

	bb) Mietvertragliche Gewährleistung und Kündigungsmöglichkeiten	897	172
	cc) Gewährleistungsausschluss	898	174
	dd) Verjährung	899	175
	2. Spezialregelungen in LS/SLA	899	176
IX.	Haftung	900	177
	1. Interessenlage	900	177
	2. Haftungsausschluss/Haftungsbeschränkung	901	180
	a) Beschränkung auf bestimmte Anspruchsarten	901	180
	b) Beschränkung auf bestimmte Verschuldens- formen	902	181
	c) Beschränkung auf bestimmte Personenkreise	902	182
	d) Beschränkung auf bestimmte Rechtsguts- verletzungen/Pflichtverletzungen	902	183
	e) Beschränkung auf bestimmte Schadensarten	903	184
	aa) Typisch vorhersehbarer Schaden	903	184
	bb) Folgeschäden	903	185
	cc) Datenverlust	903	186
	f) Beschränkung auf Haftungshöchstsummen	904	187
	g) Kombinationen	905	191
	3. Rechtliche Wirksamkeit von Haftungsausschluss-/ Beschränkungsklauseln	905	192
	a) In AGB	906	193
	b) Im Individualvertrag	910	203
	c) AGB oder Individualvertrag	911	205
	4. Sonstige Regelungen bei Haftungsklauseln	912	206
	a) Anzeigepflichten	912	206
	b) Verjährung	914	210
	c) Anrechnung	914	211
	d) Versicherung	915	212
	e) Ausstiegsrecht	916	213
	f) Haftungsbeschränkung auch zugunsten Auftraggeber?	916	214
	g) Mitverschulden	916	215
	5. Verzug/Höhere Gewalt	917	216
	a) Verzug	917	216
	b) Höhere Gewalt	918	219
X.	Datensicherheit und Datenschutz	922	225
	1. Datenschutz	922	225
	a) Anwendbarkeit des Bundesdatenschutz- gesetzes	922	226
	b) Zulässigkeit der Datenverarbeitung und -nutzung	922	227
	aa) Auftragsdatenverarbeitung (§ 11 BDSG)	923	228
	bb) Funktionsübertragung	925	229

c)	Probleme beim Outsourcing in der Kreditwirtschaft	926	231
aa)	Auslagerung nach § 25a Abs. 2 KWG	926	232
bb)	Auslagerung nach § 33 Abs. 2 WpHG	927	233
d)	Bei der Vertragsgestaltung zu beachtende Punkte	927	234
aa)	Vertragsgestaltung im Sinne einer Auftragsdatenverarbeitung	927	234
bb)	Allgemeine Datenschutzklauseln	929	236
2.	Datensicherheit	929	237
a)	Physische Datensicherheit	930	238
b)	Logische Datensicherheit	930	239
aa)	Datensicherung/Back-up	930	240
bb)	Recovery-Services/Datenarchivierung/ Datenvernichtung	930	241
c)	Verantwortlichkeit für die Datensicherheit	931	242
XI.	Geheimhaltung	932	245
1.	Vertraulichkeit	932	245
2.	Koordination Presseerklärung	933	249
XII.	Ausschließlichkeitsbindungen und Abwerbeverbot	934	252
1.	Ausschließlichkeitsbindungen	934	252
a)	Verbot wettbewerbsbeschränkender Verein- barungen und Ausschließlichkeitsbindungen	935	253
b)	Ausschließlichkeitsbindungen und Markt- machtmissbrauch	936	254
c)	Europarechtliche Betrachtung	937	255
d)	Hinweise für die Vertragsgestaltung	938	256
aa)	Genauere Definition des Inhalts der Ausschließlichkeitsvereinbarung	938	257
bb)	Angemessene Laufzeit	938	258
2.	Abwerbeverbot	939	259
a)	Abwerbeverbot und § 75f HGB	939	260
b)	Hinweise für die Vertragsgestaltung	940	261
XIII.	Vertragslaufzeit	941	265
1.	Befristung	941	265
2.	Automatische Verlängerung?	941	266
3.	Verlängerungsoptionen	942	267
4.	Ordentliche Kündigung	942	268
5.	Außerordentliche Kündigung	942	269
a)	Grundsatz	942	269
b)	Besondere Kündigungsgründe	943	270
c)	Exkurs: Outsourcing und Insolvenz	945	274
aa)	Insolvenz während der Transition („Build-Phase“)	946	275
bb)	Insolvenz während des Betriebs („Run-Phase“)	947	276

	(1) Grundsatz	947	277
	(2) Werkverträge/Mietverträge über bewegliche Sachen	948	278
	(3) Dienstverträge	948	279
	cc) Praktische Hinweise	950	283
	dd) „Escrow“	951	285
	(1) Hinterlegung beim Kunden	952	287
	(2) Hinterlegung bei einem Dritten	952	288
	6. Sonderkündigung	955	296
	7. Teilkündigung	955	297
	8. Abstandszahlungen/Wegfall von Rückvergütungen	956	298
XIV.	Vertragsbeendigung	957	303
	1. Ausgangslage: Re-Insourcing oder Second Generation Outsourcing	957	303
	2. Beendigungsunterstützung	958	304
	3. Rückführung(soptionen)	959	309
	a) Hardware/Software	959	309
	b) Verträge	960	310
	c) Personal	960	311
	4. Rückgabe/Vernichtung von Daten/vertraulichen Informationen	960	312
	5. Übergangsfristen	961	313
	6. Fehlen einer vertraglichen Regelung	962	314
	7. Gerichtliche Durchsetzung im einstweiligen Rechtsschutz	963	315
XV.	Schlussbestimmungen	965	318
	1. Übertragbarkeit	965	318
	a) Gesamter Vertrag	965	318
	b) Einzelne Ansprüche	966	319
	2. Beitritt	966	320
	3. Konfliktmanagement	967	321
	4. Teilunwirksamkeit/Salvatorische Klauseln	968	322
	5. Schriftform	969	323
	6. Zustimmungsvorbehalte	970	328
	7. Vertragssprache/Maßgebliche Fassung	971	329
	8. Anwendbares Recht	972	330
	a) Grundsatz	972	330
	b) Ausnahmen	972	331
C.	Transition/Übernahmescheine	973	332
I.	Überblick	973	332
	1. Transition	973	332
	2. Share-Deal, Asset-Deal oder Übernahme- verträge/-scheine	974	333
	a) Share-Deal	975	335
	b) Asset-Deal	977	346

	c) Übernahmeverträge	979	351
	d) Besondere Zielrichtung beim Outsourcing	979	352
II.	Leistungsschein Transition	979	353
	1. Leistungsumfang	979	353
	2. Leistungsparameter/SLA	980	356
	3. Transformation	981	361
III.	Übernahmevertrag/-schein „Hardware“	982	362
	1. Verkauf und Übereignung	982	362
	2. Leasing- und Wartungsverträge	984	367
	3. Sale-and-Lease-back	984	368
	4. Beistellung	984	369
IV.	Übernahmevertrag/-schein „Software“	985	370
	1. Genaue Bezeichnung und „Übergabe“ der Software	985	372
	2. Nutzungsrechte	986	373
	3. Schuldrechtliche Gestaltung der Überlassung/ Gewährleistung des Outsourcing-Kunden	987	374
	4. Rechtsmängelhaftung	988	377
	5. Freistellungsklauseln	989	379
V.	Übernahmevertrag/-schein „Verträge mit Dritten“	990	381
	1. Übertragung ohne Zustimmung	990	382
	2. Übertragung mit Zustimmung	991	383
	3. Verweigerung der Zustimmung	991	384
	4. Protokollierung der Ergebnisse	992	385
VI.	Übernahmevertrag/-schein „Personal“	992	386
D.	 Leistungserbringung: Leistungsscheine und Service Level Agreements	997	402
I.	Begriffe	998	403
II.	Aufbau	998	404
III.	Leistungsbeschreibung	1000	407
	1. Notwendigkeit exakter und verständlicher Leistungsbeschreibungen	1000	407
	2. Insbesondere: Pflichtenheft	1001	409
	3. Leistungsbeschreibung/Leistungsschein und vertragstypologische Einordnung	1002	410
	a) Vertragstypologische Einordnung des Leistungsscheins	1002	410
	aa) Leistungsscheine mit typengemischten Leistungsinhalten	1002	411
	bb) Insbesondere die Abgrenzung von Werk- und Dienstvertrag	1002	412
	cc) Einfluss von Service Level Agreements auf die vertragstypologische Einordnung	1004	415
	b) Konsequenz für Rahmen- und Outsourcing- vertrag	1005	417

IV.	Service Level Agreement/Leistungsparameter	1006	419
1.	Überblick: Regelung von Leistungsstandards und Gewährleistung	1006	419
a)	Leistungsstandards: Quantität und Qualität der Leistung	1006	419
b)	Rechtliche Einordnung von Service Level Agreements	1007	420
aa)	Service Level Agreements und deren Einfluss auf die Vertragstypologie	1007	421
bb)	Service Level Agreements: Leistungs- beschreibung oder Beschränkung von Gewährleistung/Haftung	1007	422
cc)	Service Level Agreements als Pflicht i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB	1009	425
dd)	Service Level Agreements und Minderung.	1010	426
ee)	Service Level Agreements als Garantie	1012	430
2.	Wichtige Service-Levels	1013	431
a)	Verfügbarkeit.	1013	431
aa)	Teil- oder Gesamtverfügbarkeit	1014	432
bb)	Prämissen der Verfügbarkeit	1014	433
cc)	Verfügbarkeitsformel	1015	434
b)	Maximale Ausfallzeit.	1016	435
c)	Verpflichtung auf Maximal-/Minimalgrößen	1016	436
d)	Verpflichtung auf Durchschnittsgrößen (insbesondere MTR, MTBF)	1017	439
e)	Verpflichtung auf statistische Größen.	1018	440
f)	Customer Satisfaction Index	1019	443
V.	Typisierte LS/SLA	1020	444
1.	Überblick.	1020	445
2.	User-Helpdesk	1021	446
a)	Leistungsumfang.	1022	447
aa)	Call und dessen Erledigung	1022	447
bb)	Support Levels.	1022	448
(1)	First-Level-Support	1022	449
(2)	Second-Level-Support	1022	450
(3)	Third-Level-Support	1023	451
cc)	Call-Mangement	1023	452
dd)	Eskalationsmanagement.	1023	453
ee)	Knowledge-/Problemmanagement	1024	454
ff)	Betriebszeit	1025	455
gg)	Weitere Leistungsinhalte	1026	456
b)	SLA/Leistungsparameter	1026	460
c)	Verhältnis Gewährleistung und Call-Center- Dienste	1028	466

3.	Betriebssteuerung/Betriebs-Management	1029	467
	a) Allgemeines	1029	467
	b) Wartung und Pflege	1029	468
	c) System-Administration	1031	470
	d) System-/Betriebs-Management	1031	471
	e) Betriebssicherheit	1031	472
	f) Dokumentation	1032	473
	aa) Benutzerhandbuch	1032	474
	bb) Technische Aufzeichnungen	1033	475
	g) Schulung	1033	476
	h) SLA-Management: Reporting, Tracking und Auditing	1034	477
	aa) Messmethoden und -parameter	1034	478
	bb) Monitoring/Tracking	1035	479
	cc) Reporting	1035	480
	dd) Auditing – oder „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser“	1036	481
4.	Endgeräte/Desktop-Services	1036	482
	a) Leistungsumfang	1036	483
	aa) Infrastructure Providing	1036	484
	bb) IMAC	1039	488
	cc) Call-to-Repair	1039	489
	dd) Call-Handling	1040	490
	b) SLA/Leistungsparameter	1040	491
	aa) Betriebs-, Reaktions-, Bearbeitungszeiten	1040	491
	bb) Customer Satisfaction Index	1040	492
5.	Netzwerke	1041	493
	a) Leistungsumfang	1041	493
	b) SLA/Leistungsparameter	1042	496
6.	Server/Rechenzentrum	1044	506
	a) Server-Management	1045	507
	aa) Leistungsumfang	1045	508
	bb) SLA/Leistungsparameter	1047	511
	b) Hosting	1047	513
	aa) Leistungsumfang	1048	514
	bb) SLA/Leistungsparameter	1052	521
7.	End to end SLA	1053	525
8.	Software – Systemsoftware/Applikationen	1055	526
	a) Applikationen und ASP	1055	526
	b) Individualsoftware	1059	536
	c) Standardsoftware	1061	539
	d) Softwarepflege	1062	540
9.	General Services	1062	541
VI.	Mitwirkungspflichten/Randbedingungen/ Verantwortlichkeitsabgrenzung	1064	545

VII.	Sanktion bei Nichterfüllung von SLAs	1066	549
1.	Allgemeines	1066	549
2.	Juristische Grundlagen der Sanktionen	1066	550
a)	Vertragsstrafe	1068	552
b)	Pauschalisierter Schadensersatz	1069	553
c)	Pauschalisierte Minderung	1070	554
d)	Bonus/Malus-Regelung	1071	555
e)	Staffelungsmöglichkeit	1071	556
f)	Sonderfall: Außerordentliche Kündigung.	1072	557
g)	Verhältnis zur Gewährleistungs- und Haftungs- regelung im Rahmenvertrag	1072	558
3.	Gewichtung	1072	559
a)	Allgemein	1072	559
b)	Methode 1	1073	560
c)	Methode 2	1074	561
E.	Vertragsgestaltung bei Offshoring-Projekten	1075	563
I.	Termini	1075	563
II.	Offshoring-Regionen	1076	565
1.	Indien	1076	565
2.	China	1076	566
3.	Osteuropa	1077	567
III.	Scope	1078	568
IV.	Ziele und Risiken	1078	570
1.	Ziele	1078	570
2.	Risiken	1079	572
V.	Vertragsgestaltung	1080	574
1.	Strukturmodelle	1080	575
2.	Qualitätssicherung	1081	579
a)	SEI-CMM, CMMI, P-CMM	1081	580
b)	Six Sigma	1082	582
c)	ISO 9001:2000	1082	583
3.	Gestaltung von Service Level Agreements und Durchsetzung vertraglicher Ansprüche durch Garantien/Performance Bonds	1082	584
4.	IP-rechtliche Fragestellungen	1083	587
5.	Datenschutz	1084	588

TEIL 14
Glossar
(Sven Sosna)

		1085
Autorenverzeichnis		1117
Stichwortverzeichnis		1123