

München Januar 2016

IT-Outsourcing

Natalie Wall

Fachanwältin für Informationstechnologierecht

Wall&Kollegen Rechtsanwälte

Gliederung

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

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, z.B. Payroll-Services

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, Chance 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 (z. B. wg. Problematik Insolvenz des Providers)

Rechtliche Grundlagen

- Kaufvertrag §§ 433 ff BGB bei HW/SW-Kauf
- Mietvertrag §§ 535 ff BGB z. B. bei Hosting, Application Service Providing (ASP) – mietweise Zurverfügungstellung von RZ-Platz
- Dienst- oder Werkvertrag §§ 611 ff / 631 ff BGB z. B. bei Support, SW-Pflege, Netzwerkleistungen. Schuldet Provider Erfolg = Werkvertrag, bloßes Tätigwerden (Bemühen) = Dienstvertrag
- Erstellung/Anpassung von Individual/SW: 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 z. B. 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

IT-Outsourcing

- Qualitätskontrolle f. Kunden: Monitoring: (technische Überwachung Service Levels) / Reporting (Bericht des Providers darüber) / Auditing (Kontrolle durch Kunden):
z. B. 1x Jahr plus ao Auditrecht, Kostenregelung

3. Gegenleistung

- Preismodelle (Festpreis / variable Vergütung: z. B. 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 (Kunden: Ausschluss sinnvoll) / Eigentumsvorbehalte (Sicherung f. Provider)

4. Mitwirkungspflicht

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

5. Nutzungsrechte (ohne Regelung: Zweckübertragungslehre!)

- Nutzungsrechte des Auftragnehmers (Kunde i.d.R. kein Urheber => unproblem.)
- Nutzungsrechte des Auftraggebers: ausschließliche/einfache Nutzungsrechte
- Rechte an gemeinsamen Arbeitsergebnissen

IT- Outsourcing

- Rechte an Datenbanken, z. B. Kundendaten (alle Rechte müssen dem Kunden zustehen, auch Pflege, Erweiterung etc.) ; Rechte an Programmvorstufen (Untersagung an Kunden, ein ähnliches Programm herzustellen)

6. Zusammenarbeit zwischen den Parteien

- Ansprechpartner benennen, Projektmanager (kommt immer vom Provider)
- Projektausschluss (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

8. Gewährleistung

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

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 - z. B. Datenverlust vorhersehbar, da nur atypische Kausalverläufe umfasst; Provider unbedingt Ausgrenzung von entgangenen Gewinnen, Nutzungsausfallschäden etc. zu empfehlen

IT-Outsourcing

- Haftungsbeschränkung durch AGB: keine unangemessene Benachteiligung; nicht Begriff „Kardinalpflichten“ verwenden
- Verhältnis zwischen Haftung und SLA; s.o. bei Gewährleistung

10. Datenschutz und Datensicherheit: BDSG

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

11. Geheimhaltung

12. Ausschließlichkeitsbindungen und Abwerbeverbot

13. Vertragslaufzeit

- Befristung / Automatische Verlängerung / Verlängerungsoption
- Ordentliche, außerordentliche Kündigung (z. B. gravierende Verletzung SLAs)

14. Vertragsbeendigung

- Re-Insourcing / Backsourcing
- Beendigungsunterstützung: Dienstleistungen bei Beendigung: Vergütung!

IT-Outsourcing

- Rückführung von Assets (HW, SW, Verträge, Personal) - z.B. Source Code von SW, damit Pflege durch Drittanbieter möglich
- Rückgabe/Vernichtung Daten
- Übergangsfristen / Grace Period (Fortführung der IT – Leistungen bis zur vollständigen Installation des Nachfolgesystems – i.d.R. 12 Monate)

15. Konfliktmanagement

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

16. Schlussbestimmungen

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

IT-Outsourcing

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

IT-Outsourcing

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

IT-Outsourcing

- 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
- Übernahemschein „Hardware“: Kunde Haftung ausschließen
- Übernahmeschein „Software“: Kunde Fremdnutzung SW regeln (neuer Provider)

IT-Outsourcing

- 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

- 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

IT-Outsourcing

- 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)
 - 3.4 Redundanz / Verfügbarkeit
 - 3.4.1 Mindestverfügbarkeit (V_{min})
 - 3.4.2 Maximalverfügbarkeit (V_{max})

IT-Outsourcing

- 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
- 6 Backupkonzept / Aufbewahrungsfristen
 - 6.1 Datenbanken
 - 6.2 Daten des Fileservices
 - 6.3 Applikationen

IT-Outsourcing

- 7 Sicherheitskonzept
 - 7.1 Zugangskontrolle, Räumlichkeiten
 - 7.2 Firewall
 - 7.3 Virus Check
- 8 Datenübergabe nach Vertragsende
- 9 Vertragsstrafen
- 10 Änderung der SLs



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Rechtsanwältin

Natalie Wall

Karlsplatz 7
80335 München

FON 089 30 90 589-0

FAX 089 30 90 589-11

MOB 0173-3582228

wall@wall-legal.de

www.wall-legal.de