



Rechtliche Aspekte von Outsourcing in der Praxis

■ Impressum

Herausgeber: BITKOM
Bundesverband Informationswirtschaft,
Telekommunikation und neue Medien e. V.
Albrechtstraße 10 A
10117 Berlin-Mitte
Tel.: 030.27576-0
Fax: 030.27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org

Ansprechpartner: Dr. Kai Kuhlmann
Tel.: 030.27576-131
k.kuhlmann@bitkom.org

Redaktion: Dr. Kai Kuhlmann

Redaktionsassistentin: Karen Schlager

Gestaltung / Layout: Design Bureau kokliko / Anna Müller-Rosenberger (BITKOM)

Copyright: BITKOM 2008

Rechtliche Aspekte von Outsourcing in der Praxis

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	—3
1 Aufgabenstellung und Zielgruppe des Leitfadens	4
2 Was ist „Outsourcing“?	5
3 Typische Konstellationen des Outsourcings	6
3.1 Outsourcing von Unterstützungsfunktionen oder Wertschöpfungsfunktionen	6
3.2 Vollständiges oder teilweises Outsourcing	6
3.3 Reine Aufgabenübertragung oder beabsichtigte Übertragung auch von Betriebsmitteln und/oder Personal	6
3.4 Outsourcing oder Outtasking	6
3.5 Business Process Outsourcing	7
4 Ziele des Kunden	8
5 Planung und Ablauf eines Outsourcing-Vorhabens	9
5.1 Vorbereitungs- und Planungsphase	9
5.2 Anbahnungsphase	10
5.3 Implementierungsphase	11
5.4 Betrieb / Überprüfung und Optimierung	12
5.5 Exitmanagement	12
6 Typische Handlungsfelder in rechtlicher Hinsicht für die Anbahnungs- und Implementierungsphase	13
6.1 Due Diligence (intern beim Kunden / durch den Anbieter)	13
6.2 Übernahme von Personal	14
6.3 Mitbestimmung gemäß Betriebsverfassungsgesetz	19
6.4 Beachtung der kartellrechtlichen Implikationen	21
6.5 Spezifische inhaltliche Anforderungen	22
7 Typische Handlungsfelder in rechtlicher Hinsicht für die Betriebsphase	23
7.1 Service Level Agreements	23
7.2 Vergütung	26
7.3 Mitwirkungs- und Beistellungspflichten des Kunden	27
7.4 Datenschutz	28
7.5 Kündigung	30
7.6 Ablauf der ersten Vertragslaufzeit	32
8. Resumée	33

Vorwort

Dieser Leitfaden ist eine Publikation des BITKOM Arbeitskreises AGB und juristische Leitfäden. Der Arbeitskreis besteht aus Experten von BITKOM-Mitgliedsunternehmen und befasst sich mit Fragen rund um die Vertragsgestaltung und -abwicklung in der ITK-Branche.

Besonderer Dank gilt folgenden Mitgliedern des Arbeitskreises, die mit ihrer Expertise und wertvollen praktischen Erfahrung die Publikation erstellt haben:

- Thomas H. Fischer, Waldeck Rechtsanwälte Partnergesellschaft
- Dieter Götz, ATOS Origin GmbH
- Judith Klahr, TietoEnator Deutschland GmbH
- Jens Konradi, T-Systems Enterprise Services GmbH (stellv. Vorsitzender des AK AGB und juristische Leitfäden)
- Dr. Kai Kuhlmann, BITKOM e. V.
- Andreas Lein, Lufthansa Systems AG
- Kai Mächel, Thales Holding GmbH
- Dr. Ingo-Wolf Marfording, IDS Scheer CEE S.A., Luxemburg
- Katrin Mondon, Hewlett-Packard GmbH
- Wolfgang Müller, Rechtsanwälte Schlüter, Graf & Partner
- Dr. Ralph S. Panzer, Rechtsanwälte Schwarz Kelwing Wicke Westpfahl
- Martin Schweinoch, Rechtsanwälte Schwarz Kelwing Wicke Westpfahl (Vorsitzender des AK AGB und juristische Leitfäden)

Anregungen und Hinweise zu diesem Leitfaden richten Sie bitte an die Hauptgeschäftsstelle des BITKOM oder den Vorsitzenden des Arbeitskreises AGB und juristische Leitfäden.

Berlin, den 08. Oktober 2008

Als weitere Publikationen des Arbeitskreises AGB und juristische Leitfäden sind erhältlich:

- Bitkom-AGB Version 1.2
 - Allgemeine Vertragsbedingungen (AV BITKOM)
 - Überlassung von (Standard-)Software (VÜ BITKOM)
 - Erstellung von (Individual-)Software (VES BITKOM)
 - Pflege von Software (VPS BITKOM)
 - Verkauf von Hardware (VH BITKOM)
 - Wartung von Hardware (WH BITKOM)
 - Dienstleistung (DL BITKOM)
 - Werkvertrag (WV BITKOM)
- Begleitende Hinweise zu den Bitkom-AGB
- Checkliste Onlinegeschäft mit begleitenden Hinweisen und Erläuterungen (Version 1.2)
- Grenzen und Möglichkeiten bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Verbraucher – Schwerpunkt Onlinegeschäft (Version 1.0)
- Leitfäden zur Vertragsgestaltung im Auslandsgeschäft
 - Frankreich
 - Vereinigte Arabische Emirate (VAE)
 - Polen
 - Russland
- Leitfaden Open Source Software - Rechtliche Grundlagen und Hinweise
- Die Qual der Rechtswahl - Das kleine 1 X 1 der internationalen Verträge
- Schuldrechtsmodernisierung für Einsteiger und Nichtjuristen (Leitfaden zum neuen Schuldrecht)
- German Obligations' Law Modernization

Im Zusammenhang mit der Publikation möchten wir auf zwei weitere Leitfäden des BITKOM hinweisen:

- Benchmarking in IT-Outsourcing-Projekten
- Compliance in Outsourcing-Projekten

1 Aufgabenstellung und Zielgruppe des Leitfadens

„Outsourcing“ ist ein ungebrochener Markttrend, der in den letzten Jahren durch die Varianten des Nearshore- und Offshore-Outsourcings noch mehr Aktualität gewonnen hat. Die Umsetzung eines Outsourcing-Vorhabens stellt sich aber nur selten als einfach und rasch durchführbar dar. Vielmehr sind unterschiedliche Fragestellungen auch in rechtlicher Hinsicht zu klären und deren Lösungen in der Praxis umzusetzen. Notwendig ist daher die Kooperation von Kunde und Anbieter bereits bei der Planung des Vorhabens. Für bestimmte Themen existierende zeitliche Vorgaben sind bereits bei der Konzeption des Vorhabens zu beachten.

Dieser Leitfaden stellt rechtliche Themen, die für Outsourcing-Vorhaben typischerweise relevant sind, knapp und in ihren Grundzügen dar, um den Partnern eines

Outsourcing-Vorhabens einen Überblick und eine Hilfestellung für die Planung, Vorbereitung und Durchführung zu bieten. Eine vertiefte Behandlung der Themen kann aufgrund ihrer unterschiedlichen Ausprägungen je nach konkreter Aufgabenstellung und Ausgestaltung eines Outsourcing-Vorhabens hier nicht erfolgen. Dieser Leitfaden soll vielmehr einen Einstieg in die zu beachtenden Themenkreise bieten.

Den Kunden und Anbietern, die im Anschluss an die Orientierung anhand der vorliegenden Publikation eine detaillierte Darstellung einzelner Aspekte benötigen, steht eine große Auswahl (zum Teil sehr umfangreicher) Veröffentlichungen in gedruckter Form oder auch im Internet zur Verfügung.

2 Was ist „Outsourcing“?

Obwohl seit vielen Jahren der Begriff „Outsourcing“ in aller Munde ist, bleibt er unscharf mit vielfältigen Facetten. Gemeinsame Grundlage für alle Ausprägungen des Outsourcings ist jedoch die Verlagerung einer bislang selbst wahrgenommenen Aufgabe auf einen Anbieter. Arten und Inhalte dieser Aufgaben können sehr unterschiedlich sein. Die Spannweite reicht von der Auslagerung reiner Hilfsfunktionen bis zu Kernfunktionen eines Geschäftsmodells - ebenso vielfältig können die technischen Lösungsansätze sein.

3 Typische Konstellationen des Outsourcings

Auch wenn Outsourcing als Begriff keine klare Abgrenzung beinhaltet, können doch einige typische Konstellationen aus unterschiedlichen Sichtweisen unterschieden werden. Allerdings sind diese Unterscheidungen zum Einen nicht immer trennscharf möglich und zum Anderen sind nahezu beliebige Kombinationen verschiedener Kriterien denkbar.

Ungeachtet der nachfolgenden Unterscheidung sollten Kunde und Anbieter unbedingt eine detaillierte Planung der Schnittstellen zwischen den beim Kunden verbleibenden Funktionen und den zukünftig vom Anbieter wahrzunehmenden Funktionen vornehmen, um deren nahtloses Zusammenspiel zu sichern.

Im Folgenden werden einige typische Unterscheidungen dargestellt.

■ 3.1 Outsourcing von Unterstützungsfunktionen oder Wertschöpfungsfunktionen

Es kann danach unterschieden werden, welche Funktionen aus Sicht des Kunden ausgelagert werden sollen. Beispiel:

- Unterstützungsfunktionen in einem IT-Unternehmen Querschnittsbereiche wie z. B.: Reinigung, Vorpflegung, Buchhaltung, Personalabteilung, Wachdienst, Reisestelle, Pförtnerdienste, Fuhrpark, Immobilienverwaltung
- Wertschöpfungsfunktionen (Kerngeschäft) in einem IT-Unternehmen
Z. B. Einkauf, Verkauf, Entwicklung, entwicklungsbezogene Zusatzleistungen.

■ 3.2 Vollständiges oder teilweises Outsourcing

Aufgaben und Funktionen können vollständig oder nur teilweise ausgelagert werden. Ob ein vollständiges oder nur ein teilweises Outsourcing vorliegt, hängt allerdings von der jeweiligen Sicht (Anbieter oder Kunde) sowie von der Funktion der auszulagernden Aufgaben im Unternehmen des Kunden ab. Diese Unterscheidung ist daher nicht pauschal und mit allgemeiner Gültigkeit möglich.

■ 3.3 Reine Aufgabenübertragung oder beabsichtigte Übertragung auch von Betriebsmitteln und/oder Personal

Eine relativ klare Unterscheidung ist danach möglich, ob der Kunde ursprünglich bei ihm für die Wahrnehmung der auszulagernden Funktionen eingesetzte Betriebsmittel dem Anbieter entweder zur Verfügung stellt oder ihm Nutzungsmöglichkeiten an diesen Betriebsmitteln verschafft. Im Gegensatz dazu könnte sich der Kunde auch darauf beschränken, lediglich die Wahrnehmung der Aufgabe selbst an den Anbieter zu übertragen, beabsichtigt aber keine Übertragung von Betriebsmitteln oder Personal.

Die Frage, welchen Zuschnitt die Vertragspartner für die Übertragung von Aufgaben, Betriebsmitteln und Personal wählen, hat nicht nur wirtschaftliche Bedeutung, sondern kann auch für arbeitsrechtliche Fragen eines zwingenden (Teil-) Betriebsübergangs entscheidend sein.

■ 3.4 Outsourcing oder Outtasking

Die Unterscheidung nach Outsourcing und Outtasking knüpft an den inhaltlichen Vorgaben des Kunden für die Art und Weise der Leistungserbringung durch den

Anbieter an. Während bei Outtasking auch für Details der Leistungserbringung manchmal sehr detaillierte Vorgaben vereinbart werden, könnte bei reinem Outsourcing die Art und Weise der Leistungserbringung dem Anbieter vorbehalten bleiben. In der Praxis sind jedoch auch beim Outsourcing teilweise detaillierte Vorgaben für Einzelheiten der Art und Weise der Leistungserbringung nicht unüblich. Nicht selten sind die Kunden entweder aus gesetzlichen oder betrieblichen Erfordernissen gehalten, genaue Vorgaben mit dem Anbieter zu vereinbaren, etwa bei regulatorischen Anforderungen (Finanzdienstleister, Medizinprodukte etc.) oder bei serviceorientierten internen Strukturen des Kunden mit genauen Prozessvorgaben.

Die Unterscheidung zwischen reinem Outsourcing einerseits und Outtasking andererseits kann in der Praxis häufig nicht streng getroffen werden, jegliche Mischformen und Abstufungen sind denkbar.

■ 3.5 Business Process Outsourcing

Business Process Outsourcing ist ebenfalls kein klar umrissener und abgegrenzter Begriff. Er bezeichnet aber üblicherweise aus Sicht des Kunden die Auslagerung eines in sich geschlossenen Geschäftsprozesses in die vollständige Verantwortung des Anbieters. In der Art und Weise der Übertragung sind auch hier wieder jegliche Formen denkbar.

Für die rechtliche Bewertung eines Outsourcing-Vorhabens und seiner Aspekte ist indes nicht die marktübliche oder die von den Vertragspartnern gewählte Bezeichnung maßgebend. Vielmehr ist entscheidend,

welche Maßnahmen und Vorgehensschritte zwischen den Partnern vereinbart sind und welche Maßnahmen in der Praxis durchgeführt durchgeführt werden. Umso wichtiger ist es, zwischen den Vertragspartnern von vorne herein Klarheit darüber zu schaffen, welche Schritte und Maßnahmen wann von wem ergriffen und durchgeführt werden sollen.

Im Folgenden wird daher nicht auf die ohnehin unscharfen Begrifflichkeiten abgestellt, sondern auf die zugrundeliegenden Vorgehensweisen und Maßnahmen der Vertragspartner.

Partnerschaftlicher Ansatz

(Fast) allen Ansätzen gemeinsam ist eine längere zeitliche Dimension der Zusammenarbeit. Bei wirtschaftlicher Betrachtung der mit Outsourcing verbundenen Umstellungen und Aufwände ist erst eine längere Zusammenarbeit für beide Vertragspartner sinnvoll. Diese zumindest mittelfristige Zusammenarbeit bedingt für beide Seiten einen partnerschaftlichen Ansatz. Einseitig zu Lasten des anderen Vertragspartners erzielte Vorteile schlagen spätestens mittelfristig in ihr Gegenteil um: Zu hohe Preise etwa werden den Kunden zu einer möglichst raschen Beendigung der Zusammenarbeit veranlassen. Bei zu niedrigen Preisen ist dagegen der Anbieter gehalten, seine Kosten für die Leistungen soweit als möglich zu reduzieren mit entsprechenden Auswirkungen auf deren Qualität. Diese Betrachtung gilt nicht nur für Preise, sondern erfahrungsgemäß in gleicher Weise bei vielen anderen relevanten Faktoren. Umso größere Bedeutung kommt der Auswahl des passenden Vertragspartners zu.

4 Ziele des Kunden

Die möglichen Gründe von Kunden, sich näher mit Outsourcing zu befassen sind ebenso unterschiedlich und vielschichtig wie deren Ausgangssituation. Hier können daher nur einige übliche Motivationen des Kunden für Outsourcing genannt werden:

- **Konzentration auf das Kerngeschäft:**
Der Kunde will sein Personal und seine Ressourcen auf sein Kerngeschäft konzentrieren und daher Aufgaben, die er nicht als sein Kerngeschäft ansieht, auslagern.
- **Kosteneinsparung bzw. -optimierung:**
Der Kunde will die Kosten für die Leistungen reduzieren, indem Vorteile einer günstigeren Kostenstruktur für die Leistungserbringung des Anbieters (etwa durch Skaleneffekte) ausgenutzt werden.
- **Personalabbau:**
Der Kunde will dem Personal, das mit der Durchführung wirtschaftlich so beim Kunden nicht mehr sinnvoller Aufgaben betraut ist, eine Möglichkeit der Weiterbeschäftigung und neuer Perspektiven beim Anbieter schaffen.
- **Kompetenzeinkauf:**
Der Kunde will von der größeren Kompetenz des Anbieters profitieren, der die auszulagernden Leistungen als sein Kerngeschäft versteht. Oft will der Kunde dabei auch vertraglich das Risiko mangelnder Leistungserbringung auf den Anbieter verlagern (Risikominimierung).
- **Flexibilität:**
Der Anbieter kann dem Kunden nicht selten mehr Flexibilität in der Durchführung der übertragenen Leistungen bieten, als es dem Kunden mit seinen eingeschränkten Ressourcen und Handlungsspielräumen möglich wäre.

5 Planung und Ablauf eines Outsourcing-Vorhabens¹

Ein Outsourcing-Vorhaben gliedert sich in der Regel in

- die Vorbereitungs- und Planungsphase, zu der die Analyse der Ausgangslage, die Zielbestimmung und die Festlegung des weiteren Vorgehens gehört,
- die Anbahnungsphase mit der Auswahl des Anbieters und den Vertragsverhandlungen,
- die Implementierungsphase mit der Überführung des auszulagernden Bereichs und dem Aufbau des Betriebs (Transition bzw. Transfer to Operate) und schließlich
- den eigentlichen Betrieb.

Betrachtet man das weitere „Leben“ eines Outsourcings, so schließen sich folgende weitere Phasen an:

- die Überprüfung und Optimierung (Review) der Leistungsbeziehungen sowie
- am Vertragsende der Exit mit der Überführung auf einen neuen Anbieter oder aber der Rückführung des ausgelagerten Bereichs (Insourcing).

■ 5.1 Vorbereitungs- und Planungsphase

Die strategische Überlegung, welche Leistungen beziehungsweise welche Unternehmensbereiche ausgelagert werden und wo die Schnittstellen zwischen internen und externen Leistungserbringern zukünftig liegen sollen, steht am Beginn eines jeden Outsourcing. Hieraus folgt die Festlegung des Scope, des funktionalen Umfangs des Outsourcing-Vorhabens. Es sollte unbedingt vermieden werden, hier zu Beginn keine klaren Festlegungen zu treffen, denn der Scope ist Grundlage aller weiteren

Prüfungen, der Strukturierung des Outsourcing und der späteren Ausschreibung.

Es folgt die interne Analyse (Assessment) derjenigen Bereiche, die im Scope sind.

- Welches Personal und welche Assets sind betroffen?
- Welches Datenmaterial liegt hierzu vor?
- Wie hoch sind die derzeitigen Kosten?
- Welche Leistungen werden bislang intern oder vielleicht auch extern erbracht?
- Inwieweit sind die Leistungen bereits beschrieben?
- In welcher Qualität werden die Leistungen derzeit erbracht?
- Stimmt eine Leistungsbeschreibung mit der tatsächlichen Leistungserbringung überein?
- Aus rechtlicher Sicht steht die Machbarkeitsprüfung im Vordergrund: Bestehen rechtliche Hindernisse, zum Beispiel bei der Übertragbarkeit von Lizenzen?
- Sind besondere branchenspezifische Anforderungen bei einem Outsourcing zu beachten (zum Beispiel im Finanzbereich)?

Aber auch der Reifegrad einer Organisation für das Outsourcing ist sorgsam zu prüfen.

Die vorstehende Auflistung behandelt nur einige der im Rahmen der Ist-Analyse zu beantwortenden Fragen. Eine fundierte, selbstkritische Einschätzung – gegebenenfalls unter Einbeziehung externer Berater - bewahrt

¹ S. zu dem Abschnitt auch die BITKOM-Publikationen Benchmarking in Outsourcingprojekten: http://www.bitkom.org/de/publikationen/38337_49030.aspx und Compliance in Outsourcingprojekten: http://www.bitkom.org/de/publikationen/38337_40787.aspx.

vor unrealistischen Erwartungen an ein Outsourcing und führt zu einer angemessenen Formulierung der Soll-Vorgaben für den zukünftigen Anbieter. Nur wer die Art, die Quantität und auch Qualität der übergehenden Leistungen kennt, ist in der Lage, seine Anforderungen an den Anbieter ausreichend präzise und realistisch zu formulieren.

Wie ist aber vorzugehen, wenn Unsicherheit über die Vollständigkeit der Ist-Analyse besteht? Der Kunde muss fürchten, Leistungen vergessen zu haben und bei späteren Leistungsergänzungen mit zusätzlichen Kosten konfrontiert zu werden. Scheinbar nahe liegt es, die detaillierte Leistungsbeschreibung durch eine „Aufweichklausel“ zu erweitern, nach der zum Beispiel ein Anbieter verpflichtet wird, mindestens alle Leistungen zu erbringen, die bislang von dem ausgelagerten Bereich erbracht wurden. Dies verlagert jedoch nur das Problem und zwar auf einen Zeitpunkt, zu dem noch schwieriger festzustellen sein wird, welche Leistungen und insbesondere in welcher Qualität einmal erbracht wurden. Zudem benötigt der Anbieter eine sichere Kalkulationsgrundlage. Sein Interesse ist es daher, dass alle von ihm zu erbringenden Leistungen auch beschrieben sind. Anderenfalls ist er gezwungen, Risikoaufschläge zu kalkulieren. Eine Lösung kann die Vereinbarung einer True-up Due Diligence oder aber auch Joint Verification genannten Überprüfung nach Übergang der Leistungserbringung auf den Anbieter sein. Deren Umfang ist festzulegen, zum Beispiel durch die Beschränkung auf die Verifikation von Annahmen, die der Anbieter aufgrund fehlender oder unzureichender Informationen seinem Angebot zugrunde gelegt hat.

Bei einer erheblichen Unsicherheit über den Ist-Stand sollte jedoch kritisch hinterfragt werden, ob die Planungsphase nicht zu kurz bemessen war. Auch die raffinierteste Vertragsklausel kann das Wissen über die erforderlichen Leistungen nicht ersetzen. Zudem verzichtet der Kunde unnötig auf die Nutzung möglicher Sparpotenziale, wenn er eine Weiterführung des „Ist“ verlangt, obwohl angepasste Service-Level zu Kostenreduzierungen führen könnten.

Die gefundenen Ergebnisse sind – zusammen mit dem Abgleich der eigenen Outsourcing-Strategie - die Grundlage für die Strukturierung des Outsourcing aus technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Sicht. Typische Fragen bei der Strukturierung sind:

- Welchen Einfluss muss sich der Kunde vorbehalten und wie will er den Dienstleister zukünftig steuern?
- Werden Ressourcen vom Kunden beigestellt oder sollen sie alle auf den Anbieter übergehen?
- Soll der auszulagernde Bereich in eine eigene Gesellschaft eingebracht werden, deren Anteile der Anbieter vollständig oder zum Teil übernimmt?
- Auf welchem Weg werden Ressourcen (Assets) übertragen?
- Wie wird ein etwaiger Personalübergang durchgeführt?
- Wie soll das Vertragsverhältnis mit dem Anbieter ausgestaltet werden?
- Schließlich sind bereits in der Planungsphase Service-Level zu definieren, die Grundlage für den Anbieter werden sollen.

■ 5.2 Anbahnungsphase

Bei der Ausschreibung der Leistungen hat sich ein Ablauf durchgesetzt, der mit der Einholung erster Informationen über potentielle Bieter (RFI, Request for Information) beginnt und im nächsten Schritt die Angebotsabgabe für einen dann bereits verkleinerten Kreis vorsieht (RFP, Request for Proposal). Komplexität und Umfang des Outsourcing-Vorhabens entscheiden über die Anzahl etwaiger weiterer Schritte bis zum endgültigen Angebot (BAFO, Best and final Offer) und dem darauf basierenden Vertragsschluss. Aus rechtlicher Sicht können alle im Laufe des Verfahrens abgegebenen Angebote bereits ver-

bindlich sein, so dass es an dem Kunden liegt, inwieweit er weitere Verhandlungen wünscht.

Bei komplexen Outsourcing-Vorhaben nähern sich die Parteien vor der endgültigen Vertragsunterzeichnung durch den Abschluss eines sogenannten Letter of Intent (LoI) oder nach der Abstimmung der wesentlichen Eckpunkte eines Memorandum of Understanding (MoU) an. Derartige Zwischenschritte sind sinnvoll, um bisherige Verhandlungsergebnisse als Grundpfeiler für die weitere Detaillierung festzuhalten. Diesen Vereinbarungen ist gemeinsam, dass sie keine Seite zu einem Vertragsschluss zwingen und insoweit rechtlich unverbindlich sind.

In die Anbahnungsphase fällt auch die Durchführung einer Due Diligence durch einen ausgewählten Kreis von Anbietern (siehe nachfolgend Ziffer 6.1). Die Effektivität einer Due Diligence für die weiteren Vertragsverhandlungen ist maßgeblich von der Qualität der Vorarbeiten abhängig. Annahmen, die nicht in der Due Diligence geprüft werden konnten, können wiederum einer Joint Verification nach Vertragsschluss vorbehalten werden.

Ein typischer Vertragsaufbau ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit den grundlegenden rechtlichen Regelungen und von Leistungsvereinbarungen und Leistungsscheinen mit den konkreten Leistungsbeschreibungen für die einzelnen Bereiche. Die Implementierungsphase wird in einer eigenen Leistungsvereinbarung oder aber in einem gesonderten Projektvertrag geregelt. Für den Übergang von Personal und weiteren Ressourcen schließen die Parteien zeitgleich einen separaten Übertragungsvertrag ab.

■ 5.3 Implementierungsphase

In der Implementierungsphase wird der bestehende Betrieb vom Anbieter übernommen und der Regelbetrieb entsprechend der Soll-Vorgaben der Leistungsbeschreibung aufgebaut. In dieser Phase erfolgt auch der etwaige Transfer von Mitarbeitern und Ressourcen. Die Praxis zeigt, dass es sich hierbei um die kritische Startphase eines Outsourcings handelt, die wesentlich über den

Erfolg des gesamten Vorhabens entscheidet. Auf sie ist daher ein besonderer Augenmerk zu richten. Wichtig ist, diese Implementierungsphase als ein gesondertes Projekt mit einem klaren Maßnahmenplan und eigenen Rechtsregeln aufzusetzen. Einerseits muss die Kontinuität der Leistungserbringung gewährleistet sein, andererseits müssen alle erforderlichen Maßnahmen für die Überleitung ergriffen werden. Möglich ist dies nur in einer gemeinsamen Verantwortung für das Gesamtprojekt der Implementierung, zugleich aber auch mit klaren Verantwortungszuordnungen für einzelne Schritte und Maßnahmen.

Ein mögliches Vorgehensmodell ist die Unterteilung der Implementierungsphase in als Present Mode of Operation (PMO) und Transition Mode of Operation (TMO) bezeichnete Phasen.

Unmittelbar mit dem Transfer von Mitarbeitern und Ressourcen beginnt die PMO-Phase. Sie dient der ersten Stabilisierung nach dem Übergang. Die Leistungen werden „as is“ fortgeführt. Diese Phase muss kurz sein (zum Beispiel ein Monat), da eine Fortführung des Ist-Standes aufgrund interner und externer Veränderungsnotwendigkeiten nur für begrenzte Zeit möglich ist.

In diese Phase fällt auch eine etwaige Joint Verification. Der Anbieter erlangt nun einen tieferen Einblick in den Betrieb und kann insbesondere Angaben des Kunden oder etwaige eigene, dem Kunden als Grundlage für die Angebotserstellung kommunizierte Annahmen prüfen. Zu regeln sind nicht nur der Umfang und der Ablauf einer Joint Verification, sondern auch die Folgen, falls eine Abweichung von Kundenangaben / Anbieterannahmen festgestellt werden. Bewährt hat sich in diesem Zusammenhang die Vereinbarung von Korridoren, die insbesondere die Funktion einer Erheblichkeitsschwelle haben.

Die anschließende TMO-Phase dient der Konsolidierung, dem Übergang zu den vereinbarten Service Level und schließlich deren Stabilisierung. Regelmäßig ist es nicht möglich, dass mit dem „Startschuss“ die Leistungsqualität entsprechend der Vereinbarung steigt, auch wenn dies der Erwartung des Kunden entspricht. Die vielfältigen

Änderungen im Rahmen der Umstellung führen eher zu einem kurzfristigen Leistungsabfall und erst nach einer Übergangsfrist wird die für den Dauerbetrieb vereinbarte Leistungsqualität (Future Mode of Operation) erreicht. Die Regelung einer TMO Phase trägt diesen technischen Gegebenheiten Rechnung. In der TMO-Phase gelten zumeist reduzierte Service Level oder aber Service Level werden noch nicht „scharf“ geschaltet, das heißt etwaige Service Level Credits werden bei Unterschreitungen noch nicht fällig.

■ 5.4 Betrieb / Überprüfung und Optimierung

Nach Abschluss der Implementierungsphase beginnt der Regelbetrieb. Maßgeblich für den Regelbetrieb und damit auch für das Sanktionssystem ist die Leistungsbeschreibung, insbesondere die vereinbarten Service-Level. Diese besondere Bedeutung der Leistungsbeschreibung veranschaulicht nochmals die Notwendigkeit ihrer möglichst präzisen Ausgestaltung. Eine scheinbare Erleichterung bei den Vorarbeiten und den Vertragsverhandlungen durch den Rückzug auf auslegungsbedürftige Oberbegriffe wird im Regelbetrieb zu einer Dauerbelastung für die Vertragsbeziehungen. Es kann bereits Streit darüber entstehen, welche Leistungen in welcher Qualität geschuldet sind und wer für die Nicht- oder Schlechterbringung haftet.

Der Regelbetrieb erfordert einerseits eine Standardisierung, um Kostenvorteile zu nutzen, zugleich aber auch den für den Betrieb des Kunden erforderlichen Grad der

Individualisierung und der Anpassung an sich ändernde Anforderungen beim Kunden. Hierfür ist in dem Vertrag ein geeignetes Change Request Verfahren vorzusehen.

Neben den Änderungsanforderungen können regelmäßige Audits zur Qualitätskontrolle und Technologie-Reviews zur Identifizierung von Optimierungsmöglichkeiten vereinbart werden. Die Wettbewerbsfähigkeit der wirtschaftlichen Konditionen kann im Rahmen eines Benchmarking in regelmäßigen Abständen überprüft werden.

■ 5.5 Exitmanagement

Am Anfang bereits das Ende planen gilt auch für Outsourcing-Vorhaben. Ebenso wie beim Start besteht auch am Ende des Outsourcing-Vorhabens mit dem bestehenden Anbieter das Erfordernis einer Überführungsphase. Zu klären ist zunächst der Umfang der vom Anbieter bei einem Wechsel zu erbringenden Unterstützungsleistungen. Weiterhin ist zu vereinbaren, inwieweit Assets vom Kunden übernommen werden können oder sogar übernommen werden müssen. Zu betrachten sind hier die dedizierten Systeme, das heißt Systeme, die ausschließlich für den Kunden eingesetzt werden, da nur sie übertragen werden können. Shared Service Plattformen können hingegen regelmäßig nicht „geteilt“ werden. Insbesondere ist auch keine Teilung von Softwarelizenzen möglich. Da dedizierte Systeme zu höheren Kosten führen, ist vom Kunden kritisch zu prüfen, inwieweit er sie verlangt.

6 Typische Handlungsfelder in rechtlicher Hinsicht für die Anbahnungs- und Implementierungsphase

■ 6.1 Due Diligence (intern beim Kunden / durch den Anbieter)

Der Begriff Due Diligence kommt ursprünglich aus der US-amerikanischen Transaktionspraxis, bedeutet übersetzt „sorgsame Erfüllung oder im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ und definiert den im Rahmen von geschäftlichen Transaktionen anzulegenden Sorgfaltsmaßstab. Insbesondere durch die zunehmende Anzahl an Akquisitionen und Fusionen ist dieser Begriff auch in Deutschland gebräuchlich geworden. Analog wird er auch bei Outsourcing Projekten verwendet.

Ziel einer Due Dilligence ist die systematische Ermittlung aller Inhalte und der dazugehörigen Prozesse, die für die zu übernehmenden Leistungen relevant sind, damit auf dieser Grundlage eine Bewertung eines Outsourcing Projekts und der vorzunehmenden Maßnahmen stattfinden kann.

Dabei kann es sich zum Beispiel um die nachfolgenden Informationen handeln:

- zu übernehmende Hard- und Software
 - Liste zu übernehmender Anlagengegenstände mit Anschaffungs-/Herstellungsdatum, Anschaffungs-/Herstellungskosten, Nutzungsdauer und Restbuchwert
 - Nutzungsrechte, insbesondere Möglichkeiten der Übertragbarkeit
- zu übernehmende Verträge
 - Verträge mit Leistungsbeschreibungen, Laufzeiten und Kündigungsfristen
 - Vergütung und Zahlungsmodalitäten
- zu übernehmende Mitarbeiter
 - Arbeitsverträge der Mitarbeiter einschließlich weiterer arbeitsrechtlicher Regelungen (z. B. Betriebsvereinbarung, Altersversorgung)
 - Qualifikation und Berufserfahrung der zu übernehmenden Mitarbeiter
 - Zuordnung des Personals zu den Tätigkeitsbereichen
- Beschreibung der internen Prozesse
 - Schnittstellen, Systeme, Applikationen, Betriebsbücher, Datensicherheit und -archivierung etc.

Je nach Aufgabenstellung können auch weitere und gänzlich andere Fragestellungen im Rahmen einer Due Diligence zu betrachten sein. Die oben angesprochenen Themen können daher nur als Beispiele zur Veranschaulichung dienen.

Sowohl für den Anbieter als auch für den Kunden besteht ein hohes Interesse daran, dass alle relevanten Informationen möglichst vollständig und präzise vorliegen. Der Anbieter kann nur dann ein Angebot erstellen, das auf möglichst wenigen (ungeklärten) Annahmen beruht; nur solche Angebote verschiedener Anbieter kann der Kunde sinnvoll vergleichen.

Im Rahmen der Due Dilligence Prüfung sind an vielen Stellen sowohl datenschutzrechtliche Vorgaben als auch vertragliche Geheimhaltungsvereinbarungen zu beachten.

■ 6.2 Übernahme von Personal²

Ob eine Personalübernahme gesetzlich zwingend vorgesehen ist, bestimmt § 613a BGB. Maßgebliche Voraussetzung ist nach § 613a BGB das Vorliegen eines Betriebsübergangs oder der Übergang eines Betriebsteils.

6.2.1 Annahmen für das Vorliegen eines Betriebsübergangs

Einen Betriebsübergang nimmt man grundsätzlich an, wenn auch nach der Veränderung in der Betriebsstruktur die Identität der betroffenen wirtschaftlichen Einheit gewahrt bleibt.

Erkennbar ist dies aber keine eindeutige oder gar formelhafte Herleitung, so dass man in jedem konkreten Einzelfall eine Gesamtwürdigung vornehmen muss.

Bei einer Gesamtwürdigung sprechen nach der Rechtsprechung von EuGH und BAG folgende Aspekte für einen Betriebsübergang:

- Etwaiger Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude, bewegliche Güter.
- Verhältnismäßig hoher Wert der übergebenen immateriellen Aktiva, z. B. Übergang von Patent- und Gebrauchsmusterrechten, Schutzrechten und Lizenzen, Marken, Goodwill.
- Etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft bzw. von Know-how-Trägern.
- Etwaiger Übergang der Kundschaft, z. B. Übertragung einer Kundendatei oder einer Vertriebsberechtigung in einem bestimmten Gebiet.
- Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und den nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten;

- kurze Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeiten.

Zu beachten ist dabei jedoch, dass die zuvor benannten Aspekte nicht einfach einen Checklisten-Charakter haben. Vielmehr gewichtet die Rechtsprechung die vorbenannten Aspekte in Abhängigkeit der ausgeübten Tätigkeit und Produktions-/Betriebsmethoden (= Art des betreffenden Betriebsteils) unterschiedlich:

- Bei betriebsmittelreicher Tätigkeit (meist produzierendes Gewerbe) kommt es auf die Übertragung der wesentlichen materiellen und immateriellen Betriebsmittel an.
- Bei betriebsmittelarmer Tätigkeit (meist Dienstleistung, wo es im Wesentlichen auf menschliche Arbeitskraft und Know-How ankommt), kann Identitätswahrung der wirtschaftlichen Einheit nicht zentral von der Betriebsmittel-Übertragung abhängen, denn diese Übertragung findet ja praktisch nicht statt; entscheidend für die Annahme eines Betriebsübergangs ist hier vielmehr Folgendes:
 - Maßgeblich ist die Identität der wirtschaftlichen Einheit, die sich neben der Tätigkeit/Funktion auch aus anderen Merkmalen ableiten lässt, beispielsweise der Übernahme :
 - des Personals,
 - der Führungskräfte,
 - der Arbeits- und Betriebsorganisation oder Betriebsmethoden,
 - des Know-hows,
 - des Kundenstamms,
 - der bestehende Verträge/Aufträge (Goodwill).

Führt der neue Anbieter nicht nur die betreffende Tätigkeit weiter, sondern übernimmt er aufgrund eigenen Willensentschlusses einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals und setzt diesen wie bisher ein, so ist unter folgenden Annahmen ebenfalls ein Betriebsübergang anzunehmen:

² Der Abschnitt 6.2. wurde mit Unterstützung von Herrn Dr. Rainer Sieg, Siemens AG, erstellt.

- Bei geringerem Qualifikationsgrad muss eine hohe Anzahl der Arbeitnehmer übernommen werden, um von der Übernahme der bestehenden Arbeitsorganisation ausgehen zu können (bei Fehlen anderer Kriterien grds. > 75 % der Arbeitnehmer).
- Bei wesentlicher Prägung des Betriebs durch Spezialwissen/Qualifikation der Arbeitnehmer ist Übernahme der Know-how-Träger ausreichend.

6.2.2 Abgrenzung zu Anteilseignerwechsel und Fremdvergabe

Vom Betriebsübergang abzugrenzen sind die sog. Fremdvergabe und der Anteilseignerwechsel.

6.2.2.1 Fremdvergabe

Von einer Fremdvergabe spricht man typischerweise in Fällen, in denen ohne Übernahme von Personal und/oder Betriebsmitteln einzelne Betriebsaufgaben an Dritte übergeben werden. Dies ist in zwei Konstellationen denkbar, die vor dem Hintergrund der Frage nach dem Vorliegen eines Betriebsübergangs unterschieden werden müssen:

In der Regel stellt der Kunde die entsprechende Dienstleistung/Produktion völlig ein und kauft sie dann von externen Anbietern hinzu. Damit verbundene Arbeitsplätze im Unternehmen entfallen und gehen auch nicht auf den neuen, externen Anbieter über. Die betroffenen Arbeitsplätze entfallen, die Arbeitnehmer werden mit Interessenausgleich und Sozialplan in einen anderen Betriebsteil des Unternehmens versetzt. Ein Beispiel dafür ist das Hosting von Servern, bei dem der neue Anbieter die Leistungen mit eigenen Ressourcen und aufgrund einer eigenen Organisationsstruktur erbringt.

Eine solche Fremdvergabe ist kein Betriebsübergang im hier gemeinten, relevanten Sinne.

Anders zu bewerten ist aber die Situation, in der der bisherige Anbieter den Auftrag entzogen bekommt

(z.B. durch Kündigung oder reguläres Vertragsende) und ein neuer Anbieter nun denselben Auftrag mit identischer Tätigkeit erhält, während die Betriebsmittel weiterhin im Eigentum des Kunden stehen und diese dem Anbieter vom Kunden beigestellt werden.

In der Vergangenheit wurde darauf abgestellt, ob der neue Anbieter diese beigestellten Betriebsmittel eigenwirtschaftlich nutzen konnte und durfte. In einem solchen Fall wurde ein Betriebsübergang bejaht. Konnte und durfte der Anbieter hingegen damit nur eine vom Kunden genau bestimmte Tätigkeit (sozusagen exklusiv für den Kunden) ausführen, wurde ein Betriebsübergang verneint.

Dieses Unterscheidungskriterium hat die neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes indes für rechtswidrig erklärt [Urteil des EuGH vom 15. Dezember 2005 (C 232/04 – C 233/04) zu einem des Arbeitsgerichts Düsseldorf] und auch in solchen Fällen das Vorliegen eines Betriebsüberganges bejaht.

6.2.2.2 Anteilseignerwechsel

Bei einem bloßen Wechsel des Eigentümers durch Anteilsübertragung liegt kein Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB vor. Von einem solchen Anteilseignerwechsel spricht man typischerweise in Fällen, in denen (sämtliche) Anteile am Unternehmen im Rahmen eines Verkaufes („Share Purchase“) an einen neuen Anteilseigner übertragen werden. Bei einem solchen Anteilskauf ändert sich nichts an dem Verhältnis der Arbeitnehmer zu ihrem Arbeitgeber, daher gibt es auch keine Auswirkungen auf Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers.

6.2.3 Informationspflicht bei Betriebsübergang

Der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber hat die Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse auf den neuen Arbeitgeber übergehen, vor dem Betriebsübergang in Textform zu unterrichten. Dabei ist es einerseits nicht notwendig, jeden Arbeitnehmer individuell zu unterrichten oder zu informieren; andererseits müssen verschiedene

Arbeitnehmer-Gruppen auf die jeweils für sie unterschiedlichen Folgen aus dem Übergang gesondert hingewiesen werden.

Der Inhalt der Unterrichtung (§ 613a V BGB) bestimmt sich nach dem Kenntnisstand des Informierenden zum Zeitpunkt der Unterrichtung und umfasst:

- geplanter Zeitpunkt des Übergangs; gemeint ist damit der Zeitpunkt der tatsächlichen Übernahme der Leitungsmacht durch den Erwerber;
- Identität des Erwerbers;
- Grund für den Übergang:
 - das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft (z.B. Verkauf, Umwandlung).
 - wesentliche Beweggründe für Betriebsübergang (z.B. Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit, Nutzung von Synergieeffekten, Konzentration auf das Kerngeschäft, Verringerung der Verluste, Kosten).
- rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen für die betroffenen Arbeitnehmer:
 - Eintritt in Rechte und Pflichten durch Erwerber;
 - Haftung des bisherigen Arbeitgebers und des neuen Inhabers gegenüber den Arbeitnehmern;
 - Verbot der Kündigung wegen des Betriebsübergangs;
 - Folgen für Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge;
 - Widerspruchsrecht nach § 613a VI BGB und Rechtsfolgen des Widerspruchs
 - Information über eventuell vereinbarte Sozialpläne für widersprechende Arbeitnehmer;
- gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern geplante Maßnahmen (z.B. Versetzungen, Entlassungen, Betriebsänderungen und Weiterbildungsmaßnahmen beim neuen Inhaber).

Nachträgliche Änderungen des Sachverhalts führen nicht zur Unrichtigkeit der Unterrichtung; eine Pflicht zur Korrektur besteht nicht.

- Die Unterrichtung hat – siehe oben – in Textform (§ 126b BGB) zu erfolgen; zur Einhaltung der Textform genügt es,
 - dass für die Unterrichtung lesbare, dauerhafte Schriftzeichen verwendet werden,
 - der Erklärende eindeutig erkennbar angegeben wird und
 - der Abschluss der Erklärung erkennbar ist, etwa durch Namensunterschrift.

Auf die eigenhändige (Original-)Unterschrift des Erklärenden kann verzichtet werden.

Da keine schriftliche Urkunde erforderlich ist, kann der Betriebsübergang auch durch Telefax, E-Mail oder Intranet angezeigt werden.

6.2.3.1 Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob von einem Betriebsübergang betroffene Arbeitnehmer, den Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse verhindern können. Jeder Arbeitnehmer hat die Möglichkeit, innerhalb eines Monats nach Zugang der ordnungsgemäßen Unterrichtung dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses schriftlich (§ 126, 126a BGB) gegenüber dem alten Arbeitgeber oder neuen Inhaber zu widersprechen (§ 613a VI BGB). Die Textform (Fax, E-Mail ohne elektronische Signatur) ist nicht ausreichend.

War die Unterrichtung nicht ordnungsgemäß (s. Ziffer 6.2.3), wird die Widerspruchsfrist nicht in Gang gesetzt. Sowohl der alte Arbeitgeber als auch der neue Inhaber können jedoch durch das Nachholen einer ordnungsgemäßen Unterrichtung die Frist wirksam in Gang setzen.

Eine absolute zeitliche Obergrenze hierfür existiert nicht. In extremen Fällen bleiben nur die Rechtsinstitute des Rechtsmissbrauchs und der Verwirkung.

Rechtsfolgen des Widerspruchs

- Das Arbeitsverhältnis zum bisherigen Arbeitgeber bleibt bestehen.

- Das Arbeitsverhältnis geht nicht auf den neuen Inhaber über, gleichwohl aber der Arbeitsplatz bei dem alten Arbeitgeber somit entfallen ist.
- Der alte Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer u.U eine betriebsbedingte Kündigung aussprechen (kein Fall von § 613a IV BGB), wenn eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in keinem Betrieb des Unternehmens möglich ist; freie Arbeitsplätze in anderen Konzernunternehmen muss der Arbeitgeber nur anbieten, wenn der Arbeitsvertrag eine Konzernversetzungsklausel enthält.
- Ein einseitiger Widerruf des Widerspruchs ist nicht möglich, da es sich um eine sog. Einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung handelt.
- Zudem ist der Widerspruch bedingungsfeindlich.

Die Ausübung des Widerspruchs ist aber nur sinnvoll, wenn dem Arbeitnehmer bekannt ist, dass der alte Arbeitgeber passende freie Arbeitsplätze zu besetzen hat, da sonst die Gefahr einer betriebsbedingten Kündigung besteht. Des Weiteren sollte der Widerspruch detailliert begründet werden.

Im Rahmen der sich an eine mögliche betriebsbedingte Kündigung anschließenden vorzunehmenden Sozialauswahl werden nämlich auch die Gründe für den Widerspruch berücksichtigt. Je geringer die Unterschiede in der sozialen Schutzbedürftigkeit sind, desto gewichtiger müssen die Widerspruchsgründe des betroffenen Arbeitnehmers sein z.B. baldiger Arbeitsplatzverlust, wesentliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen.

Verzicht auf das Widerspruchsrecht

Grundsätzlich können Arbeitnehmer auf ihr Widerspruchsrecht verzichten. Hierfür ist eine schriftliche Verzichtserklärung erforderlich. Ein Verzicht durch Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge ist nicht möglich, ebenso wenig ein arbeitsvertraglicher „Blanko-Verzicht“ für den Fall, dass es zu einem Betriebsinhaberwechsel kommen sollte.

6.2.3.2 Folgen für die Betriebsverfassungsorgane

Nach einem Betriebsübergang bleiben sowohl ein bestehender Betriebsrat und ggf. ein Sprecherausschuss der Leitenden Angestellten bei unveränderter Betriebsidentität im Amt.

Erfolgt eine organisatorische Eingliederung des übertragenen Betriebs in einen bestehenden Betrieb des neuen Inhabers, so dass er in diesem aufgeht oder mit einem bereits vorhandenen Betrieb des neuen Inhabers organisatorisch zu einem neuen Betrieb zusammengefasst wird, und besteht dort ein Betriebsrat und Sprecherausschuss, so werden die Gremien verschmolzen.

Betriebsübergänge sollen nicht zu betriebsratlosen Zeiten oder betriebsratsfreien Einheiten führen.

Deshalb gilt vorrangig der Erhalt einheitlicher Strukturen der Interessenvertretung. In Betracht kommt daher auch ein Übergangsmandat des Betriebsrats (§21a BetrVG), d.h., der Betriebsrat des alten Arbeitgebers bleibt auch für die Arbeitnehmer bei dem neuen Inhaber zuständig. Das Übergangsmandat endet, sobald in den Betriebsteilen ein neuer Betriebsrat gewählt und das Wahlergebnis bekannt gegeben ist, spätestens jedoch sechs Monate nach Wirksamwerden der Spaltung. Durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung kann das Übergangsmandat um weitere sechs Monate verlängert werden.

Wird nur ein Betriebsteil übertragen, bleibt der Betriebsrat (und Sprecherausschuss) beim alten Arbeitgeber im Amt, wenn die Betriebsidentität erhalten bleibt.

Ein beim bisherigen Arbeitgeber bestehender Gesamtbetriebsrat bleibt solange im Amt, wie bei diesem die Errichtungsvoraussetzungen des § 47 I BetrVG erfüllt sind, der alte Arbeitgeber also über mindestens zwei Betriebe mit je einem Betriebsrat verfügt.

Die Übertragung von Betriebsteilen führt in der Regel zum Absinken der Arbeitnehmerzahlen oder zum Ausscheiden von Betriebsratsmitgliedern, so dass Neuwahlen notwendig werden (§13 II Nr. 1, 2 BetrVG).

Beim neuen Inhaber sind die Betriebsräte der übertragene Betriebe und betriebsverfassungsrechtlich selbstständiger Betriebsteile gemäß §47 II BetrVG zur Entsendung von Mitgliedern in einem dort bereits bestehenden Gesamtbetriebsrat berechtigt.

6.2.4 Überleitung von Beschäftigungsbedingungen

Die Überleitung von Beschäftigungsbedingungen bei Ausgliederungen wird üblicherweise vertraglich zwischen dem alten Arbeitgeber und neuem Inhaber oder zwischen neuem Inhaber und Betriebsrat verhandelt.

- Themen, die auf Regelungsbedürftigkeit geprüft werden sollten sind u.a.:
 - Betriebliche Altersversorgung
 - Dienstzeitanrechnung
 - Aussage zur Geltung von Tarifverträgen
 - Monats-/ Jahreseinkommen und Zusammenbereich
 - Sonderverträge
 - Belegschaftsaktien
 - Dienstjubiläum
 - Übergangsphase bei Wegfall / Verminderung von Besitzständen
 - Kündigungsschutz bei langer Firmenzugehörigkeit
 - Schwerbehinderte
 - Vorzeitige Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Altersteilzeit
 - Arbeitszeit, Zeitsalden, Urlaub
 - Verbesserungsvorschläge
 - Reisekostenregelung
 - Personenversicherungen, Direktversicherung
 - Firmendarlehen
 - Soziale Einrichtungen und Maßnahmen (z.B. Kantine, Betriebsarzt, Wohnungen, Kuren, ...)
 - Nachteilsausgleich bei späterem Personalabbau
 - Fortführung laufender Ausbildungsverhältnisse (neue Gesellschaft oder bisherige Firma im Auftrag)

- Behandlungen von Bewerbungen der Arbeitnehmer ausgegliederter Einheiten bei bisheriger Firma
- Weitergeltung örtlicher Betriebsvereinbarungen
- Härtefallregelung

Eigene Regelungen über Einkommen, Arbeitszeit und Urlaub sind vielfach entbehrlich, wenn sich dies aus Tarifverträgen, bestehenden Betriebsvereinbarungen bzw. über die Fortführung außertariflicher Beschäftigungsbedingungen ergibt.

Den Arbeitnehmern sind die Überleitungsbedingungen spätestens zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs (in Ausnahmefällen auch später) schriftlich bekannt zu geben. Zweckmäßig erfolgt dies in einem Begleitbrief, der sowohl von dem bisherigen Arbeitgeber als auch vom neuen Inhaber zu unterschreiben ist

6.2.5 Rechtsfolgen des Betriebsübergangs

Ein Betriebsübergang löst erkennbar eine Vielzahl von Rechtsfolgen aus. Die wesentlichen Rechtsfolgen sollen nachfolgend übersichtsartig dargestellt werden.

6.2.5.1 Auswirkungen auf Arbeitsverhältnisse

- Sämtliche im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse gehen auf den neuen Betriebsinhaber über, also auch eventuelle Aushilfsarbeits-, Probearbeits- und Ausbildungsverhältnisse, ebenso die ruhenden Arbeitsverhältnisse;
- der neue Betriebsinhaber tritt kraft Gesetzes in die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Rechte und Pflichten der betroffenen Arbeitsverhältnisse ein;
- eine Kündigung von Arbeitsverhältnissen durch den neuen Betriebsinhaber wegen des Betriebsübergangs ist ausgeschlossen; Kündigungen aus anderen Gründen – und zwar auch aus betriebsbedingten Gründen heraus – sind jedoch zulässig;

6.2.5.2 Auswirkungen auf Beschäftigungsbedingungen

Beschäftigungsbedingungen, die im abgebenden Unternehmen durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarungen geregelt waren und infolge des Betriebsübergangs Teil des Einzelarbeitsvertrags geworden sind, dürfen nach dem Günstigkeitsprinzip für den Zeitraum von einem Jahr ab Betriebsübergang nicht verschlechtert werden.

Hiervon sind jedoch Ausnahmen zulässig:

- besteht im neuen Unternehmen eine Betriebsvereinbarung mit gleichem Regelungsgegenstand wie im übernommenen Betrieb, richten sich Ansprüche der übernommenen Arbeitnehmer nach den Betriebsvereinbarungen im neuen Unternehmen, auch wenn die Regelung für den Arbeitnehmer im Einzelfall ungünstiger ist (Ablösungs- statt Günstigkeitsprinzip);
- gleiches gilt bei beidseitiger Tarifgebundenheit, wenn im neuen Unternehmen ein anderer Tarifvertrag gilt. Änderung durch eine neue Betriebsvereinbarung bzw. einen neuen Tarifvertrag auch zum Nachteil des Arbeitnehmers sind dann schon vor Ablauf der Jahresfrist des § 613a I 2 BGB möglich.

■ 6.3 Mitbestimmung gemäß Betriebsverfassungsgesetz

6.3.1 Einleitung

Outsourcing-Maßnahmen begründen häufig Beteiligungsrechte des Betriebsrats, soweit einer besteht. Dies folgt aus der mit dem Outsourcing häufig verbundenen Veränderung betrieblicher Strukturen, wie dem Abbau von Personal oder der grundlegenden Umstellung von Fertigungsverfahren. Zentrale Frage für die Beteiligung des Betriebsrates ist, ob die Maßnahme zu einer Betriebsänderung im Sinne des § 111 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) führt. Liegt eine Betriebsänderung vor, muss der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat einen

Interessenausgleich versuchen und möglicherweise auch einen Sozialplan abschließen. Auf dem Weg dorthin sind diverse Beteiligungs-, Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrates, u. U. einschließlich der Durchführung gerichtlicher Verfahren zu berücksichtigen.

6.3.2 Betriebsänderung

Eine Betriebsänderung setzt wesentliche Änderungen der betrieblichen Strukturen voraus. § 111 BetrVG sieht einen zentralen Katalog von Maßnahmen vor, die als Betriebsänderung gelten. Dazu gehören die Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebes oder wesentlicher Betriebsteile, die Verlegung des ganzen Betriebes bzw. wesentlicher Betriebsteile, der Zusammenschluss mit anderen Betrieben oder die Betriebsspaltung sowie die grundlegende Änderung der Betriebsorganisation als auch die Einführung neuer Arbeits- und Fertigungsmethoden (z.B. „Lean Production“ oder „Just-in-Time“).

Nicht jeder Outsourcing-Vorgang muss eine Betriebsänderung darstellen. Sobald die betrieblichen Strukturen geändert werden, wird ab Überschreiten gewisser (niedriger) Erheblichkeitsgrenzen jedoch häufig eine Betriebsänderung vorliegen. Beispielsweise kann eine Betriebsänderung bei der Aufspaltung eines Unternehmens z.B. in eine Produktions- und Entwicklungsgesellschaft und in eine separate Verwaltungsgesellschaft vorliegen. Auch die mit dem Outsourcing häufig einhergehende Übertragung von Betriebsteilen (z. B. IT-Abteilung) stellt oft eine Betriebsänderung in Form der Betriebsaufspaltung bzw. der Einschränkung des verbleibenden Restbetriebes dar.

6.3.3 Interessenausgleich

Der Interessenausgleich ist eine Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat, die das Ob, Wann und Wie einer geplanten Betriebsänderung regelt. Anders als bei einem Sozialplan (dazu noch unten) kann der Betriebsrat das Unternehmen zum Abschluss eines Interessenausgleiches nicht gerichtlich zwingen. Nach dem Gesetz muss der Unternehmer einen Interessenausgleich

lediglich versuchen. Scheitert dieser Versuch, kann das Unternehmen die geplante Maßnahme durchführen, selbst wenn der Betriebsrat nicht zugestimmt hat.

Das Interessenausgleichsverfahren verlangt die rechtzeitige und umfassende Unterrichtung des Betriebsrates über die geplanten Maßnahmen. Zudem muss das Unternehmen mit dem Betriebsrat über die geplante Maßnahme beraten. Das Unternehmen muss den Betriebsrat dabei möglichst frühzeitig über die geplanten Maßnahmen, also noch vor Beginn der Durchführung der Maßnahmen, informieren. Im Ergebnis soll der konkrete Plan an sich noch nicht feststehen, damit der Betriebsrat auf die Maßnahme noch Einfluss nehmen kann. Bei Unternehmen mit mehr als 300 Arbeitnehmern kann der Betriebsrat auch einen Berater ohne vorherige Vereinbarung mit dem Arbeitgeber beiziehen. Kommt eine Einigung nicht zustande, muss ggf. die sog. Einigungsstelle beim Arbeitsgericht angerufen und dort im Zweifel das Scheitern der Einigungsbemühungen festgestellt werden. Andernfalls liegt kein ausreichender Versuch einer Einigung im Sinne des Gesetzes vor.

Führt das Unternehmen die Maßnahme ohne den Versuch eines Interessenausgleichs durch, können für die nachteilig durch die Maßnahme betroffenen Arbeitnehmer Abfindungsansprüche entstehen. Diese können bis zu 12 Monatsgehälter betragen. Zudem können die Arbeitnehmer Ansprüche auf den Ausgleich anderer wirtschaftlicher Nachteile für einen Zeitraum bis zu 12 Monaten haben.

6.3.4 Sozialplan

Anders als der Interessenausgleich ist der Sozialplan regelmäßig durch den Betriebsrat gerichtlich erzwingbar. Der Sozialplan soll etwaig entstehende wirtschaftliche Nachteile, die den Arbeitnehmern in Folge der geplanten Betriebsänderung entstehen, ausgleichen oder zumindest mildern. Die notfalls durch das Gericht in der Einigungsstelle bei Scheitern jeglicher Verhandlungen festgesetzten Regelungen für einen Sozialplan setzen bei den konkreten wirtschaftlichen Nachteilen an, die den

von der Maßnahme betroffenen Arbeitnehmern entstehen. Kern des Sozialplanes sind regelmäßig bei Verlust von Arbeitsplätzen umfassende Abfindungsregelungen, also wer eine Abfindung erhält, in welcher Höhe usw. oder sonstige finanzielle Ausgleichsregelungen, z.B. Fahrtkostenzuschüsse oder Umzugshilfen. Zum Ausgleich oder zur Milderung dieser Nachteile kann die gerichtliche Einigungsstelle verbindlich entscheiden. Zwar ist das Gericht dabei nicht an gesetzliche Höchstgrenzen insbesondere für Abfindungen gebunden. Allerdings sind begrenzend die bloße Überbrückungsfunktion des Sozialplans sowie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens zu berücksichtigen. Im Fall von Verbindlichkeiten, Verlusten, fehlender Liquidität oder Überschuldung des Unternehmens wirkt dies entsprechend reduzierend auf die Sozialplandotierung.

6.3.5 Sanktionen bei Verletzung der Beteiligungsrechte nach §§ 111 ff BetrVG

Fehler des Arbeitgebers bei der erforderlichen Unterrichtung und Beratung mit dem Betriebsrat können eine Ordnungswidrigkeit darstellen, die mit Geldbußen bis zu € 10.000,00 geahndet werden können. Zum Teil soll auch die Durchführung von Betriebsänderungen im Wege der gerichtlichen einstweiligen Verfügung dem Arbeitgeber untersagt werden können, sofern es noch nicht zum Abschluss des Interessenausgleichsverfahrens gekommen ist. Die Höhe der damit zusammenhängenden Sanktionen ist im Einzelnen ungeklärt, diese können aber u.U. Ordnungsgelder von bis zu € 250.000,00 bedeuten.

6.3.6 Sonstige Informations- und Unterrichtsrechte

Neben den Beteiligungsrechten der §§ 111 ff. BetrVG unterliegt der Arbeitgeber auch einer allgemeinen Unterrichtungspflicht gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG. Nach dieser Regelung sind dem Betriebsrat auch die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Des Weiteren gibt es noch spezielle Unterrichts- und Beratungsrechte,

die im Zusammenhang von Outsourcing-Maßnahmen entstehen können, z.B. bei der Gestaltung von Arbeitsplätzen, des Arbeitsablaufes und der Arbeitsumgebung oder bei Versetzungen und Kündigungen. Schließlich besteht neben den Informationspflichten des Betriebsrates auch regelmäßig eine Informationsverpflichtung des Arbeitgebers gegenüber dem Wirtschaftsausschuss, sofern dieser gebildet wurde. Die Verletzung der vorstehenden Rechte kann ebenfalls mit entsprechenden Bußgeldern von bis zu € 10.000,00 geahndet werden.

Insgesamt ist es ratsam, bei Planung und Durchführung von Outsourcing-Maßnahmen den Betriebsrat entsprechend zu beteiligen. Die Missachtung der Beteiligungsrechte des Betriebsrates kann neben der Verwirkung von Bußgeldern, insbesondere auch zur Verhärtung der Fronten zwischen den Betriebsparteien und damit zu einer Verzögerung oder Blockade der beabsichtigten Maßnahme mit entsprechenden finanziellen Konsequenzen führen.

■ 6.4 Beachtung der kartellrechtlichen Implikationen

Bei Outsourcingdeals an denen umsatzstarke Unternehmen beteiligt sind, ist zu prüfen, ob dieses Outsourcinggeschäft nicht der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle unterliegt.

Die Begriffe Zusammenschluss- oder auch Fusionskontrolle sind hierbei im weiten Sinn zu verstehen. Die Vorschriften greifen nicht nur wenn die Unternehmen „fusionieren“ sondern sind auch bei einem Outsourcingvorhaben zumindest zu prüfen, da ein Zusammenschluss im Sinne dieser Regelungen auch vorliegen kann, wenn ein Unternehmen das Vermögen eines anderen Unternehmens zu einem wesentlichen Teil erwirbt. Dies kann auch schon dann der Fall sein, wenn im Rahmen eines Outsourcings ein Geschäftsbereich übernommen wird.

In Deutschland ist das Bundeskartellamt für die Fusionskontrolle gem. §§ 35 ff GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) zuständig. Es ist zu prüfen, ob ein

Outsourcingvorhaben nicht vorab dem Bundeskartellamt gemeldet werden muss, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr

- insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen Euro erzielt und
- mindestens eines der beteiligten Unternehmen innerhalb Deutschlands Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro erzielt haben.

In Fällen mit „gemeinschaftsweiter Bedeutung“ ist nicht das Bundeskartellamt sondern die EU - Kommission zuständig. Eine gemeinschaftsweite Bedeutung liegt vor, wenn

- die beteiligten Unternehmen weltweit einen Umsatz von zusammen mehr als 5 Milliarden Euro und
- mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen gemeinschaftsweiten Umsatz von mehr als 250 Millionen Euro erzielt haben.

Sie kann auch dann vorliegen, wenn der weltweite Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen mehr als 2,5 Milliarden Euro beträgt und weitere, in der sog. Fusionsverordnung (VO (EG) Nr. 139/2004) im Einzelnen benannte Umsatzschwellen erreicht sind.

In all diesen Fällen ist zu prüfen, ob ein Zusammenschluss kontrollpflichtig ist. Weitere Information zu Voraussetzungen, Ausnahmefällen und Verfahren finden sich auf der Internetseite des Bundeskartellamts unter:

www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/merkblaetter/Fusionskontrolle/MerkblFusion.php

Die EU-Kommission hat 2007 in der „Konsolidierte[n] Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen“ gemäß der Fusionskontrollverordnung näher zu den Kriterien Stellung genommen, nach denen eine Anmeldepflicht bei Outsourcing-Vorhaben beurteilt wird, bei denen keine Geschäftsanteilsübertragung stattfindet. Werden nur Assets wie Hard- und Software, Personal und/ oder Vertragsbeziehungen auf den Anbieter übertragen, beurteilt

die EU-Kommission das Bestehen einer Anmeldepflicht im Wesentlichen danach, ob mit diesen übertragenen Gegenständen zugleich ein Geschäftsbereich mit eigener Marktpräsenz auf den Anbieter übertragen wird. Diese Frage muss jeweils anhand der Besonderheiten des konkreten Outsourcing-Vorhabens überprüft werden.

■ 6.5 Spezifische inhaltliche Anforderungen

In einigen Sektoren bestehen spezielle gesetzliche Anforderungen, die im Zusammenhang mit einem Outsourcingvorhaben zu beachten sind. Dies betrifft z. B. medizinische Bereiche und auch das Finanzwesen. Insoweit sollte unbedingt zusätzlicher fachlicher Rat eingeholt werden.

7 Typische Handlungsfelder in rechtlicher Hinsicht für die Betriebsphase

■ 7.1 Service Level Agreements

Um zu bewirken, dass im Rahmen eines Outsourcings übertragene IT-Bereiche durch Dritte mit gleicher Qualität, wenn nicht sogar besser erledigt werden, wird häufig ein sog. Service-Level-Agreement (SLA) vereinbart.

In der Regel wird im Rahmen von Outsourcingmaßnahmen ein sog. Rahmenvertrag abgeschlossen, der sehr allgemein gehalten ist und nur die grundlegenden Rechte und Pflichten der Parteien (u.a. allgemeine Grundsätze zur Leistungserbringung und Mitwirkungspflichten im Allgemeinen, ggf. Gewährleistung, Haftung, Vertrags- und Konfliktmanagement, Laufzeit) regelt. Darunter werden in sog. Leistungsscheinen die Einzelleistungen im genauen Umfang festgelegt. In der Regel neben ggf. auch innerhalb des jeweiligen Leistungsscheins wird schließlich in SLAs der quantitative und qualitative Standard der Leistungserbringung festgelegt.

Die typische Aufgabe eines SLA ist also die Regelung von Leistungsmerkmalen. Mittels eines SLA soll die Qualität, Zuverlässigkeit und Verfügbarkeit der vertraglich vereinbarten Leistungen gesichert werden.

Eine allgemein gültige Definition des Begriffs „Service-Level-Agreement“ gibt es nicht. Es hat sich aber ein Begriffsverständnis durchgesetzt demzufolge ein SLA:

- sich auf standardisierte und messbare Leistungen des Anbieters bezieht,
- einen auf den Einzelfall bezogenen Quantitätsstandard einer Leistung festlegt,
- eine für den Einzelfall definierte Qualität festlegt,
- eine explizite Regelung bzgl. der Kontrolle der geforderten Qualität und Quantität enthält und

- in der Regel – wenn auch nicht zwingend – Sanktionsregelungen für den Fall des Nichterreichens der Qualität oder der Quantität enthält.

Ggf. muss im Vertrag auch eine Anpassungsmöglichkeit vorgesehen werden. Dabei geht es vor allem um eine realistische Einschätzung der speziellen Bedürfnisse; letztlich handelt es sich hierbei um das altbekannte Problem der Definition des Vertragsgegenstandes.

Zunächst einmal werden beide Parteien im Bereich der zwischen ihnen abzuschließenden Vereinbarungen gezwungen, den Vertragsgegenstand klar zu definieren. So kann der Kunde einschätzen, was ihn erwartet und der Anbieter kennt die Pflichten, an die er vertraglich gebunden ist. Bei einer sorgsam Ausformulierung eines SLA wird die Zusammenarbeit beider Parteien vor potentiell kritischen Situationen bewahrt. Je präziser die Vereinbarungen im SLA formuliert sind, desto eher kann eine Auslegung in die eine oder andere Richtung und der damit regelmäßig einhergehende Streit im Interesse einer weiteren Zusammenarbeit vermieden werden.

Die Interessen des Kunden sind gewahrt, da dieser, wenn er sein Geschäftsmodell mit den Leistungen des Anbieters „vernetzt“ genau einschätzen kann, ob das ihm Angebotene seinen Bedürfnissen entspricht.

Die Interessen des Anbieters sind gewahrt, da von ihm nicht mehr verlangt werden kann, als das, was präzise im SLA festgelegt worden ist. Jede Mehrleistung ist gesondert zu vergüten.

Bei einem SLA sind insbesondere die nachfolgend aufgeführten Begrifflichkeiten und Definitionen zu beachten und in eine entsprechende Vereinbarung einzubeziehen:

7.1.1 Verfügbarkeit

Verfügbarkeit ist die Möglichkeit des Kunden, die Funktionalitäten der entsprechenden Anwendung während der Leistungszeit zu nutzen. Es müssen insoweit konkrete Kriterien vereinbart werden, an Hand derer man feststellen kann, ob das System verfügbar ist, bzw. wie man den Grad der Verfügbarkeit für einen bestimmten Zeitraum bestimmen kann. Welche Kriterien die Parteien im Einzelnen vereinbaren, hängt unter anderem von ihren konkreten technischen Möglichkeiten ab, sowie ggf. vom Verhältnis von Aufwand zu Nutzen.

7.1.2 Verfügbarkeitsquote

Ausfallzeiten sind nie ganz zu vermeiden. Eine 100 %ige technische Verfügbarkeit, erst recht über längere Zeiträume, ist meist nicht zu erreichen. Zum einen sind ITK-Anlagen bzw. Systemkreise komplexe Systeme und beinhalten i.d.R. komplizierte Vernetzungen, so dass Ausfälle auf Grund von Fehlfunktionen nie ganz zu vermeiden sind, zum anderen erfordern auch nicht zu vermeidende Wartungsarbeiten in manchen Fällen sogar ein Abschalten des gesamten Systems.

Es ist deshalb ratsam festzulegen, welche (geplanten) Ausfallzeiten aus der Verfügbarkeit herausgerechnet werden sollen – z.B. die durch die zu erbringende Pflege bzw. die erforderliche Wartung bedingte Ausfallzeit. Im Übrigen wird dann eine fehlerbedingt mögliche - sanktionslos zulässige – Ausfallzeit vereinbart, die in einer Verfügbarkeitsquote in Form eines Prozentsatzes je Zeiteinheit auszudrücken ist.

Bei der Verfügbarkeit, d.h. bei der Nutzungsmöglichkeit/ Gebrauchsbereitschaft ist auch zu unterscheiden, ob sich diese auf ein Gesamtsystem (sog. Gesamtverfügbarkeit) oder auf einzelne Komponenten (sog. Teilverfügbarkeit) beziehen soll.

Bei Verfügbarkeitszusagen sind insbesondere folgende Punkte zu beachten:

- Welche Leistungen soll die Verfügbarkeit umfassen?
- Inwiefern sollen Teil- und Gesamtverfügbarkeit voneinander abhängig sein?
- Welche Vorgaben bestehen im Hinblick auf die vom Kunden eingesetzte Hard- und Software?
- Wie viele Nutzer sollen angeschlossen werden?
- Unter welchen Umständen soll von einer „Nichtverfügbarkeit“ des Systems ausgegangen werden?

Wichtig ist in Bezug auf die Nichtverfügbarkeit die Festlegung der Bezugsgröße. Es macht erhebliche Unterschiede ob sich die Verfügbarkeit auf ein Jahr, ein Quartal, einen Monat, eine Woche, einen Tag oder eine Stunde bezieht. Wird z.B. zwischen Anbieter und Kunden eine Verfügbarkeit von 98,5 % vereinbart, kann das System bei einem Bezugszeitraum von einer Woche 2,52 Stunden pro Woche, bei einem Bezugszeitraum von einem Jahr, 131,4 aufeinander folgende Stunden (also fast 5,5 Tage) ununterbrochen stillstehen, ohne dass eine Verletzung des SLA vorliegen würde.

Wichtig ist im Weiteren auch die Referenz für die Prozentangabe, das heißt auch hier der Bezugszeitraum. Nicht eindeutig bestimmte Angaben, wie Tag (Kalendertag oder eine gleitende Zeiteinheit von 24 Stunden) Woche (Kalenderwoche oder sieben Tage) oder Monat (Kalendermonat oder 30 Tage) sollten auf jeden Fall vermieden werden.

Was sinnvoller Weise vereinbart werden sollte, richtet sich nach dem jeweiligen Anwendungsbereich und Einzelfall.

7.1.3 Externe Eingriffe

Eine mangelnde Verfügbarkeit kann sich auch aus „Angriffen“ von außen ergeben, die der Anbieter nicht verursacht hat. So sind z.B. Rechnerüberlastung und zum Stillstand führende Hackerangriffe denkbar.

Üblich sind Verfügbarkeitseinschränkungen, soweit sie im Verhältnis zwischen Anbieter und Kunden nicht unter der Kontrolle des Anbieters stehen. So wird ein Anbieter, der z.B. reines ASP (Application Service Providing) anbietet, verständlicherweise die Haftung für Funktionsstörungen von Telefon bzw. Datenleitung ausschließen, für Stromausfälle außerhalb seines Rechenzentrums und für Ausfälle von Rechnern, die nicht in seinem Einflussbereich stehen. Dem entspricht es, dass der Anbieter ebenfalls die Haftung für das Funktionieren von Komponenten, die der Kunde bereitzustellen hat (z. B. Verkabelung im Hause des Kunden, Internetzugang, Rechner, Browser) ausschließt.

7.1.4 Messungen und Messverfahren

Sinnvoll sind Verfügbarkeitszusagen nur, wenn die Einhaltung der Verfügbarkeit technisch genau gemessen wird. Die Parteien müssen sich hierfür auf ein Messverfahren/-programm zur Feststellung der Verfügbarkeit und des Reportings einigen.

Hierzu ist es nötig, dass wenn gemessen werden soll, auch vereinbart wird, wie und wie oft gemessen wird. Im Detail zu regeln sind dabei Art und Umfang der Messungen, insbesondere ob ständig oder nur zeitweilig bzw. stichprobenartig gemessen werden soll. Bei letzterem sind dann auch die Messintervalle und Messzeitpunkte festzulegen.

Es sollte dann auch geregelt werden, welches manipulationssicherere Messprogramm zuverlässig Informationen über die Verfügbarkeit aufzeichnen kann und an wen diese Aufzeichnungen geliefert werden und schließlich, wer die Kosten zu tragen hat, die durch die Messung der Verfügbarkeit verursacht werden.

7.1.5 Verpflichtung zur Einhaltung von Reaktions-/Wiederherstellungszeiten

Bei Störungen, die zu einem ganzen oder teilweisem Ausfall der Funktionsfähigkeit führen, benötigt ein

Kunde ferner eine zügige Reaktion des Anbieters und eine zuverlässige Wiederherstellung der Funktionalität.

Die Vereinbarung von Reaktionszeiten ist deshalb z.B. im Bereich der Pflege/Wartung von Soft- und Hardware Normalität; auch die Abhängigkeit der Reaktionszeiten von der Schwere der Auswirkung der Störung. Was allerdings geleistet werden muss, damit die Reaktionszeit als eingehalten gilt, kann durchaus unterschiedlich sein.

Bei kritischen Anwendungen – wie z.B. Hochverfügbarkeitssystemen/-diensten – wird meist auch die Vereinbarung einer Wiederherstellungszeit bzw. –frist, bis zu deren Ablauf eine etwa nicht arbeitende Funktionalität wieder hergestellt sein muss, sinnvoll sein.

7.1.6 Pflege- und Wartungsfenster

Neben nicht vorhersehbaren technischen Fehlern, die stets auftreten können, sind in Bezug auf Ausfallzeiten auch regelmäßige Pflege- und Wartungszeiten von erheblicher Bedeutung. Diese Zeiten können entweder als feste Pflege-/Wartungsfenster oder als variable Pflege-/Wartungszeiten mit einer entsprechenden Vorlaufzeit festgelegt werden. Diese Zeiten sind dann nicht in die Verfügbarkeitsquote mit einzurechnen.

7.1.7 Sanktionen für Nichteinhaltung der Service Level

Die Parteien sollten Regelungen treffen, welche Folgen die Nichteinhaltung der in einem SLA vereinbarten Leistungsstandards hat. Hierfür sind verschiedenste Möglichkeiten denkbar, z.B. dass der Kunde von der Entrichtung der vereinbarten Vergütung im Umfang der Nichteinhaltung befreit wird, oder das Festlegen einer pauschalierten Minderung oder eines pauschalierten Schadensersatzes; Vereinbarung etwaiger Vertragsstrafen oder/und schließlich im Wiederholensfall ein Recht des Kunden zur Kündigung des Vertrages.

Was sinnvoller Weise vereinbart werden sollte, richtet sich nach dem jeweiligen Anwendungsbereich und Einzelfall.

■ 7.2 Vergütung

Üblich ist, dass die vereinbarten Outsourcingleistungen entweder je Leistungseinheit oder je Zeiteinheit vergütet werden. Möglich ist auch die Vereinbarung einer pauschalen Vergütung. Bei Outsourcingleistungen, die über einen längeren Zeitraum erbracht werden, ergeben sich (in der Regel) Entwicklungen, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht genau vorhergesagt werden können. Das sind nicht nur die Entwicklungen der Lohnkosten. Es können auch kostenwirksame Entwicklungen zum Beispiel im Bereich der Hardware, der Ersatzteile oder der Software sein. Um über die Vertragsdauer hinweg diesen Veränderungen Rechnung tragen zu können, bieten sich während des laufenden Vertrages vor allem zwei Vorgehensweisen an: Change Request Verfahren (für Leistungen einschließlich der Preise), Benchmarking (definierter Leistungs- und Preisvergleich mit Marktangeboten,) dafür sind detaillierte Regelungen erforderlich. Weiterführende Informationen enthalten die BITKOM-Publikationen *Benchmarking in Outsourcingprojekten*: www.bitkom.org/de/publikationen/38337_49030.aspx und *Compliance in Outsourcingprojekten*: www.bitkom.org/de/publikationen/38337_40787.aspx.

7.2.1 Vergütungsrelevante Aspekte

Typischerweise können die folgenden Aspekte Relevanz für die Vergütung und deren Änderung haben (die Darstellung ist nicht abschließend):

Technische Weiterentwicklung

Häufig wird es im Interesse des Kunden sein, dass technische Neuerungen und besonders neue Softwareentwicklungen vom Anbieter umgesetzt werden, was neben den Umsetzungskosten auch im laufenden Betrieb von kalkulatorischer Bedeutung sein kann (z. B. Schulung der Mitarbeiter auf neuer Software). All dies wird bei der

Vergütungsregelung zu bedenken sein. Dabei wird die Absicherung der reinen Lohnkosten bspw. durch Referenzierung auf Veränderungen einer bestimmten Lohngruppe eines bestimmten Tarifvertrages nur als Teillösung angesehen werden können.

Skalen- und Summeneffekte

Die eigentlichen Outsourcingleistungen werden entweder je Leistungseinheit oder je Zeiteinheit vergütet. Hier kann es sein, dass bei einer signifikanten Änderung (z. B. mehr Nutzer) Effekte (im Beispiel Synergieeffekte) eintreten, die eine andere Kalkulation ermöglichen bzw. erfordern. Soweit dies möglich ist, sollte man sich über die denkbaren Veränderungsvarianten Gedanken machen und den Einfluss auf die Vergütung regeln. Wenn bei Vertragsschluss nicht abgeschätzt werden kann, welchen Einfluss etwaige Veränderungen auf die Vergütung haben werden, kann die Lösung dieser Frage auf eine dritte Instanz (evtl. ist im Vertrag ein Eskalationsverfahren vorgesehen – sonst auf Sachverständigen oder schiedsgutachterliche Entscheidung) übertragen werden.

Häufig werden mehrere Leistungen auf den Anbieter übertragen. Sind die Leistungen einzeln kündbar, kann auch dies auf die Kalkulation Einfluss haben, so dass die Kündigung einzelner Leistungen eine Veränderung der Vergütungsstruktur/-höhe der übrigen Leistungen zur Folge hat.

Festlegung vergütungsrelevanter Faktoren und Spannbreiten

Insgesamt ist zu den kalkulationsrelevanten Veränderungen anzuraten, dass die Basisdaten vertraglich festgelegt werden (z. B. die Kalkulation basiert auf einer Vertragslaufzeit (Zeitfaktor) einer Nutzerzahl von (quantitativer Faktor) und einer Nutzung sämtlicher vertragsgegenständlicher Leistungen im Releasestand zum Übernahmezeitpunkt (inhaltlicher Faktor). Weiter sollte, soweit möglich, jede denkbare Veränderung mit einer Folge belegt werden, wobei sich z. B. im Bereich des quantitativen Faktors Toleranzgrenzen anbieten, damit nicht jede kleine Änderung einen Anpassungsbedarf auslöst.

Nur dann, wenn die Änderungen oder die sich daraus ergebenden Folgen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht zuverlässig abgeschätzt werden können, sollte die Lösung dieser Frage an die „dritte Instanz“ (s. vorheriger Auflistungspunkt) übertragen werden.

Zusatzleistungen

Während der Vertragslaufzeit kann es sich ergeben, dass Zusatzleistungen erbracht werden sollen, die zwar inhaltlich dem Leistungsbereich des Anbieters zuzuordnen, aber vom ursprünglichen Leistungsumfang des Outsourcingvertrages nicht erfasst sind. Es ist sinnvoll, für solche Fälle sowohl festzulegen, ab wann eine gesonderte Regelung (kann als Change-Request-Prozess bezeichnet werden) getroffen werden muss, welchen Regeln dieser Prozess folgt und welche Eckdaten hierfür gelten. So bietet es sich an, ein bestimmtes Kontingent an Leistungen pro Zeiteinheit (z. B. Kalenderjahr) zur Verfügung zu stellen, die für solche – kleineren - Zusatzleistungen genutzt werden können, wobei der Begriff „kleinere“ definiert werden sollte (z. B. bis zu einem geschätzten Aufwand von 24 Stunden) und ob eine Übertragbarkeit in die nachfolgende Zeiteinheit möglich sein soll. Für den Change-Request-Prozess empfiehlt sich ein formalisiertes Verfahren, das zumindest die Einbindung der notwendigen Entscheidungsträger und die Schriftlichkeit des Ergebnisses gewährleistet. Weiter kann der Tages-/Stundensatz für einen gewissen Zeitraum festgeschrieben werden.

Leistungen bei Beendigung

Bei einer Beendigung der Leistungen werden für die Rückübertragung zusätzliche Leistungen des Anbieters notwendig. Auch hier sollte man sich schon vor Beginn des Vertrages Gedanken darüber machen, welche das sind, ob und in welchem Umfang diese vergütungspflichtig sind.

7.2.2 Sonderkündigungsrechte und Abgeltung

Outsourcingverträge sind komplex und häufig sind Möglichkeiten zur ordentlichen oder außerordentlichen

Kündigung des Vertrages in diesem normiert. Für diese Fälle sind Regelungen für eine Restabgeltung erforderlich. So kann es ein Modell sein, dem Kunden des Anbieters ein beliebiges Recht zur Kündigung ohne Grund einzuräumen, soweit der Kunde dann eine Restabgeltung (z. B. Prozentsatz von Regelvergütung multipliziert mit Anzahl der Monate Restlaufzeit) vornimmt.

7.2.4 Rabatte

Der Anbieter verdient an den eigentlichen Outsourcingleistungen. Daher kann es im Interesse des Anbieters liegen, seinem Kunden für die Zusatzleistungen und eventuell auch für die initialen Leistungen einen besonders günstigen Stunden-/Tagessatz anzubieten. Das kann über ein Kontingent erfolgen oder über eine Rabattstaffel oder über eine Rückvergütung bei Überschreiten von bestimmten Mengen an abgeforderten Zusatzleistungen. Auch in diesem Falle sollte der Vertrag Regelungen zur Übertragbarkeit oder Nichtübertragbarkeit der Kontingente (z. B. von einem Vertragsjahr in das nächste) enthalten.

7.3 Mitwirkungs- und Beistellungspflichten des Kunden

Wie bei jedem leistungsbezogenen Vertrag stehen auch im Rahmen einer Outsourcing-Vereinbarung die vom Anbieter zu erbringenden Leistungen naturgemäß im Vordergrund. Nicht selten bedarf der Anbieter jedoch als Voraussetzung für die ordnungsgemäße Erfüllung seiner Leistungsverpflichtungen der Mitwirkung des Kunden, sei es aus rein tatsächlichen Gründen, weil bestimmte Leistungsvoraussetzungen in der Betriebssphäre des Kunden liegen und somit nur von ihm erbracht werden können oder sei es aufgrund entsprechender ausdrücklicher Vereinbarungen. Die nachfolgende, beispielhafte Aufzählung allgemeiner Mitwirkungspflichten des Kunden soll dies verdeutlichen:

- Bereitstellung aller Informationen und Unterlagen, die zur vereinbarten Leistungserbringung erforderlich sind

- Benennung und Freistellung von verantwortlichen Ansprechpartnern für Terminabsprachen und die Erteilung verbindlicher und fachlich richtiger Angaben auf die Fragen des Anbieters sowie von kompetenten Mitarbeitern / Schlüsselpersonen aus den Fachabteilungen im erforderlichen Umfang
- Bereitstellung aller erforderlichen Arbeitsmittel, Räumlichkeiten und ungehinderter Zugangsmöglichkeiten in ausreichendem Umfang für die vereinbarte Leistungserbringung vor Ort
- Rechtzeitige und bedarfsgerechte Herbeiführung von Abstimmungen und Entscheidungen

Obwohl sich im Rahmen der Mitwirkungspflichten auf Seiten des Kunden wesentliche und unwesentliche Mitwirkungen unterscheiden lassen, wird der Kunde dem Anbieter z.B. die Nichterfüllung einer Leistungsverpflichtung vor Ort kaum vorwerfen können, wenn er es selbst versäumt hat, dem Anbieter entsprechende Zugangsberechtigungen zu gewähren. Ein anderer Fall, der die Notwendigkeit einer intensiven Zusammenarbeit des Kunden mit dem Anbieter noch deutlicher zeigt, ist die unerlässliche Kooperation beider Parteien im Rahmen eines Projekts zur Erstellung einer Individualsoftware. Ohne die Spezifikation der Anforderungen durch den Kunden und ein darauf basierendes, gemeinsam abgestimmtes Pflichtenheft, ist der Anbieter nicht in der Lage, Erfolg versprechende Programmierarbeiten durchzuführen.

Neben den vorgenannten allgemeinen Mitwirkungspflichten werden im Rahmen eines Outsourcing-Vorhabens zugunsten des Anbieters regelmäßig u.a. auch noch folgende Mitwirkungen und Beistellungen durch den Kunden vereinbart:

- Beistellung von Tools und Software-Lizenzen
- Beistellung von Flächen und Infrastruktur
- Gewährung von Zugriffsrechten auf Kundensysteme
- Beistellung von Fremdleistungen

Falls der Kunde seine Mitwirkungs- oder Beistellungsverpflichtung nicht erfüllt, ergeben sich dadurch folgende Konsequenzen:

- In der Regel enthält die Outsourcing-Vereinbarung eine ausdrückliche Regelung, dass der Anbieter in einem solchen Fall, ggf. nach vorheriger, fruchtloser Information des Kunden, von der betroffenen Leistungsverpflichtung frei wird. D.h. im Falle zeitlicher Verzögerungen, die auf die Nichterfüllung einer Mitwirkungspflicht durch den Kunden zurückzuführen sind, tritt kein Verzug des Anbieters ein und somit auch keine etwaigen Pönale-Verpflichtungen.
- Falls die Outsourcing-Vereinbarung keine ausdrückliche Regelung enthält, ergeben sich für den Anbieter, nachdem er den Kunden zur Mitwirkung innerhalb einer angemessenen Frist aufgefordert hat und Annahmeverzug (vgl. §§ 293 ff BGB) eingetreten ist, weil der Kunde die erforderliche Mitwirkungshandlung nicht innerhalb der gesetzten Frist vorgenommen hat, folgende gesetzlichen Möglichkeiten:
 - Anspruch auf Ersatz von Mehraufwendungen gemäß § 304 BGB bzw. auf Entschädigung gemäß § 642 BGB
 - Möglichkeit zur Kündigung gemäß § 643 BGB
 - Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gemäß § 300 Abs. 1 BGB

■ 7.4 Datenschutz

7.4.1 Einführung

Für die Frage, welche gesetzlichen Datenschutzregelungen im Falle eines Outsourcings zu beachten sind, ist zunächst entscheidend, ob es durch das Outsourcing zu einer Datenübermittlung kommt (dazu 7.4.2) oder ob (lediglich) eine sog. Auftragsdatenverarbeitung vorliegt (dazu 7.4.3).

Der Begriff der Datenübermittlung ist in § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG definiert. Es handelt sich um die Phase der

Datenverarbeitung, in der die personenbezogenen Daten von der verantwortlichen Stelle an andere Personen oder Stellen (Dritte) bekannt gegeben werden. Eine Übermittlung liegt nicht bei einer sog. Auftragsdatenverarbeitung vor, wenn diese in der EU oder dem EWR erfolgt. Grund: Bei einer Auftragsdatenverarbeitung wertet das Gesetz den Auftragnehmer nicht als Dritten, sondern als Teil der verantwortlichen Stelle, § 3 Abs. 8 BDSG. Die Weitergabe innerhalb der verantwortlichen Stelle wird jedoch nicht von dem Begriff der Übermittlung erfasst.

7.4.2 Outsourcingmodell, das zu einer Datenübermittlung führt

Eine Datenübermittlung kann beim Outsourcing schon bei der Übertragung der Aufgaben, zum anderen aber auch später, also beim laufenden Betrieb erforderlich sein. Die Voraussetzungen für eine rechtskonforme Datenübermittlung richten sich vor allem nach dem geografischen Ziel des Datentransfers. Im Überblick:

7.4.2.1 Transfer von Daten im Inland

Für die Datenübermittlung innerhalb Deutschlands ist § 28 BDSG die zentrale Erlaubnisnorm.

Eine Datenübermittlung ist auch möglich, wenn der Betroffene eingewilligt hat. Zusätzlich zum Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einer Einwilligung sind dabei jedoch mehrere Punkte zu beachten, die sich in der Praxis als problematisch erweisen können. In der Praxis ist die Einwilligung daher häufig nur eine bedingt geeignete Lösung.

7.4.2.2 Transfer von Daten ins Ausland

■ Datenexport in einen EU-Mitgliedstaat

Die Zulässigkeit des Datenexports bestimmt sich nach dem Datenschutzniveau in dem aufnehmenden Land. Da das Datenschutzrecht in allen EU-Mitgliedstaaten weitgehend durch die Vorgaben der europäischen Richtlinie geprägt ist und ein gemeinschaftsweit annähernd

gleicher Standard besteht, ist ein ausreichendes Schutzniveau beim innergemeinschaftlichen Datentransfer regelmäßig zu bejahen und ein Transfer unproblematisch möglich. Für die Übermittlung von Daten in andere Mitgliedsstaaten der EU bzw. des EWR gelten damit dieselben Grundsätze wie für die Übermittlung personenbezogener Daten im Inland.

■ Datentransfer in Drittstaaten

■ Der grenzüberschreitende Datenverkehr in Nicht-EU- oder EWR-Länder wird im BDSG ausdrücklich geregelt, §§ 4 b und 4 c BDSG. Danach dürfen diese Daten in Drittstaaten grundsätzlich nur dann übermittelt werden, wenn dort ein angemessenes Datenschutzniveau besteht, § 4 b Abs. 3 BDSG. Die EU-Kommission hat nur in Bezug auf die Schweiz, Ungarn, die U.S. Safe Harbor Principles, Kanada und Argentinien das angemessene Datenschutzniveau anerkannt. Fehlt es an einem angemessenen Datenschutzniveau, ist eine Übermittlung an Drittstaaten nur unter den nachstehenden Voraussetzungen möglich, § 4 c BDSG:

- Einwilligung des Arbeitnehmers
- Anwendung der EU-Standardvertragsklauseln
- Verpflichtung des US-Unternehmens auf die Safe Harbor Principles

Die jeweiligen Voraussetzungen für eine rechtskonforme Datenübermittlung sind für alle aufgeführten Konstellationen detailliert in der BITKOM-Publikation „Übermittlung personenbezogener Daten - Inland, EU-Länder, Drittländer-“ beschrieben.

Die BITKOM-Publikation „Übermittlung personenbezogener Daten - Inland, EU-Länder, Drittländer-“ kann unter dem folgenden Link abgerufen werden: www.bitkom.org/de/publikationen/38336_39321.aspx

7.4.3 Outsourcingmodell, bei dem eine Auftragsdatenverarbeitung vorliegt

7.4.3.1 Abgrenzung der Auftragsdatenverarbeitung von der Funktionsübertragung

Nicht in jeder Konstellation, in der ein Unternehmen sich eines Dritten zur Datenverarbeitung bedient, liegt automatisch eine Auftragsdatenverarbeitung vor. Spielt die Datenverarbeitung nämlich nur eine untergeordnete Rolle bei der Aufgabenübertragung, kann auch eine sog. Funktionsübertragung vorliegen. Die Frage, ob eine Auftragsdatenverarbeitung oder eine Funktionsübertragung vorliegt, ist von erheblicher Bedeutung, denn das Bundesdatenschutzgesetz stellt an die Parteien einer Auftragsdatenverarbeitung (Auftraggeber und Auftragnehmer) sowie an die Datenverarbeitung besondere Anforderungen.

Bei der Auftragsdatenverarbeitung werden Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung für die Erfüllung der Aufgaben und Geschäftszwecke der verantwortlichen Stelle ausgelagert. Der Auftragnehmer hat dementsprechend eine Hilfsfunktion, er leistet dem Auftraggeber in einer oder mehreren Phasen der Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung weisungsgebundene Unterstützung. Er wird gleichsam als „verlängerter Arm“ des Auftraggebers tätig, weil keine Aufgabe in ihrer Vollständigkeit, sondern lediglich ihre technische Ausführung übertragen wird.

Werden die den Verarbeitungsvorgängen zugrunde liegenden Aufgaben oder Geschäftszwecke ganz oder teilweise (mit) abgegeben oder erfüllt der Datenverarbeiter überwiegend eigene Geschäftszwecke, dann liegt hingegen eine Funktionsübertragung vor und der Datenverarbeiter wird selbst zur verantwortlichen Stelle.

7.4.3.2 Konsequenzen einer Auftragsdatenverarbeitung

Liegt eine Auftragsdatenverarbeitung vor, so ist nicht der Auftragnehmer für die Einhaltung der gesetzlichen

Datenschutzvorschriften verantwortlich, sondern der Auftraggeber, § 11 BDSG.

In § 11 Abs. 3 BDSG ist daher festgelegt, dass der Auftragnehmer die Daten „nur im Rahmen der Weisungen des Auftraggebers erheben, verarbeiten oder nutzen“ darf. Der Auftraggeber ist nicht nur verpflichtet, den Auftragnehmer sorgfältig auszuwählen, sondern er hat sich auch selbst von der Einhaltung der Datenschutzbestimmungen (§§ 5, 9, 11 BDSG) zu überzeugen. Der Auftragnehmer muss seinerseits intern sicherstellen, dass die Datenerhebung, -verarbeitung bzw. -nutzung nur nach den durch den Auftraggeber festgelegten Weisungen erfolgt und die technischen und organisatorischen Maßnahmen (gemäß der Anlage zu § 9 BDSG) eingehalten werden. Seine Mitarbeiter sind auf das Datengeheimnis zu verpflichten.

Neben der Beachtung der Erfordernisse des § 11 BDSG sollte immer geprüft werden, ob ggf. ein Gesetz mit anderen bzw. weitergehenden Vorschriften einschlägig ist (Beispiele: § 80 des Sozialgesetzbuch X für Sozialdaten, Landesdatenschutzgesetze).

BITKOM hat zur Auftragsdatenverarbeitung eine Mustervertragsanlage mit Hinweisen zur Abgrenzung von der Funktionsübertragung und englischer Übersetzung formuliert, die unter dem folgenden Link abgerufen werden kann:
www.bitkom.org/de/publikationen/38336_25976.aspx

■ 7.5 Kündigung

Dem Thema Kündigung kommt unabhängig von dem von den Parteien gewählten Ansatz oder Umfang des Outsourcings stets eine besondere Bedeutung zu, da sich hier, insbesondere im Konfliktfall, die widerstreitenden Interessen zwischen dem Kunden und dem Anbieter deutlich zeigen. Während der Kunde sich von einem Outsourcing neben Kostenvorteilen auch eine Erhöhung seiner Flexibilität erhofft, ist der Anbieter, je nachdem zugrunde gelegten Kalkulationsmodell, auf eine gewisse Stabilität der Preise und eine festgelegte Mindestvertragslaufzeit angewiesen, damit er die im Rahmen des

Outsourcings übernommen Aufgaben und Leistungen profitabel erbringen kann.

Vor diesem Hintergrund wird der Kunde eine für ihn möglichst flexible Gestaltung der Vertragslaufzeit anstreben, d.h. die vom Anbieter gewünschte Vertragslaufzeit möglichst kurz halten und / oder sich entsprechende Ausstiegs- und Kündigungsmöglichkeiten vorbehalten wollen. Da jedoch, wie vorstehend erwähnt, der Anbieter eine Mindestvertragslaufzeit in der Regel von mindestens fünf Jahren benötigt, um ein Outsourcing-Vorhaben profitabel durchzuführen, hat die Regelung der Möglichkeiten zur Kündigung eine erhebliche praktische Bedeutung.

7.5.1 Formen der Kündigung

Das BGB kennt folgende Formen der Kündigung:

Ordentliche Kündigung, d.h. die Kündigung erfolgt unter Einhaltung einer gesetzlich bestimmten oder zu vereinbarenden Kündigungsfrist, wobei ein Kündigungsgrund nicht erforderlich ist.

Außerordentliche Kündigung, d.h. die Kündigung ist grundsätzlich fristlos möglich, setzt aber einen wichtigen Grund voraus. Wann ein solcher Grund vorliegt, bestimmen entweder die Parteien durch konkrete Vereinbarung (z.B. Insolvenz einer Partei oder schwer wiegende Vertragsverstöße) oder es gilt § 314 BGB, der bestimmt, dass ein wichtiger Grund vorliegt, „wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann“.

7.5.2 Sonderkündigung

Darüber hinaus sind die Parteien frei, Sonderkündigungsrechte zu vereinbaren, d.h. Kündigungsrechte, die an bestimmte Bedingungen geknüpft werden. Darüber hinaus gibt es Konstellationen, die weder

über ein ordentliches, noch über ein außerordentliches Kündigungsrecht abgebildet werden können. Für diese Konstellationen empfiehlt sich die Vereinbarung von Sonderkündigungsrechten.

- Wenn in der Praxis zugunsten des Anbieters eine längere Mindestvertragslaufzeit vereinbart wird, innerhalb der eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist, einigen sich die Parteien häufig auf ein einmaliges Sonderkündigungsrecht dahingehend, dass dem Kunden zu einem bestimmten Zeitpunkt, z.B. nach Ablauf von zwei Dritteln der Vertragslaufzeit, eine vorzeitige Kündigung der Outsourcing-Vereinbarung gewährt wird. Damit soll dem Kunden die Möglichkeit eines vorzeitigen Ausstiegs gegeben werden, falls sich das Outsourcing-Vorhaben nicht gemäß seinen Erwartungen entwickelt hat. Als Gegenleistung für diese Ausstiegsmöglichkeit wird der Kunde zur Zahlung einer Abstandsumme verpflichtet, die die so genannten Remanenzkosten des Anbieters kompensiert, d.h. alle Investitionen, Personalaufwendungen usw., die der Anbieter im Hinblick auf die Erfüllung der Mindestvertragslaufzeit getätigt oder geplant hat.
- Ein anderer praktischer Fall, in dessen Zusammenhang eine mögliche vorzeitige Beendigung einer Outsourcing-Vereinbarung diskutiert wird, ist ein so genannter „Change of Control“, d.h. wenn sich auf Kunden- oder auch Anbieterseite maßgebliche Beteiligungsverhältnisse ändern, es also zu Unternehmensverkäufen, Übernahmen oder Zusammenschlüssen kommt. Im Hinblick auf die damit möglicherweise einhergehenden Veränderungen z.B. in der Unternehmenspolitik kann es für den Kunden von Interesse sein, eine langfristig geschlossene Outsourcing-Vereinbarung vorzeitig zu beenden. Für den Anbieter kann ein solches Interesse bestehen, wenn ein Kundenunternehmen z.B. durch einen direkten Konkurrenten des Anbieters übernommen wird. Für diese Situation werden typischerweise folgende Regelungen vereinbart:
 - Gestaltung als Sonderkündigungsrecht, nicht als außerordentliche Kündigung.

- Vereinbarung einer Frist, innerhalb der die Kündigung erklärt werden muss; dies dient der Rechtssicherheit.
- Vereinbarung einer Kündigungsfrist; dies ist auch im Interesse des Kunden, denn für eine Rückübertragung oder eine geordnete Übergabe an einen neuen Anbieter werden, je nach Größe des Outsourcing-Vorhabens, mindestens drei Monate benötigt.
- Vereinbarung einer Kompensationszahlung.

■ 7.6 Ablauf der ersten Vertragslaufzeit

Endet die erste Vertragslaufzeit des Outsourcingverhältnisses, gibt es grundsätzlich drei Konstellationen:

- die Vertragsparteien vereinbaren eine Fortsetzung des Outsourcing
- der Kunde erbringt die outgesourceten Leistungen künftig wieder selbst
- der Kunde hat sich für einen anderen Anbieter entschieden.

Für die Fortsetzung des Outsourcings gelten keine Besonderheiten. Bei der Beendigung des Vertragsverhältnisses kann jedoch eine Übertragung von Gegenständen (Assets) in Betracht kommen. Die beiden letztgenannten Fallgestaltungen unterscheiden sich rechtlich kaum. Die Weiterübertragung (an einen dritten Anbieter) kann allerdings auf der tatsächlichen Seite ein Problem sein, weil es sich auf die Motivation des bisherigen Outsourcing-Partners auswirken kann, wenn dieser das Outsourcing an einen Wettbewerber übergeben soll. Es kann aber auch sein, dass das Outsourcing-Vertragsverhältnis auf Grund einer außerordentlichen Kündigung endet und mindestens einer der Vertragspartner ebenfalls ein Motivationsdefizit hat.

Allein diese Beispiele zeigen, dass in besonderem Maße Wert darauf gelegt werden sollte, bereits in den Outsourcingvertrag klare Maßgaben für das Verfahren bei Beendigung des Vertragsverhältnisses aufzunehmen:

Dokumentation

Die Rahmenbedingungen für eine sinnvolle, verständliche und vollständige Dokumentation sollten von beiden Vertragsparteien sorgfältig erarbeitet werden.

Umfang der Übertragung

Keineswegs ist es selbstverständlich, dass alles, was ursprünglich durch den Anbieter übernommen wurde, nunmehr auch Gegenstand der Übertragung ist.

- **Gegenstände**
Häufig hat der Anbieter Hardware übernommen, die längst durch neue Hardware ersetzt ist, auf der nunmehr auch für andere Kunden Programme betrieben werden. Nicht selten verhält es sich mit Nutzungsrechten an Software ähnlich. Bei Nutzungsrechten kann zusätzlich das Problem auftauchen, dass der Anbieter eigene Nutzungsrechte erworben oder eingesetzt hat, die er nicht übertragen möchte oder rechtlich gar nicht übertragen kann. Teilweise besteht keinerlei Bedarf des Kunden für eine Rück- oder Weiterübertragung von Gegenständen.
- **Personal**
Es sollte eine Regelung getroffen werden, inwieweit Personal wieder übertragen werden soll. Unter Umständen kann es auch zu einem gesetzlichen Übergang kommen, weil es sich bei der Rück- oder Weiterübertragung um einen Betriebsübergang handelt (s.o.).
- **Dauer**
Grundsätzlich ist ein ausreichendes Zeitfenster für die Übertragung vorzusehen. Endet das Outsourcing-Vertragsverhältnis durch eine Kündigung, ist eine Regelung sinnvoll, dass mit der Kündigung gleichzeitig oder zeitversetzt die Übertragungsphase beginnt. So könnte beispielsweise bei einer Kündigungsfrist von 6 Monaten vorgesehen werden, dass die letzten drei Monate als Übertragungsphase gelten. Auch im Falle einer außerordentlichen Kündigung ist in aller Regel eine Übertragungsphase nicht verzichtbar.

8. Resümée

Die Vorbereitung eines Outsourcings ist -auch aus Kundensicht- ein größeres Projekt. Dieses Projekt benötigt professionelle Planung für die Bearbeitung rechtlicher Themen. Denn die Klärung der rechtlichen Themen definiert gleichzeitig Handlungsspielräume und Maßgaben für die Umsetzung des Outsourcings.

Dieser Leitfaden kann nur eine Auswahl der rechtlichen Themen im Zusammenhang mit Outsourcing ansprechen und im Überblick darstellen. Für die Auftraggeber und den Auftragnehmer bleiben viele Aufgaben.

Eine wesentliche Vorarbeit des Auftraggebers ist die Definition der unternehmerischen Ziele, die durch ein Outsourcing umgesetzt werden sollen. Erst auf dieser Grundlage können die relevanten juristischen Themen ermittelt werden. Die notwendigen Vorgehensschritte zur Bearbeitung und Klärung der rechtlichen Inhalte sind mit der dafür notwendigen Zeitachse in die Planung der Vorbereitungsarbeiten bis zum Vertragsabschluss zwingend einzubeziehen. Alleine die Ermittlung der Grundlagen für die Klärung rechtlicher Fragen im Rahmen einer due diligence kann viel Zeit und Aufwand kosten. Gleichzeitig kann nur ein gesicherter rechtlicher Status die Basis für verlässliche Regelungen im Outsourcingvertrag sein. Umstände, die bei der Grundlagenermittlung nicht beachtet wurden oder mangelnde Transparenz des Auftraggebers gegenüber seinem zukünftigen Auftragnehmer können zur Ursache für erhebliche Friktionen in der Vertragsdurchführung werden.

Bei der Vorbereitung eines Outsourcings ist insbesondere zu klären, ob bei der Umsetzung des geplanten Vorgehens ein Betriebsübergang vorliegen wird oder nicht. Diese Weichenstellung führt zu jeweils grundlegend anderen Vorgehensweisen und unterschiedlicher zeitlicher, wirtschaftlicher sowie möglicherweise auch technischer Planung.

Ebenfalls schon in der Vorbereitung des Outsourcings sind Themen zu bearbeiten, die später große Bedeutung erlangen können, obwohl sie in Outsourcing-Verträgen nicht selten wenig beachtet werden: Die Festlegung kompetenter Ansprechpartner des Auftraggebers gehört ebenso dazu wie die Dynamisierung der Leistungsvereinbarungen einschließlich der Fortschreibung der Leistungsbeschreibung. Neben der Ermittlung und Umsetzung von Optimierungspotential einschließlich Benchmarking gilt es, das Augenmerk auch auf Exit-Szenarien und ein Exit-Management zu richten.

Die rechtlichen Grundlagen für diese Themen mögen sich zwar in Outsourcing-Projekten gleichen, die konkrete Umsetzung anhand der Interessen der Vertragspartner ist aber immer für das konkrete Outsourcing zu erarbeiten und zu vereinbaren. Diese Vereinbarung definiert die Regeln für die Zusammenarbeit der Vertragspartner und den gewünschten Erfolg des gemeinsamen Outsourcing-Vorhabens. Umso ratsamer ist es, bereits frühzeitig qualifizierte rechtliche Berater mit einzubeziehen, beginnend mit der Projektplanung.

Für eine einseitige (Über-)Betonung eigener Interessen eines Vertragspartners ist Outsourcing keine geeignete Plattform. Erst die langfristige und damit ausgewogene Zusammenarbeit der Vertragspartner führt zum beiderseits gewünschten Erfolg. Gute Vorbereitung und ein professionelles Vorgehen können dafür die notwendige Grundlage bieten.

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. vertritt mehr als 1.200 Unternehmen, davon 900 Direktmitglieder mit etwa 135 Milliarden Euro Umsatz und 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Anbieter von Software, IT-Services und Telekommunikationsdiensten, Hersteller von Hardware und Consumer Electronics sowie Unternehmen der digitalen Medien. Der BITKOM setzt sich insbesondere für bessere ordnungspolitische Rahmenbedingungen, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine innovationsorientierte Wirtschaftspolitik ein.



Bundesverband Informationswirtschaft,
Telekommunikation und neue Medien e.V.

Albrechtstraße 10 A
10117 Berlin-Mitte
Tel.: 030.27576-0
Fax: 030.27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org