

Formen des Outsourcings

Durch die verschiedenen Anforderungen der Outsourcing-Kunden an ein Outsourcing-Projekt haben sich in der Praxis sehr unterschiedliche organisatorische Formen des Outsourcings gebildet. Die vier häufigsten organisatorischen Formen des Outsourcings sind:

- Konzentration von IT-Aktivitäten im Unternehmen¹⁴
- Konzerninternes Outsourcing
- Totales Outsourcing
- Partielles Outsourcing/Outtasking

Diese Formen eines Outsourcing-Projekts können in ihrer Ausgestaltung und ihren Anforderungen sehr unterschiedlich sein. Sind die Anforderung bei der Zusammenführung von IT-Service-Aktivitäten im Unternehmen oder Konzern noch sehr einfach gehalten, können die Anforderungen beim partiellen Outsourcing (Outtasking) oder beim totalen Outsourcing an die beteiligten Personen und Unternehmen doch sehr komplex sein (siehe Abbildung B.1).

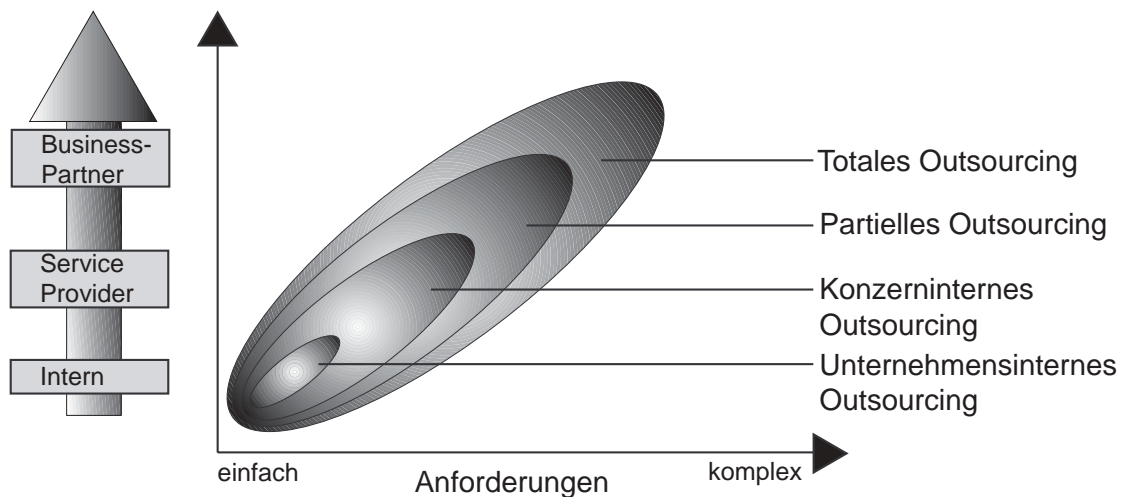


Abbildung B.1

Entsprechende Anforderungen sind auch an die potenziellen Outsourcing-Anbieter zu stellen. Ist ein relativ kleiner Anbieter noch in der Lage, einen gewissen

14. Streng genommen ist die Konzentration von IT-Aktivitäten keine Form des Outsourcings. Da sie aber häufig eine nötige Vorstufe zum Outsourcing ist, wird sie nachfolgend mitbetrachtet.

Bereich der IT in Form eines partiellen Outsourcing (Outtasking)¹⁵ lokal an einem bestimmten Standort zu erbringen, so scheitert er möglicherweise bereits an der bundesweiten Serviceerbringung und der Einhaltung der Service Level Agreements¹⁶, da er über keine Servicestützpunkte verfügt. Darüber hinaus erscheint es für einen kleinen Serviceanbieter auch schwierig, die gesamte Bandbreite des IT-Betriebs eines Unternehmens oder Konzerns zu übernehmen.

Bei einem großen Outsourcing-Anbieter erscheint auf den ersten Blick die Möglichkeit wahrscheinlicher, den gesamten IT-Betrieb eines Konzerns, der vielleicht sogar weltweit agiert, im Sinne eines totalen Outsourcings zu übernehmen. Aber auch dies kann zeitweilig in den organisatorischen Abwicklungen zu einigen unbeantworteten Fragen führen.

Für den Aufwand, die rechtlichen Fragen eines Outsourcing-Projekts in der Informationstechnologie zu beantworten, gilt Entsprechendes. Ist der Aufwand für ein Outsourcing innerhalb eines Unternehmens oder eines Konzerns noch recht gering, so erfordert ein partielles Outsourcing oder Outtasking einen schon größeren rechtlichen Aufwand. Entschließt sich der Outsourcing-Kunde zu einem totalen Outsourcing, so ist der Aufwand für die Beantwortung der rechtlichen Fragen schon erheblich.¹⁷

Natürlich kann ein Outsourcing-Projekt auch scheitern. Folge des Scheiterns eines Outsourcing-Projekts ist häufig die Rückabwicklung eines Outsourcing-Projekts. Häufig ist der Outsourcing-Kunde danach bestrebt, den ausgelagerten IT-Betrieb wieder selbst zu betreiben. Dieser Begriff wird häufig als *In sourcing* bezeichnet.¹⁸

Neben den oben bereits erwähnten organisatorischen Formen des IT-Outsourcings gibt es noch folgende Sonderformen eines Outsourcing-Projekts:

- Business Process Outsourcing
- Application Service Providing

Alle diese Outsourcing-Formen unterliegen durch die engen Verbindungen zwischen den Dienstleistern (Outsourcing-Anbieter) und dem Kunden (Outsourcing-Kunden) besonderen Gegebenheiten. Das gewählte Outsourcing-Modell sollte als eine auf Dauer angelegte, partnerschaftliche Beziehung betrachtet werden,¹⁹ denn bereits schon in der Vorbereitungsphase muss auf komplexe Zusammenhänge Rücksicht genommen werden, die sich über das gesamte Outsourcing-Projekt erstrecken. Dies zeigt sich im Besonderen bei »totalen Outsourcing-Projekten«, in denen der gesamte IT-Betrieb an einen Outsourcing-Anbieter übergeben wird.

15. Siehe Kapitel B., Formen des Outsourcings, III.

16. Service Level Agreements (SLA) siehe Kapitel C., Das Outsourcing-Projekt, III. Nr. 5. und Kapitel D., Der Outsourcing-Vertrag, IV. Nr. 2.

17. Sommerlad in Köhler-Frost S. 281 ff.

18. Wisskirchen/Kleinertz in Köhler-Frost S. 181,182

19. Lewandowski/Mann in »Service Level Management« S. 222

I. Konzentration von IT-Aktivitäten

Die Konzentration von IT-Aktivitäten kann in zwei Varianten unterschieden werden. Einmal von der Konzentration der IT-Service-Aktivitäten in Unternehmen und einmal von der Konzentration der IT-Service-Aktivitäten im Konzern.

I.1 Konzentration der IT-Service-Aktivitäten in Unternehmen

Wird als Dienstleister nicht ein externes Unternehmen, sondern eine, gegebenenfalls als Profit Center organisierte, Fachabteilung herangezogen, spricht man aufgrund des kompletten Verbleibs aller Funktionen im Unternehmen nicht von einem Outsourcing.²⁰ Hierzu werden die IT-Service-Aktivitäten in einem Unternehmen zu einer Fachabteilung (z.B. in der Form eines Shared Service Center)²¹ zusammengezogen (siehe Abbildung B.2).

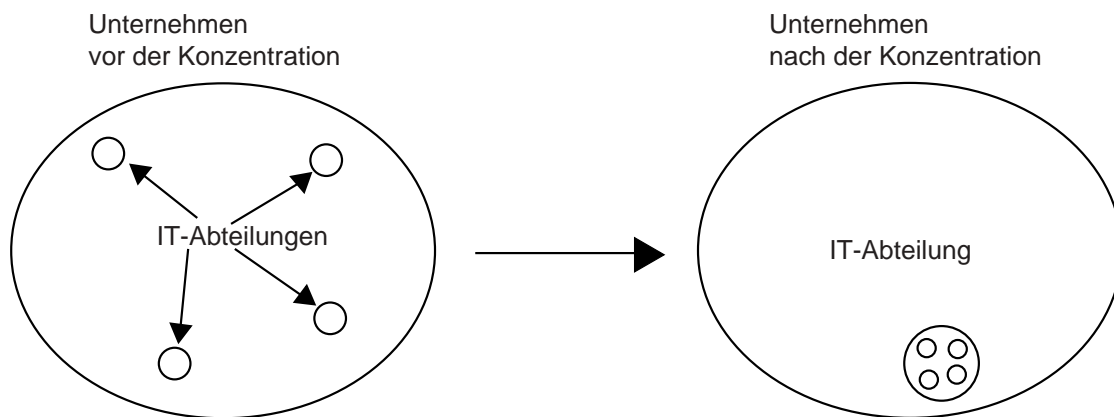


Abbildung B.2

Gleichwohl ist die Zentralisierung eine notwendige Stufe des Outsourcings. Insbesondere die Bildung von Profit Centern ist sinnvoll, denn diese ermöglichen den Vergleich der betriebseigenen Möglichkeiten und Kosten mit den Angeboten externer Dienstleister,²² um in einer späteren Make-or-Buy-Entscheidung zu prüfen, in welchen Bereichen ein Outsourcing sinnvoll ist.²³

20. Bongard »Outsourcing« S. 88

21. Unter einem Shared Service Center (SSC) wird die Zusammenfassung gleicher Prozesse mehrerer Business Units in einem wirtschaftlich und/oder rechtlich selbstständigen Verantwortungsbereich zur Unterstützung mehrerer Organisationseinheiten mit der Absicht, die Prozesse und den Ressourceneinsatz zu optimieren, verstanden. SSC unterscheiden sich von verwandten Ansätzen, insbesondere dem Outsourcing und der Zentralisierung, im Wesentlichen durch eine interne Kunden- und Lieferantenbeziehung. Siehe Wisskirchen/Kleinertz in Köhler-Frost S. 189–199

22. Bongard »Outsourcing« S. 88

Bei der Zentralisierung der IT-Abteilungen in der Form eines unternehmensinternen Outsourcings ergeben sich keine relevanten rechtlichen Fragen für ein IT-Outsourcing-Projekt.

I.2 Konzentration der IT-Service-Aktivitäten im Konzern

Wurden bei der Konzentration der IT-Service-Aktivitäten im Unternehmen die IT-Service-Aktivitäten eines Unternehmens zu einer Abteilung zusammengefasst, werden bei der Konzentration der IT-Service-Aktivitäten im Konzern alle IT-Abteilungen des Konzerns in einem Tochterunternehmen, meist einer GmbH oder einer GmbH & Co. KG,²⁴ konzentriert (siehe Abbildung B.3).²⁵

Konzerninternes Outsourcing

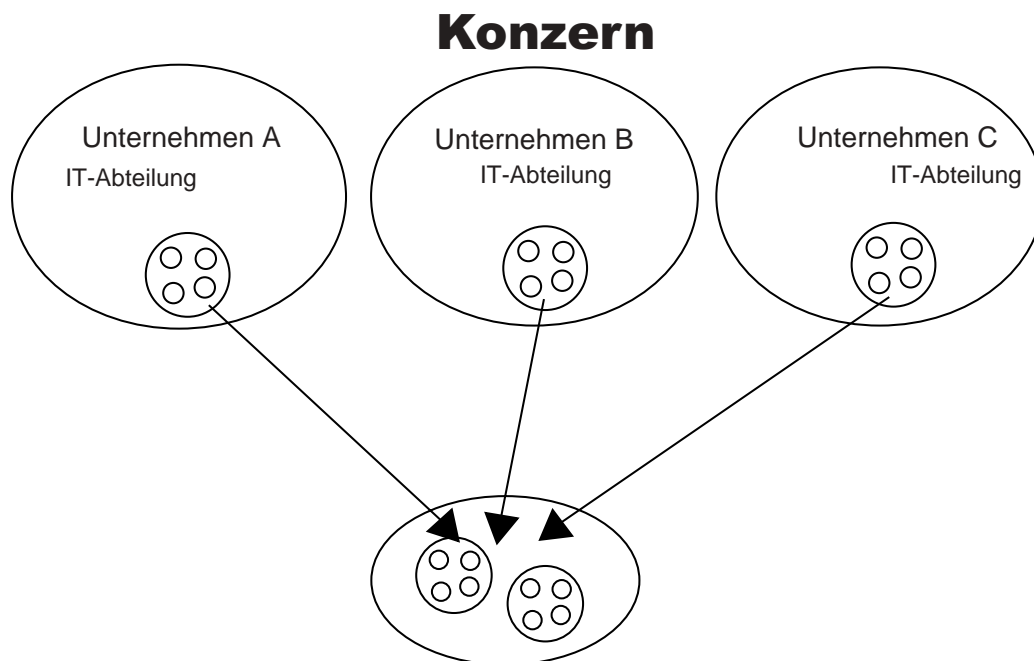


Abbildung B.3

Der Konzern beauftragt nunmehr für IT-Service-Erbringung nicht mehr die eigenen IT-Service-Abteilungen, sondern ein Tochterunternehmen, ein Beteiligungsunternehmen oder ein Gemeinschaftsunternehmen,²⁶ das auch in der Form

23. Bei der Make-or-Buy-Entscheidung im Unternehmen ist zu prüfen, in wie weit der Fremdbezug in Anspruch genommen werden kann. Es ist die Frage nach den Kernaufgaben zu beantworten und es ist darauf zu achten, dass Outsourcing nicht nur ein Body-Leasing ist. Horchler in Köhler-Frost S. 143

24. Hamann in »Outsourcing in Banken und Sparkassen« S. 76

25. Wisskirchen/Kleinertz in Köhler-Frost S. 181, 182; Bongard »Outsourcing« S. 89, Schott in Köhler-Frost S. 181, 182

26. Staudacher in Köhler-Frost S. 301,

eines Shared Service Center (SSC) Leistungen für den Konzern erbringen kann. Durch die Zentralisierung der IT-Service-Aktivitäten in einem Tochterunternehmen kommt es zu Synergieeffekten bei Einkauf der IT, bei der Personalverwaltung und beim Auftragsmanagement. Auch die Umsetzung von weltweit gültigen Konzernstrategien und Standards im Umfeld der Informationstechnologie gestaltet sich durch die Konzentration der IT-Service-Aktivitäten in einem Konzern erheblich einfacher und kann auf diesem Weg auch zu Kostenreduzierungen führen.

Ferner ist es möglich, dass die neu gegründete IT-Service-Tochter des Konzerns auch Kunden außerhalb des eigenen Konzerns gewinnen²⁷ und somit ihren eigenen Beitrag dazu leisten kann, den Profit des Konzerns zu steigern. Beide Geschäftsbereiche (Leistungserbringung für den Konzern und Drittgeschäft) sollen an sich möglichst profitabel sein, wobei eine Quersubventionierung aus dem Geschäft mit dem Mutterkonzern, wenn überhaupt, nur in der Anfangsphase akzeptiert wird.²⁸

a) Rechtliche Betrachtung

Die Ausgliederung des IT-Betriebs in eine neue Tochtergesellschaft kann auf zwei Wegen geschehen.²⁹ Einerseits kann der Konzern die entsprechenden Betriebsteile einzeln in die Tochtergesellschaft übertragen. Andererseits kann der Konzern die Ausgliederung der Betriebsteile nach Maßgabe des Umwandlungsgesetzes (UmwG) durchführen.

aa) Ausgliederung außerhalb des UmwG

Für eine Ausgliederung des betreffenden Betriebsteils außerhalb des Umwandlungsgesetzes müssen sämtliche Vermögensgegenstände (Asset) des Betriebsteils einzeln übertragen werden. Es reicht nicht aus, den Betriebsteil pauschal zu bezeichnen.³⁰ Die Übertragung erfolgt grundsätzlich nach § 929 ff. BGB, bei Software nach § 34 III UrhG³¹ und bei unbeweglichen Gegenständen (Grundstücke, Häuser etc.) in notarieller Form durch Auflassung und Eintragung ins Grundbuch. Dies erfolgt im Wege eines Kauf- oder Übertragungsvertrages zwischen dem Konzern (und dessen einzelnen Gesellschaften) und der neuen IT-Tochtergesellschaft.

27. Bongard »Outsourcing« S. 90

28. Spies in »Service Level Management« S. 94

29. Siehe Kapitel E., Steuerliche Aspekte des Outsourcings

30. Hamann in »Outsourcing in Banken und Sparkassen« S. 77

31. Siehe Kapitel C., Das Outsourcing-Projekt, III. Nr. 3.

Anstelle eines Kauf- oder Übertragungsvertrages kann der Konzern auch im Wege einer Sachgründung das Asset in die neu gegründete IT-Tochtergesellschaft einbringen. Der Konzern muss dazu bei einer Sachgründung aber besondere gesetzliche Erfordernisse im Rahmen der Vorschriften zur Sicherung der Kapitalaufbringung berücksichtigen.³²

Daneben könnte der Konzern das Asset der Betriebsteile auch im Wege der Miete nach §§ 535 BGB oder Pacht nach § 581 BGB³³ zur Nutzung überlassen. Dies kann aber zur sog. Betriebsaufspaltung führen, bei der ggf. Sonderprobleme zu beachten wären.³⁴

bb) Ausgliederung nach dem UmwG

Mit dem Inkrafttreten des Umwandlungsgesetzes³⁵ wurde das Ausgliedern von Unternehmensteilen vereinfacht. Das Umwandlungsgesetz ist unter anderem geschaffen worden, um die bis zu seinem Inkrafttreten in zahlreichen verschiedenen Gesetzen verstreuten Regelungen zur Umstrukturierung von Unternehmen zu vereinheitlichen, dabei neue Umwandlungsmöglichkeiten zu schaffen und Lücken zu schließen und bei allem auch noch zum Schutz der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter bessere rechtliche Rahmenbedingungen zu geben.³⁶ Nach dem Umwandlungsgesetz sind folgende Umwandlungsmöglichkeiten vornehmlich möglich:

- Verschmelzung
- Spaltung
- Vermögensübertragung
- Formwechsel

Für ein Outsourcing der IT in eine Tochtergesellschaft des Konzerns kommt aber lediglich die Spaltung nach § 123 UmwG in Betracht.³⁷ Das Umwandlungsgesetz unterteilt die Spaltung wiederum in die Aufspaltung nach § 123 I UmwG, in die Abspaltung nach § 123 II UmwG und in die Ausgliederung nach § 123 III UmwG. Alle Formen der Spaltung haben den Vorteil, dass im Wege der »partiellen Gesamtrechtsnachfolge« die entsprechenden Vermögenswerte (Asset), Betriebe oder Betriebsteile nicht einzeln aufgeführt werden müssen. Nach § 124 UmwG i.V.m. § 3 UmwG können an einer Aufspaltung oder einer Abspaltung vor allem Personengesellschaften wie OHG und KG sowie Kapitalgesellschaften wie GmbH, AG und KGaA, aber auch eingetragene Genossenschaften und andere beteiligt sein.

32. Bei Sachgründung einer GmbH nach dem GmbH-Gesetz siehe: §§ 5 IV, 7 III, 8 I Nr. 4 + 5, 9, 9c Satz 2, 10 V, 82 GmbHG

33. Siehe Kapitel E., Steuerliche Aspekte des Outsourcings

34. Horchler, Outsourcing 1996 S. 114 ff.

35. BGBl 1994, 3210

36. Hamann in »Outsourcing in Banken und Sparkassen« S. 80

37. Arbeitsrechtliche Fragen der Spaltung siehe Kapitel C., Das Outsourcing-Projekt, III. Nr. 1.

Für eine Verlagerung des Konzern-IT-Betriebes auf eine Tochtergesellschaft kommt lediglich die *Ausgliederung* in Betracht. Die Ausgliederung i.S.d. § 123 III UmwG ist die Übertragung eines oder mehrerer Vermögensteile eines Rechtsträgers auf eine oder mehrere übernehmende Rechtsträger, wobei im Unterschied zur Aufspaltung der übertragende Rechtsträger bestehen bleibt. Als Gegenleistung erhält der übertragende Rechtsträger Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger.

Das *Spaltungsverfahren* ist sehr aufwendig. Es bedarf eines notariell beurkundenden Spaltungs- und Übernahmevertrages, der einen Monat vor Spaltungsbeschluss dem Betriebsrat zur Verfügung gestellt werden muss. Als Alternative zu diesen Verträgen kann auch ein Spaltungsplan mit gesetzlich festgelegtem Mindestinhalt, vgl. § 124 UmwG, dem Betriebsrat vorgelegt werden. In allen Fällen, in denen eine Spaltung erfolgt, um eine Neugründung durchzuführen, ist immer ein Spaltungsplan im Unterschied zu einem Spaltungs- und Übernahmevertrag erforderlich, weil im Unterschied zu einer reinen Spaltung kein Vertragspartner besteht, mit dem ein Spaltungs- und Übernahmevertrag abgeschlossen werden kann.³⁸

Bei der Spaltung zur Aufnahme wird die fragliche Übertragung der Vermögensteile gleichzeitig jeweils auf einen anderen bestehenden Rechtsträger übertragen. Bei der Spaltung zur Neugründung wird die fragliche Übertragung auf einen anderen (neu gegründeten) Rechtsträger übertragen.

Die Anforderung an den Spaltungs- und Übernahme/Spaltungsplan sind im § 126 UmwG gesetzlich geregelt. Die Regelungen sind sehr umfangreich, zur Erleichterung der Praxis erlaubt der § 126 II UmwG aber, dass bei der Bezeichnung der zu übertragenden Gegenstände auf Urkunden wie Bilanzen und Inventare Bezug genommen werden kann, deren Inhalt eine Zuweisung des einzelnen Gegenstandes ermöglicht.³⁹ Solche Urkunden sind dann gem. § 126 II UmwG dem Spaltungs- und Übernahmevertrag als Anlagen beizufügen. Den Vertragsparteien steht das Recht frei, über die vorgenannten Mindestinhalte hinausgehende Regelungen zu vereinbaren.⁴⁰

Gemäß § 127 UmwG ist von den Leistungsorganen jedes der beteiligten Unternehmen ein Spaltungsbericht anzufertigen. Ein Spaltungsbericht im Sinne des § 127 UmwG stellt einen schriftlichen Bericht dar, in dem die Spaltung, der Vertrag oder sein Entwurf im Einzelnen rechtlich und wirtschaftlich erläutert und begründet wird. Die Vertretungsorgane können den Bericht auch gemeinschaftlich erstellen. Gemäß § 127 S. 2 i.V.m. § 8 III UmwG ist dieser durch – notariell zu beurkundende – Verzichtserklärungen der Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger vermeidbar sowie auch dann, wenn sich alle Anteile des übertragenden Rechtsträgers in der

38. Hamann in »Outsourcing in Banken und Sparkassen«, S. 85

39. Hamann in »Outsourcing in Banken und Sparkassen« S. 86

40. Vgl. Priester in Lutter: UmwG a.a.O. § 126 Rz. 59

Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden. Ferner müssen folgende weitere Schritte bedacht werden:

- Spaltungsprüfung gem. § 125 i.V.m. §§ 9–12 UmwG⁴¹
- Spaltungsbeschluss gem. § 125 i.V.m. § 13 UmwG
- Sachgründungsbericht nach dem GmbHG bei der Sachgründung einer GmbH, vgl. § 138 UmwG
- Die Spaltung muss gem. § 125 i.V.m. §§ 16, 17, 129 UmwG ins Handelsregister eingetragen werden⁴²

cc) Haftung

Gemäß § 133 I UmwG haften die bei der Spaltung beteiligten Rechtsträger als Gesamtschuldner für die Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers, die vor dem Wirksamwerden der Spaltung begründet worden sind. Selbstverständlich bleiben daneben die allgemeinen Haftungsbestimmungen wie die §§ 25, 26 und 28 HGB bestehen. Unter den Voraussetzungen des § 125 i.V.m. § 22 UmwG kann der Gläubiger Sicherheitsleistungen für seinen Anspruch verlangen. Zur Sicherheitsleistung ist gem. § 133 I S. 2 2. Halbsatz UmwG allerdings nur der an der Spaltung beteiligte Rechtsträger verpflichtet, gegen den sich der Anspruch richtet. Die Inhaber von Sonderrechten in einem übertragenden Rechtsträger werden durch §§ 125 i.V.m. § 23 UmwG, 133 II UmwG geschützt, da ihnen in dem übernehmenden Rechtsträger gleichwertige Rechte zu gewähren sind.⁴³ Darüber hinaus sieht § 133 III UmwG vor, dass diejenigen Rechtsträger, denen die Verbindlichkeiten im Spaltungs- und Übernahmevertrag nicht zugewiesen worden sind, ebenfalls für die Verbindlichkeiten haften.⁴⁴

b) Beispiel

Bei der Konzentration der Konzern-IT-Services in einem Tochterunternehmen ist als bekanntes Beispiel das debis Systemhaus⁴⁵ zu nennen. Dort wurde eine große Anzahl von IT-Aktivitäten des Daimler-Chrysler-Konzerns gebündelt und nicht nur dem eigenen Konzern, sondern auch Drittfirmen (z.B. Henkel KGaA) zur Verfügung gestellt.

41. Dies gilt gem. § 125 II UmwG nicht bei Ausgliederungsfällen, weil dort kein Austausch stattfindet.

42. Erst die Eintragung führt zur Wirksamkeit der Spaltung.

43. Siehe auch Hamann in »Outsourcing in Banken und Sparkassen«, S. 88

44. Wenn sie vor Ablauf von 5 Jahren nach der Spaltung fällig sind und daraus Ansprüche gegen die gerichtlich geltend gemacht worden sind.

45. Das debis Systemhaus wurde im Jahre 2000 von der Deutschen Telekom übernommen und vertreibt seine Leistungen heute unter dem Markennamen »T-Systems«.

II. Totales Outsourcing

Hat ein Konzern seine IT-Service-Aktivitäten in einer IT-Service-Tochter gebündelt, wäre ein möglicher nächster Schritt ein Outsourcing der gesamten IT, ein so genanntes *Totales Outsourcing*.⁴⁶ Hierbei wird der Großteil der IT-Service-Aktivitäten eines Konzerns oder eines Unternehmens von einem Serviceprovider (Outsourcing-Anbieter) erbracht.⁴⁷ Dieser wirtschaftliche Vorgang wird unterschiedlichst bezeichnet, im Ergebnis ist aber der gleiche Prozess gemeint.⁴⁸ IBM bezeichnet die gesamte Ausgliederung des IT-Betriebs eines Unternehmens oder Konzerns als *Strategic Outsourcing* (SO),⁴⁹ während Siemens (Siemens Business Service) dieses als *Information Technology Outsourcing* (ITO) bezeichnet.⁵⁰

II.1 Organisatorische Vorgehensweise

In einem ersten Schritt analysiert der Outsourcing-Anbieter in einer so genannten *Due Diligence* die meist bestehende IT-Service-Tochter des Outsourcing-Kunden. Diese wird nach der Analyse in ein *Joint Venture* mit dem Outsourcing-Anbieter vom Outsourcing-Kunden eingebracht. Der Outsourcing-Anbieter übernimmt zwar häufig die unternehmerische Führung der Service-Gesellschaft, dennoch hat der Outsourcing-Kunde durch den Gesellschaftsvertrag Einblick und Steuerungsmöglichkeiten bei der Service-Gesellschaft. Nach einem Zeitraum von drei bis sieben Jahren übernimmt der Outsourcing-Anbieter das Joint Venture und macht dieses zu einer eigenen Service-Tochter. Im weiteren Verlauf wird aus Synergieeffekten diese Service-Tochter in den Konzern oder in das Unternehmen des Outsourcing-Anbieters einverleibt.

a) Due Diligence

In einem ersten Schritt bewertet der Outsourcing-Anbieter die meist bestehende IT-Service-Tochter des Outsourcing-Kunden in einer so genannten *Due Diligence* (Abbildung B.4). Zielsetzung des Outsourcing-Anbieters ist dabei eine mögliche Übernahme der IT-Service-Tochter des Outsourcing-Kunden, um somit in einem ersten Schritt den IST-Betrieb des Outsourcing-Kunden zu betreiben. Aus steuerlichen und organisatorischen Gründen⁵¹ übernimmt der Outsourcing-Anbieter die IT-Service-Tochter nicht zu 100 %, vielmehr wird die IT-Service-Tochter in ein Joint Venture zwischen dem Outsourcing-Kunden und dem Outsourcing-Anbieter eingebracht.

46. Wird häufig auch als Komplettes Outsourcing bezeichnet.

47. Müthlein »Outsourcing und Datenschutz« S. 8

48. Ferner benutzt die Firma Compaq (aus Marketinggründen) den Begriff Futuresourcing für Outsourcing.

49. Diemer in Köhler-Frost S. 58, 69

50. Oecking in Köhler-Frost S. 94, 98

51. Siehe Kapitel E., Steuerliche Aspekte des Outsourcings

Totales Outsourcing

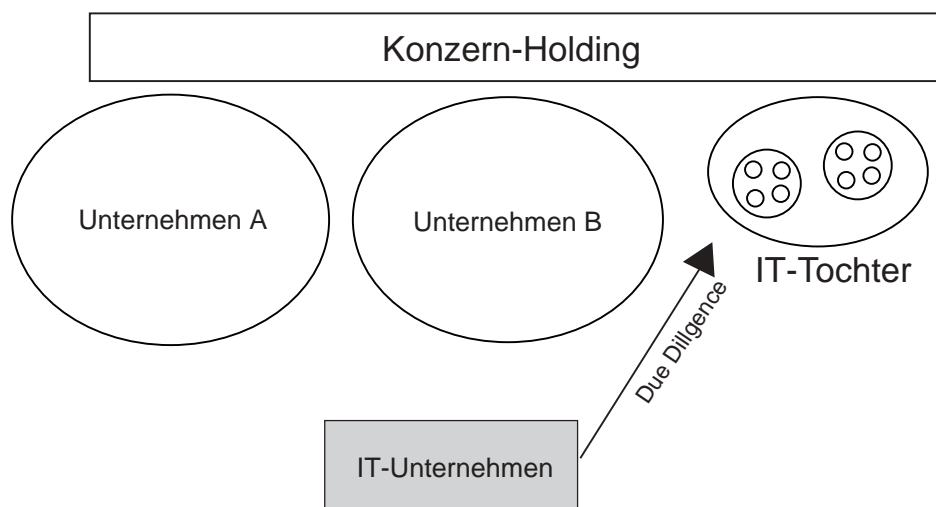


Abbildung B.4

Wörtlich übersetzt ist die Due Diligence die im Rahmen einer Unternehmensakquisition erforderliche bzw. angemessene oder gebührende Sorgfalt bei der Analyse des Untersuchungsobjektes (hier der IT-Service-Tochter des Outsourcing-Kunden).⁵² Im übertragenen Sinne ist die Due Diligence damit die umfassende, formalisierte, aber auch kreative, alle für die Zielsetzung relevanten Aspekte berücksichtigende Analyse und Bewertung des Untersuchungsobjektes. Alle wesentlichen Einflussfaktoren, Chancen und Risiken sollten durch eine Due Diligence aufgezeigt werden.⁵³

aa) Prüfungspflicht

Nach dem deutschen Kaufrecht trifft den Käufer (hier möglicherweise den Outsourcing-Anbieter) keine Prüfungspflicht hinsichtlich des Kaufobjektes.⁵⁴ Auch die kaufrechtliche Gewährleistung des Verkäufers hängt nicht davon ab, dass der Käufer eine Überprüfung des Kaufobjektes vorgenommen hat. Gegebenenfalls ist aber bei unterlassener Prüfung der Einwand des Mitverschuldens gem. § 254 BGB bei einer Inanspruchnahme des Verkäufers aus vorvertraglichem Verschulden aus § 241 II i.V.m. § 311 II BGB, § 311 III BGB denkbar. Die Gewährleistungsansprüche sind andererseits gem. §§ 439, 460 BGB insoweit ausgeschlossen, als der Käufer Kenntnis um den Mangel erhält oder dieser ihm nur wegen eigener grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.

52. Weyam Fremdwörterbuch Wirtschaft

53. Busse von Colbe/Pellens Lexikon des Rechnungswesens Due Diligence S. 189

54. Zur rechtlichen Bedeutung der Due Diligence Harrer DStR 1993, 1673 ff.; Merkt BB 1995, 1042 ff.

Eine Due Diligence macht vor diesem Hintergrund für den Käufer gewährleistungspflichtig nur dann einen Sinn, wenn die Ergebnisse der Due Diligence in die nachfolgende Vertragsgestaltung einfließen.⁵⁵

bb) Informationsrechte des Veräußerers

Ob und inwieweit sich der Verkäufer (sprich der Outsourcing-Kunde) die Möglichkeit der Durchführung einer Due Diligence tatsächlich und auch rechtlich verschaffen kann, hängt nicht zuletzt von der Rechtsform des zu veräußernden Unternehmens und der Stellung des Verkäufers ab.⁵⁶

- Ohne weiteres möglich ist dies dem Verkäufer nur, wenn er Einzelunternehmer oder Alleingesellschafter einer GmbH oder faktischer Alleingesellschafter einer GmbH & Co. KG ist.
- Soweit der GmbH-Gesellschafter von seiner Gesellschaft Informationen aufgrund von § 51a GmbHG verlangen kann, sind diese grundsätzlich vertraulich zu behandeln.⁵⁷
- Der Aktionär hat im Ergebnis keine Möglichkeit, über die höchst eingeschränkten Informationsquellen aus Jahresabschluss und Lagebericht sowie seinem Fragerecht aus § 131 AktG hinaus Informationen über die Aktiengesellschaft zu erhalten. Sein diesbezügliches Fragerecht versagt indes hinsichtlich sensibler Unternehmensdaten (etwa stille Reserven, latente Steuern, Verzinsung des tatsächlich eingesetzten Kapitals).⁵⁸
- Nach § 166 HGB kann auch der Kommanditist nur sehr eingeschränkt Informationen erhalten.⁵⁹

cc) Fragenkatalog

Die Due Diligence dient dabei für den Outsourcing-Anbieter als Entscheidungsgrundlage und ggf. Verhandlungsbasis für das Outsourcing-Projekt mit dem Outsourcing-Kunden. Durchgeführt wird die Due Diligence vom Outsourcing-Anbieter oder von Dritten, z.B. Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern, Rechtsanwälten oder Unternehmensberatern.⁶⁰ Wie bereits erwähnt, wird von diesem dritten Personenkreis ein umfassender Fragenkatalog erstellt, die so genannte *Due Diligence-List*.

55. Due Diligence und Gewährleistungsrecht siehe Loges DB 1997, 965 ff.; Merkt BB 1995, 1041 ff. Zur Vorstandshaftung aufgrund fehlerhafter Due Diligence beim Unternehmenskauf Kiethe NZG 1999, 976 ff.

56. Näher zu Due Diligence im Spannungsfeld zur Geheimhaltungspflicht und Geschäftsführern und Gesellschaftern: Bühr BB 1998, 1198 ff.; Ziegler DStR 2000, 249 ff. Zur Herausgabe von Informationen im Rahmen einer Due Diligence Bremer GmbHR 2000, 176 ff.

57. Zur Auskunftserteilung von Geschäftsführern siehe Götze ZGR 1999, 202 ff.

58. Geheimhaltungspflichten der AG-Vorstandsmitglieder bei Unternehmenskäufen: Roschmann, Frey AG 1996, 449 ff.; Schroeder AG 1967, 2161 ff.; Ziemons AG 1999, 492 ff. zu Besonderheiten beim Erwerb durch den Vorstand Mertens AG 1997, 541 ff.

59. Näher zum Auskunftsrecht des Kommanditisten Huber ZGR 1982, 539 ff.

60. Busse von Colbe/Pellens Lexikon des Rechnungswesens Due Diligence, S. 189

Aus der Sicht des Käufers (Outsourcing-Anbieter) werden damit alle bedeutenden Fragen und Bereiche abgedeckt.⁶¹

Eine solche Liste könnte folgende Punkte beinhalten:⁶²

- Aktiva und Passiva des zu übernehmenden Unternehmens
- Verträge und Vereinbarungen
- Arbeitsrechtliche Angelegenheiten
- Steuer- und Bilanzangelegenheiten
- Sonstiges

Die Ausrichtung der Due Diligence kann natürlich entsprechend des zu bewerteten Objektes sehr unterschiedlich ausfallen. Grundsätzlich kann jedoch anhand folgender Aspekte vorgegangen werden:⁶³

Review von Abschlüssen

- Analyse der Verlässlichkeit
- Analyse der Bilanzpolitik
- Analyse der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage

Identifikation von Risiken

- Marktrisiken:
 - Fehlende Instrumente, Controlling, Planung, Berichtswesen, Kompetenzregeln, hohe Fluktuation, demotivierte Mitarbeiter.⁶⁴
- Liquiditätsanalysen:
 - Steuerrisiken für Nachzahlungen, Einhaltung von Investitionssummen, Forderungsaufbau, Tilgungstau, Haftungstatbestände
- Ökologische Risiken (sind im Umfeld der IT-Branche eher zu vernachlässigen)

Analyse von Erfolgspotenzialen bzw. Prüfung der Planung:

- Prüfung des vom Management erstellten Geschäftsplanes nach den folgenden Kriterien:
 - Glaubwürdigkeit des geplanten Umsatzwachstums
 - Planungstreue des Unternehmens in der Vergangenheit
 - Erfolg der Programme zur Kostendämmung
 - Zukunftsträchtigkeit der Produktpalette
 - Erwartete Kundentreue⁶⁵

61. Merkt Internationaler Unternehmenskauf, S. 1043

62. Entnommen aus Harrer, S. 1673 f.

63. Peemöller/Keller in »Saarbrücker Handbuch der Betriebswirtschaftslehre« Kapitel 3. Rn. 327

64. Bei der Übernahme des debis Systemhauses durch die deutsche Telekom haben 5000 Mitarbeiter das debis Systemhaus nach Fusion verlassen, Focus Ausgabe 48/2000.

65. Hier als sehr hoch anzusetzen, da der Outsourcing-Kunde durch den Outsourcing-Vertrag fest gebunden wird.

Analyseinstrumentarium für Planungsrechnungen:

- Prüfung der Prämissen auf:
 - Kompatibilität mit der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung
 - Kompatibilität mit der branchenüblichen Entwicklung
 - Kompatibilität mit den betrieblichen Zusammenhängen
- Weiterrechnungen:
 - Abschreibungen
 - Personalaufwand
 - Zinsaufwand
 - Informationen über geplante Investitionen; Personalstand, Finanzierungsstruktur
 - Anpassung der Planung für die nächsten Jahre
 - Funktionalrechnung
 - Input-/Outputrelation
 - Zeit- und Betriebsvergleich
 - Kalkulationsmäßige Rechnung

Nach Abschluss der Due Diligence – mit der Maßgabe, ein möglichst lückenloses Bild des zu erwerbenden Unternehmens aufgenommen zu haben – sind die Ergebnisse in einem abschließenden Bericht zusammenzufassen, um dem potenziellen Erwerber (Outsourcing-Anbieter) eine Grundlage für seine Kaufentscheidung zu geben.⁶⁶ Diese Kaufentscheidung kann auch entscheidend sein, ob der Outsourcing-Anbieter mit dem Outsourcing-Kunden das entsprechende Outsourcing-Projekt durchführen will.

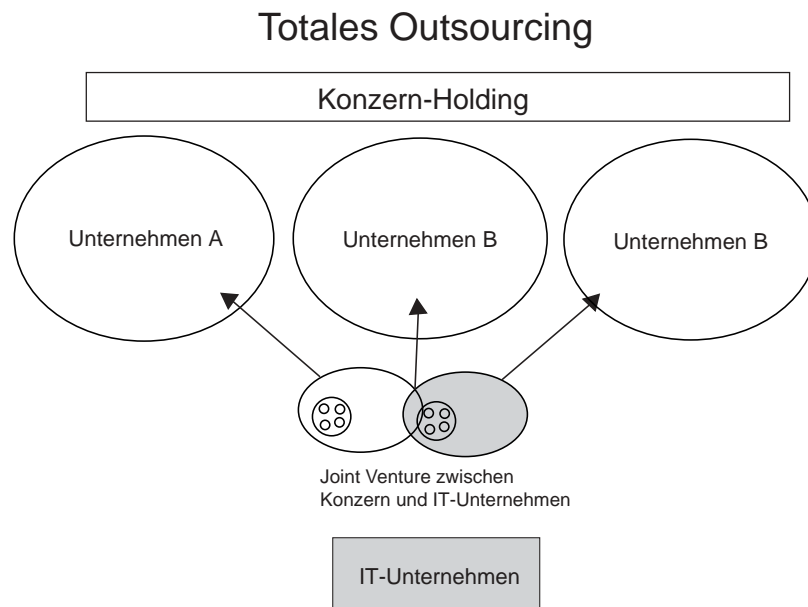


Abbildung B.5

66. Ganzert/Kramer S. 581

b) Gründung eines Joint Venture

Um steuerliche Vorteile zu erlangen,⁶⁷ aber auch als Steuerungs- und Überwachungsinstrumentarium für den Outsourcing-Kunden, wird hierbei häufig die Gründung einer gemeinsamen Service-Gesellschaft in der Form eines Joint Venture angestrebt (Abbildung B.5). Vom Outsourcing-Kunden wird die bereits bestehende IT-Service-Tochter in das Joint Venture eingebracht.

Unter einem Joint Venture⁶⁸ wird im Allgemeinen die Zusammenarbeit von nicht gebietsansässigen Unternehmen mit einem Partner aus dem Gastland verstanden, d.h. alle Formen der Zusammenarbeit, einschl. Lizenzvergabe, Vertragsmanagement, Vertragsfertigung und Gemeinschaftsunternehmen.⁶⁹ Beim »totalen Outsourcing« spielen die Fragen wie Gebietsansässigkeit eher eine untergeordnete Rolle, vielmehr geht es den Outsourcing-Partnern um die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens.

Zu Beginn einer Ausgliederung in Zusammenspiel mit einem Dritten steht in der Regel ein Kooperationsvertrag, der die Ziele und den Gegenstand der Ausgliederung sowie die von den Beteiligten dazu zu leistenden Beiträge beschreibt. In dieser Phase muss Einigung bestehen über:

- Rechtsform der Gesellschaft
- Kapitalausstattung
- Abstimmung über Geschäftsordnung für die Geschäftsführung
- Besetzung der Geschäftsführung
- Bildung von Beiräten
- Einzelheiten des Gesellschaftsvertrages

Im Rahmen des Joint Venture können sich verschiedene Rechtsfragen ergeben, die sowohl der Outsourcing-Kunde als auch der Outsourcing-Anbieter berücksichtigen müssen.

aa) Kartellrechtliche Fragen

Kartellrechtliche Fragen bei der Gründung eines Joint Venture ergeben sich dann,⁷⁰ wenn das Joint Venture lediglich die Aufgabe hat, *nur* den Outsourcing-Kunden zu betreuen und bei der Anmelde- und Anzeigepflicht nach §§ 35 ff. GWB.

67. Siehe Kapitel E., Steuerliche Aspekte des IT-Outsourcings

68. Der Begriff Joint Venture lässt sich auch als gemeinsames Wagnis übersetzen. Vgl. Raffée, Eisele (1994) S. 17–22

69. Fremdwörterbuch der Wirtschaft S. 115

70. Siehe Kapitel B., Formen des Outsourcings, II. Nr. 1.

(1) Ausschließlichkeit des Joint Venture

Hat das Joint Venture lediglich die Aufgabe, nur den Outsourcing-Kunden zu betreuen, kommt es darauf an, ob es sich um voll bezahlte Leistungen handelt, dann ist eine Ausschließlichkeit in der Regel zulässig, oder dem Outsourcing-Anbieter ein Verwertungsverbot auferlegt wird, das den Wettbewerb spürbar beeinträchtigt, ohne dass dem ein Austausch der Leistung zugrunde liegt.

Da es *unwahrscheinlich* ist, dass der Outsourcing-Kunde oder Outsourcing-Anbieter vertraglich verlangt, dass das Joint Venture die Belieferung an Dritte unterlässt,⁷¹ unterliegen daher die Outsourcing-Vertragswerke zwischen Outsourcing-Kunden und Outsourcing-Anbieter grundsätzlich auch nicht dem § 1 GWB. Der klassische Fall des Outsourcings ist daher kartellrechtlich nicht relevant, sondern führt zu einer Verstärkung des Wettbewerbs und ist daher unter dem Kartellrecht begrüßenswert.⁷²

(2) Anmelde- und Anzeigepflicht

Handelt es sich beim Outsourcing-Anbieter, wie im Fall eines Joint Venture, um den Zusammenschluss verschiedener Unternehmen, sind die §§ 35 ff. GWB zu beachten. Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden gem. § 35 I Nr.1 GWB Anwendung, wenn die beteiligten Unternehmen insgesamt im letzten, vor dem Zusammenschluss endenden Geschäftsjahr Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. € erzielt haben und gem. § 35 I Nr. 2 GWB mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. € erzielt hat. Gemäß § 35 II GWB gilt § 35 I GWB nicht, wenn ein Unternehmen, das nicht im Sinne des § 36 II abhängig ist und im letzten Geschäftsjahr weltweit Umsatzerlöse von weniger als 10 Mio. € erzielt hat, sich mit einem anderen Unternehmen zusammenschließt oder, nach Nr. 2, soweit ein Markt betroffen ist, auf dem seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als 15 Mio. € umgesetzt wurden. Soweit durch den Zusammenschluss der Wettbewerb beim Verlag, bei der Herstellung oder beim Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften oder deren Bestandteilen beschränkt wird, gilt nur Satz 1 Nr. 2 des § 35 II GWB.

Gemäß § 35 III GWB finden die Vorschriften des GWB keine Anwendung, soweit die Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen in ihrer jeweils geltenden Fassung ausschließlich zuständig ist.

71. Niebling »Outsourcing« S. 23

72. Niebling »Outsourcing« S. 24

Die Zusammenschlusstatbestände sind in § 37 GWB zusammengefasst als:

- Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens ganz oder zum wesentlichen Teil durch Umwandlung oder in sonstiger Weise
- Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen, wenn die Anteile alleine oder zusammen mit sonstigen, dem Unternehmen bereits gehörenden Anteilen
 - 25 % des Kapitals oder des Stimmrechtes des anderen Unternehmens erreichen oder
 - 50 % des Kapitals oder des Stimmrechtes des anderen Unternehmens erreichen oder
 - dem Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung im Sinne des § 16 I AktG einbringen

Nach § 39 GWB sind Zusammenschlüsse vor dem Vollzug beim Bundeskartellamt gemäß den § 39 I, II GWB anzumelden. Zur Anmeldung sind verpflichtet:

1. die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen
2. in den Fällen des § 37 I Nr. 1 und 3 GWB auch der Veräußerer

Gemäß § 39 III GWB ist in der Anmeldung die Form des Zusammenschlusses anzugeben. Die Anmeldung muss ferner über jedes beteiligte Unternehmen folgende Angaben enthalten:

1. die Firma oder sonstige Bezeichnung und den Ort der Niederlassung oder den Sitz
2. die Art des Geschäftsbetriebes
3. die Umsatzerlöse im Inland, in der Europäischen Union und weltweit; anstelle der Umsatzerlöse sind bei Kreditinstituten, Finanzinstituten und Bausparkassen der Gesamtbetrag der Erträge gemäß § 38 IV GWB, bei Versicherungsunternehmen die Prämieinnahmen anzugeben
4. die Marktanteile einschließlich der Grundlagen für ihre Berechnung oder Schätzung, wenn diese im Geltungsbereich dieses Gesetzes oder in einem wesentlichen Teil desselben für die beteiligten Unternehmen zusammen mindestens 20 vom Hundert erreichen
5. beim Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen die Höhe der erworbenen und der insgesamt gehaltenen Beteiligung
6. eine zustellungsbevollmächtigte Person im Inland, sofern sich der Sitz des Unternehmens nicht im Geltungsbereich dieses Gesetzes befindet

Ist gem. § 39 III GWB ein beteiligtes Unternehmen ein verbundenes Unternehmen, so sind die Angaben nach Satz 2 Nr. 1 und 2 des § 39 GWB auch über die verbundenen Unternehmen und die Angaben nach Satz 2 Nr. 3 und Nr. 4 über jedes am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen und die mit ihm verbundenen Unternehmen insgesamt zu machen sowie die Konzernbeziehungen, Abhängigkeits- und Beteiligungsverhältnisse zwischen den verbundenen Unternehmen mitzuteilen. In der

Anmeldung dürfen keine unrichtigen oder unvollständigen Angaben gemacht oder benutzt werden, um die Kartellbehörde zu veranlassen, eine Untersagung nach § 36 I GWB oder eine Mitteilung nach § 40 I GWB zu unterlassen.

Eine Anmeldung ist gem. § 39 IV GWB nicht erforderlich, wenn die Kommission der Europäischen Gemeinschaften einen Zusammenschluss an das Bundeskartellamt verwiesen hat und dem Bundeskartellamt die nach Absatz 3 des § 39 GWB erforderlichen Angaben in deutscher Sprache vorliegen. Das Bundeskartellamt teilt den beteiligten Unternehmen unverzüglich den Zeitpunkt des Eingangs der Verweisungsentscheidung mit.

Ferner kann das Bundeskartellamt gem. § 39 V GWB von jedem beteiligten Unternehmen Auskunft über Marktanteile einschließlich der Grundlagen für die Berechnung oder Schätzung sowie über den Umsatzerlös bei einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen verlangen, den das Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss erzielt hat.

Darüber hinaus müssen die beteiligten Unternehmen dem Bundeskartellamt den Vollzug des Zusammenschlusses unverzüglich anzeigen, vgl. § 39 VI GWB.

bb) Gesellschaftsrechtliche Aspekte

Bei der Gründung eines Joint Venture zwischen dem Outsourcing-Kunden und dem Outsourcing-Anbieter wird in rechtlicher Hinsicht die Trennung eines Unternehmens von einem Teil seiner bisherigen Unternehmenstätigkeit vorgenommen (Verlagerung). Dies führt zu einem Verlust oder zu einer Verringerung des Einflusses des Outsourcing-Kunden auf die vorher bestehende IT-Service-Gesellschaft, die fest im Konzern verankert gewesen ist. Die Mitwirkungsrechte des Outsourcing-Kunden an dem Joint Venture sollten daher den Verlust oder die Reduzierung der Einwirkungsmöglichkeiten kompensieren. Sie sind abhängig von der Rechtsform des Konzerns, aus dem ausgegliedert wird, und von der Methode der Spaltung.⁷³

Für das IT-Outsourcing kommt als Spaltung im Sinne des § 123 UmwG nur die Ausgliederung in Frage⁷⁴, diese gilt auch für die Gründung des Joint Venture. Der Outsourcing-Kunde überträgt die Vermögensteile der IT-Service-Gesellschaft auf das Joint Venture. Als Gegenleistung erhält der Outsourcing-Kunde Anteile am Joint Venture.

73. Staudacher in Köhler-Frost Steuerl., gesellschafts- u. arbeitsrechtliche Aspekte von Outsourcing S. 308

74. Siehe Kapitel B., Formen des Outsourcings, I. Nr. 2a

cc) Gläubigerschutzvorschriften

Gemäß § 123 I und II UmwG kann eine Ausgliederung (z.B. in Form eines Joint Venture) durch die Methoden der Auf- und Abspaltung oder der Ausgliederung mit Sonderrechtsnachfolge gem. § 123 III UmwG durchgeführt werden.⁷⁵ Bei allen Methoden nach dem UmwG sollte bedacht werden, dass der Gesetzgeber dem Gläubigerschutz einen hohen Stellenwert eingeräumt hat. Gesamtschuldnerische Haftung, Verpflichtung zur Leistung von Sicherheiten an Gläubiger und besondere Haftung gegenüber Arbeitnehmeransprüchen (§§ 22, 133 und 134 UmwG)⁷⁶ zeigen dies deutlich auf und sind bei der Gründung des Joint Venture zu bedenken.

dd) Konzernrechtliche Haftung

Soweit nicht ein kodifiziertes Konzernrecht besteht wie bei Aktiengesellschaften bzw. soweit nicht Unternehmensverträge (Beherrschungsvertrag, Gewinnabführungsvertrag etc.) vorliegen, darf der Einfluss eines herrschenden Unternehmens auf das abhängige Unternehmen nur derart ausgeübt werden, dass die eigenen Interessen des abhängigen Joint Venture nicht missachtet werden. Andernfalls besteht nach der BGH-Rechtsprechung zum so genannten *qualifizierten Konzern*⁷⁷ die Gefahr, dass das herrschende Unternehmen für die Verbindlichkeiten des abhängigen Unternehmens haftet (Haftungsdurchgriff der Gläubiger des Joint Venture auf das herrschende Unternehmen).

ee) Regelungsinhalte eines Joint-Venture-Vertrages

Da der Aufbau eines kompletten Unternehmens durch das Joint Venture-Vertragswerk geregelt wird, umfasst das Vertragswerk typischerweise folgende Aspekte:⁷⁸

- Vereinbarungen eines bestimmten Unternehmenskonzeptes für das Joint Venture: Produktpalette, Kapazität, Zielmarkt
- Investitionsvolumen
- Finanzierung, insbesondere die finanziellen Beiträge der einzelnen Partner
- Rechtsform des Gemeinschaftsunternehmens, Kapital und Kapitalanteile der einzelnen Partner
- Organe und Organbesetzung, Mehrheiten in den Organen
- Aufbau-Management, d.h. Management während der Errichtungsphase bis zum Beginn der Leistungserbringung
- Beiträge einzelner Partner in der Aufbauphase (z.B. Lieferung von PCs)
- Management⁷⁹ während der Leistungserbringung

75. Siehe Kapitel B., Formen des Outsourcings, I. Nr. 2a

76. Staudacher in Köhler-Frost Steuerl., gesellschafts- u. arbeitsrechtliche Aspekte von Outsourcing S. 309

77. TBB-Urteil, BGHZ 122, 123

78. Entnommen aus Rechtsfragen des internationalen Gemeinschaftsunternehmen-Joint Venture-RIW 1990, 1 ff.

79. Unter Management sind dabei auch die Führungskräfte gemeint, die nicht Organe sind.

- Personalauswahl und -entsendung: sehr häufig werden Führungskräfte vom Outsourcing-Anbieter zum Joint Venture abgestellt
- Liefer- und Leistungsbeziehungen des Joint Venture zum Outsourcing-Geber und zum Outsourcing-Anbieter
- Zielmarkt (mehr Kunden als nur den Outsourcing-Kunden) und Vermarktungswege, Wettbewerbsfragen zwischen Müttern und Gemeinschaftsunternehmen, unter Umständen auch zwischen den Müttern; die Wettbewerbs- und kartellrechtlichen Fragestellungen des Joint Venture werden manifestiert
- Know-how, Lizenzen, Personalschulungen etc.
- Fragen des Rechnungswesens und Berichtspflichten des Gemeinschaftsunternehmens
- Geschäftspolitische Grundsätze
- Regelungen über die Vorgründungsphase bis zur Gründung der Gemeinschaftsunternehmens
- Regelungen über die Beendigung eines Joint Ventures, insbesondere durch die spätere mögliche Übernahme durch den Outsourcing-Anbieter
- Rechtswahl, Schiedsgerichtsklausel, Salvatorische Klausel usw.

Das oben aufgeführte Regelungsspektrum ist bei weitem nicht nur gesellschaftsrechtlicher Natur, so dass sich die Vertragsgestaltung nicht nur auf die Erstellung eines Gesellschaftsvertrages/Satzung der zu gründenden Gesellschaft bezieht. Auch sind diverse Regelungsinhalte vorhanden, die nicht Gegenstand von Leistungsverträgen (z.B. Übernahme von Know-how) sind. Es kommt daher oft zu einem dreistufigen Aufbau:⁸⁰

1. Gesellschaftsvertrag, Satzung der zu gründenden Gesellschaft
2. Einzelne Liefer- und Leistungsverträge (Know-how-Verträge)
3. Ein übergreifender Vertrag (Joint Venture Agreement, Shareholders Agreement, Basic Agreement und ähnlich genannt) zwischen den Müttern, in denen diejenigen Fragen geregelt sind, die nicht durch die bereits vorgenannten Verträge umfassend geregelt sind.

c) Vom Joint Venture zur Service-Tochter des Outsourcing-Anbieters

In einem Zeitraum von drei bis sieben Jahren nach Gründung des Joint Venture kann es für den Outsourcing-Anbieter aus organisatorischen und steuerlichen Gründen⁸¹ interessant sein, die Anteile des Outsourcing-Kunden am gemeinsamen Joint Venture zu übernehmen (Abbildung B.6).

⁸⁰. Entnommen aus Rechtsfragen des internationalen Gemeinschaftsunternehmen-Joint Venture-RIW 1990, 1 ff.

⁸¹. Siehe Kapitel E., Steuerliche Aspekte des IT-Outsourcings

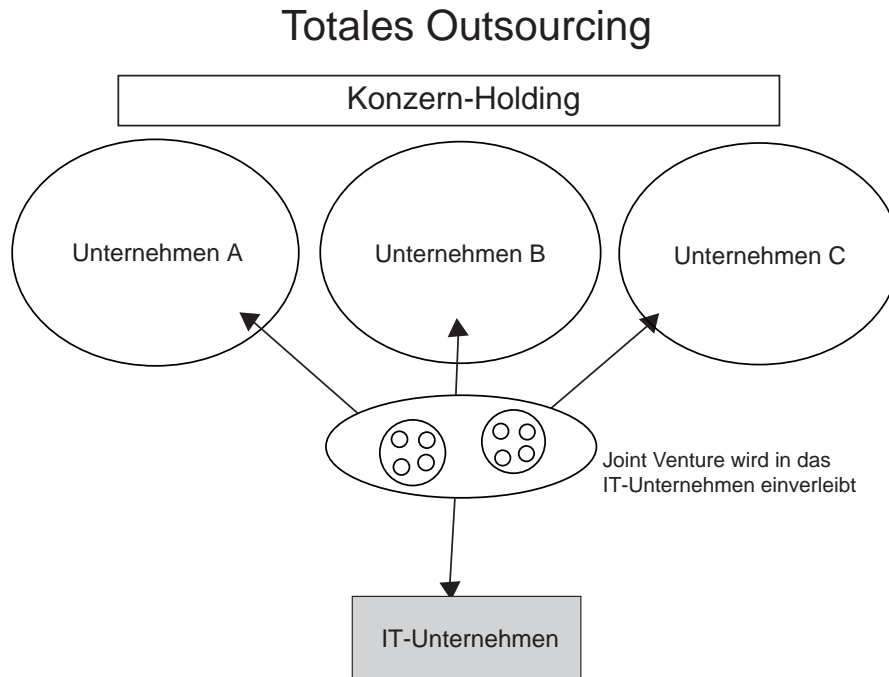


Abbildung B.6

Dies könnte dem Outsourcing-Kunden sogar entgegenkommen. Entsprechend dem Outsourcing-Gedanken möchte sich dieser mehr auf seine Kernkompetenzen spezialisieren, folglich ist das Interesse des Outsourcing-Kunden an den Gesellschaftsanteilen des Joint Venture in der Regel gering, so dass dieser wenig gegen eine Übernahme der Gesellschaftsanteile durch den Outsourcing-Anbieter einzuwenden haben wird.

Der Outsourcing-Anbieter hat in diesem Zeitraum auch bewiesen, dass es ihm möglich ist, den IT-Service zu liefern, und dass er in der Lage ist, die vereinbarten Service Levels zu halten.⁸² Entsprechend des Outsourcing-Vertrags und den darin vereinbarten Service Levels wird er dies auch zukünftig für Outsourcing-Kunden tun.⁸³ Daher ist für den Outsourcing-Kunden kaum zu befürchten, dass er den Einfluss auf die Serviceerbringung (durch den Verkauf der Geschäftsanteile des Joint Venture) verlieren könnte.

Der Outsourcing-Anbieter macht somit aus dem Joint Venture eine IT-Service-Tochter seines eigenen Konzerns und verleibt das zuvor bestandene Joint Venture in seinen Konzern ein. Das Joint Venture wird somit in der Regel ein verbundenes, meist auch beherrschendes Unternehmen im Sinne des §§ 15 ff. AktG.

82. Service Level Agreements SLA siehe Kapitel C., Das Outsourcing-Projekt, III. Nr. 5.

83. Denkbar wäre hier eine Dreieckskonstellation, Outsourcing-Kunden und Outsourcing-Anbieter schließen einen Vertrag. Der Service für den Outsourcing-Kunden wird aber nicht durch den Outsourcing-Anbieter erbracht, sondern durch seine Service-Gesellschaft.

Die Frage einer konzernrechtlichen Haftung nach der Auslagerung der IT auf das Joint Venture ist nur relevant, wenn der Konzern des Outsourcing-Kunden weiterhin gesellschaftsrechtlich beteiligt bleibt. Wird wie im nächsten Schritt das Joint Venture vom Outsourcing-Anbieter zu 100 % übernommen (sofern keine rechtlichen und steuerlichen Aspekte entgegenstehen), dürften sich durch den Übernahmevertrag die konzernrechtlichen Haftungsfragen des Outsourcing-Kunden erledigt haben.

d) Integration im Outsourcing-Unternehmen

Aus Gründen der Vereinfachung der Verwaltung und ähnlich gelagerten Synergieeffekten wird das vormalige Joint Venture bzw. die IT-Tochter des Outsourcing-Anbieters in das IT-Unternehmen (Outsourcing-Anbieter) integriert (Abbildung B.7). Dabei ergeben sich meist keine rechtlichen Fragen, sofern die arbeitsrechtlichen Aspekte wie Tarifverträge⁸⁴ geklärt sind.

Die IT-Abteilungen der IT-Tochter werden in die entsprechenden IT-Abteilungen des Outsourcing-Anbieters integriert und erbringen nun aus dieser Positionen ihre Services für den Outsourcing-Kunden.

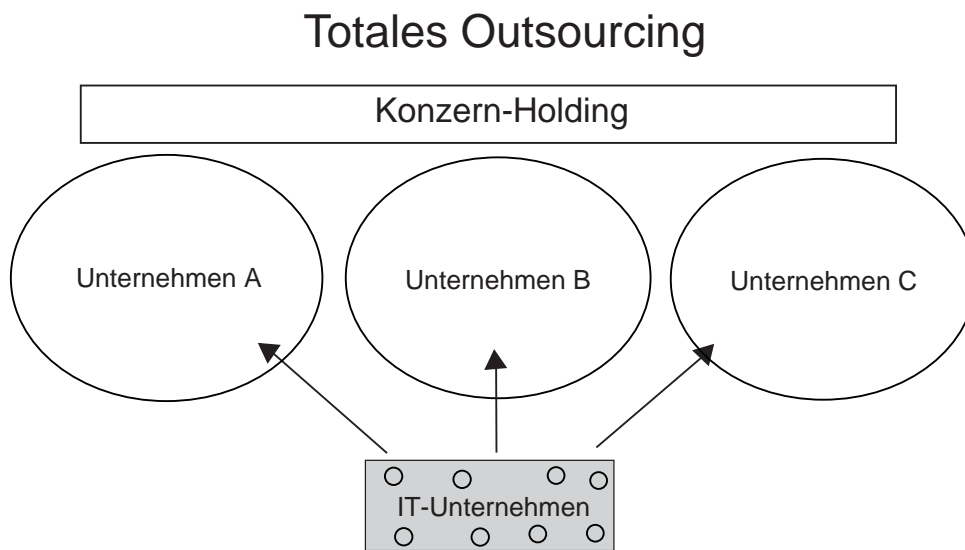


Abbildung B.7

II.2 Beispiel für ein totales Outsourcing

Im Herbst 1997 schlossen die Firmen Novartis und IBM einen Outsourcing-Vertrag für ein totales Outsourcing des IT-Betriebes von Novartis. Gleichzeitig wurde ein Joint Venture gegründet, die ITpro, an der die IBM 70 Prozent erhielt. Nach einer Übergangszeit von sieben Jahren ging die ITpro vollständig in den Besitz der IBM über.⁸⁵

84. Siehe Kapitel C., Das Outsourcing-Projekt, III. Nr. 1.

85. Diemer in Köhler-Frost S. 63

Der Pharmakonzern Novartis war im Jahre 1996 aus dem Zusammenschluss der Unternehmen Sandoz und CibaGeigy entstanden. Die Firmen Sandoz und Ciba-Geigy verfügten zu diesem Zeitpunkt über völlig unterschiedliche IT-Infrastrukturen, was für das Outsourcing eine besondere Herausforderung darstellte.

Weitere Beispiele für totales Outsourcing:

- Deutsche Bank und Siemens Business Service (SBS) haben als Joint Venture das IT- Unternehmen Sinius GmbH gegründet⁸⁶
- Stadt Leipzig und IBM Deutschland GmbH haben als Joint Venture das IT-Unternehmen LeCoS GmbH gegründet
- Carl Schenk AG (Darmstadt) und die IBM Deutschland GmbH; hierbei wurde die SIS GmbH, eine IT-Tochter der Carl Schenk, im Sinne eines totalen Outsourcings von der IBM übernommen
- Henkel KGaA und das debis Systemhaus haben als Joint Venture das IT-Unternehmen dits GmbH gegründet, das aber nur im Sinne eines Outtaskings (Rechenzentrumsbetrieb) agiert
- Siemens Business Service (SBS) übernimmt zum 1. Juli 2002 das Preussag Systemhaus (PSH)⁸⁷

II.3 Fazit

Im Laufe der organisatorischen Vorgehensweise eines »totalen Outsourcings« werden häufig Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Unternehmensberater mit zum Teil erheblichen Beratungsaufwänden beauftragt. Fraglich ist, ob diese Berater (ob extern oder intern) nicht für einen so erheblichen Kostenbeitrag sorgen, dass dadurch der Profit des Outsourcing-Projekts aufgezehrt wird. Hinzu kommen Aspekte wie die Verwischung von Verantwortlichkeiten und Loyalitäten, die bei einem »totalen Outsourcing« zu berücksichtigen sind.

III. Partielles Outsourcing (Outtasking)/Multisourcing (Multi-Vendor-Outsourcing)

Fraglich ist, ob der Kunde seinen IT Betrieb gleich in die Hände eines Outsourcing-Anbieters geben will. Einerseits könnte er nur einen Teil seines IT-Betriebs fremdvergeben oder wenn er schon seinen IT-Betrieb fremdvergeben will, dann vielleicht in die Hände verschiedener Anbieter.

86. Pressemitteilung vom 12.02.2001 Siemens beteiligt sich an Deutscher-Bank-Tochter Sinius siehe http://www.sinius.de/c.php/de/presse/12_02_2001.rsys?

87. Siehe Computerwoche Nr. 27 vom 5. Juli 2002 S. 12

III.1 Partielles Outsourcing (Outtasking)

Entschließt sich der Kunde, nur einen Teilbereich oder eine Teilaufgabe fremdzuvergeben so spricht man von *partiell*em Outsourcing oder *selektivem* Outsourcing.⁸⁸ Unter Beachtung der vorherigen Begriffsbestimmung ist partielles Outsourcing kein Outsourcing im eigentlichen Sinne (Herauslösung des gesamten IT-Betriebs). Denn es wird gerade nicht die gesamte IT, sondern nur spezifische Teilbereiche (Tasks) auf einen Dienstleister übertragen. Deshalb spricht man insoweit auch von *Outtasking*. Beispiele für Outtasking finden sich in der Praxis vor allem im Bereich der Auslagerung des Host-Betriebes und der Auslagerung des SAP-R/3-Basisbetriebs. Bei einem gescheiterten »Totalen Outsourcing-Projekt« wird partielles Outsourcing/Outtasking häufig auch als eine Alternative gesehen.⁸⁹ Der Outsourcing-Kunde entscheidet sich dort, wo es möglich ist, Bereiche (Task) in Form eines Insourcings⁹⁰ wieder selbst zu betreiben. Andere Bereiche, in denen es nicht möglich ist, ein totales Outsourcing zu revidieren oder nur mit unverhältnismäßigen Mitteln, werden durch ein partielles Outsourcing oder Outtasking gezielt fremdvergeben. Dies geschieht in einer erneuten Make-or-Buy-Entscheidung.

III.2 Multisourcing (Multi-Vendor-Outsourcing)

Möchte der Outsourcing-Kunde zwar seinen ganzen IT-Betrieb oder große Teile (Task) seines IT-Betriebs auslagern, diesen aber nicht im Sinne eines totalen Outsourcings in die Hände *eines* Outsourcing-Anbieters geben, sondern an unterschiedliche Service Provider, so spricht man von einem *Multisourcing* bzw. einem *Multi-Vendor-Outsourcing*. Der Outsourcing-Kunde bedient sich hierbei durch eine *Multisourcing-Strategie* nicht nur eines Providers (der auch die Generalunternehmenschaft hat), sondern vieler unterschiedlicher Provider, die sich als Einzelunternehmer gerade auf einen besonderen Task (z.B. SAP-R/3-Basisbetrieb oder User Help Desk) spezialisiert haben. Hierbei wird die Auffassung vertreten, dass ein Outsourcing-Anbieter selten alle Teilbereiche (Task) gleich gut betreiben kann, vielmehr nimmt man sich für jeden Teilbetrieb den entsprechenden Spezialisten.

Ein großer Nachteil des Multisourcings (Multi-Vendor-Outsourcing) besteht in den (auch rechtlichen) Schnittstellen der einzelnen Outsourcing-Anbieter. Wird zum Beispiel der First Level Support von einem anderen Dienstleister betrieben als der Second Level Support, so kann es bei der Klassifizierung der Fehler bereits zu erheblichen Reibungsverlusten führen, die die Vorteile eines Multisourcings bei weitem übersteigen (siehe Abbildung B.8). Eine wesentliche Aufgabe der verbliebenen IT-Mitarbeiter⁹¹ des Outsourcing-Kunden bzw. des CIO und seiner stark verkleinerten IT-Abteilung besteht dann in der Aufgabe des so genannten *Vendor-*

88. Bongard »Outsourcing« S. 91. Zuweilen wird auch der Begriff des »cosourcing« verwendet (bei Firmen wie Compaq, Henkel).

89. Barucha in Köhler-Frost S. 213 ff.

90. Siehe Kapitel B., Formen des Outsourcings, V.

Managements. Der CIO des Outsourcing-Kunden und seine verbliebenen IT-Mitarbeiter übernehmen hierbei die Funktionen von Controllern, Einkäufern und IT-Service-Managern, um die Leistungen der Outsourcing-Anbieter zu überprüfen, nach Optimierungspotenzialen zu suchen, den Know-how-Verlust zu verringern und vor allem, um den Outsourcing-Anbieter zu steuern.⁹² Dabei ist es beim Vendor-Management nicht so erheblich, ob die Leistungen wie beim totalen Outsourcing von einem Outsourcing-Anbieter kommen oder wie beim Multi-sourcing von mehreren Anbietern.

Partielles Outsourcing / Outtasking

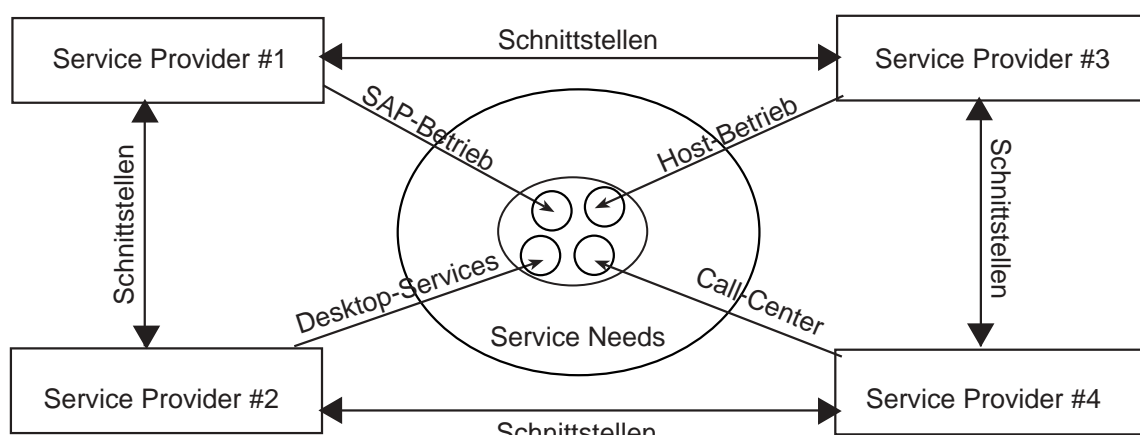


Abbildung B.8

Partielles Outsourcing (Outtasking) bzw. Multisourcing (Multi-Vendor-Outsourcing) kommt in verschiedenen Formen vor, meist wird unterschieden in:⁹³

■ Professional Service

IT-Projekte werden extern vergeben, es handelt sich im weitesten Sinne um DV-Beratung und -Design über die Einführung bis zur Schulung von Systemen

■ System-Integration

Der Outsourcing-Anbieter stellt für Teilbereiche komplexe Lösungen inkl. Hard- und Software zur Verfügung. Dies können z.B. sein:

- Desktop Services
- First Level Support (UHD)

91. In der Regel bleiben ca. 10 % der IT-Mitarbeiter beim Outsourcing-Kunden; siehe auch Charles Chang „Müllbeseitigung entlastet IT-Budgets“ in Computerwoche Nr. 32 vom 9. August 2002 S. 30.

92. Computerwoche Nr. 32 vom 9. August 2002 S. 31

93. Erben/Müller in Köhler-Frost S. 201 ff.

- Second Level Support
- SAP-R/3-Basisbetrieb

Etc.⁹⁴

IV. Insourcing

In Falle des Scheiterns eines Outsourcing-Projekts stellt sich häufig die Frage, was nach einem Outsourcing folgt. Zum einem hat der Outsourcing-Kunde die Möglichkeit, sich einen anderen Outsourcing-Anbieter zu suchen und an gleicher Stelle weiterzumachen. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, den ausgelagerten IT-Betrieb wieder selbst zu betreiben (so genanntes *Insourcing*) und den Prozess des Outsourcing-Projekts zu revidieren.⁹⁵

Das Unternehmen bietet seinen Fachabteilungen die zuvor ausgelagerten Dienstleistungen erneut durch seine eigene IT-Abteilung an. Allerdings sind nicht alle Outsourcing-Projekte revidierbar oder manche sind nur mit erheblichem Aufwand zu revidieren.

Daher sollte der Outsourcing-Kunde in einer *modifizierten Make-or-Buy-Entscheidung* erneut prüfen, welche Bereiche insourct werden können und welche Bereiche im Wege eines partiellen Outsourcings/Outtaskings von einem Dienstleister betrieben werden können.

V. Business Process Outsourcing

Das *Business Process Outsourcing* (BPO) bezeichnet eine Geschäftsbeziehung, in der ein Anbieter einen kompletten Geschäftsprozess oder eine vollständige Unternehmensfunktion übernimmt, einschließlich der gesamten sie unterstützenden Informationstechnologie.⁹⁶

Im Gegensatz zum konventionellen Outsourcing ist der Anbieter in der technischen Umsetzung frei. Der Kunde bezieht das Prozessergebnis, ohne in den Verantwortungsbereich oder die Infrastruktur der Datenverarbeitung einbezogen zu sein.⁹⁷

Beim Business Process Outsourcing ist neben dem *Best in Class*-Design und Management des Prozesses insbesondere die Integration des Prozesses in die beteiligten Unternehmen ein erfolgskritischer Faktor. In der Gestaltung dieser Geschäftsfelder muss ein wesentlicher Augenmerk auf die Definition der Prozess-

94. Siehe auch Kapitel C. Das Outsourcing-Projekt, I. Nr. 1.

95. Wisskirchen/Kleinertz in Köhler-Frost S.181, 182

96. Cunningham »Outsourcing« S. 32

97. Oecking in Köhler-Frost S. 94

kennzahlen und Messmethoden gelegt werden. Diese Prozesskennzahlen stellen eines der wichtigsten Elemente in der Gestaltung des Business Process Outsourcings dar, da durch die Kennzahlen die Value Creation als Zielstellung vereinbart, gemessen und einem kontinuierlichen Benchmarking⁹⁸ unterworfen werden kann.⁹⁹

Da der Outsourcing-Anbieter nicht Betriebsteile übernimmt, sondern ganze Geschäfts- oder Businessprozesse neu gestaltet, könnte hierbei über eine fehlende Anwendbarkeit des § 613a BGB nachgedacht werden. Dies würde zu einem entscheidenden Vorteil des BPO gegenüber dem klassischen Outsourcing führen. Der Gesetzgeber hat aber die Definition des Betriebsteils im § 613a BGB so weit gefasst, dass er auch im BPO eine Übernahme eines Betriebsteils sehen würde.¹⁰⁰ Im Ergebnis lässt sich daher eine Anwendung des § 613a BGB durch BPO nicht ausschließen.

VI. Application Service Providing (ASP)

Ein ASP-Dienstleistungsunternehmen bietet in der Regel den Kunden Zugriff auf verschiedenste Software-Applikationen an. Diese Applikationen kommen von leistungsfähigen, sicheren und hoch verfügbaren Rechenzentren. Im Gegensatz zu herkömmlichen Unternehmen verkaufen ASP Anwendungen wie Office-Pakete oder Betriebssysteme nicht an ihre Kunden, sondern stellen diese Leistungen den Unternehmen gegen eine Gebühr zur Verfügung. Die Anwendungen werden auf einem zentralen Server zur Verfügung gestellt und von den Unternehmen oder auch von Endanwendern über das Internet oder Virtual Private Networks (VPN) abgerufen (siehe Abbildung B.9).

Application Service Providing (ASP) stammt wie die meisten „Early Adopters“ aus den USA. Der deutsche Markt liegt laut Forit¹⁰¹ von der Marktentwicklung etwa zwei Jahre hinter den USA zurück. Während in den USA bereits fast 80 % der Unternehmen verschiedenste ASP-Angebote nutzen, sind es auf dem deutschen Markt gerade einmal 5 %. So werden in Deutschland für dieses Jahr laut Dataquest Umsätze in Höhe von 150 Millionen € erwartet. Bis 2003 soll sich dieser Betrag auf 1,2 Milliarden € erhöhen. Dabei machen klein- und mittelständische Unternehmen 70 % des Marktvolumens aus. Vorreiter bei der Auslagerungen von Software sind laut Forit Anwendungen des E-Commerce wie Transaktionen, Zahlungen und Sicherheit. Application Service Providing stellt damit ein zentrales Element bei der Ausweitung des E-Commerce und bei der Etablierung von voll integrierten Internet-Business-Unternehmen dar (siehe auch Kapitel F.).

98. Benchmarking siehe Kapitel C., Das Outsourcing-Projekt, IV. Nr. 4.

99. Oecking in Köhler-Frost S. 98

100. Siehe auch Kapitel C., Das Outsourcing-Projekt, III. Nr. 1a); a.A. Heymann CR 2000 S. 23 f.

101. www.forit.de/studien/asp.html

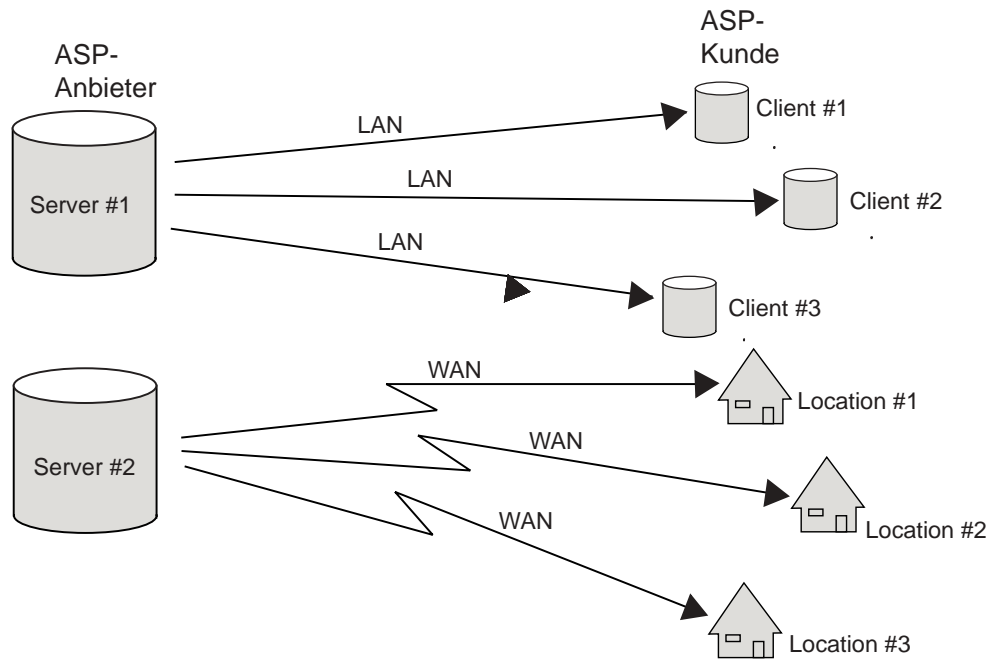


Abbildung B.9

Ob es sich bei Application Service Providing (ASP) tatsächlich um eine Form des Outsourcings handelt, erscheint fraglich.¹⁰² Auch wenn man möglicherweise Application Service Providing nicht direkt als eine Form des Outsourcings bezeichnen kann, so besteht doch zum Outsourcing eine erhebliche Verwandtschaft.

VII. Fazit

Aus einer Studie von IDC zum Thema Outsourcing aus dem Jahre 2001 geht hervor,¹⁰³ dass 42 % der befragten Unternehmen Outsourcing-Dienstleistungen in Anspruch nehmen. Der überwiegende Teil davon selektives (partielles) Outsourcing, der Anteil der Unternehmen, die komplettes (totales) Outsourcing betreiben, ist mit 3,9 % eher gering.

Betreiben Sie Outsourcing?	Prozent
Ja, selektives Outsourcing	38,4
Ja, komplettes Outsourcing	3,9
Nein	57,7
Total	100,0

102. Siehe auch Kapitel F., Application Service Providing

103. Siehe IDC »Outsourcing 2001 Application Service Providing« www.idc.com

Weiterhin wird nach der internationalen IDC-Analyse Outsourcing immer beliebter. Im vergangenen Jahr haben private und öffentliche Organisationen in Westeuropa über 16 Milliarden Dollar in langfristige Outsourcing-Verträge gesteckt, und der Markt für IT-Outsourcing soll innerhalb der nächsten Jahre weiter rasant wachsen. Ein besonderes Kennzeichen liegt dabei in dem Umstand, dass immer mehr und umfangreichere Verträge abgeschlossen werden. Die Hauptgründe dafür liegen in erster Linie in Globalisierung, E-Commerce und Euro. Insgesamt gibt es einen Trend zu kürzeren und flexibleren Outsourcing-Verträgen, der Wert der einzelnen Projekte steigt jedoch kontinuierlich. Vertragserneuerungen und Erweiterungen bereits installierter Lösungen treiben das Wachstum weiter an. Neben dem klassischen IT-Outsourcing kommen neuerdings Web-Hosting, E-Commerce-Dienstleistungen und ASP hinzu. Als Ursachen für den Dienstleistungs-Boom werden von IDC neben dem E-Commerce-Hype und stärkerem Kostenbewusstsein bei zunehmender strategischer Bedeutung der IT für die Unternehmen vor allem auch der IT-Fachkräftemangel gesehen.

Aber nur ca. 6 % der befragten Unternehmen gaben an, Application Service Providing zu betreiben.

Betreiben Sie ASP ?	Prozent
Ja	5,6
Nein	94,4
Total	100,0

Software-Häuser werden am häufigsten als Anbieter genannt: 38,5 % der Unternehmen, die ASP-Dienste in Anspruch nehmen, greifen auf ein Software-Haus als Anbieter zurück.

Diese Studie von IDC zeigt, dass die Kunden auf dem deutschen Outsourcing-Markt viel mehr zum überschaubaren und besser kontrollierbaren partiellen Outsourcing neigen. Das Vertrauen der Kunden zum Outsourcing-Anbieter scheint in den seltensten Fällen ausreichend zu sein, um den gesamten IT-Betrieb in die Hände eines Outsourcing-Anbieters zu geben. Dennoch kann auch das partielle Outsourcing ein Schritt hin zu einem totalen Outsourcing sein. Wächst das Vertrauen eines Kunden durch ein partielles Outsourcing, so könnte dieser eher geneigt sein, eines Tages seinen ganzen IT-Betrieb im Sinne eines totalen Outsourcings in die Hände eines Outsourcing-Anbieters zu geben.