

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rand- nummer
Vorwort	5	
Inhaltsübersicht	7	
TEIL 1		
Technische und wirtschaftliche Grundlagen		
(Peter Küchler)		53
A. Begriffsbildung zum Outsourcing	56	1
I. Komponenten und Phasen der IT	56	1
II. Funktionen der IT-unterstützten Geschäftsprozesse	70	31
III. IT-Governance	72	37
IV. Möglichkeiten der Leistungserbringung	73	39
V. Definition von Outsourcing	74	45
VI. Varianten des Outsourcings	75	48
VII. Bandbreiten des Outsourcings	78	57
1. Personal-Transfer	78	57
2. Asset-Transfer	80	60
3. Migrationales (Transitionales) Outsourcing	81	65
4. Shared Services	82	68
5. Application Service Providing/Cloud Computing	83	69
a) Einordnung von ASP	83	69
b) ASP und Outsourcing	85	73
c) Verhältnis von ASP zu anderen Outsourcing- Leistungen	86	74
6. IT on Demand	87	75
7. Managed Services	89	77
8. Business Process Outsourcing	89	78
VIII. Software-Lizenzierung	90	81
1. Kauf/Miete/Leasing	90	82
2. Wartung	91	83
3. Open-Source-Software	91	85
4. Gebraucht-Software	92	86
IX. Personelle Komponenten	92	
X. Örtliche und zeitliche Komponenten	94	92
XI. Abgrenzung der Verantwortung	96	96
XII. Nachhaltigkeit	96	97
B. Das IT-Outsourcing-Projekt	98	100
I. Einführung in den Projektlauf	98	100
II. Wichtige Einzelprobleme	101	106

1.	Beistellungsformen der Assets	101	106
a)	Kauf	102	107
b)	Miete, Mietkauf	102	108
c)	Leasing	103	109
d)	Betreibermodell	103	110
2.	Due Diligence	103	111
3.	Betrieb	105	115
a)	Technologische Änderungen	105	116
b)	Unerwartete Wachstumsverschiebungen	106	117
c)	Wandel der Anforderungen	106	118
d)	Preisverfall auf dem Markt	106	119
e)	Benchmarking	107	120
f)	Managementwechsel (auf Seiten beider Partner)	107	121
g)	Unfähigkeit/Unwilligkeit des Dienstleisters	107	122
h)	Eskalation	108	123
4.	Übergang, Rückabwicklung	108	124
C.	Transition mit Transformation	109	126
I.	Definition	109	126
II.	Transition-Plan	110	129
III.	Übernahme von Hardware	111	130
IV.	Übernahme von Software	111	131
V.	Übertragung von Daten	111	133
VI.	Temporärer Parallelbetrieb	112	134
VII.	Übergang von Mitarbeitern	112	135
VIII.	Transformation	114	141
D.	Querschnittsleistungen	115	144
I.	Definition	115	144
II.	Service Desk	115	145
1.	Definition	115	145
2.	First-Level-Support	116	148
3.	Second-Level-Support/Backdesk-Support	117	151
4.	Third-Level-Support/Externer Support	117	152
5.	Eskalations-Management	118	153
6.	Help Desk-Outsourcing	118	154
III.	Betriebssteuerung/Betriebs-Management	118	155
1.	Definition	118	155
2.	Wartung und Pflege	119	156
a)	Instandsetzung	119	157
b)	Instandhaltung	120	158
3.	Systemadministration	120	159
4.	Logging/Monitoring/Event Management/Tracking/ Reporting	121	160
a)	Logging	121	160
b)	Monitoring	121	161

c) Event Management	121	162
d) Tracking	122	163
e) Reporting	122	164
5. System Management/Tuning	122	165
6. Betriebs-Management	123	166
7. Betriebssicherheit	124	168
a) Hardware-Sicherheit	124	169
b) Zugriffsbeschränkungen/Schutz vor Missbrauch ..	125	174
c) Logische Datensicherheit	126	175
d) Physische Datensicherheit	126	177
e) Personelle Maßnahmen	126	178
8. Escrow	127	179
9. Dokumentation	127	180
10. Quality Assurance, Normen, Zertifizierung	128	181
11. Schulung	133	190
12. Service Management	133	191
 E. Technik und Service	134	192
I. Endgeräte für den Anwender	134	192
1. Definition	134	192
2. Einzelleistungen	135	193
a) Infrastructure Providing	135	193
b) Servicekatalog	135	194
c) Asset-Management	136	195
d) IMAC/R, IMAC/D	136	197
e) Maintenance/Wartung	137	199
f) Call-to-Repair	138	201
g) Antiviren-Software	138	202
h) Call-Handling	139	204
3. Lebenszyklus	139	205
4. Qualitätsmaße	140	206
II. Netzwerke	140	207
1. Definition	140	207
a) Local Area Network (LAN)	140	208
b) Wide Area Network (WAN)	141	209
c) Metropolitan Area Network (MAN)	141	210
d) Virtual Private Network (VPN)	141	211
2. Leistungsübersicht	141	212
3. Einzelleistungen	142	214
a) Assessment Services	142	214
b) Netzwerk-Operation-Management	143	215
c) Service Improvement	143	217
d) Connectivity Support	144	218
e) Monitoring	144	219
4. Lebenszyklus	144	220
5. Backup-Szenarien	144	221

III.	6. Qualitätsmaße	145	222
	Server	146	228
	1. Definition, Leistungsübersicht	146	228
	2. Einzelleistungen	147	231
	a) Co-Locatiion	147	231
	b) Rechenzentrums-Leistungen	148	232
	c) Systemerhaltung	148	233
	d) System-Administration	149	234
	e) System-Standby	149	235
	f) Weitere Leistungen	150	236
	g) Übertragung der Gesamtverantwortung	150	237
	h) Managed Hosting	150	238
	i) Web-Hosting	151	241
	3. Lebenszyklus	152	243
	4. Qualitätsmaße	152	244
IV.	Storage	153	246
	1. Definition	153	246
	2. Leistungsübersicht	154	248
	3. Einzelleistungen	154	249
	a) Storage-Area-Management	154	249
	b) Storage-Area-Optimization	155	250
	c) Datensicherung	155	251
	4. Lebenszyklus	155	252
	5. Qualitätsmaße	155	253
V.	Systemsoftware	156	254
	1. Definition	156	254
	2. Leistungsübersicht	156	256
	3. Einzelleistungen	156	257
	a) Customizing	156	257
	b) Administration	156	258
	c) Wartung und Pflege	157	259
	d) Asset-Management	157	260
	4. Lebenszyklus	157	261
	5. Qualitätsmaße	158	262
VI.	Anwendungen	158	263
	1. Definition	158	263
	a) Allgemein	158	263
	b) Standardsoftware („buy“)	159	265
	c) Individualsoftware („make“)	159	267
	2. Leistungsübersicht	160	268
	a) Verwendung vorhandener Software	160	268
	b) Softwarebeschaffung	160	269
	c) Weitergehende Leistungen	161	271
	3. Einzelleistungen für Standard-Software	161	272
	a) Software-Auswahl	161	272

b) Customizing	162	273
c) Software-Wartung und -Pflege	162	274
d) Asset-Management	163	276
4. Einzelleistungen für Individual-Software	163	277
a) Software-Erstellung	163	277
b) Software-Wartung und -Pflege	163	278
5. Weitergehende Leistungen	164	279
a) Application Services	164	279
b) Services zur Datenverwaltung	164	280
c) Funktionsbezogene Auftragsdatenverarbeitung	165	282
d) Client-Software	165	283
6. Lebenszyklus	166	284
7. Qualitätsmaße	166	285
VII. Zusammenfassung von Technik und Service		
als End-to-end-Leistung	167	288
1. Operational Level Agreement	167	288
2. Service Level Agreement	167	289
3. End-to-end-Service Level Agreement	168	290
F. General Services	170	291
I. Definition	170	291
II. Einzelleistungen	170	294
1. Beratung	170	294
2. Professional Services	172	299
III. Qualitätsmaße	172	300
G. Wirtschaftliche Betrachtung	172	301
I. Unternehmensbezogen/Betriebswirtschaftlich	172	301
1. Finanzielle Aspekte	172	301
a) Abrechnungskomponenten	172	301
aa) Outsourcing-Business-Modell	172	301
bb) Laufende Kosten auf Kunden- und Anbieterseite	176	312
(1) Koordination	176	312
(2) Mieten	176	313
cc) Laufende Kosten aus Sicht des Kunden	177	314
(1) TCU auf Kundenseite	177	314
(2) Preis	177	315
dd) Laufende Kosten aus Sicht des Anbieters	178	317
(1) TCU auf Anbieterseite	178	317
(2) Anbindungs-/TK-Kosten	178	318
(3) Marge	178	319
(4) Festpreisannteil (Lumpsum)	178	320
(5) Variable Preiskomponenten	179	321
(i) Allgemeines	179	321
(ii) Verbrauchsbezogene Preiskomponenten	180	322

(iii) Bonus-/Malus-Regelungen	181	323
(iv) Vertragsstrafen	181	324
(6) Wert-/Nutzenbasierte Preiskomponenten (value based pricing)	182	325
ee) Ausgleichszahlung bei vorzeitiger Beendigung	183	327
ff) Einmalige Aspekte auf Kundenseite	184	328
(1) Vergütung der übernommenen Werte (Assets)	184	328
(2) Financial Engineering	184	329
(3) Risikotransfer	185	330
gg) Open Book Policy	185	331
hh) Begleitende externe Aspekte	185	332
(1) Preis-Benchmarking	185	332
(2) Degressionen über Zeit, Menge, Volumen	186	
(3) Technologische Entwicklungen	187	338
b) Chancen von IT-Outsourcing/ASP	189	343
aa) Kostenersparnis	189	343
(1) Total Cost of Utilization (TCU)	189	344
(2) Einsparung bei Standardleistungen durch Wettbewerbspreise	189	345
(3) Vergabestrategien unter Kostengesichtspunkten	190	346
bb) Fixkostenumwandlung und Kostenvariabilität	190	348
cc) Bessere Kostenplanbarkeit	191	350
dd) Reduzierung von Anlagevermögen und Kapitalbindung	191	351
ee) Wegfall von Schulungsaufwand	191	352
c) Risiken von IT-Outsourcing/ASP	191	353
aa) Update der IT-Strategie	191	353
bb) Langfristige Bindung an einen Vertragspartner	191	354
cc) Insolvenzrisiko des IT Service Providers	192	355
dd) Rückabwicklung	192	356
2. Qualität	192	357
3. Führungsbezogene Aspekte	192	358
a) Chancen von IT-Outsourcing/ASP	192	358
aa) Kerngeschäftskonzentration („downsizing“/„rightsizing“)	192	358
bb) Unternehmensrestrukturierung	193	360
cc) Risikotransfer	193	361
dd) Schnelle Verfügbarkeit	194	365
ee) Kompetenzvorteil beim Dienstleister	195	366
b) Risiken von IT-Outsourcing/ASP	195	367
aa) Verlust von IT-Personal	195	367
bb) Abhängigkeit vom Provider	195	368
cc) Know-how-Transfer	196	371
dd) Verschlechterung des Betriebsklimas	197	372
ee) Reibungsverluste	197	373

II.	Unternehmensübergreifend/Volkswirtschaftlich	198	374
1.	Marktprognosen	198	374
2.	Trends	200	375
3.	Anbieter	202	376

TEIL 2
Rechtliche Ausgangspunkte
(Peter Bräutigam / Hartwig Grabbe) 205

A.	Zusammenspiel technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Aspekte	208	1
I.	Outsourcing-Projekt: Prozess- und statusbezogene Betrachtungsweise	208	1
	1. Prozessbezogen: Plan-/Build-/Run-Phase	208	2
	2. Statusbezogen: Outbound und Inbound	210	4
II.	Rechtliche Schwerpunkte: ein Überblick	213	7
	1. Zivilrecht/Zivilprozessrecht	213	8
	2. Urheberrecht	213	9
	3. Datenschutz	213	10
	4. Arbeitsrecht	213	11
	5. Gesellschafts- und Konzernrecht	214	12
	6. Steuerrecht	214	13
	7. Recht besonderer Branchen: Kredit-/Finanzdienstleistungen und Wertpapierhandel, Öffentliche Hand, Sozial- und Gesundheitswesen	214	14
	8. Vertragsverhandlungen und Vertragsgestaltung	214	15
	9. Cloud Computing	215	16
B.	Zielstrukturen beim IT-Outsourcing	216	17
I.	Beteiligte	216	18
	1. Der Kunde/Auftraggeber	216	19
	2. Der Provider/Auftragnehmer	218	23
	3. Subunternehmer	219	24
	4. Zulieferer	220	25
II.	Internes und externes Outsourcing	221	28
III.	Direktes und indirektes Outsourcing (Joint Venture)	222	29
	1. Einsatz eines Joint Ventures: Pro und Contra	223	30
	2. Grundlagen der Joint-Venture-Beziehung	226	36
	a) Übergreifender Beteiligungsvertrag	228	38
	aa) Regelungsgegenstand	228	38
	bb) Vertragsparteien	229	39
	cc) Präambel	230	40
	dd) Rechtsform	230	41
	ee) Ausgewählte wichtige Vertragsbestandteile	232	43
	(1) Stimmbindungsvereinbarungen	232	43

	(2) Pattsituationen und Konfliktlösungsmodelle ..	232	44
	(3) Erwerbsvorrechte und Andienungsrechte	235	46
	(4) Call- und Put-Options/Drag Along Rights und Tag Along Rights	235	47
	(5) Beendigung der Zusammenarbeit	236	48
b)	Dokumentation der gesellschaftsrechtlichen Grundlagen des Joint Ventures	237	49
c)	Liefer- und Leistungsverträge	237	50
d)	Kartellrechtliche Aspekte des IT-Outsourcings bei Zusammenarbeit über ein Joint Venture	237	51
aa)	Joint Venture und das Kartellverbot nach § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV	238	52
bb)	Joint Ventures und Zusammenschlusskontrolle	239	54
cc)	Ancillary Restraints	242	57
IV.	Insbesondere: Mehrheit von Vertragspartnern	243	58
1.	Mehrheit auf der Abnehmerseite	243	58
2.	Mehrheit auf der Anbieterseite	245	61
a)	Multi-Vendor-Outsourcing	245	62
b)	Generalunter-/Generalübernehmer	246	63

TEIL 3**Rechtliche Einordnung von IT-Outsourcing-Leistungen
(civil- und zivilprozessrechtliche Grundlagen)**

(Sabine Grapentin)

249

A.	IT-Outsourcing-Leistungen – eine Bestandsaufnahme ..	252	1
B.	Zur rechtlichen Einordnung des IT-Outsourcings	255	5
I.	Die tatsächlichen Rahmenbedingungen des IT-Outsourcings	255	6
1.	Die Langfristigkeit der Vertragsbeziehung	255	6
2.	Das wechselnde Anforderungsprofil	256	7
II.	Der rechtliche Rahmen des Gesamtprojekts: Der IT-Outsourcing-Vertrag als Dauerschuldverhältnis ..	256	8
III.	Grundsätzlich: Zur rechtlichen Einordnung der Einzelleistungen eines IT-Outsourcing-Vertrags	257	12
1.	Die Problematik der Zuordnung	258	13
2.	Die Notwendigkeit der Zuordnung	259	16
a)	Die gesetzliche Regelung als Ausgangsbasis für die Entwicklung einer eigenen Lösung durch die Parteien	259	17
b)	Die gesetzliche Regelung als Maßstab für die Rechtmäßigkeit einer Vereinbarung	260	18
c)	Die gesetzliche Regelung als Lückenfüller im Bedarfsfall	260	20

d) Der IT-Outsourcing-Vertrag als Typen-			
kombinationsvertrag	261	22	
C. Die Einordnung prägender Elemente			
des IT-Outsourcing-Vertrags	262	26	
I. Zielsetzung und Überblick	262	26	
II. Kaufvertragliche Regelungen	263	28	
1. Der Leistungsinhalt unter besonderer			
Berücksichtigung des Kaufs von Soft- und Hardware	264	29	
a) Die Sachqualität von Software	264	30	
b) Die Pflicht zur Lieferung eines Benutzerhand-			
buchs beim Verkauf von Software	265	31	
c) Die Montage von Hardware	265	32	
d) Die Installation von Software als Montage?	266	33	
2. Die kaufrechtliche Mängelhaftung	266	34	
a) Das Vorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels	266	34	
aa) Sachmängel	266	35	
bb) Rechtsmängel	267	36	
b) Die Mängelhaftungsrechte des Käufers	267	37	
c) Die kaufrechtliche Verjährung	268	39	
d) Die vertragliche Modifikation der Mängel-			
haftungsrechte	269	40	
3. Die Pflichten und Obliegenheiten des Anwenders	269	41	
III. Mietvertragliche Vereinbarungen	270	43	
1. Die Miete als vertragliche Form der Beschaffung,			
insbesondere die Miete von Soft- und Hardware	270	43	
a) Der Inhalt des Mietvertrags	271	45	
aa) Die Vermieterpflicht zum Erhalt des			
vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache	271	46	
bb) Die Rückgabepflicht des Mieters bei			
Beendigung des Mietverhältnisses	271	47	
b) Die Mängelhaftungsrechte des Mieters	272	48	
2. Klassische Rechenzentrumsleistungen und Hosting			
einschließlich des Web-Hostings	273	50	
a) Der Leistungsinhalt bei Rechenzentrums-			
und Hostingvertrag	273	50	
aa) Die Bereitstellung von Speicherkapazität	273	50	
bb) Die Anbindung an die Speicherkapazität	273	52	
b) Der Leistungsinhalt des Web-Hostings	274	53	
aa) Die Speicherung und der Betrieb der			
Online-Anwendungen	274	53	
bb) Die Anbindung an das Internet	274	54	
3. Application Service Providing	275	55	
a) Leistungsinhalt	275	55	
b) Die rechtliche Einordnung von ASP	275	56	

IV.	Werkvertragliche Vereinbarungen, insbesondere:	
	Die Erstellung oder Anpassung von Software	276
1.	Die Erstellung von Individualsoftware	276
a)	Das anzuwendende Recht	277
b)	Leistungsinhalt	279
c)	Mitwirkungspflichten des Bestellers	280
d)	Mängelhaftungsrechte	281
e)	Die werkvertragliche Verjährung	281
2.	Die Anpassung von Standardsoftware	282
3.	Die Transition-Vereinbarung	283
4.	Business Process Outsourcing	284
a)	Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall	285
b)	Der Vertragsinhalt	285
V.	Leistungen mit dienst- oder werkvertraglichem Charakter	286
1.	Netzwerkleistungen	287
2.	Supportleistungen, Pflege und Wartung	287
a)	Der Leistungsinhalt	289
aa)	Der technische Leistungsinhalt	289
bb)	Der juristische Leistungsinhalt (Verpflichtungsgrad)	290
b)	Die Mängelhaftungsrechte	291
aa)	Die dienstvertragliche Schlechterfüllung	291
bb)	Die werkvertragliche Mängelhaftung	291
(1)	Die Mängelhaftungsansprüche des Bestellers ..	291
(2)	Die werkvertragliche Verjährung	292
c)	Pflege und Wartung während einer laufenden Mängelhaftungszeit oder Leistungspflicht	293
VI.	Dienstvertragliche Pflichten, insbesondere Beratung und Schulung	294
v. D.	Das Gesamtlösungsrecht vom IT-Outsourcing-Vertrag	294
I.	Die Kündigung des Gesamtvertrags	295
1.	Die ordentliche Kündigung	295
2.	Die außerordentliche Kündigung	295
a)	Der Kündigungsgrund	296
b)	Die Kündigungsfrist	297
II.	Der Wegfall der Geschäftsgrundlage	297
1.	Voraussetzungen	297
2.	Rechtsfolgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ...	297
E.	Zivilprozessrechtliche Grundlagen	298
I.	Zuständigkeit staatlicher Gerichte	299
1.	Gerichtsstandsvereinbarung	299
2.	Internationale Zuständigkeit	302
3.	Örtliche Zuständigkeit	303
4.	Sachliche Zuständigkeit	304
		106
		107
		107
		109
		112
		115

II.	Prozessuale Besonderheiten	305	116
1.	Selbstständiges Beweisverfahren	305	116
2.	Sachverständigenbeweis	306	119
III.	Schiedsverfahren	308	123
1.	Rahmenbedingungen	309	124
2.	Gestaltungsmöglichkeiten	310	126
F.	Anwendbares Recht beim Cross-Border-Outsourcing .	311	131
I.	Vorrang der Rechtswahl	312	133
II.	Anknüpfungstatbestände bei fehlender Rechtswahl	313	134

TEIL 4
Urheberrechtliche Grundlagen
und sonstige gewerbliche Schutzrechte
(Peter Huppertz)

		317	
A.	Praktische Relevanz gewerblicher Schutzrechte	322	1
B.	Der Schutz von Software	323	5
I.	Urheberrecht, §§ 69 a ff. UrhG	323	5
1.	1. Schutzobjekt und Schutzanforderungen	324	8
2.	2. Urheberschaft	327	13
a)	a) Grundsatz	327	13
b)	b) Urheber- und Nutzungsrechte im Arbeits- verhältnis, § 69 b UrhG	328	14
3.	3. Übertragung von Nutzungsrechten	331	19
a)	a) Übersicht	331	19
b)	b) Einzelheiten zu den §§ 29, 31 UrhG	332	20
c)	c) Verhältnis der Unterlizenz zur Hauptlizenz	334	
4.	4. Die Rechte aus dem Urheberrecht	336	22
a)	a) Das Vervielfältigungsrecht	336	23
b)	b) Umarbeitung und Bearbeitung	337	24
c)	c) Verbreitungsrecht	337	25
d)	d) Urheberpersönlichkeitsrechte	339	27
5.	5. Beschränkungen des Urheberrechts gemäß §§ 69d, 69e UrhG	339	28
6.	6. Besonderheiten bei „Open-Source“-Software	341	31
a)	a) Relevanz von „Open-Source“-Software	341	31
b)	b) Die Open-Source-Idee	342	32
c)	c) Die GNU General Public Licence (GPL)	343	33
d)	d) Einordnung der GPL im deutschen Rechtssystem aa) Die GPL als Allgemeine Geschäfts- bedingungen	346	36
bb)	bb) Kontrolle der Haftungs- und Gewähr- leistungsregelungen der GPL anhand des AGB-Rechts	347	37
		347	38

Inhaltsverzeichnis

(1) Haftungsausschluss	347	38
(2) Gewährleistungsausschluss	348	39
e) Urheberrechtliche Besonderheiten	349	40
aa) Einräumung von Nutzungsrechten • bei der GPL	349	41
bb) Lizenzierung bei anderen Open-Source-Lizenzenmodellen	350	44
II. Patentrechtlicher Schutz	351	45
1. Die Patentierbarkeit von Software	351	45
a) Die „softwarebezogene Erfindung“	351	45
b) Das Problem der „Technizität“	352	47
c) Beispiele für Softwarepatente	355	51
2. Die Rechte des Patentinhabers	356	52
III. Der wettbewerbsrechtliche Schutz von Software	356	53
1. Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz nach §§ 3, 4 Nr. 9 UWG	357	55
a) Unmittelbare Übernahme	358	56
b) Nachschaffende Leistungsübernahme	358	57
2. Geheimnisschutz nach § 17 UWG	360	59
IV. Softwarelizenzen in der Insolvenz	361	61
C. Der Schutz von Datenbanken	363	62
I. Urheberrechtlicher Schutz als Datenbankwerk, § 4 Abs. 2 UrhG	363	63
1. Übersicht	363	63
2. Schutzobjekt und Schutzanforderungen für Datenbankwerke i. S. v. § 4 Abs. 2 UrhG	365	66
3. Umfang des Urheberrechtsschutzes	366	67
II. Investitionsschutz nach § 87 b UrhG	366	68
1. Die EG-Datenbankrichtlinie	366	69
2. Inhalt des Investitionsschutzes nach §§ 87a ff. UrhG	367	70
3. Schutzobjekt und Schutzanforderungen für Datenbanken	367	71
a) Begriff der „Datenbank“ i. S. v. § 87a UrhG	367	71
b) Wesentliche Investition	367	72
c) Investition für die Beschaffung, Darstellung oder Überprüfung des Inhalts	368	73
d) Investitionsaufwand	369	74
4. Datenbankhersteller	370	75
5. Rechte des Datenbankherstellers	370	76
a) Wesentlicher Teil des Datenbankinhalts	370	76
b) Unwesentlicher Teil des Datenbankinhalts	370	77
c) Typische Verletzungshandlungen	371	78
6. Schranken des Investitionsschutzes	372	80
7. Schutzmumfang	373	82
8. Abgrenzung zum Wettbewerbsrecht	373	83

III.	Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz gemäß §§ 3, 4 Nr. 9 UWG	373	84
IV.	Schutz der Datenbanksoftware	374	86
D.	Einräumung von Nutzungsrechten im IT-Outsourcing-Projekt	375	87
I.	Bestandsaufnahme und Ermittlung der „Chain of Title“ ..	376	90
II.	Die Übertragung von Nutzungsrechten an den Outsourcing-Anbieter	377	92
1.	1. Eigensoftware des Outsourcing-Kunden	378	93
2.	a) Selbstentwickelte Software	378	93
	b) Durch Dritte entwickelte Software bei exklusiven Nutzungsrechten	378	95
3.	2. Fremdsoftware des Outsourcing-Kunden	380	98
	a) Dauerhaft gegen Einmalzahlung überlassene Software	382	99
	aa) Weitergabeverbote	384	103
	bb) Sonstige Nutzungsbeschränkungen	388	104
	cc) Anwendungsbereich von § 34 Abs. 3 UrhG ...	390	106
	b) Nur für einen beschränkten Zeitraum überlassene Software	391	107
	3. Datenbanken	392	108
III.	Die Übertragung von Nutzungsrechten an den Outsourcing-Kunden	393	110
1.	1. Grundsatz	393	110
2.	2. Besonderheiten im Rahmen von ASP und SaaS	394	112
	a) Vertragstypologische Einordnung von ASP-Leistungen	394	112
	b) Urheberrechtliche Besonderheiten von ASP	396	115
	aa) Notwendige Nutzungsrechte der Outsourcing-Kunden	397	117
	bb) ASP als eigene Nutzungsart	397	118

TEIL 5
Datenschutz
(Jyn Schultze-Melling)

A.	Einleitung	403	1
B.	Datenschutzrechtliche Aspekte bei Outsourcing-Projekten	403	2
I.	Vorfragen zur Anwendbarkeit datenschutzrechtlicher Bestimmungen	403	2
1.	1. Vorliegen personenbezogener Daten	403	3
2.	2. Datenschutzrechtlich relevante Verwendung von Informationen	405	7

II.	3. Örtliche Anwendbarkeit des BDSG	406	12
	Grundwissen zum Datenschutz	409	13
1.	Rechtsquellen des Datenschutzes	409	14
a)	Bundes- und Landesdatenschutzrecht	409	14
b)	Verhältnis des BDSG und der LDSG zu den Fachgesetzen	409	15
c)	Europarechtliche Grundlagen	410	
2.	Differenzierung zwischen öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen	411	16
3.	Grundsatz des generellen Verarbeitungsverbots	412	20
4.	Direkterhebungsgrundsatz	412	21
5.	Zweckfestlegung, Zweckbindung und Zweckänderung	412	22
a)	Zweckfestlegungs- und Zweckbindungsgrundsatz ..	412	22
b)	Verwendung für andere Zwecke, § 28 Abs. 2, Abs. 3 BDSG	413	23
6.	Augenmaß beim Umgang mit personenbezogenen Daten	413	24
7.	Betroffenenrechte, § 33 ff. BDSG	415	25
a)	Unterrichtungs-/Benachrichtigungsanspruch, § 33 BDSG	415	26
b)	Auskunftsanspruch, § 34 BDSG	417	29
c)	Berichtigungspflicht der Stelle, § 35 BDSG	418	33
d)	Löschungs- und Sperrungsanspruch, Löschungsrecht, § 35 BDSG	419	34
8.	Haftungsrisiken und Schadenspotentiale	420	36
III.	Zulässigkeit der Datenübermittlung an einen Outsourcing-Provider	421	38
1.	Auftragsdatenverarbeitung und Funktionsübertragung	421	39
2.	Auftragsdatenverarbeitung bei Outsourcing-Projekten	423	43
a)	Voraussetzungen der Auftragsdatenverarbeitung ..	423	43
b)	Pflichten der Parteien bei der Auftragsdaten- verarbeitung	424	44
aa)	Die Pflichten des beauftragenden Unternehmens	424	44
bb)	Die Pflichten des Providers	425	45
3.	Datenverwendung außerhalb der Auftragsdaten- verarbeitung	426	46
a)	Gesetzliche Erlaubnistatbestände	426	
aa)	Erforderlichkeit zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses, § 32 BDSG	426	48
bb)	Zweckbestimmung des Vertragsverhält- nisses, § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG	427	49
cc)	Wahrung berechtigter Interessen, § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG	428	51
b)	Einwilligung des Betroffenen, § 4 a BDSG	429	53

aa) Form	429	54
bb) Inhalt	430	55
c) Rechte und Pflichten des Providers bei der Verwendung personenbezogener Daten außerhalb der Auftragsdatenverarbeitung	431	58
aa) Verarbeitung personenbezogener Daten durch den Provider	431	58
bb) Weitere datenschutzrechtliche Pflichten des Providers	432	60
d) Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten	433	62
IV. Sonderfälle	434	64
1. Datenschutz bei Telemedien- und Telekommunikationsdiensten	434	64
a) Datenschutz bei Telemediendiensten	434	64
aa) Anwendungsbereich	434	65
bb) Grundsätze des TMG	435	67
cc) Bestands- und Nutzungsdaten	436	69
dd) Haftungsrisiken und Schadenspotenziale	436	70
b) Datenschutz bei Telekommunikationsdiensten	437	71
aa) Gesetzliche Grundlagen	437	72
bb) Datenkategorien	437	73
cc) Zulässigkeit der Datenverarbeitung	438	74
dd) Datenschutzfreundliche Telekommunikation	439	79
ee) Haftungsrisiken und Schadenspotentiale	440	80
2. Datenschutz bei grenzüberschreitenden Outsourcing-Projekten	440	81
a) Auslagerung der Datenverarbeitung innerhalb der EU	441	84
b) Auslagerung der Datenverarbeitung in Drittstaaten	441	85
aa) Vertragliche Regelung des Datenschutzes	442	86
bb) Verbindliche Unternehmensrichtlinien	443	88
cc) Safe-Harbor-Principles	444	90
C. Informationssicherheit im Rahmen von Outsourcing-Projekten	445	91
I. Grundlagen der Informationssicherheit	446	92
1. Daten- und Informationssicherheit	446	92
2. Verantwortung für die Informationssicherheit	447	95
3. Begriffsdefinitionen	447	96
II. Übersicht über die rechtlichen Rahmenbedingungen der Informationssicherheit	448	98
1. Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen der Informationssicherheit	448	98
a) Die technische und organisatorische Sicherheit, § 9 BDSG	448	99

b) Die Anlage zu § 9 Satz 1 BDSG als Handlungsanweisung	449	100
2. Gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen der Informationssicherheit	451	101
a) Vorgaben des KonTraG und § 91 Abs. 2 AktG	451	101
b) Vorgaben für sonstige Gesellschaftsformen	451	103
3. Medienrechtliche Rahmenbedingungen der Informationssicherheit	452	104
a) § 13 Abs. 4 TMG	452	105
b) § 109 TKG	453	106
4. Strafrechtliche Aspekte der Informationssicherheit	454	108
a) Sicherheit der Daten	454	109
aa) §§ 202 a bis 202 c StGB	454	110
bb) §§ 303 a, 303 b StGB	455	111
b) Vertraulichkeit und Integrität von Inhalten	456	113
c) Sonstige Delikte	457	115
5. Wirtschaftliche Rahmenbedingungen der Informationssicherheit	458	116
a) Basel II	458	117
b) Solvency II	458	118
III. Haftungsrisiken und Schadenspotentiale	459	119
1. Datenschutzrechtliche Konsequenzen	459	119
2. Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen	461	122
3. Telekommunikations- und telemedienrechtliche Konsequenzen	461	123
D. Strukturierung, Organisation und Steuerung von Datenschutz und Informationssicherheit beim Outsourcing	462	
I. Standards und Best Practices der Daten- und Informationssicherheit	462	
1. ISO 29100:2011 und BS 10012:2009	462	124
2. ISO/IEC 27001:2005 und ISO 27002:2005	463	125
3. IT-Grundschutz-Kataloge	463	128
4. IT Infrastructure Library und ISO/IEC 20000	464	129
5. ITSEC und Common Criteria	464	131
II. Personale Aspekte	465	133
1. Der Datenschutzbeauftragte, §§ 4 f, 4 g BDSG	465	133
a) Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten	465	134
b) Bestellung und Widerruf	466	135
c) Anforderungsprofil	466	136
d) Aufgaben	467	137
e) Stellung im Unternehmen	467	138
f) Haftung	468	139

g) Änderungen durch die EU-Datenschutz-Grundverordnung	468	140
2. Der Informationssicherheitsbeauftragte	469	141
a) Zweck der Bestellung eines Informationssicherheitsbeauftragten	469	142
b) Bestellung	469	143
c) Anforderungsprofil	470	144
d) Aufgaben	470	145
e) Stellung im Unternehmen	471	146
f) Haftung	471	147
III. Formalia	472	148
1. Verpflichtung auf das Datengeheimnis, § 5 BDSG ..	472	149
2. Meldepflicht und Vorabkontrolle, §§ 4d, 4e BDSG ..	472	150
IV. Auditierungen	473	151
1. Datenschutzaudit	473	151
2. Daten- und Informationssicherheitsaudits	474	152

TEIL 6
Arbeitsrechtliche Grundlagen
 (Heidi Mahr)

	475	
A. Individualarbeitsrechtliche Fragestellungen	479	1
I. Betriebs(teil)übergang nach § 613 a BGB	479	1
1. Betriebs(teil)	480	2
2. Übergang des Betriebs(teils)	481	6
a) Assets des Betriebsteils	481	7
b) Übertragung der Assets auf den Erwerber	482	10
c) Wahrung der Identität der Einheit	483	11
3. Zeitpunkt des Übergangs	485	13
4. Betriebsstilllegung	486	14
5. Gestaltungsvarianten möglichst ohne Betriebs(teil)übergang	487	15
6. Unterrichtungspflichten des Arbeitgebers und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer	489	21
7. Rechtsfolgen des Betriebs(teil)übergangs	493	24
a) Übergang bestehender Arbeitsverhältnisse	494	25
b) Eintritt des Erwerbers in die Rechte und Pflichten	495	26
c) Verteilung der Haftung zwischen Veräußerer und Erwerber für Verpflichtungen aus den übergehenden Arbeitsverhältnissen	496	28
d) Betriebliche Altersversorgung	500	36
e) Geltung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen	502	43

f) Änderung von Arbeitsbedingungen nach Betriebsübergang	503	45
II. Beendigung von Arbeitsverhältnissen	505	51
1. Vor dem Betriebsübergang	505	52
2. Nach dem Betriebsübergang	507	54
3. Aufhebungsverträge	508	55
a) Einschränkungen der Vertragsfreiheit	508	55
b) Formalien	509	58
4. Eigenkündigung	510	62
5. Voraussetzungen der betriebsbedingten Kündigung ..	510	63
a) Unternehmerische Entscheidung	511	65
b) Dringende betriebliche Gründe	511	66
c) Wegfall des Arbeitsplatzes	512	67
d) Sozialauswahl	512	68
e) Weiterbeschäftigungsmöglichkeit	513	71
f) Ultima-ratio-Prinzip	513	72
6. Massenentlassung gemäß § 17 KSchG	514	75
III. Arbeitnehmerüberlassung (Neuregelungen)	515	76
1. Normenkette im neuen AÜG	516	78
2. Rechtsfolgen	517	83
B. Kollektivrechtliche Fragestellungen	518	87
I. Zuständigkeit des Betriebsrates bei Betriebs(teil)übergang	518	87
1. Der Betrieb geht insgesamt auf einen neuen Erwerber über	518	88
2. Ein Betriebsteil geht über und bildet beim Erwerber einen eigenständigen Betrieb	518	89
3. Ein Betriebsteil geht über und wird in einen bereits vorhandenen Betrieb mit Betriebsrat eingegliedert	519	90
4. Ein Betriebsteil geht über und wird mit anderen Betriebs(teil)en zusammengefasst	520	91
5. Übergangsmandat oder Restmandat	521	92
6. Aufgaben des Betriebsrates im Übergangsmandat	521	93
7. Sonstige Fälle außerhalb von § 21 a BetrVG	522	94
II. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei IT-Outsourcing	522	96
1. Organisationsstrukturen im Betriebsverfassungsrecht ..	522	96
2. Interessenausgleich und Sozialplan gemäß §§ 111 ff. BetrVG	523	98
a) Was sind Interessenausgleich und Sozialplan?	524	99
aa) Interessenausgleich	524	99
bb) Sozialplan	526	104
b) Voraussetzungen für die Notwendigkeit eines Interessenausgleichs und/oder Sozialplanes	527	107
aa) Grundsätze	527	107
bb) Überlegungen zum IT-Outsourcing	528	111

c) Weiteres Vorgehen	531	120
3. Sonstige Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates	534	124
4. Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses in wirtschaftlichen Angelegenheiten	536	133
C. Checkliste zur rechtlichen Überprüfung unternehmerischer Entscheidungen und Gestaltungsmöglichkeiten	537	134

TEIL 7**Gesellschafts- und konzernrechtliche Grundlagen
(Hartwig Grabbe)**

	541	
A. Ausgangslage	545	1
B. Allgemeine gesellschafts- und konzernrechtliche Aspekte des IT-Outsourcings	547	5
I. Entscheidungszuständigkeit über Outsourcing- Maßnahmen	549	7
1. Zuständigkeit der geschäftsführenden Organe in der Aktiengesellschaft	549	7
2. Zuständigkeit der geschäftsführenden Organe in der GmbH	551	11
3. Zuständigkeit der geschäftsführenden Organe in der OHG/KG	552	13
II. Konsequenzen der Kompetenzstrukturen für die Vertragsgestaltung	553	15
1. Vertrags- und Leistungsstandards	553	16
2. Weisungsrechte	554	17
3. Kontrollrechte, Reporting	555	19
4. Investitionspolitik	555	20
5. Nutzungsrechte	556	21
6. Vertragsbeendigung	556	22
III. Funktionale Berichterstattung im Konzern und Outsourcing	557	25
1. Funktionale Berichterstattung als Haftungsproblem ..	558	26
2. Relevanz einzelner Haftungstatbestände	559	31
a) Haftung gegenüber Dritten (Außenhaftung)	559	31
b) Haftung gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung)	561	32
c) Absicherung des Geschäftsführers im Haftungsfall	562	34
d) Strafrechtliches Haftungsrisiko	562	35
IV. Mitwirkungsrechte der Anteilsinhaber und Gremienvorbehalte	563	36

1.	Mitwirkungsrechte der Anteilsinhaber in der AG	564	38
a)	Geschriebene Mitwirkungsrechte der Anteilsinhaber	564	39
b)	Ungeschriebene Mitwirkungsrechte der Anteilsinhaber	565	41
2.	Mitwirkungsrechte der Anteilseigner in der GmbH ..	567	44
3.	Mitwirkungsrechte der Anteilseigner in der OHG und KG	569	48
V.	Konzernrechtliche Aspekte des IT-Outsourcings	570	52
1.	Vertragliche Konzernierung durch IT-Outsourcing ..	571	53
2.	IT-Outsourcing im faktischen Konzern	575	62
a)	Rechtslage beim IT-Outsourcing einer abhängigen AG	575	62
b)	Rechtslage beim IT-Outsourcing auf eine spezialisierte IT-Gesellschaft innerhalb des Konzerns	581	79
c)	Besonderheiten im GmbH-Konzern	581	79
d)	Rechtslage in der konzernierten OHG und KG	583	81
C.	Juristische Realisierung von Outsourcing-Outbound- Maßnahmen	584	82
I.	Ausgangslage	584	82
II.	Grundlegende Unterschiede in der Rechtstechnik der Outbound-Maßnahmen	586	88
III.	Einzelne Umstrukturierungs- und Umwandlungsmaßnahmen	586	89
1.	Share Deal und Asset Deal	587	90
2.	Umwandlungsrechtliche Outbound-Maßnahmen: Spaltung und Verschmelzung	588	92
a)	Spaltung als Outbound-Maßnahme	588	93
b)	Verschmelzung als Outbound-Maßnahme	590	97
3.	Durchführung von Spaltung und Verschmelzung	593	103
a)	Vorbereitungsphase	593	
b)	Beschlussphase	593	104
c)	Umsetzungsphase	593	105
4.	Rechtliche Besonderheiten von Spaltung und Verschmelzung	594	107
a)	Aufspaltung, Abspaltung und Ausgliederung in Grundzügen	594	107
b)	Verschmelzung in Grundzügen	599	119
c)	Zeitliche Planung von Spaltung und Verschmelzung	602	128
IV.	Ausgewählte kartellrechtliche Gesichtspunkte des IT-Outsourcings	604	133

TEIL 8		
Steuerrecht		
(Ralf Zwingel/Lutz Schmidt)	611	
A. Grundproblem virtueller Geschäftsprozesse im Steuerrecht	615	1
B. Steuerliche Auswirkungen des IT-Outsourcing	617	6
I. Steuerliche Erfassungs- und Dokumentationspflichten ..	617	6
1. Qualität, Verfügbarkeit und Aufbewahrung ausgelagerter Daten	617	6
2. Besonderheiten bei internationalen Auslagerungsfällen	619	9
3. Besonderheiten beim Cloud Computing	623	11
II. Ertragsteuerliche Auswirkungen auf Seiten des auslagernden Unternehmens	624	12
1. Besteuerung der Auslagerung (Outbound)	624	12
a) Rechtliche Ausgestaltung der Auslagerung	624	12
b) Auslagerung auf einen externen IT-Anbieter	626	13
aa) Besteuerung bei Veräußerung des IT-Systems	626	13
bb) Besonderheiten der Kaufpreisgestaltung	628	15
c) Auslagerung innerhalb eines Konzerns	630	16
aa) Darstellung der gesellschaftlichen Übertragungsmöglichkeiten	630	17
bb) Übertragung durch Umwandlung auf eine Kapitalgesellschaft	632	20
cc) Übertragung durch Sacheinlage auf eine Kapitalgesellschaft	636	23
dd) Übertragung auf eine Personengesellschaft	637	24
ee) Entgeltliche Übertragung im Konzern	640	25
2. Besteuerung nach der Auslagerung (Inbound)	643	29
a) Entgelte für IT-Dienstleistungen	643	29
b) Angemessenheit von Leistungsentgelten im Konzern	645	
III. Ertragsteuerliche Auswirkungen beim IT-Anbieter	645	31
1. Besteuerung der Auslagerung (Outbound)	645	31
a) Auslagerung durch Umwandlung	645	32
b) Auslagerung durch Sacheinlage in eine Personen- oder Kapitalgesellschaft	647	33
c) Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter auf eine Personengesellschaft	648	
d) Auslagerung einzelner Wirtschaftsgüter durch Veräußerung oder durch Sacheinlage zu Teilwerten	648	34
2. Besteuerung nach der Auslagerung (Inbound)	650	35

Inhaltsverzeichnis

IV.	Besonderheiten des IT-Outsourcing zwischen internationalen Partnern	651	37
1.	Besteuerung eines ausländischen IT-Providers in Deutschland	652	38
a)	Besteuerung der Auslagerung auf ein ausländisches Unternehmen (Outbound)	652	38
b)	Besteuerung nach der Auslagerung (Inbound)	653	39
aa)	Qualifikation der Einkünfte nach nationalem Recht	654	41
bb)	Begründung einer inländischen Betriebsstätte nach nationalem Recht	655	44
cc)	Vorliegen eines ständigen Vertreters	658	46
dd)	Zurechnung von Einkünften zur Betriebsstätte	658	47
ee)	Inländische Einkünfte ohne Vorliegen einer Betriebsstätte	661	51
ff)	Besteuerung nach dem OECD-Musterabkommen	662	52
2.	Besteuerung beim auslagernden Unternehmen	665	
V.	Umsatzsteuerliche Aspekte des IT-Outsourcing	668	55
1.	IT-Outsourcing zwischen inländischen Unternehmen	668	55
a)	Grundlagen	668	55
b)	Besonderheiten bei Vorliegen von Ausschlussumsätzen	670	
2.	IT-Leistungen durch ausländische Unternehmer	672	58
3.	Leistungen durch inländische Unternehmer	674	59
C.	Steuerliche Auswirkungen des Cloud Computing	674	60
I.	Ertragsteuerliche Aspekte	674	60
1.	Cloud Computing zwischen inländischen Unternehmen	674	60
2.	Cloud Computing im internationalen Geschäftsverkehr	676	61
II.	Umsatzsteuerliche Aspekte	679	63
1.	Leistungen zwischen inländischen Unternehmen	679	63
2.	Leistungen unter Beteiligung ausländischer Unternehmen	680	

TEIL 9

Aufsichtsrechtliche Besonderheiten für Kredit-, Finanzdienstleistungs- und Zahlungsinstitute sowie für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Matthias Ferstl)

A. Outsourcing bei Kredit- und Finanzdienstleistungs-instituten 684 1

I.	Wirtschaftliche Rahmenbedingungen	684	1
II.	Besondere organisatorische Pflichten von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten	686	5
	1. § 25 a Abs. 2 KWG	686	5
	a) Gesetzliche Regelung	686	5
	b) Verwaltungsvorschriften	688	10
	2. Mindestanforderungen an das Risikomanagement der Institute (MaRisk)	689	12
III.	Auslagerung von Aktivitäten und Prozessen nach § 25 a Abs. 2 KWG	691	16
	1. Persönlicher Anwendungsbereich	691	17
	2. Sachlicher Anwendungsbereich	691	18
	a) Tatbestandliche Auslagerung im Sinne von § 25 a Abs. 2 Satz 1 KWG	692	19
	b) Auslagerungsfähigkeit der Aktivitäten und Prozesse	694	21
	c) Wesentliche Auslagerungen	695	26
	d) Unwesentliche Auslagerungen	697	31
	3. Zulässigkeitsvoraussetzungen von wesentlichen Auslagerungen	698	32
	a) Allgemeine Vorgaben	698	32
	b) Vertragsgestaltung	700	37
	c) Anzeigepflicht/Genehmigungspflicht	703	42
	d) Subauslagerung	704	43
	e) Altfälle	704	44
	f) Sanktionen	704	45
IV.	Outsourcing bei Kapitalanlagegesellschaften	705	46
B.	Outsourcing im Wertpapierhandel	706	47
I.	Organisationspflichten nach § 33 Abs. 1 WpHG	706	48
II.	Auslagerung von Aktivitäten und Prozessen nach § 33 Abs. 2 WpHG	707	50
C.	Sonstige Outsourcing-Regelungen – insbesondere für Versicherungsunternehmen	708	53

TEIL 10
IT-Outsourcing der Öffentlichen Hand
(Dirk Heckmann)

A.	Begriffsklärung	721	1
I.	Zentralisierung	721	2
II.	Privatisierung	722	3
	1. Organisationsprivatisierung/formelle Privatisierung ..	722	4
	2. Funktionale Privatisierung	723	5
	3. Aufgabenprivatisierung/externes Outsourcing	723	8

4.	Einordnung des IT-Outsourcings der Öffentlichen Hand	724	11
III.	Öffentlich-private Partnerschaften	725	14
1.	Kennzeichen	725	17
2.	Formen	726	18
IV.	Zusammenfassung	727	22
B.	Modi des IT-Outsourcings der Verwaltung	727	23
C.	Materielle Fragen des IT-Outsourcings der Verwaltung	729	27
I.	Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	729	27
1.	Der Funktionsvorbehalt in Art. 33 Abs. 4 GG	729	27
a)	Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse	729	28
b)	Grenzen bei der Übertragung hoheitsrechtlicher Befugnisse	732	33
2.	Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip	733	34
a)	Allgemeine Grenzen	733	34
b)	Strukturschaffungspflicht des Staates	734	37
3.	Art. 12 GG – Berufsfreiheit	735	38
a)	Anspruch auf Outsourcing?	736	39
b)	Technologische Selbstversorgung des Staates als Marktbeeinträchtigung?	737	42
aa)	Verwaltungsmonopole zugunsten staatlicher Rechenzentren	737	44
bb)	Wirtschaftliche Betätigung des Staates – Kostenlose Abgabe staatlicher Software	740	50
c)	Staatliche Technologievorgaben	742	55
II.	Einfachrechtliche Rahmenbedingungen – Datenschutz- recht	745	61
1.	Auftragsdatenverarbeitung oder Funktions- übertragung	745	62
a)	Abgrenzung Auftragsdatenverarbeitung/ Funktionsübertragung	745	62
b)	Sinn und Zweck der Privilegierung der Daten- verarbeitung im Auftrag	746	66
aa)	Gefahrengedanke	747	67
bb)	Überwachbarkeit	747	68
cc)	Bewertung	748	69
2.	Datenübermittlung	749	71
a)	Datenübermittlung an öffentliche Stellen, § 15 BDSG	749	72
b)	Datenübermittlung an nicht-öffentliche Stellen, § 16 BDSG	750	75
3.	IT-Outsourcing in datenschutzrechtlich sensiblen Verwaltungsbereichen	751	77
a)	IT-Outsourcing der Sozialdatenverarbeitung	751	77

b) Beihilfedatenverarbeitung durch Private	753	81
c) Private Verarbeitung von Patientendaten im Krankenhauswesen	753	82
D. Vergaberechtliche Fragestellungen	754	83
I. Vergaberechtliche Rahmenbedingungen	754	83
1. Ausgangslage	754	83
2. Normative Grundlagen	755	84
3. Anwendungsbereich des Vergaberechts	755	85
a) Personenbezogener Anwendungsbereich	756	86
b) Sachbezogener Anwendungsbereich	756	87
II. Vergaberechtliche Relevanz ausgewählter Outsourcing-Maßnahmen	756	88
1. Outsourcing als Beschaffungsvorgang	756	89
a) Einfaches Outsourcing durch Beauftragung Privater	756	90
b) Aufgabenübertragung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag	757	91
c) Dienstleistungskonzession	757	93
d) Begründung einer öffentlich-privaten Partnerschaft	758	94
2. Aufträge an verbundene Unternehmen	759	95
a) In-house-Geschäfte	759	96
b) Teckal-Kriterien	760	97
aa) Kontrollkriterium (erstes Teckal-Kriterium) ..	760	98
bb) Wesentlichkeitskriterium (zweites Teckal-Kriterium)	761	99
3. Folgeaufträge durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen	764	103
a) ÖPP als Öffentlicher Auftraggeber?	764	104
b) Tätigkeit im Allgemeininteresse nichtgewerblicher Art	765	105
c) Beherrschung durch staatliche Stellen	765	106
4. Aufgabenübertragung im Rahmen von „Interkommunaler Kooperation“ bzw. Öffentlich-öffentlicher Partnerschaften	767	108
a) Vergaberechtliche Problematik	767	109
b) Lösungsansatz	768	111
c) Auslagerung auf öffentlich-rechtliche IT-Dienstleister	770	112
d) EuGH zu interkommunalen Kooperationen	770	113
III. Ausgewählte Erfolgsfaktoren für das Outsourcing von IT-Leistungen im Vergabeweg	770	114
1. Anforderungen an die Leistungsbeschreibung	770	115
a) Analyse des Bedarfs und Beziehung von Sachverständigen	771	116

b)	Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung	772	117
c)	Funktionale Leistungsbeschreibung	772	118
d)	Zuweisung von Leistungsrisiken und Leistungspflichten	772	119
2.	Wahl der richtigen Vergabeverfahrensart	774	120
a)	Vergabeverfahren im Überblick	774	121
aa)	Offenes Verfahren	774	122
bb)	Nicht-offenes Verfahren	775	123
cc)	Verhandlungsverfahren	775	124
b)	Insbesondere: Wettbewerblicher Dialog	776	126
aa)	Allgemeines	776	127
bb)	Besondere Komplexität des Auftrags	777	128
cc)	Technische Komplexität	777	129
dd)	Rechtliche oder finanzielle Komplexität	779	132
ee)	Verfahrensablauf in groben Zügen	780	133
E.	Privatisierungsfolgenrecht	781	134
I.	Regelungsbedarf	782	136
II.	Ausgewählte Gegenstände vertraglicher Regelung	784	140
1.	Sicherung der Kommunikationsstrukturen	784	141
2.	Sicherung von Kontroll- und Einwirkungsrechten	785	142
3.	Regelung verfahrenstechnischer Rahmenbedingungen	785	143
4.	Qualifikation des Verwaltungshelfers	786	144
III.	Haftungsrechtliche Fragestellungen	787	145
F.	IT-Outsourcing im Justizbereich	789	150
I.	Schrankenermittlung: Organisationsgewalt und richterliche Unabhängigkeit	791	152
II.	IT-Sicherheit, Datenschutz und Technikabhängigkeit	794	157
III.	Zentralisierung von IT-Dienstleistungen	795	158

TEIL 11

IT-Outsourcing im Sozial- und Gesundheitswesen (Peter Bräutigam / Alexander Brandt)

A.	IT-Outsourcing in der Sozialverwaltung	802	1
I.	Sozialverwaltung	803	2
1.	Sozialversicherung und Sozialverwaltung	803	3
2.	Verwaltungsinternes Outsourcing	804	5
3.	Verwaltungsexternes Outsourcing	805	7
a)	Formelles Outsourcing	805	8
b)	Materielles Outsourcing	805	9
c)	Funktionales Outsourcing	806	10
II.	Zulässigkeit des Outsourcings	806	11
1.	Keine gesetzliche Regelung	806	11
a)	Verfassungsrechtliche Fragen	806	12

b) Haushaltsrecht: § 7 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BHO, Vorschriften der LHO	807	13
2. Verwaltungsinternes Outsourcing	808	14
a) Delegation	808	14
b) Mandatserteilung	809	15
3. Verwaltungsexternes Outsourcing	809	16
a) Hoheitliches obrigkeitliches Handeln	809	17
b) Schlicht hoheitliches Handeln	809	18
4. Fiskalische Hilfsgeschäfte	810	19
III. Gestaltungsmöglichkeiten	811	20
1. Verwaltungsinternes Outsourcing	811	20
2. Verwaltungsexternes Outsourcing	811	23
IV. Besondere Anforderungen an zulässiges Outsourcing ...	812	24
1. Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ..	812	24
2. Beauftragung eines anderen Sozialleistungsträgers, eines Verbandes oder einer Arbeitsgemeinschaft	812	25
a) Anforderungen an die Gründung einer Arbeits- gemeinschaft oder den Beitritt	812	25
b) Anforderungen an die Beauftragung	813	26
3. Servicegesellschaften	814	29
4. Auftragsvergabe an Dritte	815	30
a) Sicherstellung sachgerechter Aufgabenerfüllung ..	815	30
b) Herausgabeansprüche nach Vertragsende	815	32
c) Vergaberecht	816	33
aa) Schwellenwerte	817	34
bb) Öffentlicher Auftrag	817	35
cc) Offenes und nicht offenes Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren	817	36
dd) Verfahren des wettbewerblichen Dialogs	818	37
(1) Voraussetzung: „Besondere Komplexität“	818	38
(2) Verfahrensgang	818	39
5. Outsourcing bei den Kassenärztlichen Vereinigungen ..	820	40
a) Gründung von Dienstleistungsgesellschaften	820	42
b) Outsourcing im Zusammenhang mit der Erfüllung des Sicherstellungsauftrags	821	44
V. Datenschutz	821	46
1. Anwendbare Vorschriften	821	46
2. Abgrenzung zum BDSG	822	47
3. Sozialdaten	822	48
4. Verschiedene Formen des Outsourcings von Daten ..	823	52
5. Einwilligung der Betroffenen	824	55
6. Outsourcing von Daten bei Anonymisierung	824	56
7. Auftragsdatenverarbeitung	825	57
8. Zulässigkeit der Auftragsdatenverarbeitung nach § 80 Abs. 5 SGB X	826	60
9. Funktionsübertragung	827	63

B.	Outsourcing im Gesundheitswesen	828	64
I.	Einführung	828	64
	1. Schweigepflicht	829	65
	2. Gesetzliche Offenbarungsbefugnis	830	66
	3. Outsourcing-Provider als „berufsmäßig tätige Gehilfen“?	831	67
	a) Herrschende Meinung: Enge Geheimnissphäre	832	69
	b) Interpretationsspielräume beim internen und externen Outsourcing?	833	70
	aa) Konzerninternes Outsourcing – der funktionale Unternehmensbegriff	833	70
	(1) Von formalen Grenzen zum funktionalen Unternehmensbegriff	833	71
	(2) Schaffung von Steuerungs-, Weisungs- und Kontrollrechten	835	74
	bb) Externes Outsourcing	835	75
	(1) Vertragliche Bindungen zur organisatorischen Eingliederung	836	76
	(2) Die „Berufsmäßigkeit“ des externen Dienstleisters	836	77
	(3) Schutzzweck des § 203 StGB	837	78
	(4) Der Dienstleister als Schweigepflichtiger	837	79
	(5) Risiken dieser Ansicht	838	80
	c) Alternative Lösungsansätze bei externem Outsourcing/Ruf an den Gesetzgeber	839	81
II.	Anwendbare Datenschutzvorschriften	841	85
	1. Bereichsspezifische Datenschutzvorschriften	841	85
	2. Anzuwendende Datenschutzbestimmungen für Krankenhäuser	843	86
III.	Häufige Outsourcing-Maßnahmen im Krankenhaus	844	87
	1. Externe Vergabe von Schreibarbeiten durch Krankenhäuser	846	90
	2. Externe Archivierung von Krankenunterlagen	847	92
	3. Einschaltung eines externen Inkassounternehmens	849	97
	4. Externes Catering	850	102
	5. Bestellung eines externen Datenschutzbeauftragten im Krankenhaus	851	105
IV.	Arztpraxen	852	108

TEIL 12
Rechtliche Vorbereitung, Vertragsverhandlung
und Vertragsmanagement
(Peter Bräutigam)

A.	Rechtliche Vorbereitung	858	1
----	-------------------------------	-----	---

I.	Einbindung juristischer Kompetenz	858	2
II.	Due-Diligence	860	4
	1. Inhalt und Gegenstand der Due-Diligence	860	5
	a) Inhalt der Due-Diligence	860	5
	aa) Legal-Due-Diligence	860	6
	bb) Technical- & IT-Due-Diligence	861	7
	cc) Financial- & Tax-Due-Diligence	862	8
	dd) Markt-/Business-Due-Diligence	862	9
	ee) Environmental-Due-Diligence	863	10
	ff) Human-Resources-Due-Diligence	863	11
	b) Objekt der Due-Diligence	863	12
	aa) Due-Diligence beim Auftraggeber	863	13
	bb) Due-Diligence beim Auftragnehmer/ Outsourcing-Anbieter	864	14
	2. Due-Diligence beim Auftraggeber	865	15
	a) Outbound-Due-Diligence	865	16
	aa) Asset-Deal und/oder Share-Deal	865	17
	bb) Share-Deal	867	20
	(1) Gesellschaftsrechtliche Prüfung	867	21
	(2) Prüfung der Assets	869	22
	(3) Personal	869	23
	(4) Verträge, insbesondere Lieferanten- und Kundenbeziehungen	869	24
	(5) Verbindlichkeiten	871	25
	(6) Versicherungen	871	26
	(7) Gerichtsverfahren, Verfahren vor Behörden ..	872	27
	cc) Asset-Deal	873	28
	(1) Hardware	873	29
	(2) Software/sonstige geistige und gewerbliche Schutzrechte	874	30
	(3) Personal	876	
	(4) Verträge	876	34
	(5) Zustimmungspflichten/Genehmigungen	877	35
	(6) Daten	877	36
	dd) Besonderheiten im Rahmen der Human- Resources- und arbeitsrechtlichen Due-Diligence	877	37
	ee) Financial- & Tax-Due-Diligence	882	44
	b) Inbound Due-Diligence	883	49
III.	Zieldefinition	883	50
B.	Vertragsverhandlung	884	51
I.	Kontaktaufnahme/Vertraulichkeitsvereinbarung	884	51
II.	Einholen von Angeboten/Ausschreibung (Request for Proposal)	885	52
III.	LOI/MOU	887	54

IV.	Outsourcing-Vertrag	888	55
V.	Verhandlungstipps: Grundsätze professionellen Verhandelns	889	56
1.	Harvard-Concept	889	56
2.	Richtige Kommunikation	889	57
3.	Interessengeleitetes Verhandeln	890	58
4.	Wege zum Kompromiss	891	59
5.	Richtige Vorbereitung	893	60
6.	Verhandlungsnetze	893	61
7.	Bedeutung für den gesamten Outsourcing-Prozess	894	62
C.	Vertragsmanagement	895	63
I.	Bedeutung des Vertragsmanagements	895	63
1.	Komplexität des Leistungsgegenstandes	895	63
2.	Komplexer Langzeitvertrag und Vertragsmanagement	895	64
II.	Ausprägungen des Vertragsmanagements	898	67
1.	Pflichtenmanagement	898	68
2.	Change-(Request-)Management	899	69
3.	Konfliktmanagement	899	70

TEIL 13
Vertragsgestaltung
(Peter Bräutigam) 907

A.	Modularer Vertragsaufbau	915	2
I.	Rahmenvertrag	917	6
II.	Einzelverträge/Leistungsscheine/Service-Level-Agreements	917	7
III.	Verhältnis: Rahmenvertrag/Einzelverträge, Normen-Hierarchie	919	10
IV.	Standard- oder Individualverträge	920	12
1.	Standardverträge	920	12
2.	Individualverträge	921	13
3.	Standard- oder Individualvertrag	921	14
B.	Rahmenvertrag	923	15
I.	Eingangsbestimmungen	923	15
1.	Präambel	923	17
2.	Terminologie	924	20
3.	Vertragsaufbau/Normenhierarchie	925	21
II.	Vertragsgegenstand/Leistung	925	22
1.	Stand der Technik	925	23
2.	Geschultes Fachpersonal	927	25
3.	Subunternehmer	927	26
4.	Abnahme	928	27
5.	Sicherung der Leistungserbringung	930	33

6.	Dokumentation	931	36
7.	Monitoring/Tracking/Reporting/Auditing	932	37
8.	IT-Sicherheit	933	40
III.	Gegenleistung	934	41
1.	Gesamtregelung der Gegenleistung	934	41
2.	Umsatzsteuerhinweis	934	42
3.	Preismodelle	934	43
a)	Festpreise	934	44
b)	Variable Preise	935	48
c)	Kombination von Festpreisen und variablen Preisen, Anforderungen an Rechnungsstellung	937	51
aa)	Kombination in einer Preiskomponente	937	52
bb)	Kombination verschiedener Preis- komponenten	937	53
cc)	Anforderung an Rechnungsstellung	938	54
d)	Degression/Rabattierungen	938	55
e)	Nebenkosten	938	56
f)	Preisklarheit	938	57
4.	Preisanpassung/Benchmarking	939	58
a)	Automatische Preisanpassung	939	59
b)	Benchmarking	942	63
aa)	Abgrenzung	942	64
bb)	Benchmarkklauseln	943	
5.	Fälligkeit/Verzug	947	77
6.	Aufrechnung/Zurückbehaltungsrechte/Werk- unternehmerpfandrecht/Eigentumsvorbehalt	948	81
a)	Aufrechnung	948	82
b)	Zurückbehaltungsrechte	949	83
c)	Werkunternehmerpfandrecht	952	87
d)	Eigentumsvorbehalt	952	88
IV.	Mitwirkungspflichten	953	91
1.	Erfüllungsort	954	92
2.	Zutrittsrechte	954	93
3.	Arbeitsmittel und Material	954	94
4.	Personelle Mitwirkungsleistungen	955	95
5.	Verweis auf Übernahme- und Leistungsscheine/ Verantwortlichkeitsmatrix	955	96
6.	Gesonderter Infrastruktur(miet)vertrag	956	97
7.	Beratung	956	98
8.	Folgen der Nichteinhaltung von Mitwirkungs- pflichten	957	99
V.	Nutzungsrechte	958	103
1.	Urheberrechte des Auftraggebers	962	105
2.	Urheberrechte des Auftragnehmers	962	106
a)	Einräumung des ausschließlichen Nutzungsrechts	962	106

Inhaltsverzeichnis

b)	Einräumung des einfachen Nutzungsrechts	964	110
c)	Rücklizenzierung an den Auftragnehmer	965	111
3.	Rechte an (gemeinsamen) Arbeitsergebnissen	965	112
4.	Verwertung von Programmbausteinen und -vorstufen	966	114
5.	Rechte an Datenbanken	967	116
VI.	Zusammenarbeit	967	117
1.	Ansprechpartner	968	118
2.	Projektausschuss	969	120
3.	Neue Projektmethoden	970	124
VII.	Change-Management	971	125
1.	Anwendungsbereich und Abgrenzung	971	126
2.	Change Request	972	128
VIII.	Gewährleistung	975	133
1.	Arten der Gewährleistung/Einschränkung und Ausschluss	975	133
a)	IT-Outsourcing-Vertrag als Typenkombinations- vertrag	975	134
b)	Outsourcing-Verträge als Dauerschuldverhältnisse	976	135
c)	Kaufvertragliche Elemente des Outsourcing- Vertrags	977	137
aa)	Anwendung des Kaufrechts	977	137
bb)	Kaufvertragliche Gewährleistungsregelungen .	978	
cc)	Gewährleistungsausschluss durch Allgemeine Geschäftsbedingungen	981	145
dd)	Individualvertraglicher Gewährleistungs- ausschluss	982	148
ee)	Besonderheit des § 377 HGB	983	149
ff)	Verjährung	984	151
d)	Werkvertragliche Elemente des Outsourcing- Vertrags	984	153
aa)	Anwendung des Werkvertragsrechts	984	153
bb)	Werkvertragliche Gewährleistungsregelungen .	987	159
cc)	Gewährleistungsausschluss im Werk- vertragsrecht	988	160
dd)	Parallele Wartungsverträge	990	164
ee)	Sonderkonstellation – Agiles Programmieren .	991	166
e)	Dienstvertragliche Elemente des Outsourcing- Vertrags	993	170
aa)	Anwendung des Dienstvertragsrechts	993	170
bb)	Dienstvertragliche Gewährleistungs- regelungen und Kündigungsrechte	994	172
cc)	Ausschluss der Haftung und Kündigungs- rechte	995	174
dd)	Verjährung	995	175

f) Mietvertragliche Elemente des Outsourcing-			
Vertrags	996	178	
aa) Anwendung des Mietvertragsrechts	996	178	
bb) Mietvertragliche Gewährleistung und Kündi-			
gungsmöglichkeiten	996	179	
cc) Gewährleistungsausschluss	997	181	
dd) Verjährung	998	182	
2. Spezialregelungen in LS/SLA	998	183	
IX. Haftung	999	184	
1. Interessenlage	999	184	
2. Haftungsausschluss/Haftungsbeschränkung	1000	187	
a) Beschränkung auf bestimmte Anspruchsarten	1000	187	
b) Beschränkung auf bestimmte Verschuldensformen	1001	188	
c) Beschränkung auf bestimmte Personenkreise	1001	189	
d) Beschränkung auf bestimmte Rechtsguts-			
verletzungen/Pflichtverletzungen	1001	190	
e) Beschränkung auf bestimmte Schadensarten	1002	191	
aa) Typisch vorhersehbarer Schaden	1002	191	
bb) Folgeschäden	1002	192	
cc) Datenverlust	1002	193	
f) Beschränkung auf Haftungshöchstsummen	1003	194	
g) Kombinationen	1004	198	
3. Rechtliche Wirksamkeit von Haftungsausschluss-/			
Beschränkungsklauseln	1004	199	
a) In AGB	1005	200	
b) Im Individualvertrag	1009	210	
c) AGB oder Individualvertrag	1011	212	
4. Sonstige Regelungen bei Haftungsklauseln	1011	213	
a) Anzeigepflichten	1011	213	
b) Verjährung	1013	217	
c) Anrechnung	1013	218	
d) Versicherung	1014	219	
e) Ausstiegsrecht	1015	220	
f) Haftungsbeschränkung auch zugunsten			
Auftraggeber?	1015	221	
g) Mitverschulden	1015	222	
5. Verzug/Höhere Gewalt	1016	223	
a) Verzug	1016	223	
b) Höhere Gewalt	1017	226	
X. Datensicherheit und Datenschutz	1021	232	
1. Datenschutz	1021	232	
a) Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes ..	1021	233	
b) Zulässigkeit der Datenverarbeitung und -nutzung			
aa) Auftragsdatenverarbeitung (§ 11 BDSG)	1022	235	
bb) Funktionsübertragung	1024	236	

c) Probleme beim Outsourcing in der Kreditwirtschaft	1025	239
aa) Auslagerung nach § 25 a Abs. 2 KWG	1025	240
bb) Auslagerung nach § 33 Abs. 2 WpHG	1026	241
d) Bei der Vertragsgestaltung zu beachtende Punkte ..	1026	242
aa) Vertragsgestaltung im Sinne einer Auftrags-datenverarbeitung	1026	242
bb) Allgemeine Datenschutzklauseln	1028	244
e) Änderungen durch die geplante EU-Daten-schutzverordnung	1029	245
2. Datensicherheit	1029	246
a) Physische Datensicherheit	1030	247
b) Logische Datensicherheit	1030	248
aa) Datensicherung/Back-up	1030	249
bb) Recovery-Services/Datenarchivierung/ Datenvernichtung	1030	250
c) Verantwortlichkeit für die Datensicherheit	1031	251
XI. Geheimhaltung	1032	254
1. Vertraulichkeit	1032	254
a) Vertraulichkeit des Outsourcing-Projekts und des Informationsaustauschs	1032	254
b) Kollision des Outsourcing-Projekts mit früheren Vertraulichkeitsvereinbarungen	1033	258
2. Koordination Presseerklärung	1034	259
XII. Ausschließlichkeitsbindungen und Abwerbeverbot	1036	262
1. Ausschließlichkeitsbindungen	1036	262
a) Verbot wettbewerbsbeschränkender Verein-barungen und Ausschließlichkeitsbindungen	1036	263
b) Ausschließlichkeitsbindungen und Marktmacht-missbrauch	1037	264
c) Europarechtliche Betrachtung	1038	265
d) Hinweise für die Vertragsgestaltung	1039	266
aa) Genaue Definition des Inhalts der Ausschließlichkeitsvereinbarung	1039	267
bb) Angemessene Laufzeit	1040	268
2. Abwerbeverbot	1040	269
a) Abwerbeverbot und § 75 f HGB	1040	270
b) Hinweise für die Vertragsgestaltung	1041	271
XIII. Vertragslaufzeit	1042	275
1. Befristung	1042	275
2. Automatische Verlängerung?	1042	276
3. Verlängerungsoptionen	1043	277
4. Ordentliche Kündigung	1043	278
5. Kündigung nach § 649 BGB	1044	279
6. Außerordentliche Kündigung	1045	281

a)	Grundsatz	1045	281
b)	Besondere Kündigungsgründe	1046	282
c)	Exkurs: Outsourcing und Insolvenz	1048	286
aa)	Insolvenz während der Transition („Build-Phase“)	1049	287
bb)	Insolvenz während des Betriebs („Run-Phase“)	1050	288
(1)	Grundsatz	1050	289
(2)	Werkverträge/Mietverträge über beweg- liche Sachen	1051	290
(3)	Dienstverträge	1051	291
cc)	Praktische Hinweise	1053	295
dd)	„Escrow“	1054	297
(1)	Hinterlegung beim Kunden	1055	299
(2)	Hinterlegung bei einem Dritten	1055	300
7.	Sonderkündigung	1058	308
8.	Teilkündigung	1058	309
9.	Abstandszahlungen/Wegfall von Rückvergütungen ..	1059	310
XIV.	Vertragsbeendigung	1060	315
1.	Ausgangslage: Re-Insourcing oder Second Generation Outsourcing	1060	315
2.	Beendigungsunterstützung	1061	316
3.	Rückführung (-optionen)	1063	321
a)	Hardware/Software	1063	321
b)	Verträge	1063	322
c)	Personal	1063	323
4.	Rückgabe/Vernichtung von Daten/vertraulichen Informationen	1063	324
5.	Übergangsfristen	1064	325
6.	Fehlen einer vertraglichen Regelung	1065	326
7.	Gerichtliche Durchsetzung im einstweiligen Rechtsschutz	1066	327
XV.	Schlussbestimmungen	1068	330
1.	Übertragbarkeit	1068	330
a)	Gesamter Vertrag	1068	330
b)	Einzelne Ansprüche	1069	331
2.	Beitritt	1069	332
3.	Konfliktmanagement	1070	333
4.	Teilunwirksamkeit/Salvatorische Klauseln	1071	334
5.	Schriftform	1072	335
6.	Zustimmungsvorbehalte	1074	340
7.	Vertragssprache/Maßgebliche Fassung	1075	341
8.	Anwendbares Recht	1075	342
a)	Grundsatz	1075	342
b)	Ausnahmen	1076	343

C.	Transition/Übernahmescheine	1077	344
I.	Überblick	1077	344
1.	1. Transition	1077	344
2.	2. Share-Deal, Asset-Deal oder Übernahmeverträge/-scheine	1077	345
a)	a) Share-Deal	1078	347
b)	b) Asset-Deal	1081	358
c)	c) Übernahmeverträge	1082	363
d)	d) Besondere Zielrichtung beim Outsourcing	1082	364
II.	Leistungsschein Transition	1083	365
1.	1. Leistungsumfang	1083	365
2.	2. Leistungsparameter/SLA	1084	368
3.	3. Transformation	1085	373
III.	Übernahmevertrag/-schein „Hardware“	1086	374
1.	1. Verkauf und Übereignung	1086	374
2.	2. Leasing- und Wartungsverträge	1087	379
3.	3. Sale-and-Lease-back	1088	380
4.	4. Beistellung	1088	381
IV.	Übernahmevertrag/-schein „Software“	1088	382
1.	1. Genaue Bezeichnung und „Übergabe“ der Software	1089	384
2.	2. Nutzungsrechte	1090	385
3.	3. Schuldrechtliche Gestaltung der Überlassung/Gewährleistung des Outsourcing-Kunden	1092	386
4.	4. Rechtsmängelhaftung	1093	389
5.	5. Freistellungsklauseln	1094	391
V.	Übernahmevertrag/-schein „Verträge mit Dritten“	1095	393
1.	1. Übertragung ohne Zustimmung	1095	394
2.	2. Übertragung mit Zustimmung	1096	395
3.	3. Verweigerung der Zustimmung	1096	396
4.	4. Protokollierung der Ergebnisse	1097	397
VI.	Übernahmevertrag/-schein „Personal“	1097	398
D.	Leistungserbringung: Leistungsscheine und Service-Level-Agreements	1102	
I.	Begriffe	1103	415
II.	Aufbau	1103	416
III.	Leistungsbeschreibung	1105	419
1.	1. Notwendigkeit exakter und verständlicher Leistungsbeschreibungen	1105	419
2.	2. Insbesondere: Pflichtenheft	1106	421
3.	3. Leistungsbeschreibung/Leistungsschein und vertragstypologische Einordnung	1107	423
a)	a) Vertragstypologische Einordnung des Leistungsscheins	1107	423
aa)	aa) Leistungsscheine mit typengemischten Leistungsinhalten	1108	424

bb) Insbesondere die Abgrenzung von Werk- und Dienstvertrag	1108	425
cc) Einfluss von Service-Level-Agreements auf die vertragstypologische Einordnung	1109	428
b) Konsequenz für Rahmen- und Outsourcingvertrag	1111	430
IV. Service-Level-Agreement/Leistungsparameter	1112	432
1. Überblick: Regelung von Leistungsstandards und Gewährleistung	1112	432
a) Leistungsstandards: Quantität und Qualität der Leistung	1112	432
b) Rechtliche Einordnung von Service-Level-Agreements	1112	433
aa) Service-Level-Agreements und deren Einfluss auf die Vertragstypologie	1113	434
bb) Service-Level-Agreements: Leistungsbeschreibung oder Beschränkung von Gewährleistung/Haftung	1113	435
cc) Service-Level-Agreements als Pflicht		
i. S. d. § 280 Abs. 1 BGB	1115	438
dd) Service-Level-Agreements und Minderung ...	1115	439
ee) Service-Level-Agreements als Garantie	1117	443
2. Wichtige Service-Levels	1119	444
a) Verfügbarkeit	1119	444
aa) Teil- oder Gesamtverfügbarkeit	1119	445
bb) Prämissen der Verfügbarkeit	1120	446
cc) Verfügbarkeitsformel	1120	447
b) Maximale Ausfallzeit	1122	448
c) Verpflichtung auf Maximal-/Minimalgrößen	1122	449
d) Verpflichtung auf Durchschnittsgrößen (insbesondere MTR, MTBF)	1123	452
e) Verpflichtung auf statistische Größen	1124	453
f) Customer Satisfaction Index	1125	456
V. Typisierte LS/SLA	1126	457
1. Überblick	1126	458
2. User-Helpdesk	1127	
a) Leistungsumfang	1127	460
aa) Call und dessen Erledigung	1127	460
bb) Support Levels	1128	461
(1) First-Level-Support	1128	462
(2) Second-Level-Support	1128	463
(3) Third-Level-Support	1128	464
cc) Call-Management	1129	465
dd) Eskalationsmanagement	1129	466
ee) Knowledge-/Problemmanagement	1130	467
ff) Betriebszeit	1130	468

gg) Weitere Leistungsinhalte	1132	469
b) SLA/Leistungsparameter	1132	473
c) Verhältnis Gewährleistung und Call-Center-Dienste	1134	479
3. Betriebssteuerung/Betriebs-Management	1135	480
a) Allgemeines	1135	480
b) Wartung und Pflege	1135	481
c) System-Administration	1136	483
d) System-/Betriebs-Management	1137	484
e) Betriebssicherheit	1137	485
f) Dokumentation	1137	486
aa) Benutzerhandbuch	1137	487
bb) Technische Aufzeichnungen	1138	488
g) Schulung	1139	489
h) SLA-Management: Reporting, Tracking und Auditing	1139	490
aa) Messmethoden und -parameter	1140	491
bb) Monitoring/Tracking	1140	492
cc) Reporting	1141	493
dd) Auditing – oder „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser“	1141	494
4. Endgeräte/Desktop-Services	1141	495
a) Leistungsumfang	1142	496
aa) Infrastructure Providing	1142	497
bb) IMAC	1144	501
cc) Call-to-Repair	1145	502
dd) Call-Handling	1145	503
b) SLA/Leistungsparameter	1145	504
aa) Betriebs-, Reaktions-, Bearbeitungszeiten	1145	504
bb) Customer Satisfaction Index	1146	505
5. Netzwerke	1146	506
a) Leistungsumfang	1146	506
b) SLA/Leistungsparameter	1148	509
6. Server/Rechenzentrum	1149	519
a) Server-Management	1150	520
aa) Leistungsumfang	1150	521
bb) SLA/Leistungsparameter	1152	524
b) Hosting	1152	526
aa) Leistungsumfang	1153	527
bb) SLA/Leistungsparameter	1158	534
7. End to end SLA	1159	538
8. Software – Systemsoftware/Applikationen	1160	539
a) Applikationen und ASP	1160	539
b) Individualsoftware	1165	549
c) Standardsoftware	1167	552

d) Softwarepflege	1168	553
9. General Services	1168	554
VI. Mitwirkungspflichten/Randbedingungen/Verantwortlichkeitsabgrenzung	1170	558
VII. Sanktion bei Nichterfüllung von SLAs	1171	562
1. Allgemeines	1171	562
2. Juristische Grundlagen der Sanktionen	1172	563
a) Vertragsstrafe	1173	565
b) Pauschalisierte Schadensersatz	1174	566
c) Pauschalierte Minderung	1175	567
d) Bonus/Malus-Regelung	1177	568
e) Staffelungsmöglichkeit	1177	569
f) Sonderfall: Außerordentliche Kündigung	1177	570
g) Verhältnis zur Gewährleistungs- und Haftungsregelung im Rahmenvertrag	1178	571
3. Gewichtung	1178	572
a) Allgemein	1178	572
b) Methode 1	1179	573
c) Methode 2	1179	574
E. Vertragsgestaltung bei Offshoring-Projekten	1181	576
I. Termini	1181	576
II. Offshoring-Regionen	1182	578
1. Indien	1182	578
2. China	1182	579
3. Osteuropa	1183	580
III. Scope	1183	581
IV. Ziele und Risiken	1184	583
1. Ziele	1184	583
2. Risiken	1185	585
V. Vertragsgestaltung	1185	587
1. Strukturmodelle	1185	588
2. Qualitätssicherung	1186	592
a) SEI-CMM, CMMI, P-CMM	1187	593
b) Six Sigma	1187	595
c) ISO 9001:2000	1188	596
3. Gestaltung von Service Level Agreements und Durchsetzung vertraglicher Ansprüche durch Garantien/Performance Bonds	1188	597
4. IP-rechtliche Fragestellungen	1189	600
5. Datenschutz	1189	601

TEIL 14		
Cloud-Computing		
(Peter Bräutigam/Thomas Thalhofer)		
A.	Einführung	1194 1
I.	Definition/Kurzdarstellung	1194 1
II.	Technische Grundlagen	1195 5
III.	Wirtschaftliche Relevanz	1196 7
	1. Grundlagen	1196 7
	2. Folgerungen auf EU-Ebene	1197 8
IV.	Vor- und Nachteile	1198 11
V.	Ausprägungen	1200 12
	1. Service-Typen	1200 12
	a) Infrastructure as a Service	1200 12
	b) Platform as a Service	1200 13
	c) Software as a Service	1201 14
	2. Cloud-Modelle	1201 15
	a) Private Cloud	1201 15
	b) Public Cloud	1202 16
	c) Community Cloud	1202 17
	d) Hybrid Cloud	1202 18
	e) Global Cloud/European Cloud/ „German Cloud“	1203 19
B.	Datenschutz	1203 20
I.	Datenschutzrechtliche Herausforderungen des Cloud Computings	1204 21
II.	Grundlagen des Datenschutzrechts	1205 24
	1. Anwendbarkeit deutscher Datenschutzvorschriften ..	1206 25
	2. Abgrenzung verschiedener Datenschutznormen ..	1207 27
	3. Verarbeitung personenbezogener Daten in der Cloud ..	1209 30
	a) Automatisierte Datenverarbeitung (§ 3 BDSG)....	1209 31
	b) Gesetzlicher Erlaubnistatbestand	1210 32
III.	Praxisorientierte Lösungsansätze	1211 33
	1. Ausgangspunkte	1211 33
	2. Serverstandorte in Deutschland, EU und EWR	1212 36
	a) Auftragsdatenverarbeitung	1213 37
	(1) Weisungsgebundenheit des Auftragnehmers – Transparenz	1214 38
	(2) Kontrolle – Auditing und Zertifizierung	1217 49
	(3) Technische und Organisatorische Maßnahmen	1220 56
	(4) Spezialregelung: Auftragsverarbeitung von Sozialdaten, §§ 148 SGB VI, 80 SGB X	1222 61
	b) Funktionsübertragung	1223 62
	(1) Erforderlichkeit	1224 63
	(2) Interessenabwägung	1224 64

(3) Weitere Erlaubnistarbestände und Einwilligung der Betroffenen	1225	65
3. Serverstandorte in Drittstaaten	1226	66
a) Vorliegen bzw. Schaffen eines angemessenen Datenschutzniveaus (§§ 4b, c BDSG)	1226	68
(1) Länder mit angemessenem Datenschutzniveau	1227	69
(2) Safe-Harbor-Zertifizierung	1227	70
(3) EU-Standardvertragsklauseln/ EU Model Clauses	1229	73
(4) Verbindliche Unternehmensregelungen/ Binding Corporate Rules	1233	78
b) Rechtfertigung der Datenweitergabe an sich – Auftragsdatenverarbeitung in Drittländern?	1235	83
IV. Datenportabilität zur Erleichterung des Exits	1238	88
V. Weitere datenschutzrechtliche Besonderheiten		
beim Cloud Computing	1239	90
1. Löschung von Daten	1239	90
2. Anonymisierung von Daten	1240	91
3. Vervielfältigung und Verteilung von Daten	1240	92
4. Zugriffsmöglichkeiten Dritter	1241	93
a) Legaler Zugriff	1241	93
(1) Zugriff durch deutsche Behörden	1241	93
(2) Zugriff durch ausländische Behörden, insbes. Patriot Act	1242	97
(a) Serverstandort USA	1243	100
(b) Serverstandort Deutschland (bzw. EU/EWR)	1244	101
(3) Maßnahmen zum Schutz vor behördlichen Zugriffen	1247	104
b) Illegaler Zugriff	1247	105
5. Strafrechtliche Aspekte	1247	106
C. Weitere Pflichten des Cloud-Providers	1248	107
D. Urheberrecht	1248	108
I. Anwendbares Recht	1248	108
II. Problemaufriss anhand technischer Besonderheiten	1249	111
III. Lizenzverhältnisse	1251	115
1. IaaS	1251	116
2. SaaS und PaaS	1252	117
a) Lizenzverhältnis Cloud-Anbieter – Cloud-Nutzer (Vervielfältigungen nach § 69 c Nr. 1 UrhG)	1252	117
b) Lizenzverhältnis Cloud-Nutzer – Software- hersteller	1253	118
c) Lizenzverhältnis Softwarehersteller – Cloud-Anbieter	1254	119
(1) Vervielfältigungen nach § 69 c Nr. 1 UrhG ...	1254	120

(2) Verbreitungs- und Vermietungsrecht nach § 69 c Nr. 3 UrhG	1254	121
(3) Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 69 c Nr. 4 UrhG	1255	122
(4) Cloud Computing als eigenständige Nutzungsart	1255	123
IV. Open Source Software	1256	124
E. Cloud Computing in reglementierten Bereichen	1257	125
F. Cloud Computing in der öffentlichen Verwaltung	1257	126
G. Vertragsgestaltung	1259	127
I. Allgemeine Hinweise zur Gestaltung von Cloud Computing-Verträgen	1259	127
II. Vertragsmodelle nach Anzahl der Vertragspartner	1259	128
III. Anwendbares Recht	1260	129
IV. Vertragstypologie	1262	130
V. Konkreter Vertragsinhalt (Modularer Vertragsaufbau) ...	1264	134
1. Cloud Computing-Vertrag und IT-Outsourcing- Vertrag	1264	135
2. Cloud Computing-Rahmenvertrag	1265	136
3. Cloud Computing-Leistungsscheine / SLA	1268	145
a) Leistungsscheine allgemein	1269	146
b) Spezielle Leistungsscheine	1270	150
(1) Leistungsscheine PaaS	1270	150
(2) Leistungsscheine IaaS	1271	152
(3) Leistungsscheine SaaS	1271	156
4. Anlage Datenschutz und Datensicherheit	1272	160
a) Ausdrückliche Bezeichnung	1273	161
b) Anforderungen von § 11 BDSG (Auftrags- datenverarbeitung)	1273	162
c) EU-Standardvertragsklauseln	1274	163
d) Safe Harbor	1274	164
e) Betroffenenrechte	1274	165
H. Zusammenfassung	1274	166
TEIL 15 Glossar (Sven Sosna/ Nicolai Schwarz-Gondek)	1277	
Autorenverzeichnis	1319	
Stichwortverzeichnis	1325	