

4. Kapitel

Das Outsourcing-Vertragswerk

Der Outsourcing-Vertrag stellt keine eigene Kategorie innerhalb der gesetzlichen Vertragstypen dar.¹ Da die Leistungen, die unter einem Outsourcing-Vertrag erbracht werden, keinen einmaligen Leistungsaustausch beinhalten, sondern den Provider zu Dauerleistungen verpflichten,² handelt es sich bei einem Outsourcing-Vertrag um ein Dauerschuldverhältnis. In der Regel lässt sich der IT-Outsourcing-Vertrag auch keinem der gesetzlichen Vertragstypen klar zuordnen.³ Es handelt sich meist um eine typengemischte Vertragsform (Kauf-, Werk-, Dienst- und Mietvertrag)⁴, die in der Regel als Rahmenvertrag mit Langzeitwirkung abgeschlossen wird. Der Begriff Outsourcing impliziert geradezu eine langfristige Kooperation von Provider und Kunde,⁵ denn typischerweise werden wegen der Komplexität und des besonderen Charakters Outsourcing-Verträge mit einer durchschnittlichen Laufzeit von drei bis fünf Jahren geschlossen. Wegen der hohen Komplexität eines Outsourcing-Projektes⁶ sollte bereits vor der Vertragsgestaltung der Aufbau für ein Outsourcing-Vertragswerk geklärt sein.

I. Aufbau des Vertragswerks

Für den Aufbau und die Vertragshierarchie eines Outsourcing-Vertragswerks gibt es keine verbindlichen Regelungen.⁷ Häufig wird ein Rahmenvertrag oder ein Vertragsgrundwerk (z.B. ein Projektvertrag), in dem Themen wie Verzug, Haftung, Gewährleistung, Gerichtsstand usw. geregelt werden, um gewisse Outsourcing-Klauseln, wie Personalübernahme, erweitert.⁸ Der Gestalter eines Outsourcing-Vertrages oder eines Outsourcing-Vertragswerks sollte sich aber von dem Gedanken verabschieden, mit einem Vertragsmuster⁹ und ein paar Anpassungen ein Outsourcing-Projekt rechtlich abzusichern.¹⁰ Die Komplexität eines Outsourcing-Projekts und dessen rechtliche Absicherung verlangt deutlich mehr Aufwand.¹¹

1 Niebling Outsourcing: Rechtsfragen und Vertragsgestaltung, 3. Aufl. 2006, S. 23.

2 BGH 12.12.2005 – II ZR 283/03 = NJW 2006, 765; ZIP 2006, 82; MDR 2006, 644; NZM 2006, 154; VersR 2006, 550; WM 2006, 187; BB 2006, 118; DB 2006, 151; AnwBl 2006, 208; IBR 2006, 175.

3 Heymann/Lensdorf in Redeker, Handbuch der IT-Verträge, 5.4 Rn. 344.

4 Niebling Outsourcing: Rechtsfragen und Vertragsgestaltung, 3. Aufl. 2006, S. 105.

5 Cunningham Outsourcing, 1995, S. 32.

6 Das Outsourcing-Vertragswerk zwischen Akzo Nobel und Origin hat ca. 1.000 Seiten, siehe Informationsweek, Ausgabe 5 vom 10. Februar 2000.

7 Siehe auch Heymann/Lensdorf in Redeker, Handbuch der IT-Verträge, 5.4 Rn. 44.

8 Flexible bzw. dynamische Vertragswerke werden aber immer mehr von der Praxis gefordert, siehe Informationsweek, Ausgabe 5 vom 10. Februar 2000.

9 Zur Frage, ob die einzelnen Verträge des Outsourcing-Vertragswerkes Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. §§ 305 ff. BGB darstellen, siehe in diesem Kapitel unter Rn. 4.

10 Siehe auch Horchler in Lewandowski/Mann, Service-Level Management in der IT, 2004, S. 64.

11 Koch Computer-Vertragsrecht, 7. Aufl. 2009, Rn. 1010; sowie Lux/Schön Outsourcing der Datenverarbeitung, 1996; Heinrich Computerwoche Nr. 39, 1992, S. 55 und Nr. 32, 1997, S. 33.

1. Modularer Aufbau

- 3 Um der Komplexität eines Outsourcing-Projektes in einem Outsourcing-Vertragswerk gerecht zu werden, kann ein modularer Aufbau gewählt werden.¹² Entscheidet sich der Kunde im negativen Fall, gewisse Leistungen des Outsourcing-Projekts nicht mehr vom Provider erbringen zu lassen, so muss der gesamte Vertrag geändert werden. Bei einem modularen Aufbau kann einfach dieser Teil (in der Regel ein Einzelvertrag) gekündigt werden.¹³ Entscheidet sich der Kunde im positiven Fall dafür, dass der Provider noch mehr Leistungen für den Kunden erbringen soll, so muss das modulare Vertragswerk nur um einen weiteren Einzelvertrag erweitert werden.¹⁴ Ein weiterer Vorteil des modularen Aufbaus besteht darin, die einzelnen Regelungsbereiche (technische, kaufmännische und juristische Bereiche) stärker zu entzerren und zu entflechten bzw. diese Regelungsbereiche parallel zueinander zu verhandeln.¹⁵ Bei größeren Outsourcing-Projekten empfiehlt sich daher der modulare Aufbau eines Outsourcing-Vertragswerkes gegenüber dem starren System eines einzelnen Outsourcing-Vertrages.¹⁶ Im Folgenden wird daher auch nur noch die Rede von einem Outsourcing-Vertragswerk sein. Um die unterschiedlichen Bereiche eines Outsourcing-Projekts in einem Vertragswerk zu behandeln, wird ein interessengerechter Aufbau gewählt (siehe Abbildung 1).

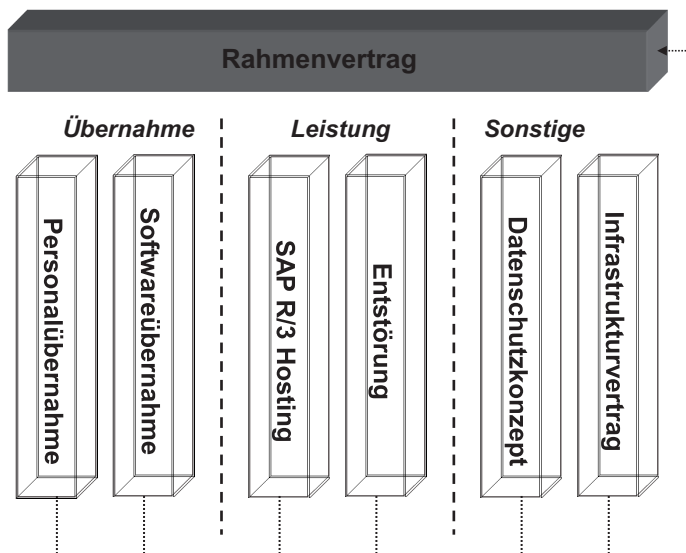


Abb. 1: Rahmenvertrag

12 So auch Bräutigam in Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, 2. Aufl. 2009, Teil 11 Rn. 2; sowie Heymann/Lensdorf in Redeker, Handbuch der IT-Verträge, 5.4 Rn. 42.

13 So auch Heymann/Lensdorf in Redeker, Handbuch der IT-Verträge, 5.4 Rn. 46.

14 So auch Bräutigam in Bräutigam (Hrsg.), IT-Outsourcing, 2. Aufl. 2009, Teil 11 Rn. 2.

15 Heymann/Lensdorf in Redeker, Handbuch der IT-Verträge, 5.4 Rn. 46.

16 Als Beispiel eines flexiblen Vertragsmodells ist das Vertragsmodell „Ouverture“ von Origin zu sehen. Wesentlicher Bestandteil ist hierbei ein dynamischer Vertragsaufbau und ein unabhängiger Experte, der im Streitfall als Schlichter fungieren soll. Dieser agiert freilich nicht nach Gutdünken, sondern urteilt anhand von Kennzahlen zur gesamtwirtschaftlichen Beurteilung. Informationsweek, Ausgabe 5 vom 10.2.2000.

Hierbei werden die verschiedenen Vertragstypen in vier nicht gesetzlich normierte Kategorien unterteilt:¹⁷ 4

- Rahmenvertrag (engl. *Master Service Agreement/MSA*)
- Assetverträge
- Serviceverträge
- Additional Contracts (Sonstige Verträge)

Der Rahmenvertrag beinhaltet allgemeine und juristische Rahmenbedingungen.¹⁸ 5
Darüber hinaus stellt er auch das verbindende Element zwischen allen anderen Vertragskategorien dar. In der Kategorie der Serviceverträge wird das Erbringen der IT-Service-Leistungen wie z.B. Client/Serverumfeld, SAP Hosting usw. normiert. Die Kategorie der Asset-Verträge regelt die Übernahme von Asset-Werten und die Personalübernahme¹⁹ und in der Kategorie Additional Contracts/Sonstige Verträge finden sich Mietverträge für Lokationen, ggf. für Transition und das Datenschutzkonzept wieder.

Bei Widersprüchen zwischen den einzelnen Verträgen gegenüber dem Rahmenvertrag gelten die Regelungen, die in einer gewählten Vertragshierarchie vereinbart worden sind, vorrangig. Der zeitliche Ablauf eines Outsourcing-Vertragswerks ist in der Anlage „Projektplan“ beschrieben. Der Projektplan zeigt deutlich die Aufteilung nach Rahmenvertrag/LoI, Asset-Verträge, Serviceverträgen und Additional Contracts (sonstige Verträge). 6

Die Aufteilung der Vertragstypen wurde hier aus organisatorischen Gründen vorgenommen. Der Rahmenvertrag und der LoI sind klassische Themen einer Rechtsabteilung oder einer extern eingeschalteten Rechtsanwaltskanzlei. Die Asset-Verträge und Additional Contracts bedürfen der Unterstützung aus dem Bereich des Controllings (Übernahme Asset), der Personalabteilung (Übernahme Personal) und der Rechtsabteilung (Datenschutz). Bei den Serviceverträgen sind vor allem die IT-Service-Einheiten gefragt. Diese sollten in Zusammenarbeit mit der Rechtsabteilung die entsprechenden Leistungsbeschreibungen mit den Juristen rechtssicher in den Serviceverträgen gestalten. 7

Bei Einzelverträgen, die sich auf einen zuvor geschlossenen Rahmenvertrag beziehen, stellt sich immer wieder die Frage, in wie weit die einzelnen Klauseln unter die AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB fallen. Dies könnte möglicherweise ein Nachteil des modularen Vertragswerks sein. 8

2. Projektvertragswerk

Neben der Verwendung eines Rahmenvertrags mit entsprechenden Einzelverträgen ist es auch möglich, einen Projektvertrag mit vergleichbarem Regelungsinhalt wie den Rahmenvertrag zu gestalten und die Leistungen, die im Einzelvertrag geregelt sind, in den Anlagen (Appendix) zu diesem Projektvertrag zu regeln (siehe nachfolgende Abbildung 2). 9

¹⁷ Siehe auch *Söbbing* ITRB 2004, 44, 47.

¹⁸ Siehe auch *von Below* in Bernhard/Lewandowski/Mann Service-Level Management in der IT, 5. Aufl. 2004, S. 79.

¹⁹ Fraglich ist, ob Personal auch als Asset-Wert anzusehen ist.

- 10 Für den integrierten Vertragsaufbau spricht, dass hier alle für das jeweilige Vertragsverhältnis wesentlichen Bestimmungen in einem Vertragsdokument zusammengefasst sind, was die Übersichtlichkeit erleichtert.²⁰ Durch ein funktionierendes Vertragsmanagement kann durch das Change-Request-Verfahren eine vergleichbare Modularität erreicht werden wie beim modularen Vertragsaufbau. Um den Projektvertrag bzw. um juristische Qualitätskontrolle sollten sich eine Rechtsabteilung, ein Contract-Management oder eine extern eingeschaltete Rechtsanwaltskanzlei kümmern.

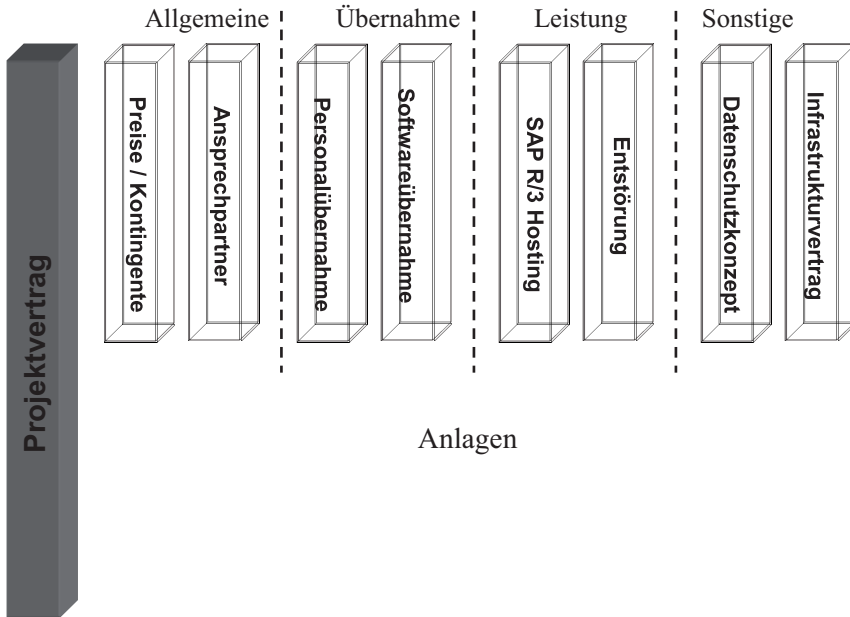


Abb. 2: Projektvertrag

- 11 Die Anlagen für Übernahme (Asset Annex) und Sonstigen Anlagen (Additional Annex) bedürfen der Unterstützung aus dem Bereich des Controllings (Übernahme Asset), der Personalabteilung (Übernahme Personal) und der Rechtsabteilung (Datenschutz). Bei den in den Anhängen definierten Leistungsbeschreibungen (häufig auch Leistungsscheine, Leistungskatalog oder Leistungsverzeichnisse genannt), sind vor allem die IT-Service-Einheiten gefragt.²¹ Häufig besteht ein solcher Projektvertragsaufbau aus über 20 Anlagen, welche den quantitativen Hauptteil des eigentlichen Vertragswerks ausmachen. Der Vorteil dieses Aufbaus gegenüber dem modularen Vertragswerk liegt möglicherweise in der Beweisbarkeit der Gestaltung eines Individualvertrags und der somit Nicht-Einbeziehung der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB. Nach der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung ist gem. § 307 Abs. 2 BGB im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird,

²⁰ Heymann/Lensdorf in Redeker, Handbuch der IT-Verträge, 5.4 Rn. 44.

²¹ Siehe auch Söbbing ITRB 2004, 44, 47.

nicht zu vereinbaren ist. Mit dem Merkmal der „gesetzlichen Regelung“ umschreibt das Gesetz unmittelbar den sachlichen Regelungsbereich des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.²² Dieses Benachteiligungsverbot schränkt den Provider in seiner Vertragsfreiheit in erheblichem Maße ein, denn es betrifft eine Vielzahl der im Outsourcing-Bereich häufig verwendeten Beschränkungen.²³

Nachteil dieses Vertragswerks sind die erhöhten Anforderungen an das Vertragsmanagement durch die AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB. 12

3. Parallele Verträge zum Outsourcing-Vertrag

Die Fragen, die die Gründung einer eigenen Servicegesellschaft betreffen (z.B. in Form eines Joint Ventures zwischen Kunde und Provider), zählen nicht zum Outsourcing-Vertragswerk. Sie stehen außerhalb der Regelung des zwischen dem Kunden und dem Provider geschlossenen Rahmenvertrages bzw. Projektvertrages und haben z.T. gesellschaftsrechtliche Bezüge. Hierzu zählen: 13

- Kooperationsverträge (Vorvertrag)
- Joint Venture-Verträge:
 - Gesellschaftsvertrag (z.B. für eine GmbH)
 - Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat
 - Geschäftsordnung für die Geschäftsführung
- Patronatserklärung für Tochtergesellschaft oder Joint Venture

II. Rahmenvertrag

In einem Rahmenvertrag werden die Vertragsregelungen zusammengefasst, die für eine Mehrzahl von einzelnen Vertragsabschlüssen (z.B. Asset, Service, und Additional Contracts usw.) gelten.²⁴ Er gilt *in der Regel* subsidiär gegenüber den anderen Vertragstypen und stellt allgemein gültige Regelungen auf, die nur dann gelten, wenn in den entsprechenden Leistungs- oder Outsourcing-Verträgen keine speziellere Regelung getroffen wurde. Im Anhang eines Rahmenvertrages könnten aber auch Kontingente über das Volumen der Leistungserbringung und über die Vergütung als Planungssicherheit für das Outsourcing-Projekt vereinbart werden. Hierbei stellt der Rahmenvertrag i.d.R. eine bestimmte Abhängigkeit zwischen der Übernahme von Assets oder von Geschäftsanteilen im Verhältnis zum Auftragsvolumen her. Übernimmt der Provider eine bestimmte Anzahl von Geschäftsanteilen oder eine bestimmte Summe an Assets, so wird er sich hierzu nur bereit erklären, wenn er im Gegenzug hierbei ein bestimmtes Auftragsvolumen erhält.²⁵ 14

Der Rahmenvertrag bzw. auch der Projektvertrag (sprich das Basisvertragswerk) eines Outsourcing-Vertragswerks muss nicht speziell auf das Outsourcing-Projekt abgestimmt sein. Häufig wird hier eine standardisierte Version eines juristischen IT-Rahmenvertrages bzw. Projektvertrages verwendet. Die Besonderheiten des Outsourcing-Projekts wer- 15

²² Becker Die gebotene Grenze zwischen AGB und Individualvereinbarungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr 2011 Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz, S. 78.

²³ Plath ITRB 2003, 185.

²⁴ Koch Computer-Vertragsrecht, 7. Aufl. 2009, Rn. 89; 546.

²⁵ Siehe auch die ROI-Betrachtung eines SO-Projektes im 2. Kap.

den dagegen in den Einzelverträgen (Asset-Verträge, Serviceverträge und Additional Contracts usw.) bzw. in den entsprechenden Anhängen behandelt.

1. Deckblatt

- 16 Sicherlich sollte man sich über die Gestaltung des Deckblattes eines Rahmenvertrages nicht allzu viele Gedanken machen. Dennoch sollten einige Grundinformationen auf dem Deckblatt vorhanden sein, um dem Leser des Vertrages auf dem ersten Blick eine Übersicht über die wesentlichen Daten des Vertrages zu ermöglichen.²⁶
- 17 Zu nennen wäre hier zunächst die Vergabe einer Vertragsnummer, welche die Zitierung in weiteren Verträgen und Dokumenten erheblich vereinfacht. Gleichzeitig sollte auch der Stand, sprich das Datum des Vertragsabschlusses bereits auf dem Deckblatt vermerkt sein. Dies ist besonders für die Praxis relevant, da es durchaus vorkommen kann, dass einige Projektmitarbeiter verschiedene Versionen eines Vertrags in Händen halten und dabei über verschiedene Inhalte sprechen. Ferner sollte auf dem Deckblatt der Name des Projektes oder die Bezeichnung des Projektes (z.B. „IT-Outsourcing“) aufgeführt werden. So kann der Leser bereits mit einem Blick auf das Deckblatt erkennen, worum es im folgenden Projekt eigentlich geht. Des Weiteren sollten die Vertragspartner (schön wäre auch mit Logo) auf dem Deckblatt erscheinen und ggf. mit dem Kommentar versehen werden, dass die Vertragspartner im weiteren Verlauf des Vertrages mit Auftraggeber (Auftraggeber) und Auftragnehmer (Auftragnehmer) bezeichnet werden. Zuletzt sollte bereits auf dem Deckblatt ein Hinweis zur Vertraulichkeit des Dokumentes stehen, um dem Leser gleich auf die Geheimhaltung²⁷ der Vertragsunterlagen hinzuweisen. Ggf. sollte das Deckblatt noch mit dem Vermerk „Draft“ oder „Muster“ gekennzeichnet sein, sofern es sich nicht um die endgültige Fassung handelt.

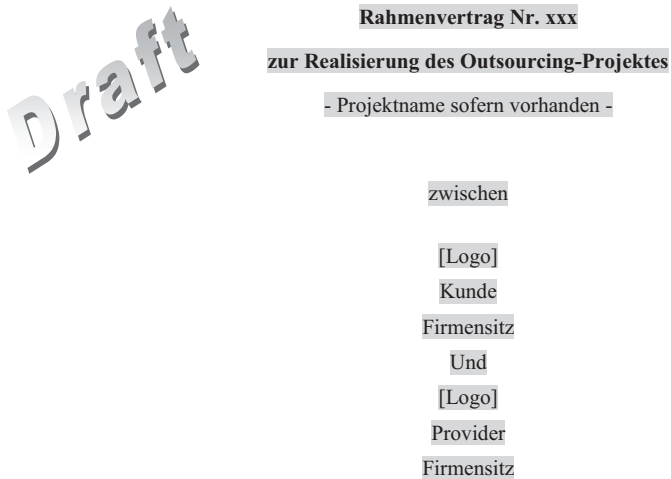


Abb. 3: Beispiel Deckblatt

²⁶ Siehe auch Söbbing ITRB 2004, 44, 47.

²⁷ Zum Thema Geheimhaltungserklärung siehe im 3. Kap. (Datenschutz).

2. Präambel

Eine Präambel wurde zunächst Verfassungen vorangestellt. So enthalten das deutsche Grundgesetz, die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaften sowie der österreichische Staatsvertrag eine Präambel. Der Begriff der Präambel (von lateinisch *praeambulare* „vorhergehend“ über mittellateinisch *praeambulum* „Einleitung“) bezeichnet heute eine meist feierliche, in gehobener Sprache abgefasste Erklärung am Anfang einer Urkunde, insbesondere einer Verfassung oder eines völkerrechtlichen Vertrages. Präambeln dienen heutzutage der Darstellung von Motiven, Absichten und Zwecken durch ihre Urheber und geben den jeweiligen „Basiskonsens“ wieder.²⁸ Diese Praxis wurde auch für große zivilrechtliche Verträge, wie auch Outsourcing-Verträge, übernommen.

Die Präambeln in der angloamerikanischen Vertragspraxis fangen fast stereotyp mit Konjunktiven, die den Motivationscharakter bezeichnen, wie „considering that“ oder „whereas“ an, weshalb sie im Fachjargon auch als „whereas clauses“ oder „recitals“ bezeichnet werden.²⁹ Die Präambel stellt die Entstehungsgeschichte, die Vertragsparteien und die Motivation der Vertragsparteien dar,³⁰ ohne ausdrücklich Verpflichtungsformulierungen zu benutzen.³¹ Zielsetzung der Präambel ist es, dem Leser den Einstieg in ein komplexes Outsourcing-Vertragswerk zu erleichtern, darum sollte der Vertragsgestaltende sich auch nicht scheuen, in die Präambel eine Grafik aufzunehmen, in dem das vorliegende Vertragsmodell grafisch dargestellt wird. Als Beispiel könnte z.B. die Grafik in Abbildung 1 dienen. Wie weit die Interpretationsmaßstäbe zur Konkretisierung unklarer oder widersprüchlicher Klauseln bzw. zu Wertungsmaßstäben zur Füllen von Lücken dienen können, wird von den Gerichten unterschiedlich betrachtet.³² Sicherlich stellt dies aber ein sehr hoher Anspruch an die Präambel da.

Die Präambel sollte den Umfang von einer Seite nicht überschreiten, da es wenig zweckmäßig ist,³³ die Leistungskompetenz oder ggf. bestimmte Eckdaten schon in der Präambel näher darzustellen.³⁰ Auch sollte der Leser nicht mit Vertriebswerbung verwirrt werden. Ferner sollten sich die Vertragsparteien gerade aus Werbegründen darüber einig sein, ob die Rechtsverbindlichkeit der Präambel ausgeschlossen werden sollte oder nicht. So könnte eine Aussage in der Präambel, dass mit dem Outsourcing eine Kostensenkung von 10 % vereinbart worden ist, trotz des Ausschlusses einer Rechtsverbindlichkeit, verbindlich sein. Bei einer späteren Gerichtsverhandlung könnte ein Richter durch Auslegung zu dem Schluss kommen, dass eine Kosteneinsparung von 10 % wesentlicher Vertragsbestandteil sei, obwohl der Provider lediglich die Möglichkeit einer Kostenreduzierung von bis 10 % dokumentieren wollte. Das Aufnehmen solcher Ziele kann als unrealistisch betrachtet werden und führt i.d.R. eher zu Konflikten zwischen den Outsourcing-Parteien.³⁴

Die Präambel wird auch gerne verwendet, wenn es um die Ausfüllung der Zweckübertragungstheorie nach § 31 Abs. 5 UrhG geht. Danach ist im Zweifel bei der Auslegung

28 Quelle Wikipedia, Suchwort „Präambel“, Zugriff 19.3.2013.

29 Siehe auch *Döser Vertragsgestaltung im Internationalen Wirtschaftsrecht*, 2001, Rn. 61.

30 *Weimar* in Heidelberger Musterverträge „Subunternehmervertrag/Outsourcingvertrag“, 1999, S. 29.

31 *Döser JuS* 2000, 456.

32 *Heymann/Lensdorf* in Redeker, Handbuch der IT-Verträge, 5.4 Rn. 24.

33 Dies könnte in einer Präambel, die nur den Umfang einer Seite haben soll, nur sehr ungenau erfolgen.

34 *Heymann/Lensdorf* in Redeker, Handbuch der IT-Verträge, 5.4 Rn. 25.

von Vereinbarungen zur Lizenzierung urheberrechtlich geschützter Werke eine restriktive, den Urheber schützende Betrachtungsweise angezeigt. Deshalb ist bei der Einräumung von Nutzungsrechten möglichst genau festzulegen, welche Nutzungsrechte der Urheber einem Lizenznehmer einräumen will.³⁵ Finden sich dazu keine Hinweise in der Nutzungsrechtsklausel, so kann die Präambel hierzu herangezogen werden.

- 22 Auch wenn eine Präambel keinen Rechtsbindungswillen dokumentiert, sollte ihr Einfluss im Streitfall nicht unterschätzt werden.³⁶ Sie kann oder muss sogar im gerichtlichen Streitverfahren zur Auslegung des Outsourcing-Vertragswerks herangezogen werden. Daher verdient die Formulierung der Präambel den gleichen Stellenwert wie die Formulierung des materiellen Vertragsinhalts.

Formulierungsbeispiel: Präambel

Ziel dieses Rahmenvertrages (RV) ist es, für die Geschäftsbeziehungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer einen Rahmen zu schaffen und einheitliche, vertragliche Regelungen auf dem Gebiet der Informationsverarbeitung zu definieren.

Die hierdurch näher geordnete Zusammenarbeit zwischen den Parteien setzt in besonderem Maße offene Kommunikation und Mitwirkungsbereitschaft aller Beteiligten voraus, um langfristig erfolgreich zu sein. Dies vorausgeschickt schließen Auftraggeber und Auftragnehmer folgenden Vertrag ...

3. Vorherige Vertragsbeziehungen

- 23 Einem Outsourcing geht oft eine längere geschäftliche Beziehung zwischen dem Kunden und dem Provider voraus. Meist hat der Provider bereits einige Leistungen beim Kunden erbracht und somit auch dessen Vertrauen für ein größeres Outsourcing-Projekt gewonnen. Aus den früheren Beziehungen sind somit einige Serviceverträge entstanden, die durch ein großes Outsourcing-Projekt hinfällig geworden sind. An dieser Stelle sollte im Vertrag daher die Möglichkeit genutzt werden, die entsprechenden Verträge zu beenden. Eine Beendigung kann bspw. im Wege einer Kündigung oder einer Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses erfolgen.

Formulierungsbeispiel: Beendigung vorheriger Vertragsbeziehungen

Mit der Unterzeichnung dieses Vertrages verlieren folgende Verträge zum xx.xx.201x ihre Gültigkeiten:

- Softwarewartungsvertrag Nr. xxx
- Hardwarewartungsvertrag Nr. xxx
- usw.

4. Vertragspartner

- 24 Ist die Präambel noch in der Art ausgestaltet, dass sie keinen Rechtsbindungswillen beinhaltet, so wird bereits im Punkt Vertragspartner schriftlich deutlich normiert, wer

³⁵ Dujardin/Lejeune ITRB 2011, 136.

³⁶ Döser in JuS 2000, 457.

mit wem einen Vertrag mit dem entsprechenden Rechtsbindungswillen³⁷ für ein Outsourcing-Projekt eingehen will. Sicherlich wird bereits auf dem Deckblatt des Vertrages festgelegt, wer die Vertragspartner sind, dennoch kann es in der Praxis zuweilen zu einer Dreiecksbeziehung kommen. Hierbei kauft z.B. die IT-Service-Gesellschaft (IT-Tochter) als Kunde IT-Services beim Provider ein, welche direkt beim Mutterkonzern (Dritter) erbracht werden. Gem. § 328 BGB liegt in solchen Fällen ein Vertrag zugunsten eines Dritten vor. Dabei kann durch einen Vertrag gem. § 328 Abs. 1 BGB eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern. Bei einem Vertrag zugunsten eines Dritten erwirbt der Dritte aus diesem Vertrag einen Anspruch (z.B. Garantieleistungen) gegen den Schuldner (hier den Provider).³⁸ Hierbei muss aus dem Vertrag hervorgehen, wer als Dritter i.S.v. § 328 Abs. 1 BGB gemeint ist und tatsächlich Rechte gegenüber dem Provider hat.

Die Person des Dritten braucht zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht genau bestimmt zu sein; es reicht aus, dass sie bestimmbar ist.³⁹ Da die Bestimmbarkeit des Empfängers von Outsourcing-Leistungen durchaus im Eskalationsfall als streitbar anzusehen ist, kann der Punkt „Vertragspartner“ dazu genutzt werden, die Rechte und Pflichten eines Dritten gegenüber den Vertragsparteien genau zu definieren. Folgendes Beispiel soll verdeutlichen, warum der Leistungsempfänger die gleichen Rechte und Pflichten wie der Outsourcing-Partner haben soll. Folgendes Muster einer Klausel sollte dabei ausreichend sein:

Formulierungsbeispiel: Vertretungsrechte

Vertragspartner dieses Vertrags ist die X (Konzern-Holding) welche nachfolgend als Auftraggeber (AG) bezeichnet wird und Y (Provider) welche nachfolgend als Auftragnehmer (AN) bezeichnet wird.

Werden Leistungen (IT-Service) bei verbundenen Unternehmen i.S.d. §§ 15 ff. AktG des Auftraggebers erbracht, sind die Mitarbeiter dieser verbundenen Unternehmen als Vertreter des Auftraggebers bevollmächtigt. Hierbei umfassen die Vertretungsrechte des X:

- Abnahmen
- Ansprüche aus Sachmangelhaftung
- usw.

Des Weiteren sollten die Vertragspartner einen Lenkungsausschuss bilden. Dieser Lenkungsausschuss sollte sich im Sinne eines Vertragsmanagements regelmäßig treffen und *ausschließlich* die Belange des Vertragsverhältnisses diskutieren und somit auch ein *Single Point of Contact*“ (SPOC)⁴⁰ für alle Streitigkeiten, die sich aus dem Vertrag ergeben, sein.

37 Ausführlicher zu Willenserklärung *Schellhammer* Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 9. Aufl. 2014, Rn. 1999 ff.

38 *Brox/Walker* Schuldrecht AT, 36. Aufl. 2012, Rn. 364.

39 Beispiel: Vereinbarung einer Garantie zwischen Hersteller und Großhändler zugunsten des noch nicht bestimmten Endabnehmers vgl. BGHZ 75, 75.

40 Abweichend von ITIL ist hier mit einem SPOC der Lenkungsausschuss für den Vertrag gemeint. Nach ITIL ist der SPOC immer ein einziger Service-Desk; siehe *Macfarlane/Rudd* The IT Infrastructure Library (ITIL), S. 11.