



# IT-Outsourcing und Cloud-Computing

**Eine Darstellung aus rechtlicher,  
technischer, wirtschaftlicher und  
vertraglicher Sicht**

Herausgegeben von

**Prof. Dr. Peter Bräutigam**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Informationstechnologierecht

mit Beiträgen von

**Prof. Dr. Peter Bräutigam** · Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Informationstechnologierecht

**Matthias Ferstl** · Rechtsanwalt

**Dr. Hartwig Grabbe** · Rechtsanwalt

**Dr. Sabine Grapentin, LL.M.** · Rechtsanwältin

**Prof. Dr. Dirk Heckmann** · Universität Passau

**Peter Huppertz, LL.M.** · Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Informationstechnologierecht

**Peter Kuchler** · Dipl.-Math., Dipl.-Ök.

**Dr. Heidi Mahr** · Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht

**Dr. Lutz Schmidt** · Dipl.-Kfm., Steuerberater, Wirtschaftsprüfer

**Dr. Jyn Schultze-Melling, LL.M.** · Rechtsanwalt

**Dr. Thomas Thalsofer** · Rechtsanwalt

**Ralf Zwingel** · Dipl.-Kfm., Steuerberater, Wirtschaftsprüfer

**Alexander Brandt, B.A.** · Wissenschaftlicher Mitarbeiter

3., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage

### **Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

### **Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter**

[ESV.info/978 3 503 14476 1](http://ESV.info/9783503144761)

1. Auflage 2004
2. Auflage 2009
3. Auflage 2013

Gedrucktes Werk: ISBN 978 3 503 14476 1  
eBook: 978 3 503 14477 8

Alle Rechte vorbehalten  
© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2013  
[www.ESV.info](http://www.ESV.info)

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

Gesetzt aus der Stempel Garamond, 9/11 Punkt

Satz: multitext, Berlin  
Druck und Bindung: Kösel, Altusried-Krugzell

## Vorwort

„IT-Outsourcing und Cloud-Computing“ – ein neuer Titel, ein neues Werk? In gewisser Hinsicht ja. Das Thema Cloud-Computing nahm in der Praxis und wissenschaftlichen Diskussion schon länger einen immer größeren Stellenwert ein (vgl. nur Herrmann, in „Neun Mythen um Cloud Computing“, Computer Woche vom 22.06.2010). Dies rechtfertigt nicht nur die Aufnahme eines neuen Kapitels, sondern auch die Erweiterung des Buchtitels.

Hinzu kommt, dass sich das IT-Recht ständig fortbildet und dabei atemlos versucht mit der rasanten technischen Entwicklung Schritt zu halten. Gesetzgeber und Rechtsprechung werden regelmäßig vor neue Herausforderungen gestellt. Zu denken ist zum Beispiel an die höchstrichterliche Judikatur in Deutschland und Europa zum Softwarerecht (allen voran EuGH, ZUM 2012, S. 661 ff., 667 – „*Gebrauchtsoftware*“). Ferner ist auch, um ein weiteres Beispiel zu nennen, das Datenschutzrecht in Bewegung geraten – namentlich durch die immer stärkere Etablierung des Cloud Computings, auf die die Datenschützer bereits im September 2011 mit der Orientierungshilfe Cloud-Computing reagierten.

Durch die Neuauflage erfuhr das Werk eine umfassende Überarbeitung und Aktualisierung. Besonders freue ich mich, auch neue Autoren begrüßen zu dürfen. So wurde das Kapitel „*Steuerrecht*“ von meinem Kollegen Herrn Dr. Lutz Schmidt als Co-Autor mit übernommen. Bei der Überarbeitung und Aktualisierung des Kapitels „*IT-Outsourcing im Sozial- und Gesundheitswesen*“ erhielt ich tatkräftige Unterstützung von Herrn Alexander Brandt.

Außerdem wurde das Werk um den „*Teil 14: Cloud-Computing*“, den ich zusammen mit meinem Kollegen Herrn Dr. Thomas Thalhoffer bearbeitete, erweitert. Diese Sonderform des IT-Outsourcings kann man prima facie mit den unter dem Namen Application Service Providing (ASP) bekannt gewordenen Services vergleichen. Die Angebote im Cloud-Computing sind aber wegen ihrer hohen Standardisierung und ihrer zum Teil weltweit aufgestellten Back-Ends ökonomisch interessanter und deshalb auch erfolgreicher als die bekannten ASP-Modelle.

An dieser Stelle möchte ich mich ganz herzlich bedanken. Zu erwähnen sind hier allen voran meine Autorenkollegen. Ferner danke ich dem Erich-Schmidt-Verlag und dort vor allem Herrn Joachim Diehm, der diese Neuauflage möglich gemacht hat. Weiter möchte ich mich bei meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern Herrn Alexander Brandt und Herrn Florian Rockenbach für die umfassende Betreuung und Mitwirkung bedanken. Schließlich – und ganz besonders – gilt mein Dank meiner Frau Astrid sowie meinen Söhnen Simon und Thomas für ihre Geduld und ihr Verständnis.

Sollten Sie als Leser Hinweise, Kritik, Lob oder Anregungen haben, möchte ich Sie bitten, mir diese über den Verlag zukommen zu lassen.

## Inhaltsübersicht

Vorwort.....	5
Inhaltsverzeichnis.....	11
<b>Teil 1 Technische und wirtschaftliche Grundlagen</b>	
(Peter Küchler).....	53
A. Begriffsbildung zum Outsourcing.....	56
B. Das IT-Outsourcing-Projekt.....	98
C. Transition mit Transformation.....	109
D. Querschnittsleistungen.....	115
E. Technik und Service.....	134
F. General Services.....	170
G. Wirtschaftliche Betrachtung.....	172
<b>Teil 2 Rechtliche Ausgangspunkte</b>	
(Peter Bräutigam/Hartwig Grabbe).....	205
A. Zusammenspiel technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Aspekte..	208
B. Zielstrukturen beim IT-Outsourcing.....	216
<b>Teil 3 Rechtliche Einordnung von IT-Outsourcing-Leistungen</b>	
(zivil- und zivilprozessrechtliche Grundlagen)	
(Sabine Grapentin).....	249
A. IT-Outsourcing-Leistungen – eine Bestandsaufnahme.....	252
B. Zur rechtlichen Einordnung des IT-Outsourcings.....	255
C. Die Einordnung prägender Elemente des IT-Outsourcing-Vertrags.....	262
D. Das Gesamtlösungsrecht vom IT-Outsourcing-Vertrag.....	294
E. Zivilprozessrechtliche Grundlagen.....	298
F. Anwendbares Recht beim Cross-Border-Outsourcing.....	311
<b>Teil 4 Urheberrechtliche Grundlagen und sonstige gewerbliche Schutzrechte</b>	
(Peter Huppertz).....	317
A. Praktische Relevanz gewerblicher Schutzrechte.....	322
B. Der Schutz von Software.....	323
C. Der Schutz von Datenbanken.....	363
D. Einräumung von Nutzungsrechten im IT-Outsourcing-Projekt.....	375

<b>Teil 5</b>	<b>Datenschutz</b>	
	(Jyn Schultze-Melling) .....	399
A.	Einleitung .....	403
B.	Datenschutzrechtliche Aspekte bei Outsourcing-Projekten .....	403
C.	Informationssicherheit im Rahmen von Outsourcing-Projekten .....	445
D.	Strukturierung, Organisation und Steuerung von Datenschutz und Informationssicherheit beim Outsourcing. ....	462
<b>Teil 6</b>	<b>Arbeitsrechtliche Grundlagen</b>	
	(Heidi Mahr) .....	475
A.	Individualarbeitsrechtliche Fragestellungen .....	479
B.	Kollektivrechtliche Fragestellungen. ....	518
C.	Checkliste zur rechtlichen Überprüfung unternehmerischer Entscheidungen und Gestaltungsmöglichkeiten. ....	537
<b>Teil 7</b>	<b>Gesellschafts- und konzernrechtliche Grundlagen</b>	
	(Hartwig Grabbe) .....	541
A.	Ausgangslage .....	545
B.	Allgemeine gesellschafts- und konzernrechtliche Aspekte des IT-Outsourcings .....	547
C.	Juristische Realisierung von Outsourcing-Outbound-Maßnahmen. ...	584
<b>Teil 8</b>	<b>Steuerrecht</b>	
	(Ralf Zwingel/Lutz Schmidt) .....	611
A.	Grundproblem virtueller Geschäftsprozesse im Steuerrecht. ....	615
B.	Steuerliche Auswirkungen des IT-Outsourcing .....	617
C.	Steuerliche Auswirkungen des Cloud Computing. ....	674
<b>Teil 9</b>	<b>Aufsichtsrechtliche Besonderheiten für Kredit-, Finanzdienstleistungs- und Zahlungsinstitute sowie für Wertpapierdienstleistungsunternehmen</b>	
	(Matthias Ferstl) .....	681
A.	Outsourcing bei Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten .....	684
B.	Outsourcing im Wertpapierhandel. ....	706
C.	Sonstige Outsourcing-Regelungen – insbesondere für Versicherungsunternehmen. ....	708
<b>Teil 10</b>	<b>IT-Outsourcing der Öffentlichen Hand</b>	
	(Dirk Heckmann) .....	711
A.	Begriffsklärung .....	721
B.	Modi des IT-Outsourcings der Verwaltung .....	727

C. Materielle Fragen des IT-Outsourcings der Verwaltung.....	729
D. Vergaberechtliche Fragestellungen .....	754
E. Privatisierungsfolgenrecht .....	781
F. IT-Outsourcing im Justizbereich .....	789
<b>Teil 11 IT-Outsourcing im Sozial- und Gesundheitswesen</b>	
(Peter Bräutigam / Alexander Brandt).....	799
A. IT-Outsourcing in der Sozialverwaltung .....	802
B. Outsourcing im Gesundheitswesen .....	828
<b>Teil 12 Rechtliche Vorbereitung, Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement</b>	
(Peter Bräutigam) .....	855
A. Rechtliche Vorbereitung.....	858
B. Vertragsverhandlung.....	884
C. Vertragsmanagement .....	895
<b>Teil 13 Vertragsgestaltung</b>	
(Peter Bräutigam) .....	907
A. Modularer Vertragsaufbau .....	915
B. Rahmenvertrag .....	923
C. Transition/Übernahmescheine.....	1077
D. Leistungserbringung: Leistungsscheine und Service-Level-Agreements	1102
E. Vertragsgestaltung bei Offshoring-Projekten .....	1181
<b>Teil 14 Cloud-Computing</b>	
(Peter Bräutigam / Thomas Thalhofer) .....	1191
A. Einführung .....	1194
B. Datenschutz.....	1203
C. Weitere Pflichten des Cloud-Providers .....	1248
D. Urheberrecht.....	1248
E. Cloud Computing in reglementierten Bereichen.....	1257
F. Cloud Computing in der öffentlichen Verwaltung .....	1257
G. Vertragsgestaltung.....	1259
H. Zusammenfassung.....	1274
<b>Teil 15 Glossar</b>	
(Sven Sosna/ Nicolai Schwarz-Gondek) .....	1277
Autorenverzeichnis .....	1319
Stichwortverzeichnis .....	1325

## Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rand- nummer
Vorwort .....	5	
Inhaltsübersicht .....	7	
<b>TEIL 1</b>		
<b>Technische und wirtschaftliche Grundlagen</b>		
(Peter KÜchler)		
	53	
<b>A. Begriffsbildung zum Outsourcing .....</b>	<b>56</b>	<b>1</b>
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. Gebrauchte-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>B. Das IT-Outsourcing-Projekt .....</b>	<b>98</b>	<b>100</b>
I. Einführung in den Projektablauf .....	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
<b>C.</b>	<b>Transition mit Transformation .....</b>	<b>109</b>	<b>126</b>
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
<b>D.</b>	<b>Querschnittsleistungen .....</b>	<b>115</b>	<b>144</b>
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
<b>E. Technik und Service .....</b>	<b>134</b>	<b>192</b>
<b>I. Endgeräte für den Anwender .....</b>	<b>134</b>	<b>192</b>
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
<b>II. Netzwerke .....</b>	<b>140</b>	<b>207</b>
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

	6. Qualitätsmaße .....	145	222
III.	Server .....	146	228
	1. Definition, Leistungsübersicht .....	146	228
	2. Einzelleistungen .....	147	231
	a) Co-Location .....	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
<b>F.</b>	<b>General Services</b> .....	170	291
I.	Definition .....	170	291
II.	Einzelleistungen .....	170	294
1.	Beratung .....	170	294
2.	Professional Services .....	172	299
III.	Qualitätsmaße .....	172	300
<b>G.</b>	<b>Wirtschaftliche Betrachtung</b> .....	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)	Festpreisanteil (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

	<b>Rechtliche Ausgangspunkte</b>		
	(Peter Bräutigam / Hartwig Grabbe)	205	

<b>A.</b>	<b>Zusammenspiel technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Aspekte . . . . .</b>	<b>208</b>	<b>1</b>
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>B.</b>	<b>Zielstrukturen beim IT-Outsourcing . . . . .</b>	<b>216</b>	<b>17</b>
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  
(zivil- und zivilprozessrechtliche Grundlagen)**

	(Sabine Grapentin)	249	
<b>A.</b>	<b>IT-Outsourcing-Leistungen – eine Bestandsaufnahme .</b>	252	1
<b>B.</b>	<b>Zur rechtlichen Einordnung des IT-Outsourcings .....</b>	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
<b>C.</b>	<b>Die Einordnung prägender Elemente</b>		
	<b>des IT-Outsourcing-Vertrags</b> .....	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-		
	buches 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	60
1.	Die Erstellung von Individualsoftware . . . . .	276	61
a)	Das anzuwendende Recht . . . . .	277	62
b)	Leistungsinhalt . . . . .	279	65
c)	Mitwirkungspflichten des Bestellers . . . . .	280	67
d)	Mängelhaftungsrechte . . . . .	281	68
e)	Die werkvertragliche Verjährung . . . . .	281	69
2.	Die Anpassung von Standardsoftware . . . . .	282	70
3.	Die Transition-Vereinbarung . . . . .	283	72
4.	Business Process Outsourcing . . . . .	284	74
a)	Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall . . . . .	285	75
b)	Der Vertragsinhalt . . . . .	285	78
V.	Leistungen mit dienst- oder werkvertraglichem Charakter	286	79
1.	Netzwerkleistungen . . . . .	287	80
2.	Supportleistungen, Pflege und Wartung . . . . .	287	81
a)	Der Leistungsinhalt . . . . .	289	84
aa)	Der technische Leistungsinhalt . . . . .	289	84
bb)	Der juristische Leistungsinhalt (Verpflichtungsgrad) . . . . .	290	85
b)	Die Mängelhaftungsrechte . . . . .	291	86
aa)	Die dienstvertragliche Schlechterfüllung . . . . .	291	86
bb)	Die werkvertragliche Mängelhaftung . . . . .	291	87
(1)	Die Mängelhaftungsansprüche des Bestellers . .	291	87
(2)	Die werkvertragliche Verjährung . . . . .	292	90
c)	Pflege und Wartung während einer laufenden Mängelhaftungszeit oder Leistungspflicht . . . . .	293	91
VI.	Dienstvertragliche Pflichten, insbesondere Beratung und Schulung . . . . .	294	93
<b>D.</b>	<b>Das Gesamtlösungsrecht vom IT-Outsourcing-Vertrag</b>	294	95
I.	Die Kündigung des Gesamtvertrags . . . . .	295	96
1.	Die ordentliche Kündigung . . . . .	295	96
2.	Die außerordentliche Kündigung . . . . .	295	97
a)	Der Kündigungsgrund . . . . .	296	98
b)	Die Kündigungsfrist . . . . .	297	101
II.	Der Wegfall der Geschäftsgrundlage . . . . .	297	102
1.	Voraussetzungen . . . . .	297	103
2.	Rechtsfolgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage . .	297	104
<b>E.</b>	<b>Zivilprozessrechtliche Grundlagen</b> . . . . .	298	106
I.	Zuständigkeit staatlicher Gerichte . . . . .	299	107
1.	Gerichtsstandsvereinbarung . . . . .	299	107
2.	Internationale Zuständigkeit . . . . .	302	109
3.	Örtliche Zuständigkeit . . . . .	303	112
4.	Sachliche Zuständigkeit . . . . .	304	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
<b>F.</b>	<b>Anwendbares Recht beim Cross-Border-Outsourcing .</b>	<b>311</b>	<b>131</b>
I.	Vorrang der Rechtswahl . . . . .	312	133
II.	Anknüpfungstatbestände bei fehlender Rechtswahl . . . . .	313	134

TEIL 4

**Urheberrechtliche Grundlagen  
und sonstige gewerbliche Schutzrechte**

(Peter Huppertz) 317

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

	(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- Lizenzmodellen .....	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 Leistungs- schutz 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
<b>C.</b>	<b>Der Schutz von Datenbanken</b> .....	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 §§ 87 a ff. UrhG .	367	70
	3. Schutzobjekt und Schutzanforderungen für Datenbanken .....	367	71
	a) Begriff der „Datenbank“ i. S. v. § 87 a 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. Schutzzumfang .....	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
<b>D.</b>	<b>Einräumung von Nutzungsrechten im IT-Outsourcing-Projekt .....</b>	<b>375</b>	<b>87</b>
I.	Bestandsaufnahme und Ermittlung der „Chain of Title“ ..	376	90
II.	Die Übertragung von Nutzungsrechten an den Outsourcing-Anbieter .....	377	92
1.	Eigensoftware des Outsourcing-Kunden .....	378	93
a)	Selbstentwickelte Software .....	378	93
b)	Durch Dritte entwickelte Software bei exklusiven Nutzungsrechten .....	378	95
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.	Grundsatz .....	393	110
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) 399

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

	3. Örtliche Anwendbarkeit des BDSG .....	406	12
II.	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 Telekommuni- kationsdiensten . . . . .	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 Schadenspotenziale . . . . .	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
<b>C.</b>	<b>Informationssicherheit im Rahmen von Outsourcing- Projekten . . . . .</b>	<b>445</b>	<b>91</b>
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 Handlungs- anweisung . . . . .	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
<b>D. Strukturierung, Organisation und Steuerung     von Datenschutz und Informationssicherheit     beim Outsourcing . . . . .</b>	<b>462</b>	
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-Grundsicherheits-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 Datenschutz- beauftragten . . . . .	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 Informations- sicherheitsbeauftragten .....	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

<b>A. Individualarbeitsrechtliche Fragestellungen .....</b>	<b>479</b>	<b>1</b>
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 Betriebs- vereinbarungen .....	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>B.</b>	<b>Kollektivrechtliche Fragestellungen</b> .....	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
<b>C. Checkliste zur rechtlichen Überprüfung     unternehmerischer Entscheidungen     und Gestaltungsmöglichkeiten .....</b>	<b>537</b>	<b>134</b>

TEIL 7

**Gesellschafts- und konzernrechtliche Grundlagen**

(Hartwig Grabbe)

541

<b>A. Ausgangslage .....</b>	<b>545</b>	<b>1</b>
<b>B. Allgemeine gesellschafts- und konzernrechtliche     Aspekte des IT-Outsourcings .....</b>	<b>547</b>	<b>5</b>
<b>I. Entscheidungszuständigkeit über Outsourcing-     Maßnahmen .....</b>	<b>549</b>	<b>7</b>
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
<b>II. Konsequenzen der Kompetenzstrukturen     für die Vertragsgestaltung .....</b>	<b>553</b>	<b>15</b>
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
<b>III. Funktionale Berichterstattung im Konzern     und Outsourcing .....</b>	<b>557</b>	<b>25</b>
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
<b>IV. Mitwirkungsrechte der Anteilsinhaber und     Gremienvorbehalte .....</b>	<b>563</b>	<b>36</b>

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	
c)	Besonderheiten im GmbH-Konzern . . . . .	581	79
d)	Rechtslage in der konzernierten OHG und KG ...	583	81
C.	<b>Juristische Realisierung von Outsourcing-Outbound- Maßnahmen</b> . . . . .	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

<b>TEIL 8</b>			
<b>Steuerrecht</b>			
(Ralf Zwingel/Lutz Schmidt)		611	
<b>A.</b>	<b>Grundproblem virtueller Geschäftsprozesse im Steuerrecht</b>	615	1
<b>B.</b>	<b>Steuerliche Auswirkungen des IT-Outsourcing</b>	617	6
<b>I.</b>	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
<b>II.</b>	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
	3. Besteuerung nach der Auslagerung (Inbound)	643	29
	a) Entgelte für IT-Dienstleistungen	643	29
	b) Angemessenheit von Leistungsentgelten im Konzern	645	
<b>III.</b>	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

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 Unternehmern .....	668	55
a)	Grundlagen .....	668	55
b)	Besonderheiten bei Vorliegen von Ausschlu- umsätzen .....	670	
2.	IT-Leistungen durch ausländische Unternehmer .....	672	58
3.	Leistungen durch inländische Unternehmer .....	674	59
C.	<b>Steuerliche Auswirkungen des Cloud Computing</b> .....	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 Unternehmern ....	679	63
2.	Leistungen unter Beteiligung ausländischer Unternehmer .....	680	

## TEIL 9

### Aufsichtsrechtliche Besonderheiten für Kredit-, Finanzdienstleistungs- und Zahlungsinstitute sowie für Wertpapierdienstleistungsunternehmen

(Matthias Ferstl)

681

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>B.</b>	<b>Outsourcing im Wertpapierhandel</b> .....	706	47
I.	Organisationspflichten nach § 33 Abs. 1 WpHG .....	706	48
II.	Auslagerung von Aktivitäten und Prozessen nach § 33 Abs. 2 WpHG .....	707	50
<b>C.</b>	<b>Sonstige Outsourcing-Regelungen – insbesondere für Versicherungsunternehmen</b> .....	708	53

TEIL 10

**IT-Outsourcing der Öffentlichen Hand**

(Dirk Heckmann)

711

<b>A.</b>	<b>Begriffsklärung</b> .....	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>B.</b>	<b>Modi des IT-Outsourcings der Verwaltung . . . . .</b>	<b>727</b>	<b>23</b>
<b>C.</b>	<b>Materielle Fragen des IT-Outsourcings der Verwaltung . . . . .</b>	<b>729</b>	<b>27</b>
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
<b>D.</b>	<b>Vergaberechtliche Fragestellungen . . . . .</b>	<b>754</b>	<b>83</b>
<b>I.</b>	<b>Vergaberechtliche Rahmenbedingungen . . . . .</b>	<b>754</b>	<b>83</b>
	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
<b>II.</b>	<b>Vergaberechtliche Relevanz ausgewählter Outsourcing- Maßnahmen . . . . .</b>	<b>756</b>	<b>88</b>
	1. Outsourcing als Beschaffungsvorgang . . . . .	756	89
	a) Einfaches Outsourcing durch Beauftragung Privater . . . . .	756	90
	b) Aufgabenübertragung durch öffentlich-recht- lichen 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 nichtgewerb- licher Art . . . . .	765	105
	c) Beherrschung durch staatliche Stellen . . . . .	765	106
	4. Aufgabenübertragung im Rahmen von „Inter- kommunaler Kooperation“ bzw. Öffentlich-öffent- licher 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
<b>III.</b>	<b>Ausgewählte Erfolgsfaktoren für das Outsourcing von IT-Leistungen im Vergabewege . . . . .</b>	<b>770</b>	<b>114</b>
	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
<b>E.</b>	<b>Privatisierungsfolgenrecht .....</b>	<b>781</b>	<b>134</b>
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
<b>F.</b>	<b>IT-Outsourcing im Justizbereich .....</b>	<b>789</b>	<b>150</b>
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) 799

<b>A.</b>	<b>IT-Outsourcing in der Sozialverwaltung .....</b>	<b>802</b>	<b>1</b>
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>B.</b>	<b>Outsourcing im Gesundheitswesen</b>	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 Dienst- leisters	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 Schreivarbeiten 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)

855

<b>A.</b>	<b>Rechtliche Vorbereitung</b>	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>B.</b>	<b>Vertragsverhandlung</b> .....	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
<b>C.</b>	<b>Vertragsmanagement</b> . . . . .	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

<b>A.</b>	<b>Modularer Vertragsaufbau</b> . . . . .	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>B.</b>	<b>Rahmenvertrag</b> . . . . .	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

	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 Kündigungsmöglichkeiten . . . . .	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 Rechtsgutsverletzungen/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 . . . . .	1021	234
	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 Abwerbverbot .....	1036	262
1.	Ausschließlichkeitsbindungen .....	1036	262
a)	Verbot wettbewerbsbeschränkender Verein- barungen und Ausschließlichkeitsbindungen .....	1036	263
b)	Ausschließlichkeitsbindungen und Markt- missbrauch .....	1037	264
c)	Europarechtliche Betrachtung .....	1038	265
d)	Hinweise für die Vertragsgestaltung .....	1039	266
aa)	Genauere Definition des Inhalts der Ausschließlichkeitsvereinbarung .....	1039	267
bb)	Angemessene Laufzeit .....	1040	268
2.	Abwerbverbot .....	1040	269
a)	Abwerbverbot 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

<b>C.</b>	<b>Transition/Übernahmescheine</b> .....	1077	344
I.	Überblick .....	1077	344
	1. Transition .....	1077	344
	2. Share-Deal, Asset-Deal oder Übernahmeverträge/ -scheine .....	1077	345
	a) Share-Deal .....	1078	347
	b) Asset-Deal .....	1081	358
	c) Übernahmeverträge .....	1082	363
	d) Besondere Zielrichtung beim Outsourcing .....	1082	364
II.	Leistungsschein Transition .....	1083	365
	1. Leistungsumfang .....	1083	365
	2. Leistungsparameter/SLA .....	1084	368
	3. Transformation .....	1085	373
III.	Übernahmevertrag/-schein „Hardware“ .....	1086	374
	1. Verkauf und Übereignung .....	1086	374
	2. Leasing- und Wartungsverträge .....	1087	379
	3. Sale-and-Lease-back .....	1088	380
	4. Beistellung .....	1088	381
IV.	Übernahmevertrag/-schein „Software“ .....	1088	382
	1. Genaue Bezeichnung und „Übergabe“ der Software ..	1089	384
	2. Nutzungsrechte .....	1090	385
	3. Schuldrechtliche Gestaltung der Überlassung/ Gewährleistung des Outsourcing-Kunden .....	1092	386
	4. Rechtsmängelhaftung .....	1093	389
	5. Freistellungsklauseln .....	1094	391
V.	Übernahmevertrag/-schein „Verträge mit Dritten“ .....	1095	393
	1. Übertragung ohne Zustimmung .....	1095	394
	2. Übertragung mit Zustimmung .....	1096	395
	3. Verweigerung der Zustimmung .....	1096	396
	4. Protokollierung der Ergebnisse .....	1097	397
VI.	Übernahmevertrag/-schein „Personal“ .....	1097	398
<b>D.</b>	<b>Leistungserbringung: Leistungsscheine und Service-Level-Agreements</b> .....	1102	
I.	Begriffe .....	1103	415
II.	Aufbau .....	1103	416
III.	Leistungsbeschreibung .....	1105	419
	1. Notwendigkeit exakter und verständlicher Leistungsbeschreibungen .....	1105	419
	2. Insbesondere: Pflichtenheft .....	1106	421
	3. Leistungsbeschreibung/Leistungsschein und vertragstypologische Einordnung .....	1107	423
	a) Vertragstypologische Einordnung des Leistungs- scheins .....	1107	423
	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: Leistungs- beschreibung 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) Pauschalisierter Schadensersatz .....	1174	566
	c) Pauschalisierte 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
<b>E.</b>	<b>Vertragsgestaltung bei Offshoring-Projekten .....</b>	<b>1181</b>	<b>576</b>
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

<b>TEIL 14</b>		
<b>Cloud-Computing</b>		
(Peter Bräutigam/Thomas Thalhoffer)		1191
<b>A.</b>	<b>Einführung</b> .....	1194
I.	Definition/Kurzdarstellung .....	1194
II.	Technische Grundlagen .....	1195
III.	Wirtschaftliche Relevanz .....	1196
	1. Grundlagen .....	1196
	2. Folgerungen auf EU-Ebene .....	1197
IV.	Vor- und Nachteile .....	1198
V.	Ausprägungen .....	1200
	1. Service-Typen .....	1200
	a) Infrastructure as a Service .....	1200
	b) Platform as a Service .....	1200
	c) Software as a Service .....	1201
	2. Cloud-Modelle .....	1201
	a) Private Cloud .....	1201
	b) Public Cloud .....	1202
	c) Community Cloud .....	1202
	d) Hybrid Cloud .....	1202
	e) Global Cloud/European Cloud/ „German Cloud“ .....	1203
<b>B.</b>	<b>Datenschutz</b> .....	1203
I.	Datenschutzrechtliche Herausforderungen des Cloud Computings .....	1204
II.	Grundlagen des Datenschutzrechts .....	1205
	1. Anwendbarkeit deutscher Datenschutzvorschriften ..	1206
	2. Abgrenzung verschiedener Datenschutznormen .....	1207
	3. Verarbeitung personenbezogener Daten in der Cloud ..	1209
	a) Automatisierte Datenverarbeitung (§ 3 BDSG) .....	1209
	b) Gesetzlicher Erlaubnistatbestand .....	1210
III.	Praxisorientierte Lösungsansätze .....	1211
	1. Ausgangspunkte .....	1211
	2. Serverstandorte in Deutschland, EU und EWR .....	1212
	a) Auftragsdatenverarbeitung .....	1213
	(1) Weisungsgebundenheit des Auftragnehmers – Transparenz .....	1214
	(2) Kontrolle – Auditing und Zertifizierung .....	1217
	(3) Technische und Organisatorische Maßnahmen	1220
	(4) Spezialregelung: Auftragsverarbeitung von Sozialdaten, §§ 148 SGB VI, 80 SGB X .....	1222
	b) Funktionsübertragung .....	1223
	(1) Erforderlichkeit .....	1224
	(2) Interessenabwägung .....	1224

	(3) Weitere Erlaubnistatbestände und Einwilli- gung der Betroffenen . . . . .	1225	65
3.	Serverstandorte in Drittstaaten . . . . .	1226	66
	a) Vorliegen bzw. Schaffen eines angemessenen Datenschutz-niveaus (§§ 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.	<b>Weitere Pflichten des Cloud-Providers</b> . . . . .	1248	107
D.	<b>Urheberrecht</b> . . . . .	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.	<b>Cloud Computing in reglementierten Bereichen</b> .....	1257	125
F.	<b>Cloud Computing in der öffentlichen Verwaltung</b> .....	1257	126
G.	<b>Vertragsgestaltung</b> .....	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.	<b>Zusammenfassung</b> .....	1274	166
	<b>TEIL 15</b>		
	<b>Glossar</b>		
	(Sven Sosna/ Nicolai Schwarz-Gondek)	1277	
	<b>Autorenverzeichnis</b> .....	1319	
	<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	1325	