



Hannover
im Mai 2007

IT-Outsourcing

Natalie Wall
Rechtsanwältin in München



Gliederung

- I. Varianten des Outsourcing
- II. Vertragsvorbereitung
- II. Vertragsstrukturen
- III. Die Regelungen der einzelnen Vertragsteile



IT-Outsourcing

Varianten des IT-Outsourcing

- **Full Outsourcing:** umfassende Auslagerung der kompletten EDV-Dienstleistungen auf externen Provider – keine eigene EDV mehr
- **Partielles Outsourcing:** Auslagerung einzelner Teile der IT-Versorgung im Unternehmen
- **Business Process Outsourcing (BPO):** Vergabe eines kompletten Geschäftsprozesses – BPO Provider „Owner“ des Geschäftsprozesses, Kunde Gesamtsteuerung, zB Payroll-Services



IT-Outsourcing

Phasen eines IT-Outsourcing-Projekts

1. **Phase 1: Vorüberlegungen** - Strategie
2. **Phase 2: Planungsphase** - Ist-Analyse, TCO (Total-Cost)-Analyse, Definition Umfang, Ausschreibung/Auswahl Providers, Lol/MoU
3. **Phase 3: Implementierungsphase (Transition Phase)** – Due Diligence, ggf. JV, Beginn der Transition, Abschluss des Outsourcing-Vertrags
4. **Phase 4: Betriebsphase (Run Phase)** – Aktivierung der SLAs, gemeinsame Überprüfung des Outsourcing-Vorhabens (Joint Verification), Benchmarking (wettbewerbswirtschaftliches Analyseinstrument), Ende der Transition Phase – Soll-Betrieb ist erreicht, Change Management
5. **Phase 5: Re-Transition** – Beauftragung und Übergang zu einem anderen Service Provider oder Insourcing



Vertragsvorbereitung

- **Geheimhaltungs-/Vertraulichkeitsvereinbarung / NDA:** Auffangklausel, Ausnahmekatalog (wenn AGB-Charakter), wegen Beweisschwierigkeiten pauschalierter SEA, als Provider Haftungsbegrenzung
- **Due Diligence:** Beim Kunden: Technical Due Diligence – Zustand Betriebsstätte, EDV-Komponenten, Betriebsausstattung; Financial und Tax Due Diligence beim Share Deal wichtig; Beim Provider: Technical Due Diligence wegen 11 BDSG wichtig (sorgfältige Auswahl AG)
- **LoI/MoU:** keine rechtliche Bindung, außer verbindliche Gestaltung; Fixierung der Eckpunkte d. späteren Hauptvertrags
- **ggf. Escrow Agreement:** Hinterlegung des Quellcodes der Software (zB wg Problematik Insolvenz des Providers)



Vertragsgestaltung

Rechtliche Grundlagen:

- Kaufvertrag §§ 433 ff BGB bei HW/SW-Kauf
- Mietvertrag §§ 535 ff BGB zB bei Hosting, Application Service Providing (ASP)-mietweise Zurverfügungstellung von RZ-Platz
- Dienst- oder Werkvertrag §§ 611 ff / 631 ff BGB zB bei Support, SW-Pflege, Netzwerkleistungen. Schuldet Provider Erfolg = Werkvertrag, bloßes Tätigwerden (Bemühen) = Dienstvertrag
- Erstellung/Anpassung von IndividualSW: Da SW bewegl. Sache nach BGH § 651 BGB n.F. ggf. anzuwenden (str.) => keine Abnahme: ggf. ausdrücklich im Vertrag vereinbaren, wenn sinnvoll
- öff. Anbieter: ggf. Regelungen zum Vergaberecht beachten
- Problematik Betriebsübergang § 613a BGB, wenn AN übergehen



Rahmenvertrag

1. Präambel, Definitionen, Normenhierarchie (Ausschluss AGBs)

2. Vertragsgegenstand/Leistung

- Fachpersonal und Subunternehmer: Benennung, P: Offshoring, Zustimmung
- Stand der Technik: unbestimmt => exakte Anforderungen zB. an die Aktualisierungspflicht / -intervalle
- Abnahme: => Erfüllungsanspruch in Nacherfüllungsanspruch, Übergang Preisgefahr, Beweislast f. Mängel, Fälligkeit Vergütung etc. Kunde: Teilabnahmen, Definition abnahmehindernder Mängel, Abbedingung § 377 HGB sinnvoll
- Sicherung der Leistungserbringung: Garantie, harte Patronatserklärung d. Mutter
- Dokumentation
- Qualitätskontrolle f. Kunden: Monitoring: (technische Überwachung Service Levels) / Reporting (Bericht des Providers darüber) / Auditing (Kontrolle durch Kunden): zB 1xJahr plus ao Auditrecht, Kostenregelung



Rahmenvertrag

3. Gegenleistung

- Preismodelle (Festpreis / variable Vergütung: zB verbrauchs- bzw. aufwandsorientierte Vergütung / oder Kombination)
- Umsatzsteuerhinweis (ohne USt)
- Preisanpassung: Automatische Anpassung (P: Gleitklausel ggf. Genehmigung BAFA) oder Benchmarking (Sonderkündigungsrecht sinnvoll)
- Fälligkeit (grds. LS) und Verzug (bei Abweichung vom Gesetz, auf „Aushandeln“ achten – damit keine AGBS)
- Aufrechnung / Zurückbehaltungsrechte (Kunde: Ausschluss sinnvoll) / Eigentumsvorbehalte (Sicherung f. Provider)



Rahmenvertrag

4. Mitwirkungspflichten

- Einzelne Mitwirkungspflichten (Infrastruktur, Zutrittsrechte etc.)
- Sanktionen bei Verletzung der Mitwirkungspflicht, ZB Terminverschiebungen, keine SLAs (Kunde: Pflicht des Providers zur Anmahnung der Mwpfl. wichtig)

5. Nutzungsrechte (ohne Regelung: Zweckübertragungslehre !)

- Nutzungsrechte des Auftragnehmers (Kunde idR kein Urheber =>unproblem.)
- Nutzungsrechte des Auftraggebers: ausschließliche/einfache Nutzungsrechte
- Rechte an gemeinsamen Arbeitsergebnissen
- Rechte an Datenbanken, ZB Kundendaten (alle Rechte müssen dem Kunden zustehen, auch Pflege, Erweiterung etc.) ; Rechte an Programmvorstufen (Untersagung an Kunden, ein ähnliches Programm herzustellen)



Rahmenvertrag

6. Zusammenarbeit zwischen den Parteien

- Ansprechpartner benennen, Projektmanager (kommt immer vom Provider)
- Projektausschuss (zwecks Projektkoordination)
- Steering Committee/Review Board: Steuerungsausschuss, wenn die Projektleiter/-ausschuss nicht weiterkommen – diesen übergeordnet

7. Change-Management

- Anwendungsbereich und Abgrenzung: immer *Vertragsänderung* !
- Change Request: Prozess; Regelung, wenn keine Einigung erzielt wird



Rahmenvertrag

8. Gewährleistung

- Arten der Gewährleistung (WerkV, KaufV)
- Einschränkung und Ausschluss: In Individualverträgen fast vollständig möglich – aber Arglistgrenze; Begrenzung zB auf ein Jahr - nicht bei AGBs möglich)
- Verhältnis zwischen Gewährleistung und SLA: SLA ggf. zusätzliche Leistungspflicht, wenn kein Mangel – eigene SEA => regeln, zB wenn ein Mangel und eine Verletzung eines SL vorliegt, kann nur eine Sanktion geltend gemacht werden oder Anrechnung.



Rahmenvertrag

9. Haftung

- Haftungsausschluss (nicht Vorsatz/grobe Fahrlässigkeit)
- Haftungsbeschränkung auf bestimmte Schadenshöhe (wichtig für Provider, da Schaden bei Betriebsausfall unkalkulierbar)
- Haftungsbeschränkung auf bestimmte Schadensarten: auf vorhersehbaren Schaden für Provider unzureichend – zB Datenverlust vorhersehbar, da nur atypische Kausalverläufe umfasst; Provider unbedingt Ausgrenzung von entgangenen Gewinnen, Nutzungsausfallschäden etc. zu empfehlen
- Haftungsbeschränkung durch AGB: keine unangemessene Benachteiligung; nicht Begriff „Kardinalpflichten“ verwenden
- Verhältnis zwischen Haftung und SLA: s.o. bei Gewährleistung



Rahmenvertrag

10. Datenschutz und Datensicherheit: BDSG

- Datengeheimnis: Erfüllungsgehilfen
- Datensicherheit: physische Datensicherung; Verantwortungsbereiche
- Auftragsdatenverarbeitung und Funktionsübertragung im Sinne des BDSG: Kunde muss „Herr der Daten“ bleiben

11. Geheimhaltung

12. Ausschließlichkeitsbindungen und Abwerbeverbot



Rahmenvertrag

13. Vertragslaufzeit

- Befristung / Automatische Verlängerung / Verlängerungsoption
- Ordentliche, außerordentliche Kündigung (zB gravierende Verletzung SLAs)

14. Vertragsbeendigung

- Re-Insourcing / Backsourcing
- Beendigungsunterstützung: Dienstleistungen bei Beendigung: Vergütung!
- Rückführung von Assets (HW, SW, Verträge, Personal) – zB Source Code von SW, damit Pflege durch Drittanbieter möglich
- Rückgabe/Vernichtung von Daten
- Übergangsfristen / Grace Period (Fortführung der IT-Leistungen bis zur vollständigen Installation des Nachfolgesystems – idR 12 Monate)



Rahmenvertrag

15. Konfliktmanagement

- Konfliktmanagement zwischen den Parteien (Lenkungsausschuss etc.)
- Mediation (zB eine Woche)
- Schiedsgerichtsvereinbarung (wegen Spezialwissen ggf. sinnvoll)

16. Schlussbestimmungen

- Übertragbarkeit / Beitritt
- Salvatorische. Klausel
- Schriftform/Zustimmungsvorbehalt
- Anwendbares ´Recht



Leistungsscheine - Übersicht

- 1. Transition**
- 2. User-Helpdesk**
- 3. Betriebssteuerung/Betriebsmanagement**
- 4. Desktop-Services**
- 5. Netzwerke**
- 6. Server/Rechenzentrum**
- 7. Software**



Leistungsscheine - Aufbau

- Leistungsscheine und Service Level Agreements
- Aufbau und Begrifflichkeit
- Leistungsbeschreibung
- Einordnung unter Vertragstypen des BGB
- Leistungsparameter
- Sanktion bei SLA-Verstoß



Leistungsschein Transition

- Leistungsschein „Transition Phase“: Projektplan (milestones)
- Sonderproblem: Fehler in Transition Phase mit Auswirkungen in der Betriebsphase, insbesondere bei Datentransfer. Lösung: Höhere Haftungssumme in der Run Phase, um Folgeschäden aus der Transition Phase aufzufangen;
P: anderer Provider: Beweisfrage
- Übernahmeschein „Hardware“: Kunde Haftung ausschließen
- Übernahmeschein „Software“: Kunde Fremdnutzung SW regeln (neuer Provider)
- Übernahmeschein „Verträge mit Dritten“: Zustimmung Übertragung von Vertragsverhältnissen auf Dritte
- Übernahmeschein „Personal“: 613a BGB gesetzlich – aber die Rechtsfolgen können geregelt werden



IT-Outsourcing

Anhang



IT-Outsourcing

Service Level Agreements – empfohlener Inhalt

- 1 Gegenstand dieses SLAs
- 2 Leistungsbeschreibung
 - 2.1 Allgemeine Beschreibung
 - 2.2 Usermanagement/Verzeichnisstruktur
 - 2.3 Fileservice
 - 2.4 Printservice
 - 2.5 Zugang zu den Leistungen
 - 2.6 Updates/Patches/Hotfixes visionapp-Applikationen und Dienste
 - 2.7 Updates/Patches/Hotfixes bei dedizierten Kundenplattformen
 - 2.8 Monitoring
 - 2.8.1 Schwellenwerte
 - 2.8.2 Performancegewährleistung über Referenzwerte
 - 2.9 Reporting
- 3 Service Level
 - 3.1 Kernzeit
 - 3.2 Betriebszeit
 - 3.3 Ausfallzeit (AF)



Service Level Agreements – empfohlener Inhalt

- 3.4 Redundanz / Verfügbarkeit
 - 3.4.1 Mindestverfügbarkeit (V_{min})
 - 3.4.2 Maximalverfügbarkeit (V_{max})
 - 3.4.3 Berechnung der Verfügbarkeit (V)
 - 3.4.4 Definition, Messung und Bewertung der Verfügbarkeit
- 3.5 Wiederherstellungszeiten
- 4 Wartungsarbeiten, Wartungszeiten
- 5 Support
 - 5.1 Hotline
 - 5 Backupkonzept /Aufbewahrungsfristen
 - 5.1 Datenbanken
 - 5.2 Daten des Fileservices
 - 5.3 Applikationen
- 6 Sicherheitskonzept
 - 6.1 Zugangskontrolle, Räumlichkeiten
 - 6.2 Firewall
 - 6.3 Virus Check
- 7 Datenübergabe nach Vertragsende
- 8 Vertragsstrafen
- 9 Änderungen der SLs



IT-Outsourcing

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !