

IT-Outsourcing und Change Request

THOMAS HOEREN

Inhaltsverzeichnis

IT-Outsourcing und Change Request	129
Muster einer Vereinbarung zum Change Request.....	139
Literaturverzeichnis	143

IT-Outsourcing hat eine Reihe von Risiken, die man ehrlich benennen muss. Dazu zählt insbesondere die auftretende **Abhängigkeit des Auftraggebers vom externen Dienstleister**. Insbesondere im Hinblick auf eventuelle Schlechtleistungen oder einem auftretenden Insolvenzrisiko können hier erhebliche Schädigungen auf das Unternehmen zukommen. Das auftraggebende Unternehmen verliert auch eine Reihe betrieblichen Know-hows und füttert mit seinen Outsourcinggebühren insofern den Dienstleister mit einem enormen Betriebswissen. Damit verbunden sind auch Sicherheitsrisiken, insbesondere was den Zugang Dritter zu Betriebs-Know-how angeht. Mit Outsourcing ist regelmässig auch ein Flexibilitätsverlust verbunden, insbesondere aufgrund der festen Vertragslaufzeiten, die in diesem Bereich üblich sind. Langfristig kann es im Übrigen auch zu Kostensteigerungen kommen, gerade im Vergleich zu den Kosten einer internen IT-Nutzung. Auf die Probleme des Arbeitsplatzabbaus soll nicht näher eingegangen werden; selbstverständlich führt IT-Outsourcing hier zu einer deutlichen Verschlechterung des internen Arbeitsklimas.

Insofern ist **eine klare Analyse der Interessen der Beteiligten** notwendig. Dem Outsourcinggeber wird vor allem an der Service-Qualität, der Kostenkontrolle und der Flexibilität liegen. Im Bereich der Service-Qualität geht es ihm um die Festlegungen der Anforderungen bei Vertragsabschluss; hier sind die genauen Modalitäten der gewünschten Dienste genau zu spezifizieren. Kommt es während der Vertragslaufzeit zu Innovationsfortschritten, möchte der Dienstgeber beteiligt werden. Im Übrigen wird die Service-Qualität auch durch Haftungs- und Kündigungsregeln bei Schlechtleistung abgesichert. Im Bereich der Kostenkontrolle richtet sich das Interesse des Outsourcinggebers auf die Erzielung eines günstigen Preises, sowohl bei Vertragsabschluss wie auch während der Vertragslaufzeit. Insbesondere wird er vermeiden wollen, zusätzliche

Kosten übernehmen zu müssen. Hinsichtlich der Flexibilität geht das Interesse des Dienstgebers dahin, ein entsprechendes Änderungs- und Ausstiegsrecht vorzusehen.

Der Outsourcingnehmer seinerseits hat vor allem ein primäres Gewinninteresse. Ihm geht es um die Sicherung einer ausreichenden Gewinnmarge. Ferner sollen lange Laufzeiten die Anfangsinvestitionen kompensieren. Ähnlich wird sich der Outsourcingnehmer davor sichern wollen, dass bei vorzeitigen Leistungsänderungen durch den Auftraggeber finanzielle Einbußen drohen. Im Übrigen soll das Gewinninteresse natürlich auch dadurch abgesichert werden, dass interne Synergien ausgeschöpft werden. Typischerweise ist nämlich der Outsourcingnehmer nicht nur für einen Kunden tätig, sondern übernimmt den Auftrag für eine Reihe ähnlich gelagerter Fälle. Neben dem Gewinninteresse will sich der Outsourcingnehmer auch hinsichtlich seiner Risiken absichern, insbesondere durch die Ablehnung von Qualitätssicherungen und die Reduzierung der Haftung bei Schlechtleistung.

Die verschiedenen Interessen abzuwägen und in ein vernünftiges Vertragskorsett zu bringen, ist schwierig. Outsourcing ist eine komplexe Transaktion. Insbesondere sind eine Fülle von Rechtsgebieten betroffen, etwa was das Arbeitsrecht, Steuerrecht, Kartellrecht angeht. Hinzu kommen Fragen aus dem Dienst-/Werkvertragsrecht sowie dem Datenschutzrecht. Es handelt sich um einen langfristigen Vertrag mit geschäftskritischen Auswirkungen, was eine detaillierte Vertragsgestaltung besonders wichtig macht. Dabei ist insbesondere der Know-how-Vorsprung des Outsourcingnehmers zu berücksichtigen, der diesem einen Verhandlungsvorteil im Bereich IT- und Transaktionsmanagement gewährleistet. Allerdings kennt der Outsourcinggeber besser den Ist-Zustand seines eigenen Betriebes. Hinzu kommt die Gefahr eines Interessenkonflikts des IT-Personals des Outsourcinggebers, das ja unter Umständen sogar künftiger Arbeitnehmer des Outsourcingnehmers wird.

Ein IT-Outsourcingprojekt muss typischerweise am Anfang besonders **sorgfältig geplant** werden. Zunächst ist ein Team zu bilden, dem insbesondere die Geschäftsführung, der Bereich Finanzen/Controlling sowie die Personalabteilung angehören. Hinzu kommen externe Berater sowie die Einbindung der Rechtsabteilung. Es gilt eine **Ausschreibung** vorzunehmen, bei der potentielle Anbieter auszuwählen sind. Ausschreibungsunterlagen sind festzulegen; gegebenenfalls ist ein Vertragsentwurf beizufügen. Für Bieter muss eventuell auch ein Datenraum eingerichtet werden, in dem sich diese über die wesentlichen Geschäftsvorgänge im Unterneh-

men informieren können. Nach Eingang der entsprechenden Angebote erfolgt deren Prüfung sowie Folgegespräche mit den Bietern. Ist ein präferierter Bieter ausgewählt worden, bietet es sich an, mit diesem im Rahmen eines Letter of Intent die Grundsätze der weiteren Vertragsverhandlungen festzulegen¹.

Neben dieser Prozedur steht auch das interne Due Diligence. Hier gilt es zunächst einmal, das aktuelle IT-Budget festzustellen. Auch die betroffenen Systeme sind genauer zu fixieren. Dabei ist zu prüfen, ob die genannten Systeme im Eigentum des Outsourcinggebers stehen oder nur im Wege des Leasings zur Verfügung stehen. Die Buchwerte der Systeme sind festzustellen und deren Nutzung in anderen Bereichen. Neben den IT-Systemen gilt es die bestehenden Wartungs- und Pflegeverträge zu prüfen, insbesondere im Hinblick auf Kündigungsmöglichkeiten, die Möglichkeit der Übertragung des Vertrages auf den Outsourcingnehmer sowie sonstige Ausstiegsmöglichkeiten.

Die Softwareverträge sind daraufhin zu kontrollieren, ob sie übertragbar und/oder kündbar sind. Hier gilt es insbesondere die bestehenden Übertragungsverbote zu berücksichtigen. Diese können vertraglicher Natur sein (siehe § 399 BGB und § 354 HGB). Ferner sieht das Urheberrecht ein spezielles Zustimmungserfordernis für die Weiterübertragung von Nutzungsrechten vor (§ 34 UrhG). Hinsichtlich der **betroffenen Mitarbeiter** müssen die vom Betriebsübergang betroffenen Mitarbeiter identifiziert und nach Gehalt, Betriebszugehörigkeit und betrieblicher Altersversorgung klassifiziert werden. Es gilt dann zu prüfen, welche Konsequenzen ein Übergang der Mitarbeiter in einzelnen Betriebsteilen hat, was insbesondere bei funktional oder organisatorisch nicht klar abgegrenzten Betriebsteilen ein Problem sein kann. Dann gilt es die Wahrscheinlichkeit von Widersprüchen gegen den Betriebsübergang abzuschätzen und Keyplayer zu identifizieren, die für den Betriebsübergang wichtig sind. Neben den IT-Systemen und den Mitarbeitern sind noch Genehmigungserfordernisse zu prüfen, die entweder gesellschaftsintern bestehen (etwa im Hinblick auf den Aufsichtsrat oder Gesellschafter) oder sich aus dem öffentlichen Recht ergeben (siehe etwa § 25a KWG).

Im Bereich des vorvertraglichen Risikomanagements gilt es dann mit dem ausgewählten Bieter zu klären, wie die weiteren Vertragsverhandlungen sich gestalten. Zu beachten ist hier die **Schadensersatzpflicht bei Abbruch von Verhandlungen** (§§ 280, 241, 311 Abs. 2 BGB). Die Rechtsprechung geht davon aus, dass eine solche Schadensersatzpflicht in

¹ Siehe dazu SÖBBING, 240 ff.

Betracht kommt, wenn jemand das Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages geweckt und die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abgebrochen hat. Als triftiger Grund gilt jedoch ein günstigeres Angebot eines Dritten ebenso wie die Übernahme des Anbieters durch die Konkurrenz. Als Schadensersatz kommt in Betracht der Ersatz von Aufwendungen für den Kostenvoranschlag sowie von entgangenen Einnahmen. Ein Ausschluss dieser Haftung durch allgemeine Geschäftsbedingungen ist kaum möglich. Hier gelten die Sperren des § 309 Nr. 7 und § 307 Abs. 1 BGB. Bei der weiteren Vertragsgestaltung ist zu unterscheiden zwischen dem **direkten und dem indirekten Outsourcing**. Von indirektem Outsourcing spricht man, wenn die Auslagerung im Rahmen eines Joint Venture zwischen Outsourcinggeber und Outsourcingnehmer erfolgt. Im Bereich IT-Outsourcing gängiger ist die Lösung des direkten Outsourcings über gesellschaftsrechtliche Neugründungen. Das indirekte Outsourcing hat allerdings gewisse Vorteile, nämlich die Möglichkeit der gesellschaftsrechtlichen Kontrolle der Dienstleistungen. Die Parteien befinden sich in einer Partnerschaft, auch was den Profit und die Kosten angeht. Statt des grossen „Big Bang“ erfolgt ein stufenweiser Überführungsprozess, etwa durch Reduzierung der gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen. Im Übrigen ist die Gesellschaftsbeteiligung ihrerseits wieder ein zusätzlicher Wert. Allerdings ist indirektes Outsourcing auch komplex, was Vertragsgestaltung und Vertragsdurchführung angeht. Im Übrigen besteht hier die Gefahr von Zielkonflikten, etwas was das Interesse an Service gegen das Interesse an Gewinn betrifft.

Der Abschluss des endgültigen Vertrages erfolgt im Wesentlichen auf der Grundlage eines **Pflichtenheftes**. Dieses ist regelmässig vom Outsourcinggeber zu erstellen. Erstellt der Outsourcingnehmer das Pflichtenheft, übernimmt er damit zusätzliche Haftungsrisiken (§ 280 Abs. 1 BGB). Ein Letter of Intent regelt vor allem die zeitliche Dauer der Vertragsverhandlungen sowie bestehende Geheimhaltungspflichten. Im **Hauptvertrag** gilt es dann eine **Reihe immaterialgüterrechtlicher Fragen** zu klären. Insbesondere die Frage der Abtretungsmöglichkeit von bestehenden Nutzungsrechten ist schwierig zu klären.

Bei dem Wechsel von Mitarbeitern ist **§ 613a BGB** zu beachten. Die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Betriebsteils führt zu einer Reihe fataler Konsequenzen für ein Outsourcingprojekt. Ein Betriebsteil bezeichnet die wirtschaftliche Einheit aus Personen- und Sachmitteln und ist insofern vom blossen Funktionsübergang zu unterscheiden. Bei einer nur teilweisen Übertragung von Sachmitteln oder Personen bedarf es einer

quantitativen oder qualitativen Abwägung im Einzelfall. Dies gilt insbesondere bei der blossen Übertragung von Overhead-Funktionen (IT-Einkauf oder IT-Schulungen) oder bei Personen mit doppeltem Aufgabenbereich. Liegt ein Fall des § 613a BGB vor, gehen die Arbeitsverhältnisse automatisch auf den Outsourcingnehmer über. Der Outsourcingnehmer tritt zum Stichtag in bestehende Arbeitsverhältnisse ein; der alte Arbeitsvertrag gilt insofern mit dem neuen Arbeitgeber weiter, einschliesslich bestehender Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge. Ähnliches gilt für die betriebliche Altersversorgung, die ebenfalls bestehen bleibt. Die Parteien des Outsourcingprojektes treffen Informationspflichten nach § 613a Abs. 5 BGB. Möglichst einen Monat vor Betriebsübergang sollten die Mitarbeiter über das Projekt informiert werden. Zu empfehlen ist eine gemeinsame Information, am besten schriftlich mit Zugangsnachweis. Die Informationspflicht bezieht sich auf den geplanten Zeitpunkt des Betriebsübergangs (einschliesslich eventueller Spaltungen nach § 324 UmwG) sowie auf den Grund für den Betriebsübergang. Zu informieren ist ferner über rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen für Arbeitnehmer, insbesondere was deren Rechte aus Betriebsvereinbarungen, Tarifverträgen und Pensionsregelungen angeht. Auch ist über das bestehende Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers zu informieren. Der Arbeitnehmer hat seinerseits ein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB. Dieser Widerspruch kann gegenüber dem neuen oder alten Arbeitgeber erklärt werden. Es besteht eine Frist von einem Monat ab Zugang einer vollständigen Unterrichtung, wobei Mängel bei der Unterrichtung zu einem zeitlich unbeschränkten Widerspruchsrecht führen. Das Widerspruchsrecht muss schriftlich erklärt werden, eine Begründung ist allerdings nicht erforderlich. Erklärt der Arbeitnehmer den Widerspruch, bleibt das Arbeitsverhältnis beim alten Arbeitgeber bestehen. Dieser kann dann allerdings gegebenenfalls betriebsbedingt kündigen, wobei er die Regeln zur Sozialauswahl bei sachlichem Grund zu berücksichtigen hat. Bei mehr als 20 Arbeitnehmern im Unternehmen besteht eine Unterrichtungspflicht im Hinblick auf den Betriebsrat (§§ 111 ff. Betriebsverfassungsgesetz); im Übrigen ist mit dem Betriebsrat eine Einigung über Interessensausgleiche und den Sozialplan notwendig. Der Übergang von Mitarbeitern ist dem Arbeitsamt anzuzeigen (§ 17 Kündigungsschutzgesetz).

Beim direkten Outsourcing ist zunächst die Frage der **Rechtsnatur des Leistungsverhältnisses** zu prüfen. Es kann sich hierbei um einen Dienstvertrag handeln, wenn eine Tätigkeit als solche geschuldet ist. Beim Werkvertrag würde ein Erfolg der entsprechenden Tätigkeiten geschuldet

sein. Insbesondere bei Softwareerstellung kann auch ein Werklieferungsvertrag im Rahmen von § 651 BGB in Betracht kommen. Meistens handelt es sich bei Outsourcingverträgen um Gemischtverträge. Es finden sich hier dienstvertragliche Komponenten, insbesondere was den IT-Systembetrieb, die Hotline und TK-Dienstleistungen angeht. Werkvertragliche Komponenten sind insbesondere die System-Implementierungen sowie bestehende Transitionsprojekte. Im Pflichtenheft sind die Leistungspflichten möglichst konkret festzulegen. Dies geschieht typischerweise in angehängten **Leistungsscheinen und Service-Level-Agreements (SLA)**. In den SLAs werden die konkreten Leistungsparameter sowie Betriebszeiten, Verfügbarkeit, Ausfallzeiten oder Reaktionszeiten geregelt. Typische Leistungsinhalte der SLAs beziehen sich vor allem auch auf die Datensicherung und Datenarchivierung sowie maximale Ausfallzeiten. Im Projektvertrag werden neben der allgemeinen Leistungsbeschreibung auch noch Milestones und Endtermine geregelt. Hinzu kommen Test- und Abnahmeregelungen sowie Hinweise zu den Mitwirkungspflichten des Outsourcinggebers. Die SLAs sind Konkretisierungen der Leistungsanforderungen, machen den Dienstvertrag allerdings noch nicht zu einem Werkvertrag. Kommt es zu einem Verstoss gegen die SLAs, liegt eine Vertragsverletzung vor, die zu Schadensersatzansprüchen nach § 280 BGB führen kann. Dem Outsourcingnehmer bleibt allerdings noch die Möglichkeit, das Nichtverschulden nachzuweisen. Als Schwierigkeit erweist es sich hier, dass die Einhaltung der SLAs häufig nicht nachprüfbar sind. Hier gilt es konkrete Messungsverfahren und Reporting-Strategien im Vertrag zu regeln.

Auch der konkrete Schaden ist oft nicht hinreichend nachweisbar. Hier bedarf es der Vereinbarung von **Vertragsstrafen/Pönalen** im Vertrag (siehe §§ 339 ff. BGB). Hinsichtlich der Regelungen der Verfügbarkeit ist zu fragen, wo und wie die Verfügbarkeit gemessen wird. Es bedarf zeitlicher Eckdaten für die Berechnung (monatlich oder im Quartal). Auch gilt es Wartungszeiten abzuziehen. Maximale Ausfallzeiten sind hinsichtlich der Messdaten genauer zu quantifizieren, insbesondere was Recovery-Zeiten angeht. Hinsichtlich der Reaktionszeiten sind Störungskategorien zu definieren. Dabei gilt es nicht auf das technische Ausmass der Störungen zu reagieren, sondern auf deren Auswirkungen für den Geschäftsbetrieb. Man könnte hier staffeln zwischen geschäftskritischen Störungen, Störungen mit wesentlichen Auswirkungen auf den Geschäftsbetrieb sowie sonstigen Störungen. Dann gilt es die Reaktions-/Wiederherstellungszeiten festzulegen. Pönale sind als Vertragsstrafe i.S.v. § 341 BGB anzu-

sehen. Sie können aber auch als pauschalierter Schadensersatz angesehen werden. Dann ist allerdings der Nachweis der Schadensentstehung erforderlich, nicht aber der Nachweis der Schadenshöhe. Die Geltendmachung eines höheren tatsächlichen Schadens ist dann nicht ausgeschlossen. Die Pönale sind prozentual je nach Ausmass der SLA-Unterschreitung zu staffeln. Sie können sich gegebenenfalls erhöhen, wenn ein wiederholter Verstoss gegen ein SLA vorliegt. Bei wiederholtem Verstoss kann auch zusätzlich noch ein ausserordentliches Kündigungsrecht vorgesehen werden.

Vertragsstrafen/Pönale gelten als das zentrale Druckmittel des IT-Projektes. Allerdings ist zu beachten, dass solche Vertragsstrafen einer Inhaltskontrolle nach § 309 BGB unterliegen. Die Kontrolle erstreckt sich auch auf die Höhe der Vertragsstrafe. Als zulässig gilt eine Bestimmung der Höhe in Bezug auf einen Teilbetrag der Auftragssumme und bezogen auf den jeweiligen Tag der Verspätung. Die Höchstgrenze liegt bei 5 % der Auftragssumme². Würde man eine höhere Summe festsetzen, müsste man einen Teilbetrag oberhalb der Kappungsgrenze von 5 % der Gesamtauftragssumme zur richterlichen Überprüfung stellen (§ 343 BGB). So könnte eine Formulierung einer Vertragsstrafe sich auf eine Maximalsumme von 8 % der Gesamtauftragssumme beziehen, wobei diese Höchstsumme über 5 % der Gesamtauftragssumme zur richterlichen Überprüfung und Herabsetzung im Rahmen von § 343 BGB gestellt wird.

Bei Leistungsänderungen bedarf es der Einführung von **Change Request-Verfahren**³. Hier kann ein Change Request durch den Outsourcingnehmer erfolgen. Dieser muss dann allerdings die Vor- und Nachteile der Veränderungen für den Outsourcinggeber ausführen; zu beachten sind hierfür Vergütungsreduzierungen/-erhöhungen sowie Leistungsvor- und nachteile für den Outsourcinggeber. Vorzusehen wäre dann eine Annahmepflicht des Outsourcinggebers, insbesondere wenn keine Nachteile für ihn bestehen. Wird der Change Request durch den Outsourcinggeber vorgenommen, müsste der Outsourcingnehmer das Angebot annehmen und seinerseits von den Vor- und Nachteilen des Change informiert werden. Schwierig ist in diesem Bereich die Preisgestaltung, da jede Partei auf ein entsprechendes Preisrisiko empfindlich reagieren wird. Denkbar wäre die Festlegung eines Festpreises, was allerdings nur sinnvoll ist bei klarer Leistungsdefinition und Mengengerüst. Denkbar wäre auch eine Festlegung der Ist-Kosten minus eines Abzugs der definierten Kostenerspar-

² BGH, CR 2003, 647.

³ Siehe dazu auch REDEKER, Rdnr. 505 ff.

nisse. Eine bloße Tarifierung nach Aufwand hätte allerdings den Nachteil, dass keine vorhersehbaren Kosten-Budgets geplant werden könnten. Es besteht auch kein Incentive für den Outsourcingnehmer, Kosten zu sparen. Preise könnten sonst auch durch Bezug auf Referenzpreise gestaffelt werden. Man könnte im Übrigen auch Benchmarking-Techniken einsetzen und hierfür externe Gutachter oder Vergleichsangebote einholen.

Der Outsourcinggeber ist seinerseits **zum Mitwirken verpflichtet**. Typische Inhalte sind hier die Pflicht zur rechtzeitigen Beistellung erforderlicher Informationen und Unterlagen. Er muss auch kompetente Ansprechpartner benennen, zügig Entscheidungen treffen und beim Projekt selbst mitwirken. Ferner sind Räumlichkeiten und Arbeitsplätze vor Ort bereitzustellen. Zu den Bereitstellungspflichten zählen auch Pflichten zur Bereitstellung von Hardware und Software. Störungen und Probleme sollten zügig gemeldet werden müssen. Auch sind Datensicherheitsmassnahmen einzuhalten, etwa was den Virenschutz angeht. Bei Nichteinhaltung der Mitwirkungspflichten kann der Outsourcingnehmer entsprechende Pflichterfüllung anmahnen; dies sollte mit einer angemessenen Fristsetzung gekoppelt werden. Unter Umständen kann der Outsourcingnehmer eine Ersatzvornahme durchführen und die Erstattung der Mehraufwendung verlangen.

Hinsichtlich der **Laufzeit** sollte von einer möglichst langen Laufzeit ausgegangen werden; typisch ist eine Zeit von 5 – 10 Jahren. Eine automatische Verlängerung ist nicht empfehlenswert, da meist Leistung und Preise überprüft werden müssen. Besser wäre es, eine Verpflichtung zur Aufnahme von Verhandlungen über eine Vertragsverlängerung rechtzeitig vor Vertragsabschluss vorzusehen. Die ordentliche Kündigung ist im Regelfall während der Grundlaufzeit ausgeschlossen. Eine ausserordentliche Kündigung ist möglich bei wesentlichen Vertragsverletzungen. Was darunter zu verstehen ist, sollte konkretisiert werden, etwa im Hinblick auf mehrfache SLA-Verstöße oder erhebliche Verzögerungen beim Transitionprojekt. Streitig ist, ob eine ausserordentliche Kündigung auch an die **drohende Insolvenz** der anderen Partei gekoppelt werden kann. Meist werden noch zusätzlich **Sonderkündigungsrechte** vorgesehen, etwa wenn sich die Parteien nicht über Preisanpassungen einigen können. Hier werden die Sonderkündigungsrechte dann auch gekoppelt mit Ablösesummen, etwa was die Entschädigung für nicht amortisierte Investitionen oder für eine Restrukturierung angeht. Wichtig ist die klare Regelung der Beendigungsunterstützung nach Kündigung. Hier kann zum Beispiel vorgesehen werden, dass der Outsourcingnehmer zur zeitlich begrenzten

Fortsetzung der Leistung verpflichtet wird. Er muss auch bei Überführungsprojekten mitwirken. Als Option könnten vorgesehen werden eine Möglichkeit des Rückkaufs von Software und Hardware sowie der Einstieg in Verträge, auch mit entsprechenden Mitarbeitern des Outsourcingnehmers. Zu empfehlen ist eine Hinterlegungsvereinbarung hinsichtlich der Sourcen, um einen solchen Rückübergang wieder möglich zu machen.

Ein besonderes Problem besteht **datenschutzrechtlich** bei Outsourcing. Ein solches Outsourcing ist eigentlich nur zulässig, wenn es sich um eine **Datenverarbeitung im Auftrag** (§ 11 BDSG) handelt. Es bedarf hierzu eines schriftlichen Vertragsschlusses mit Festlegung von Art und Umfang der Datenverarbeitung sowie weiterer technischer und organisatorischer Massnahmen zur Sicherung des Auftragsverhältnisses. Der Outsourcinggeber muss Herr der Daten bleiben. Er ist auch verantwortlich für die Einhaltung der Datenschutzgesetze, für die sorgfältige Auswahl des Outsourcingnehmers sowie für die Wahrung der Rechte der Betroffenen. Dementsprechend bedarf er eines Weisungsrechtes und eines Kontrollrechtes gegenüber dem Outsourcingnehmer. Der Outsourcingnehmer darf die Daten nur für die Zwecke des Vertragsverhältnisses nutzen und muss die Weisungen des Outsourcinggebers befolgen. Die Mitarbeiter des Outsourcingnehmers sind auf das Datengeheimnis zu verpflichten (§ 5 BDSG). Grenzüberschreitende Datenübermittlung, insbesondere in den Bereich ausserhalb der EU, sollte nur mit Zustimmung des Outsourcinggebers möglich sein.

Im Rahmen der Auftragsdatenverarbeitung ist Outsourcing als **Funktionsübertragung** anzusehen (§ 28 BDSG). Diese wäre nur dann zulässig, wenn das Outsourcing den berechtigten Interessen des Outsourcinggebers dient und keine vorrangigen Belange des Betroffenen entgegenstehen. Als Sonderproblem bleibt der **§ 203 StGB**, der ein echtes Outsourcing nahezu unmöglich macht, wenn es um Kreditinstitute, Arzt- und Anwaltspraxen sowie Lebensversicherungsunternehmen geht⁴. Die Banken stützen sich hier auf § 25a Abs. 2 KWG, der eine Auslagerung wesentlicher Bereiche der Banken aufsichtsrechtlich möglich macht. Das Verhältnis des KWG zum BDSG ist insofern allerdings noch ungeklärt. Im Übrigen ist es noch wichtig, die Frage der Streitbeilegung zu klären. Eine gerichtliche Klärung ist meistens schwierig, da es sich um eine technisch aufwendige Materie handelt. Besser ist es, ein Eskalationsverfahren zu regeln und neben der Schlichtung unter Umständen auch noch ein

⁴ Siehe dazu SEFFER/HORTER, 165.

Schiedsverfahren vorzusehen (etwa über die Internationale Handelskammer).

Muster einer Vereinbarung zum Change Request

Präambel

Die Parteien sind sich bewusst, dass es sich vorliegend um ein für XXX absolut erfolgskritischer Prozess handelt. Sie sind sich weiter bewusst, dass sich die Anforderungen zukünftig aufgrund branchenseitiger Änderungen weiterentwickeln werden und deshalb ein erheblicher Anpassungsbedarf an den Prozess im Rahmen der Kooperation gegeben sein wird. Die Parteien vereinbaren ein Business Process Outsourcing auf werkvertraglicher Basis nach Massgabe der Regelungen des nachfolgenden Rahmenvertrages.

§ 1 Vertragsmanagement

- (1) Dieser Rahmenvertrag beschreibt die allgemeinen Regelungen für die Erbringung von Leistungen für XXX durch Outsourcingnehmer.
- (2) Die Bestimmungen dieses Vertrages gelten für alle Einzelverträge, die zwischen XXX und dem Outsourcingnehmer nach dessen Wirksamwerden abgeschlossen werden, wenn und soweit nicht im Einzelvertrag ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist.
- (3) Einzelverträge im Sinne dieses Vertrages werden in Form von Leistungsscheinen geschlossen. Diese Leistungsscheine regeln die Einheiten der zu erbringenden Leistungen. Monatlich wird im Rahmen des Reportings eine aktualisierte Übersicht über die jeweils gültigen Leistungsscheine erstellt.

Leistungsscheine bestimmen Leistungsumfänge (Mengen und Laufzeiten), deren Vergütung, Mitwirkungspflichten, Service-Level-Agreements sowie etwaige Abnahmerichtlinien. Sie sind nach XXX-Format zu erstellen und werden zum Zwecke des Vertragsschlusses von den durch den Lenkungsausschuss bestimmten Zeichnungsberechtigten beider Vertragsparteien unterschrieben.

Ein Einzelvertrag kommt nur zustande aufgrund einer schriftlichen Bestellung von XXX auf einem Leistungsschein und deren schriftlichen Bestätigung durch Outsourcingnehmer.

- (4) Die technische und organisatorische Abwicklung des Outsourcingprojektes sowie die Änderung, Ergänzung und die Aufhebung von Rahmenvertragsbestandteilen werden ausschliesslich von einem zwischen den Parteien zu konstituierenden Lenkungsausschuss koordiniert.

niert. Änderungen des Leistungsumfangs und der Einzelverträge werden jedoch nach dem unter Ziffer 4. d. dieses Rahmenvertrages niedergelegten Change-Management-Verfahren durchgeführt. Der Lenkungsausschuss besitzt alleinige Entscheidungskompetenz und ist eine kontinuierliche Einrichtung beider Vertragsparteien. Er besteht aus je 3 Mitgliedern einer Vertragspartei und wird sich eine eigene Geschäftsordnung geben.

a) Jede Vertragspartei benennt und stellt je einen generell verantwortlichen Ansprechpartner, der als Koordinator aller vertragsbezogenen Aktivitäten im Verantwortungsbereich dieses Vertragspartners und als Mitglied des Lenkungsausschusses fungiert. Die Vertragsparteien werden im Falle der Verhinderung der Koordinatoren für eine Stellvertretung sorgen und sich gegenseitig unverzüglich über die Person des Stellvertreters benachrichtigen. Während der Dauer des Vertragsverhältnisses werden sich die Koordinatoren in regelmässigen Abständen treffen und alle Fragen und Probleme der vertraglichen Zusammenarbeit besprechen. Die Koordinatoren der Vertragsparteien sind jedoch berechtigt, auch jederzeit Treffen des Lenkungsausschusses aufgrund wichtiger Fragen einzuberufen.

Können sich die Koordinatoren in Problemfällen nicht innerhalb von zwei Wochen einigen, werden die zuständigen Geschäftsleitungsmitglieder der Vertragsparteien mit der Angelegenheit betraut. Sie sollen im Verlaufe von zwei Wochen zu einer gemeinsamen Lösung kommen. Die Koordinatoren werden zu diesem Zweck einen schriftlichen Problembericht erstellen.

Für den Fall, dass sich die Geschäftsleitungsmitglieder der Vertragsparteien ebenfalls nicht auf eine einvernehmliche Lösung des Problems einigen können, liegt das Leistungsbestimmungsrecht gemäss § 315 BGB im freien Belieben von XXX.

Zur Durchsetzung der Leistungserbringung bei Outsourcingleistender ist XXX berechtigt, einen ihrer Koordinatoren des Lenkungsausschusses zum „Authorized Manager“ zu benennen, welcher befugt ist, den Mitarbeitern von Outsourcingleistender Weisungen zur Leistungserbringung zu erteilen. Die Weisungen sind verbindlich und können nicht durch die Geschäftsleitung vom Outsourcingleistender ausser Kraft gesetzt werden.

b) Der Lenkungsausschuss wird zudem Zeichnungsberechtigte der jeweiligen Parteien benennen, welche ausschliesslich befugt sind, rechtswirksam Erklärungen im Rahmen des Vertragsverhältnisses

abzugeben und zu zeichnen. Diese Zeichnungsberechtigten dürfen jedoch nicht personenidentisch mit den Koordinatoren sein.

c) Der Lenkungsausschuss hat abgesehen vom Vertragsmanagement folgende Aufgaben:

- Sicherstellung der bedarfsgerechten Leistungserbringung,
- technische Kapazitätsplanung für die Leistungserbringung,
- internes Schlichtungsverfahren bei Meinungsverschiedenheiten.

d) Im Rahmen des Vertragsmanagements haben die Koordinatoren die Aufgabe, das so genannte Change-Management-Verfahren durchzuführen. Change-Management bedeutet, dass XXX Änderungen in der Leistungserbringung bereits erteilter Leistungsscheine oder neue Leistungen aufgrund der Erteilung neuer Leistungsscheine im Rahmen der Leistungsfähigkeit von Outsourcingleistender verlangen kann.

Das Change-Management ist dabei an das nachfolgende Verfahren gebunden:

- XXX kann nach Abschluss von Einzelverträgen Änderungen des Leistungsumfangs im Rahmen der Leistungsfähigkeit von Outsourcingleistender verlangen, es sei denn, dies ist für Outsourcingleistender unzumutbar.
- Die Änderung ist in einem Change Request-Dokument nach XXX-Format unter Beschreibung der Anforderung und des Umfangs der Änderung durch XXX zu dokumentieren.
- Outsourcingleistender hat das Änderungsverlangen von XXX zu prüfen und XXX innerhalb von 10 Arbeitstagen mitzuteilen, ob das Änderungsverfahren für sie nicht zumutbar oder nicht durchführbar ist. Ist das Änderungsverfahren zumutbar oder durchführbar, teilt sie gleichzeitig mit, ob eine umfangreiche Prüfung erforderlich ist oder nicht.

Ist eine umfangreiche Prüfung erforderlich, hat der Outsourcingleistender gleichzeitig ein entsprechendes Prüfungsangebot mit Angaben zur Vergütung zu unterbreiten. XXX wird innerhalb von 10 Arbeitstagen entweder den Prüfungsauftrag erteilen oder ablehnen.

Ist eine umfangreiche Prüfung des Änderungsverfahrens nicht erforderlich, hat der Outsourcingleistender entweder ein Realisierungsangebot unter Angabe von Realisierungszeitraum, geplanten Terminen und Auswirkungen auf die Vergütung zu unterbreiten oder die Durchführung der beantragten Änderungen zu vereinbaren.

XXX wird das Realisierungsangebot des Outsourcingnehmers innerhalb der Angebotsbindefrist annehmen oder ablehnen. Vereinbarte Leistungsänderungen sind durch entsprechende Anpassung des Einzelvertrages oder Fertigung eines neuen Einzelvertrages verbindlich zu dokumentieren. Das Angebot und die Annahme oder Ablehnung sind durch die vom Lenkungsausschuss benannten Zeichnungsberechtigten zu unterzeichnen.

Die Vertragsparteien können vereinbaren, dass die von dem Änderungsverlangen betroffenen Leistungen bis zur notwendigen Anpassung der vertraglichen Vereinbarungen unterbrochen werden.

Kommt die notwendige Anpassung der vertraglichen Vereinbarungen nicht innerhalb der Angebotsbindefrist des Realisierungsangebotes zustande, so werden die Arbeiten auf der Grundlage des Einzelvertrages weitergeführt.

- e) Vom Change-Management ausgenommen ist die Technologieanpassung durch den Outsourcingnehmer. Dies bedeutet, dass die installierte Hard- und Software bei gleich bleibendem Leistungsumfang ohne gesonderte Berechnung auf dem jeweilig neuesten Stand der Technik zu halten ist. Der Outsourcingnehmer wird XXX insbesondere über mögliche Optimierungsmöglichkeiten aufgrund fortschreitenden Technologiefortschritts informieren.
- f) Der Lenkungsausschuss wird sich 3 Monate vor Abschluss eines Jahres zusammenfinden, um den Leistungsumfang des folgenden Jahres, soweit möglich, bereits festzulegen.

Die Vertragsparteien beabsichtigen, einen bestimmten Leistungsumfang inklusive bereits absehbarer Änderungen bereits zu diesem Zeitpunkt festzulegen und hierfür eine pauschale Vergütung zu vereinbaren.

Literaturverzeichnis

- REDEKER, HELMUT: Realisierung (Kauf-/Werkvertrag), in: SCHNEIDER, JOCHEN/GRAF VON WESTPHALEN, FRIEDRICH (Hrsg.): Software-Erstellungsverträge, Köln 2006, Kap. D Rn. 505.
- SEFFER, ADI/HORTER, CARSTEN: Datenschutzrechtliche Aspekte des EDV-Outsourcing privater Versicherungsunternehmen, ITRB 2004, 165.
- SÖBBING, THOMAS: Das IT-Outsourcing- und Business Process Outsourcing-Vertragswerk. Strukturen und Aufbauhilfen, ITRB 2004, 44.