

Nr. **3**

Kompetenzzentrum Trusted Cloud

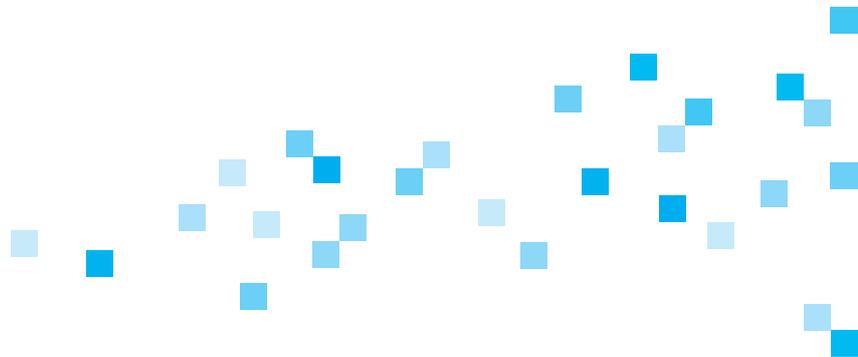
**Leitfaden –
Vertragsgestaltung
beim Cloud Computing**



Arbeitsgruppe „Rechtsrahmen des Cloud Computing“

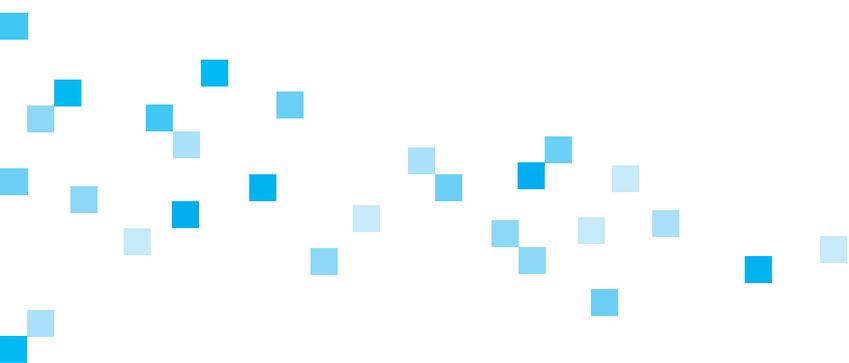
Cloud Computing kann in Deutschland nur wirtschaftlich erfolgreich sein, wenn die rechtlichen Rahmenbedingungen eine effiziente Nutzung von Cloud-Diensten ermöglichen. Ein innovationsfreundlicher Rechtsrahmen ist daher von besonderer Bedeutung. Für die rechtlichen Aspekte von Cloud Computing hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) daher innerhalb des Kompetenzzentrums Trusted Cloud eine eigene Arbeitsgruppe einrichten lassen.

In der Arbeitsgruppe „Rechtsrahmen des Cloud Computing“ erarbeiten Experten aus Wirtschaft, Anwaltschaft und Wissenschaft sowie Vertreter aus Datenschutzbehörden gemeinsam mit Projektbeteiligten aus dem Trusted-Cloud-Programm Lösungsvorschläge für rechtliche Herausforderungen. Sie wird geleitet von Prof. Dr. Georg Borges. Themenschwerpunkte sind u. a. Datenschutz, Vertragsgestaltung, Urheberrecht sowie Haftungsfragen und Strafbarkeitsrisiken. Darüber hinaus wird ein Pilotprojekt zur datenschutzrechtlichen Zertifizierung von Cloud-Diensten durchgeführt, das Impulse für die rechtssichere Nutzung von Cloud Computing und die Gewährleistung eines hohen Datenschutzniveaus setzen soll.



Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| Vorwort | 7 |
| Einführung | 9 |
| 1 Vertragsfreiheit und das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen | 10 |
| 2 Hinweise zum Aufbau des Vertrages | 11 |
| 3 Anwendbares Recht und Gerichtsstand | 12 |
| 4 Hinweise zu einzelnen Vertragsinhalten | 14 |
| Vertragsgegenstand und Leistungsbeschreibung | 14 |
| Vertragliche Änderungsvorbehalte | 15 |
| Vertragstypologie | 16 |
| Service Level Agreements | 18 |
| Subunternehmer | 20 |
| Vergütung | 20 |
| Geheimhaltung, Datensicherheit, Datenschutz | 21 |
| Einräumung von urheber- und patentrechtlichen Nutzungsrechten | 23 |
| Mitwirkungspflichten, Beistellungen und Nebenpflichten | 23 |
| Gewährleistung und Haftung | 24 |
| Laufzeit und Beendigung | 27 |
| Beendigungsunterstützung | 28 |
| Sonstige Vertragsinhalte | 29 |
| 5 Regulatorische Vorgaben | 31 |
| 6 Fazit | 31 |
| 7 Zusammenfassende Checkliste wichtiger vertraglicher Regelungen | 32 |
| Autoren | 34 |



Vorwort

Innovationen und moderne Technologien sind eine wichtige Grundlage für Wachstum und Beschäftigung. Gerade im IT-Bereich gibt es große Potenziale. So ermöglicht Cloud Computing Effizienzgewinne in den Unternehmen und stärkt damit ihre Wettbewerbsfähigkeit. Mindestens ebenso wichtig: Mittelständische Unternehmen sowie Start-ups können über die Cloud leistungsstarke IT-Lösungen nutzen, die früher vor allem großen Unternehmen vorbehalten waren. Dadurch werden Barrieren für den Markteintritt gesenkt und neue Geschäftschancen möglich.

Die Nutzung von Cloud-Diensten erfordert eine klare vertragliche Grundlage. Unternehmen wollen sich auf ihre Vertragspartner verlassen können und sollten daher etwaige kritische Situationen vertraglich absichern. Um derartige Risiken zu minimieren und eine gerechte Risikoverteilung zwischen den Parteien zu gewährleisten, bedarf es umsichtiger und möglichst umfassender vertraglicher Vereinbarungen, die die Rechte und Pflichten der Parteien klar und verständlich regeln.

Der vorliegende Leitfaden soll daher eine Orientierungshilfe für die rechtliche Ausgestaltung von Verträgen über Cloud-Dienste geben. Er richtet sich insbesondere an Entscheider sowie Mitarbeiter von Rechtsabteilungen in Unternehmen, die Cloud-Dienste anbieten oder nutzen möchten. Dabei werden die wichtigsten regelungsbedürftigen Punkte objektiv beleuchtet, sodass eine ausgeglichene Risikoverteilung erzielt werden kann.

Dieser Leitfaden befindet sich auf dem Stand Januar 2014 und wurde im Rahmen der Arbeitsgruppe „Rechtsrahmen des Cloud Computing“ erarbeitet. Die von Prof. Dr. Georg Borges geleitete Arbeitsgruppe ist Bestandteil des Technologieprogramms Trusted Cloud des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi). Weitere Informationen finden Sie unter www.trusted-cloud.de.

Die Autoren hoffen, dass der Leitfaden eine schnelle Orientierung ermöglicht sowie eine nützliche Unterstützung bei Bereitstellung und Inanspruchnahme von Cloud-Diensten bietet.

Dr. Marc Hilber, LL.M. (Illinois)

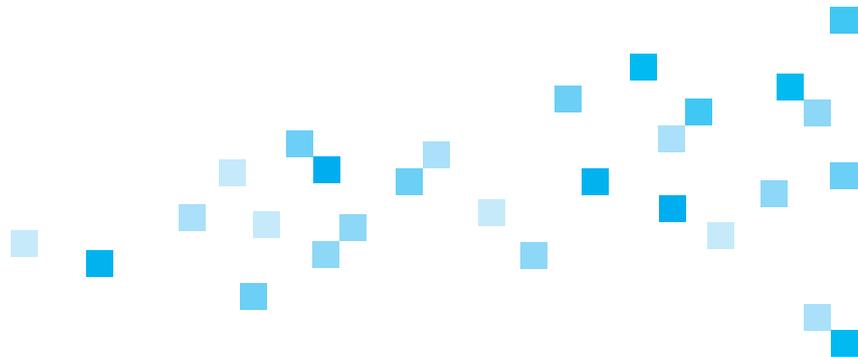
Leiter der Task Force „Vertrag & Lizenzen“
der AG „Rechtsrahmen des Cloud Computing“

Prof. Dr. Georg Borges

Leiter der AG „Rechtsrahmen
des Cloud Computing“

Einführung

- 1 **Cloud-Leistungen** zeichnen sich aus durch eine an den Bedarf des Kunden angepasste und dementsprechend abgerechnete sowie weitgehend standardisierte Bereitstellung von IT-Ressourcen wie Speicherplatz, Rechenleistung oder Software über das Internet. Begleitend werden häufig auch sonstige Leistungen, wie Support, Wartung und Pflege, angeboten. Cloud-Angebote sind vielfältig, was die Verwendung einer einheitlichen Definition erschwert und eine differenzierte vertragliche Abbildung der konkreten Leistungen und Risiken erforderlich macht.
- 2 Gegenstand dieses Leitfadens sind Leitlinien für die Ausgestaltung **vertraglicher Beziehungen** zwischen Cloud-Anbietern und Cloud-Kunden **im unternehmerischen Verkehr**. Auf die Besonderheiten für Verträge, die mit Verbrauchern geschlossen werden, kann hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden. Dabei ist in erster Linie an die Verbraucherschutzvorschriften zu Fernabsatzverträgen (E-Commerce) gemäß §§ 312b ff. BGB zu denken.
- 3 Dieser Leitfaden enthält eine **Orientierungshilfe sowohl für Cloud-Anbieter als auch für Cloud-Kunden**. Vertragsgestaltung dient in erster Linie der angemessenen Risikoverteilung und Streitprävention. Dieser Leitfaden strebt daher interessengerechte Lösungen für beide Parteien eines Cloud-Computing-Vertrages an. Grundvoraussetzung dafür ist eine ausgewogene Beschreibung der im konkreten Fall bestehenden Rechte und Pflichten. Dies erfordert eine genaue Untersuchung des Sachverhaltes auf beiden Seiten: Zu welchen Systemen des Kunden hat die gewählte Cloud-Lösung Schnittstellen, welche Mitarbeiter des Kunden werden die Leistung in welchem Umfang nutzen? Wo werden welche Daten beim Anbieter verarbeitet, welche sonstigen Parteien sind beteiligt? Wer trägt das Risiko des Ausfalls der Internetverbindung? Welche Haftungsszenarien können auftreten? Ist der Sachverhalt ermittelt, sind die erkannten Risiken angemessen zu verteilen. Dies geschieht durch eine entsprechende Vereinbarung, die aber nur dann erforderlich ist, wenn nicht das einschlägige Gesetz, insbesondere das Bürgerliche Gesetzbuch, bereits eine sinnvolle Regelung für die Vertragsbeziehung vorsieht. Um zu ermitteln, welche gesetzlichen Vorschriften gelten, ist vorab zu bestimmen, welchem gesetzlichen Vertragstypus ein Cloud-Vertrag und eine bestimmte Leistung unterliegen.



1 — Vertragsfreiheit und das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

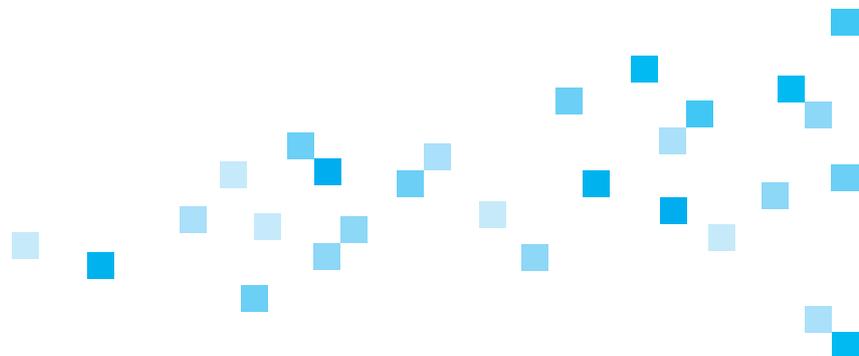
- 4 Da Cloud Computing in der Regel **standardisierte Leistungen** zum Gegenstand hat, liegt es nahe, dass Cloud-Anbieter diese Leistungen all ihren Kunden in gleichartiger Weise anbieten (wollen). Dabei kommen regelmäßig vorformulierte Vertragsbedingungen, sog. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die vom Cloud-Anbieter gestellt werden, zum Einsatz. Dies gilt in besonderem Maße für den Online-Bezug voll standardisierter Cloud-Leistungen. Daher spielt das AGB-Recht, das in Deutschland auch im rein unternehmerischen Verkehr gemäß § 310 Abs. 1 S. 2 BGB Anwendung findet, eine besondere Rolle. Das AGB-Recht schränkt den allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit ein, um sicherzustellen, dass die vertragliche Risikoverteilung nicht stets zum Nachteil einer Partei erfolgt. Nicht alle in AGB enthaltenen Regelungen sind wirksam; AGB-Klauseln unterliegen vielmehr einer richterlichen Angemessenheitskontrolle.
- 5 In Abgrenzung zu Individualvereinbarungen handelt es sich bei AGB um für eine Vielzahl von Verträgen **vorformulierte Vertragsbedingungen** (§ 305 Abs. 1 S. 1 BGB). Dies ist schon dann der Fall, wenn der Verwender, also häufig der Cloud-Anbieter, auch nur beabsichtigt, ein und dieselbe Klausel mehr als zweimal zu verwenden.¹ In vielen Fällen wird es sich bei Cloud-Verträgen daher um vorformulierte Klauseln handeln. Das AGB-Recht gilt in diesen Konstellationen nur dann nicht, wenn eine Klausel im Einzelnen ausgehandelt wurde (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB). Erforderlich hierfür ist, dass die Klausel vollinhaltlich zur Disposition gestellt wurde.² Daher sind auch bei von beiden Seiten unterzeichneten und verhandelten Verträgen einzelne, unverändert gebliebene Klauseln in der Regel als AGB einzustufen.
- 6 Konsequenz daraus ist in erster Linie die sog. **Inhaltskontrolle** gemäß § 307 BGB, nach der Klauseln insbesondere dann unwirksam sind, wenn sie den Vertragspartner, der nicht Verwender der AGB ist, unangemessen benachteiligen. Zudem sind Klauseln unwirksam, wenn sie überraschend oder mehrdeutig sind (§ 305c BGB). Eine Klausel ist aber vor allem dann unwirksam, wenn sie von den wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes abweicht. Eine zentrale Rolle spielen in diesem Zusammenhang die (engen) AGB-rechtlichen Grenzen einer Haftungsbeschränkung des Verwenders, in der Regel also des Cloud-Anbieters (näher dazu Rz. 67 ff.); das BGB geht nämlich von einer betragsmäßig unbeschränkten Haftung aus. Im Rahmen einer Individualvereinbarung kann die Haftung der Parteien wirksam eingeschränkt und sogar ausgeschlossen werden (außer für vorsätzliches Handeln).

¹ BGH, Urteil vom 27.9.2001, Az. VII ZR 388/00 = NJW 2002, 138 ff.

² St. Rspr.; anschaulich BGH, Urteil vom 19.5.2005, Az. III ZR 437/04 = NJW 2005, 2543 (2544)

2 — Hinweise zum Aufbau des Vertrages

- 7 In der Wertschöpfungskette des Cloud Computing sind **verschiedene Vertragsbeziehungen** zu unterscheiden. Vorliegend steht insbesondere der Vertrag des unternehmerischen Cloud-Kunden mit dem Cloud-Anbieter im Fokus. Der Cloud-Kunde mag wiederum in Vertragsbeziehung zu Dritten – beispielsweise zu seinen eigenen Kunden – stehen. Der Cloud-Anbieter kann sich seinerseits unterschiedlicher Unterauftragnehmer bedienen. Wie stets, wenn mehrere Beteiligte in vertraglichen Beziehungen zueinander stehen, ist auch in diesen Fällen eine saubere Trennung der unterschiedlichen Verantwortlichkeiten notwendig. Cloud-Anbieter, die Unterauftragnehmer einsetzen (näher dazu Rz. 42 f.), sollten sich gegenüber dem Kunden nur zu den Leistungen verpflichten, die deckungsgleich mit den Pflichten ihres Unterauftragnehmers sind, sofern sie nicht etwaige Mehrleistungen selbst erbringen wollen. Dies kann durch den Abschluss sog. **„Back-to-Back-Verträge“ mit den Unterauftragnehmern** erfolgen, in denen die Bestimmungen des Kundenvertrages 1:1 weitergegeben werden. Um ein Haftungsdelta zu vermeiden, ist jedoch Vorsicht geboten: Relativ zum Auftragswert bestimmte Haftungssummen (z. B.: *„Die Haftung ist auf 100 % des Auftragswertes beschränkt.“*) sind wegen unterschiedlicher Auftragswerte entsprechend anzupassen und wegen der AGB-Problematik (siehe Rz. 4 ff.) individuell zu verhandeln.
- 8 Zu unterscheiden ist zwischen dem Vertragstext selbst und den in Bezug genommenen Anlagen. Üblicherweise befinden sich in den Anlagen z. B. die Leistungsbeschreibung, das geltende **Service Level Agreement** und die Vereinbarung zur **Auftragsdatenverarbeitung** nach § 11 Abs. 2 S. 2 BDSG. Es bietet sich an, sämtliche nicht im engeren Sinne rechtlichen Vertragsbestandteile (wie z. B. Business Continuity Management, näher dazu Rz. 87) und umfangreichere Sondermaterien (etwa die Exit-Abreden, näher dazu Rz. 83 ff.) zur besseren Übersichtlichkeit auch in Anlagen zu vereinbaren.
- 9 Ferner sind auch beim Cloud Computing **Rahmenvertragsgestaltungen** denkbar. Dabei werden in einem Rahmenvertrag die rechtlichen und kommerziellen Einzelheiten vorab vereinbart, die dann für einzelne Leistungsabrufe gelten. Dadurch kann der Leistungsabruf, bei dem nur noch etwaige Besonderheiten zu vereinbaren sind, schnell und unkompliziert erfolgen. Der Muster-Abrufvertrag wird in diesen Konstellationen häufig auch eine Anlage zum Vertrag darstellen.

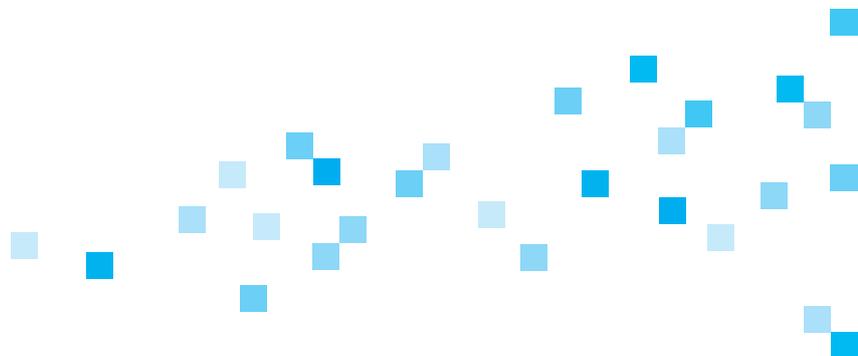


3 — Anwendbares Recht und Gerichtsstand

- 10 Cloud-Computing-Verträge haben häufig **Berührungspunkte mit verschiedenen Ländern**. So können etwa die Parteien in unterschiedlichen Ländern sitzen oder die genutzte Hardware-Infrastruktur befindet sich (an unterschiedlichen Stellen) im Ausland. Daher kommt der Frage des anwendbaren Rechts besondere Bedeutung zu.
- 11 Im unternehmerischen Verkehr kann das auf den Vertrag **anwendbare Recht vereinbart** werden. An diesen Grundsatz sind jedenfalls Gerichte in der EU (auf Grundlage der Rom-I- und Rom-II-Verordnungen der EU) gebunden. Es empfiehlt sich, in Cloud-Computing-Verträgen von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen und dabei klarzustellen, dass die Wahl für vertragliche und deliktische Ansprüche gleichermaßen gilt. Nur falls ein Cloud-Computing-Vertrag keinerlei Auslandsbezug aufweist, was selten vorkommen dürfte, erübrigt sich eine ausdrückliche Vereinbarung zum anwendbaren Recht; in diesen Fällen findet deutsches Recht ohnehin Anwendung.
- 12 Ist keine Rechtswahlklausel vertraglich vereinbart, richtet sich das anwendbare Vertragsrecht nach Art. 4 Rom-I-VO, der zwischen einzelnen Vertragstypen unterscheidet. Daher muss der jeweilige Cloud-Computing-Vertrag zur Bestimmung des anwendbaren Rechts vertragstypologisch eingeordnet werden (siehe dazu Rz. 26 ff.). Bei typischen Cloud-Computing-Leistungen werden häufig mietvertragliche Anteile überwiegen. Art. 4 Abs. 1 Rom-I-VO regelt ausdrücklich nur die Miete unbeweglicher Sachen. Daher ergibt sich aus Art. 4 Abs. 2 Rom-I-VO, der für alle in Art. 4 Abs. 1 Rom-I-VO nicht geregelten Fälle greift, die Anwendbarkeit des Rechts des Staates, in dem die Partei, die für den Vertrag die charakteristische Leistung – hier also Cloud-Computing-Leistungen – erbringt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dies führt grundsätzlich zur Anwendbarkeit des am gewöhnlichen Aufenthalt des Cloud-Anbieters geltenden Rechts. Für den gewerblichen Anbieter ist dies der Ort seiner Hauptverwaltung, Art. 19 Rom-I-VO. Abweichungen können sich ausnahmsweise über eine engere Verbindung gemäß Art. 4 Abs. 3 Rom-I-VO ergeben (z. B. Benutzungs- oder Überlassungsort). Dies kann beim Cloud Computing zu Schwierigkeiten führen, wenn sich die Cloud-Computing-Infrastruktur an einem anderen Ort, z. B. außerhalb der EU, befindet. **Um** die hiernach mit der Bestimmung des anwendbaren Rechts verbundenen **Unsicherheiten zu vermeiden, ist eine Rechtswahl zu empfehlen**.
- 13 Zu unterscheiden vom anwendbaren Vertrags- und Deliktsrecht, das für die privatrechtliche Beziehung zwischen den Vertragsparteien gilt, ist das jeweils **anwendbare zwingende Recht**, das die Parteien nicht wählen können. Zu denken ist an das Datenschutzrecht, das Steuerrecht, das Arbeitsrecht, die Regulierung des Finanzwesens, das Exportkontrollrecht etc. Darüber disponieren können die Parteien nicht. Vielmehr sehen diese Rechtsbereiche selbst Regelungen zur geografischen Anwendbarkeit vor.
- 14 Weiter sollten die Parteien vereinbaren, **wo ein etwaiger Rechtsstreit zu führen ist**. Sinnvoll ist es, die örtliche Zuständigkeit eines Gerichts entsprechend der gewählten Rechtsordnung zu bestimmen, um zu vermeiden, dass etwa deutsche Gerichte nach US-amerikanischem Recht zu urteilen haben.
- 15 Ferner können die Parteien eine **Schiedsvereinbarung** treffen. In diesem Fall ist der Rechtsstreit statt vor den staatlichen Gerichten durch einen oder mehrere (in der Regel drei) Schiedsrichter beizulegen. Vorteile eines Schiedsgerichts sind vor allem die

Vertraulichkeit, die Option, in englischer Sprache zu verhandeln, sowie die Möglichkeit, Schiedsrichter mit Spezialwissen zu Rechtsfragen des Cloud Computing auszuwählen. Nachteilig an einem Schiedsverfahren ist, dass mangels Einverständnis aller drei Parteien eine Streitverkündung nicht möglich ist, d. h. ein von seinem Kunden verklagter Cloud-Anbieter kann seinem Subunternehmer, der den streitgegenständlichen Fehler begangen hat, nicht den Streit verkünden, um sicherzustellen, dass in einem nachfolgenden Rechtsstreit der gleiche – bereits im ersten Verfahren bewiesene – Sachverhalt zugrunde gelegt wird. Außerdem kann das Schiedsgericht nicht das Erscheinen von Zeugen zwangsweise anordnen. Nach Erlass des Schiedsspruches ist schließlich kein Rechtsmittel mehr zulässig. Schiedsverfahren können aber günstiger und schneller sein. Die jeweiligen Vor- und Nachteile müssen im Einzelfall sorgfältig abgewogen werden.

- 16 In Cloud-Verträgen sind daher **Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln üblich und sinnvoll**. Ausländische Cloud-Anbieter sehen in ihren Vertragsmustern regelmäßig die Wahl ihres Heimatrechts und -gerichtsstands vor. Für deutsche Kunden bedeutet dies aus naheliegenden Gründen eine erhebliche Einbuße des praktischen Rechtsschutzes.
- 17 Dieser Leitfaden unterstellt die **Anwendbarkeit des deutschen Vertragsrechts** für die vertragliche Beziehung zwischen dem Cloud-Kunden und dem Cloud-Anbieter.



4 — Hinweise zu einzelnen Vertragsinhalten

Vertragsgegenstand und Leistungsbeschreibung

18 Wie oben bereits angedeutet, ist es aufgrund der Diversität denkbarer Cloud-Leistungen im beiderseitigen Interesse, dass die jeweils geschuldeten Leistungen exakt beschrieben werden. Als typische Arten des Cloud Computing werden unterschieden:³

- Software as a Service (SaaS) = Bereitstellung von (Anwendungs-)Software zur Nutzung
- Platform as a Service (PaaS) = Bereitstellung einer (Entwicklungs-)Plattform
- Infrastructure as a Service (IaaS) = Bereitstellung von IT-Ressourcen, insbesondere Rechnerleistung, Arbeitsspeicher und Festplattenspeicher, Verbindungen
- Business Process as a Service (BPaaS) = Durchführung von Geschäftsprozessen durch Cloud Computing

Mit dieser Unterscheidung ist allerdings noch nichts über die geschuldete Leistung im Detail ausgesagt. Vielmehr ergibt sich diese Einteilung erst aus der konkret vereinbarten und damit geschuldeten Leistung.

19 Die zu erbringenden Leistungen bestimmen auch den Vertragsgegenstand, der für die Zuordnung zu einem Vertragstyp entscheidend ist. Von diesem Vertragstyp – und nicht von einer von den Parteien etwa gewählten Vertragsbezeichnung – hängen wiederum die **anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen**, etwa zu Gewährleistung und Haftung ab.

20 Vor allem aus Sicht des Dienstleisters ist es sinnvoll, die Leistungen abschließend zu vereinbaren und auf offene Formulierungen, wie z. B. „*Inbesondere sind folgende Leistungen zu erbringen ...*“; zu verzichten. Um die Pflichten sauber voneinander abzugrenzen, können bestimmte Leistungen von vornherein vom Leistungsumfang ausgeschlossen werden.

21 Leistungsbeschreibungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen, unterliegen – entgegen oft anderslautenden Behauptungen – nicht generell keiner Inhaltskontrolle, sondern nur insoweit nicht, als sie nicht durch dispositives Gesetzesrecht ersetzt werden können. Zum Beispiel besteht bei der Miete gemäß § 535 BGB das **gesetzliche Leitbild einer 100%igen Verfügbarkeit**.⁴ Einschränkungen der Verfügbarkeit in den Service Level Agreements unterfallen daher der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle und sind nur dann wirksam, wenn sie angemessen sind. Dies ist z. B. nicht der Fall, wenn sich der Cloud-Anbieter nicht näher definierte Wartungsfenster vorbehält. Näheres zu Service Level Agreements ist unter Rz. 36 ff. erläutert. Ebenfalls unwirksam sind Teile in Leistungsbeschreibungen, die das Hauptleistungsversprechen einschränken. Aus AGB-rechtlicher Sicht ist es daher zu empfehlen, die Leistung von vornherein positiv im Detail zu definieren und nicht ein weites Leistungsversprechen durch Negativformulierungen einzuschränken.

³ Siehe etwa die Übersicht auf den Seiten 15 ff. des Bitkom-Leitfadens „Cloud Computing - Was Entscheider wissen müssen“, der unter http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM_Leitfaden_Cloud_Computing-Was_Entscheider_wissen_muessen.pdf abgerufen werden kann (zuletzt aufgerufen am 8. 11. 2013).

⁴ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB. Der BGH hat dies in seinem – in diesem Zusammenhang stets herangezogenen – Urteil vom 12. 12. 2000, Az. XI ZR 138/00 = NJW 2001, 751 ff. (Rz. 14), zum Online-Banking bestätigt. Soweit keine zeitlichen Nutzungsbeschränkungen vereinbart werden, steht dem Kunden der Zugang zum Online-Banking grundsätzlich unbeschränkt zu. Näher zur AGB-Problematik oben unter Rz. 4 ff.

- 22 In struktureller Hinsicht sind Leistungsbeschreibungen selten Bestandteil des Hauptvertragstextes, sondern finden sich in gesonderten Anlagen. Der Cloud-Vertrag muss dann auf diese Anlagen und deren Geltung verweisen.

Vertragliche Änderungsvorbehalte

- 23 Häufig wird beim Cloud-Anbieter der Wunsch bestehen, auf **Änderungsbedarf nach Vertragsschluss** durch einseitige Vertragsanpassungen reagieren zu können, etwa weil einzelne Merkmale der den Kunden versprochenen Leistung aufgrund von technischen Umständen (z. B. „End of Life“ einer eingesetzten Software) nicht mehr zur Verfügung stehen. Auch kundenseitig kann es Änderungsbedarf geben, der sich z. B. auf Schnittstellen zu anderen Systemen beziehen kann. Soweit der standardisierte Kern der Cloud-Leistungen betroffen ist, ist der Anbieter darauf angewiesen, Änderungen gegenüber allen Kunden durchsetzen zu können. Eine einvernehmlich zu vereinbarende Vertragsänderung ist nur dann erforderlich, wenn sich an den beschriebenen Leistungen etwas ändert. Ist etwa Speicherplatz zur Verfügung zu stellen, kann der Anbieter die hierfür verwendeten Systeme beliebig ändern, sofern der versprochene Speicherplatz weiterhin zur Verfügung steht.
- 24 Zu empfehlen sind daher Regelungen zum **Change Management**, nach denen die Vertragsparteien während der Vertragslaufzeit Änderungen der vereinbarten Cloud-Leistungen vorschlagen und vereinbaren können. Die Regelungen zum Change Management müssen sich erheblich unterscheiden, je nachdem, um welche Art Cloud-Leistungen es geht. Beim standardisierten Massengeschäft kann dem Cloud-Kunden kaum das Recht eingeräumt werden, Änderungen zu verlangen. Cloud-Anbieter verlangen häufig, dass die Cloud-Kunden für alle Kunden gleichermaßen eingeführte Änderungen akzeptieren müssen. Geht es um outsourcingnahe Cloud-Leistungen, sind Abreden üblich, nach denen der Cloud-Anbieter auf eine entsprechende qualifizierte Anfrage des Cloud-Kunden binnen einer angemessenen Frist ein Angebot zur Vertragsänderung abgeben muss, soweit ihm dies nicht unmöglich oder unzumutbar ist. Der kommerzielle Rahmen kann dabei schon beim Abschluss des Cloud-Vertrages zumindest teilweise abgesteckt werden, indem z. B. Stunden- oder Tagessätze für die eingesetzten Mitarbeiter des Cloud-Anbieters verbindlich vereinbart werden.
- 25 Einseitige Änderungsvorbehalte unterliegen **AGB-rechtlich strengen Vorgaben** und müssen nach § 308 Nr. 4 BGB für den Vertragspartner zumutbar sein. Vertragliche Regelungen, die entsprechend diesen Einschränkungen gestaltet sind, sind für den Cloud-Anbieter oft ohne praktischen Wert. So müsste eine solche Regelung die Voraussetzung enthalten, dass eine Änderung aus triftigem Grund erforderlich ist, der Cloud-Kunde hierdurch gegenüber der bei Vertragsschluss einbezogenen Leistungsbeschreibung objektiv nicht schlechter gestellt ist (z. B. Beibehaltung oder Verbesserung von Funktionalitäten) und von dieser nicht deutlich abgewichen wird.⁵ Einem Cloud-Kunden müsste also zumindest ein Sonderkündigungsrecht unter Beibehaltung der bestehenden Leistungen für einen angemessenen Zeitraum für den Fall zustehen, dass er mit angekündigten, einseitigen Leistungsänderungen (die nicht nur zu seinem Vorteil sind) nicht einverstanden ist. Alternativ bleibt den Parteien nur, mit kürzeren Vertragslaufzeiten zu arbeiten, um auf diesem Wege auf veränderte Rahmenbedingungen reagieren zu können. Damit ist jedoch auch der nachhaltige Vertragsbestand nicht gesichert.

⁵ BGH, Urteil vom 23.6.2005, Az. VII ZR 200/04 = NJW 2005, 3420 (3421); BGH, Urteil vom 11.10.2007, Az. III ZR 63/07 = NJW-RR 2008, 134 ff.

Vertragstypologie

- 26 Wie oben unter Rz. 19 erwähnt, ist die geschuldete Leistung – und damit die Leistungsbeschreibung – dafür maßgeblich, welcher gesetzliche Vertragstyp vorliegt.⁶ Von den danach anwendbaren gesetzlichen Vorschriften (gesetzliches Leitbild) kann in AGB gemäß § 307 BGB nur in Grenzen abgewichen werden. Außerdem kommen die gesetzlichen Vorschriften, die von den Interessen der Parteien im Einzelfall erheblich abweichen können, zur Anwendung, soweit der Vertrag nichts Weiteres aussagt.

Gesetzliche Vertragstypologie

- 27 Den Vertragstyp Cloud Computing kennt das deutsche Recht nicht. Cloud-Leistungen können insbesondere folgenden Vertragstypen unterfallen:⁷
- Die **Miete** (§§ 535 ff. BGB) hat die entgeltliche Überlassung einer Sache zum Gebrauch auf Zeit zum Gegenstand. Der Vermieter ist verpflichtet, die Mietsache mangelfrei zu übergeben und während der Mietzeit in einem für den vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten.
 - Der **Werkvertrag** (§§ 631 ff. BGB) hat die entgeltliche Herstellung eines Werkes zum Gegenstand. Der Hersteller schuldet damit einen vereinbarten Erfolg. Zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen ist grundsätzlich eine vorherige Abnahme notwendig (die allerdings auch konkludent erklärt werden kann).
 - Der **Dienstvertrag** (§§ 611 ff. BGB) hat, in Abgrenzung zum Werkvertrag, die Erbringung einer erfolgsunabhängigen Dienstleistung zum Gegenstand. Anders als beim Miet- und Werkvertrag bestehen keine verschuldensunabhängigen Rechte wegen Mängeln (Gewährleistung), sodass der Dienstleister nur bei Verschulden auf Schadensersatz haftet.
- 28 Besteht ein Vertrag aus **mehreren Teilleistungen**, sind die jeweiligen Teilleistungen grundsätzlich gesondert zu beurteilen. Sofern dies nicht möglich ist, weil es z. B. um den Gesamtrücktritt vom Vertrag geht, kommt es darauf an, ob die Leistungen „miteinander stehen und fallen sollen“ und, falls dies der Fall ist, welche Leistung den Schwerpunkt bildet.

⁶ Zur Vertragstypologie von Cloud-Computing-Verträgen siehe Wicker, MMR 2012, 783 ff.

⁷ Bei kostenlosen Cloud-Angeboten (die vor allem Verbrauchern angeboten werden) können auch andere Vertragstypen des BGB einschlägig sein, z. B. die Leihe gemäß §§ 598 ff. BGB. Während Miet-, Werk- und Dienstvertrag von einer entgeltlichen Leistung ausgehen, wird bei einer Leihe der Verleiher verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der verliehenen Sache unentgeltlich zu gestatten.

⁸ BGH, Beschluss vom 23. 3. 2005, Az. III ZR 338/04 = MMR 2005, 373 f.

Vertragstypologie von IT-Verträgen im Allgemeinen

- 29 Ausgehend von diesen Vertragstypen wird beispielsweise der **Access-Providing-Vertrag** grundsätzlich als Dienstvertrag klassifiziert, da der Anbieter das Zustandekommen einer Verbindung in das Internet als Leistungserfolg aufgrund begrenzter Leitungskapazitäten und schwankenden Übertragungsgeschwindigkeiten je nach Netzauslastung nicht versprechen und der Nutzer diesen Erfolg auch nicht erwarten könne.⁸
- 30 Beim **Webhosting-Vertrag** stellt der Anbieter auf seinem eigenen Server dem Kunden Speicherplatz und einen Internetzugang zur Verfügung. Der Kunde nutzt und verwaltet diesen Speicherplatz für seine eigene Website. Dieser Vertrag beinhaltet dienst-, miet-, und werkvertragliche Aspekte. Ist nach dem Vertragszweck die Gewährleistung der Abrufbarkeit der Website als Schwerpunkt zu sehen, so wird insgesamt Werkvertragsrecht nach §§ 631 ff. BGB angewendet.⁹
- 31 Beim sogenannten **Business Process Outsourcing** übernimmt ein Anbieter die Durchführung eines kompletten Geschäftsprozesses oder einer Unternehmensfunktion, wie beispielsweise den Einkauf oder, im Fall von Banken, den Zahlungsverkehr. Da bei diesen Leistungen in der konkreten Leistungsbeschreibung oft ein konkreter Erfolg geschuldet wird, z. B. die Erstellung fehlerfreier Lohnabrechnungen, wird oft Werkvertragsrecht nach §§ 631 ff. BGB anzuwenden sein.
- 32 Gegenstand des **Application-Service-Providing-Vertrages** (ASP-Vertrag) ist die Bereitstellung von Softwareanwendungen zur Online-Nutzung über das Internet oder andere Netze. Aufgrund dieser entgeltlichen Gebrauchsüberlassung wird dieser Vertrag als Mietvertrag im Sinne der §§ 535 ff. BGB eingeordnet.

Vertragstypologische Einordnung von Cloud-Verträgen

- 33 Die **Einordnung von Cloud-Leistungen** orientiert sich schwerpunktmäßig an dem sog. **ASP-Urteil**,¹⁰ das die entgeltliche, zeitlich befristete Nutzung einer auf dem Server des Anbieters ablaufenden Software über das Internet (oder andere elektronische Netze) sowie die Zurverfügungstellung von Speicherkapazität als Miete eingeordnet hat. Nach dem BGH setzt die Miete keine Besitzverschaffung, sondern lediglich die Gebrauchsüberlassung voraus. Weiteren Leistungen, wie Programmpflege, Updates, Datensicherung, Hotline-Service und Einweisung in die Software, lägen andere gesetzliche Leitbilder zugrunde, was aber der Anwendung der mietvertraglichen Regelungen auf die ASP-Leistungen selbst nicht entgegenstehe.
- 34 Bisher liegen keine Gerichtsentscheidungen zur vertragstypologischen Einordnung von Cloud-Computing-Verträgen vor. Es ist bis auf Weiteres davon auszugehen, dass die Gerichte in Anlehnung an die ASP-Entscheidung des BGH **IaaS-, PaaS- und SaaS-Leistungen mietvertraglich einordnen werden** und folglich der Cloud-Anbieter verpflichtet ist, die „vermietete Sache“ (also Software oder Hardware-Ressourcen) zum Gebrauch zu überlassen. Der BGH hat in der ASP-Entscheidung insbesondere ausgeführt, dass auch die unkörperliche Zurverfügungstellung der Software die Gebrauchsüberlassung einer Mietsache darstellt.

⁹ BGH, Urteil vom 4.3.2010, Az. III ZR 79/09 = NJW 2010, 1449 ff.

¹⁰ BGH, Urteil vom 15.11.2006, Az. XII ZR 120/04 = MMR 2007, 243 ff.

Werden allerdings aus der Cloud heraus Geschäftsprozesse (*Business Processes*) durchgeführt, wie z. B. die Versendung von E-Mail-Newslettern aus der Cloud oder die Generierung eines Dokumentes, kommen insbesondere auch werkvertragliche Leistungen in Betracht, da schwerpunktmäßig keine Ressourcen bereitgestellt, sondern Erfolge erzielt werden. In diesen Fällen (**Business Process as a Service – BPaaS**) wird man von einem Vertragstyp mit **Werkvertragscharakter** ausgehen müssen. Außerhalb der klassischen Zurverfügungstellung von Ressourcen aus der Cloud muss daher jeweils genau geprüft werden, welcher Vertragstyp einschlägig ist. Zum Beispiel kann bei Cloud-Marktplätzen, also Online-Portalen, die Vertragsabschlüsse vermitteln, auch das Recht des Handelsvertreters gemäß §§ 84 ff. HGB zur Anwendung gelangen.

Service Level Agreements

- 36 Um Streit über die geschuldete Qualität und Güte der vereinbarten Leistungen zu vermeiden, bieten sich Service Level Agreements an.¹¹ Üblicherweise bilden Service Level Agreements einen gesonderten Teil des Cloud-Vertrages, der auf die Leistungsbeschreibung Bezug nimmt und der bestimmt, (i) welche Service Levels gelten (also welche Qualität geschuldet ist) und (ii) welche Rechtsfolgen ein Verstoß auslöst.
- 37 Ein gängiger Parameter in Service Level Agreements bei IT-Verträgen ist die **Verfügbarkeit**. Um AGB-rechtliche Unsicherheiten durch pauschale Verfügbarkeitseinschränkungen zu reduzieren, sollte die Verfügbarkeitsregelung detailliert ausgestaltet werden. Die Verfügbarkeit einer Cloud-Leistung wird üblicherweise als Prozentwert in Bezug auf einen bestimmten Betrachtungszeitraum angegeben, z. B. „99,5 % im Monat“ (was eine vertragsgerechte Ausfallzeit von immerhin 3 Stunden und 36 Minuten pro Monat bedeutet). Die genaue Definition der Verfügbarkeit einer Leistung ist kautelarjuristisch keine einfache Aufgabe, z. B. was die Abgrenzung zwischen maximalen Reaktionszeiten der Software oder dem Ausfall einzelner Funktionen auf der einen Seite und Verfügbarkeit auf der anderen Seite betrifft. Empfehlenswert ist daher, die genaue Berechnung des Prozentwertes festzulegen. Es sollte ferner klargestellt werden, welche Fälle nicht als Ausfall gelten, wie z. B. klar definierte Wartungsfenster. AGB-rechtlich problematisch sind dabei Regelungen, nach denen jegliche vom Cloud-Anbieter angekündigte Wartungsfenster nicht auf die Verfügbarkeit des Cloud-Dienstes angerechnet werden.¹² Die Nichtberücksichtigung von Umständen, die in den Verantwortungsbereich des Cloud-Kunden fallen (z. B. eine durch den Cloud-Kunden beizustellende Internet-Anbindung), ist dagegen unbedenklich (und folgt bereits aus allgemeinen rechtlichen Erwägungen). Von Bedeutung ist schließlich, den Bezugspunkt des Service Levels genau zu definieren. So kann es einen erheblichen Unterschied machen, ob die Ende-zu-Ende-Verfügbarkeit des gesamten Dienstes vereinbart wird oder ob nach einzelnen Leistungsbestandteilen (z. B. Benutzeroberfläche, Datenbank, Storage) differenziert werden soll.

¹¹ Siehe zu Service Level Agreements im Zusammenhang mit Cloud Computing Doubrava/Münch, BSI Forum 5/2012, S. 36. Abrufbar unter https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/KES/kes0512_pdf.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt besucht am 9.12.2013).

¹² Der BGH hat mit Urteil vom 12.12.2000, Az. XI ZR 138/00 = NJW 2001, 751 ff., eine AGB-Klausel für unwirksam erklärt, bei der das Risiko zeitweiliger Zugangsbeschränkungen und -unterbrechungen, u. a. in Form von Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten, ausnahmslos vom Kunden getragen werden soll. Dies verstöße gegen AGB-Recht, da der Anbieter sich damit gänzlich von der Haftung für Zugangsunterbrechungen und -beschränkungen zu dem in Rede stehenden Online-Service (hier: Online-Banking) freizeichnen wolle.

- 38 Hinsichtlich der **Entstörzeiten** ist die Entscheidung zu treffen, ob der Cloud-Anbieter jede Störung des Cloud-Dienstes innerhalb eines fest definierten Zeitfensters zu beheben hat (sog. „Time to Repair“ oder „TTR“), ob eine durchschnittliche Entstörzeit für alle Störungen innerhalb eines definierten Zeitraumes gelten soll (oft als „Mean Time to Repair“ oder „MTTR“ bezeichnet) oder ob stattdessen nur Reaktionszeiten geschuldet sind. Dabei kann Reaktionszeit etwa den Zeitraum bezeichnen bis zur ersten Rückmeldung des Anbieters zur Art und erwarteten Dauer der Störung oder bis zum Beginn der Entstörung durch qualifiziertes Personal – wobei unterschieden werden kann, ob der Cloud-Kunde die Störung gemeldet oder der Cloud-Anbieter das Problem erkannt hat und proaktiv informiert. Verwendet der Cloud-Anbieter im Rahmen seiner Entstörprozesse ein Ticket-System, bietet es sich an, zur Berechnung der Entstörzeiten auf den Eingang der Meldung im Ticket-System abzustellen. Zudem können auch Ausnahmen geregelt werden, in welchen Fällen die geregelten Entstörzeiten nicht gelten sollen. Der Cloud-Anbieter wird beispielsweise Wert auf die Feststellung legen, dass die Entstörzeiten nur für Störungen gelten sollen, die in seinem Verantwortungsbereich liegen und nicht vom Cloud-Kunden verursacht wurden – z. B. durch die Verletzung von vertraglichen Mitwirkungspflichten. Das Gleiche gilt für Fälle, in denen der Cloud-Kunde eine Störung zwar nicht verursacht hat, er die Entstörung durch den Cloud-Anbieter aber nicht in erforderlicher Weise unterstützt oder gar behindert.
- 39 Enthält ein Cloud-Vertrag keine Regelung über die **Rechtsfolgen einer Schlechtleistung**, ist die Schnittstelle zu mietvertraglichen Mängelansprüchen (Gewährleistung) sowohl für den Cloud-Kunden als auch den Cloud-Anbieter mit Unsicherheiten verbunden. Handelt es sich bei dem betroffenen Cloud-Vertrag (oder Vertragsteil) um einen Mietvertrag – was, wie oben aufgezeigt, in der Regel der Fall sein wird –, sind die Parteien mit der Unsicherheit konfrontiert, wie hoch ein Gericht die gesetzlich vorgesehene **Minderung der Miete** festlegen würde. Daher werden üblicherweise pauschale Minderungsbeträge in Bezug auf bestimmte Service Levels vereinbart, die oft auch als „Service Credits“ bezeichnet werden.
- 40 Solche pauschalen Minderungsbeträge sind abzugrenzen von **Vertragsstrafen oder pauschalitem Schadensersatz**. Die Minderung setzt nach dem Gesetz kein Verschulden voraus. Mangels abweichender Vereinbarung fallen als Minderungsbeträge konzipierte Service Credits auch für Service-Level-Verstöße an, die nicht vom Anbieter zu vertreten sind. Sollen die – wie auch immer bezeichneten – Zahlungspflichten bei einem Service-Level-Verstoß auch einen möglichen Schaden des Kunden abdecken, ist dagegen nach dem Gesetz – und daher mangels abweichender Abrede – ein Verschulden des Anbieters Voraussetzung. In diesen Fällen sollte ausdrücklich geregelt werden, ob der Kunde weitergehende Schäden geltend machen kann und ob der Cloud-Anbieter den Nachweis eines geringeren Schadens erbringen kann (was nach dem Gesetz beides im Fall eines pauschalitem Schadensersatzes möglich ist). Für den Cloud-Anbieter am ungünstigsten ist die bei Verstoß gegen ein Service Level zu zahlende Vertragsstrafe, die nicht auf einen etwaigen Schaden des Kunden anzurechnen ist.
- 41 Neben den Minderungs-, Schadensersatz- oder Vertragsstrafenregelungen sollten Service Level Agreements auch bestimmen, ab wann der Kunde den Gesamtvertrag ganz oder teilweise aufgrund einer Nichteinhaltung von Service Levels **kündigen** kann.

Subunternehmer

- 42 Schon weil es bei vielen Cloud-Kunden eine entsprechende Erwartungshaltung gibt, sollte der Vertrag festlegen, ob und in welchem Umfang sich der Cloud-Anbieter bei Erbringung seiner Leistungen eines oder mehrerer Subunternehmer bedienen darf. Regelungsgegenstände sind die Identität der Subunternehmer, der Leistungsumfang, der Ort der Leistungserbringung und die Frage, ob der Kunde jeder Einschaltung eines Subunternehmers (schriftlich) zustimmen muss.¹³ Eine angemessene Einbindung des Cloud-Kunden in die **Auswahl und Überwachung der Subunternehmer** ist gerade im Falle einer Auftragsdatenverarbeitung aufgrund § 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 6 BDSG geboten. Im Falle von weniger kritischen Dienstleistungen können hierbei Anzeigepflichten und territoriale Beschränkungen für neue Subunternehmer ausreichend sein, wobei allerdings auch Konzerngesellschaften des Cloud-Anbieters Gegenstand derartiger Beschränkungen sein sollten.
- 43 Der Cloud-Anbieter muss im eigenen und im Interesse des Cloud-Kunden darauf achten, dass die mit den Subunternehmern getroffenen Leistungsvereinbarungen mit denjenigen im Kundenvertrag übereinstimmen. Siehe hierzu bereits oben Rz. 7. Der Cloud-Anbieter könnte hierbei **Kontrollanforderungen** eines Cloud-Kunden durch eine eigene, dokumentierte Prüfung und Zertifizierung von Subunternehmern auf der Basis anerkannter Standards erleichtern. Die Möglichkeit der direkten Kontrolle durch den Cloud-Kunden sollte – jedenfalls aus Kundensicht – trotzdem vertraglich vorgesehen werden.

Vergütung

- 44 Cloud-Vergütungsmodelle können unterschiedlich ausfallen. Keineswegs finden sich nur idealtypische Cloud-Preismodelle, bei denen nur nach tatsächlichem Leistungsabruf abgerechnet wird. Vielmehr werden häufig feste Vergütungsbestandteile mit leistungsabhängigen Komponenten kombiniert.
- 45 Abgesehen von der sporadischen Inanspruchnahme von Cloud-Leistungen zur Überbrückung von Ressourcenengpässen vor allem im IaaS-Bereich, sind Leistungsbeziehungen beim Cloud Computing häufig auf eine **mittel- bis langfristige Zusammenarbeit** angelegt. Gerade bei dem Bezug von PaaS- und SaaS-Leistungen kann zudem ein „Vendor Lock-in“-Effekt eintreten, falls etwa ein Wechsel von einer eingeführten SaaS-Lösung auf eine andere Software nur schwer möglich ist (etwa wegen besonderer Schnittstellen oder Datenformate). Aus diesem Grund sind **Preisanpassungsklauseln** sowohl für Cloud-Anbieter als auch -Kunden von Bedeutung und sind in einem Gesamtzusammenhang zu Mindestlaufzeiten, Kündigungsfristen und möglichem Migrationsaufwand des Cloud-Kunden zu sehen. Preisanpassungsklauseln unterliegen jedoch einer doppelten Regulierung:
- 46 ■ Das **Preisklauselgesetz** (PrKlG) verbietet – von wenigen Ausnahmen abgesehen – automatische Preisanpassungsklauseln, die auf Indizes Bezug nehmen, die mit der betroffenen Leistung nichts zu tun haben. So wäre also eine Klausel unwirksam, nach der sich der Preis einer Cloud-Leistung jährlich automatisch entsprechend der Entwicklung des Verbraucherpreisindex anpassen soll.¹⁴

¹³ Eine AGB-Klausel, die dem Cloud-Kunden einen Anspruch gegen den Cloud-Anbieter verleiht, von diesem seine Vorlieferanten bzw. Subunternehmer mitgeteilt zu bekommen, diese zu genehmigen sowie deren Qualifikation nachgewiesen zu erhalten, läuft hingegen Gefahr gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam zu sein. Im Kontext allgemeiner Einkaufsbedingungen hat der BGH eine derartige Klausel für unwirksam befunden, vgl. BGH, Urteil vom 5.10.2005, Az. VIII ZR 16/05 = NJW 2006, 47 (51).

¹⁴ Für das Cloud Computing kommen als geeignete Indizes vor allem die Erzeugerpreisindizes für Dienstleistungen speziell im IT-Bereich in Betracht https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Preise/ErzeugerpreisindizesDienstleistungen/Tabellen/_ITDienstleistungen.html (zuletzt aufgerufen am 8.11.2013).

- 47 ■ Zum anderen unterliegen Preisanpassungsklauseln der **strengen AGB-Kontrolle**, sofern sie auf Standardformulierungen beruhen und nicht im Einzelnen ausgehandelt wurden. In diesem Fall sind Preisklauseln, die Preiserhöhungen erlauben, nur wirksam, wenn (i) die Preiserhöhungen auf (konkrete) Fälle eines berechtigten Interesses des Cloud-Anbieters beschränkt sind, (ii) die Kriterien für eine Preiserhöhung genau angegeben sind und (iii) die Interessen des Cloud-Kunden angemessen gewahrt werden.¹⁵
- 48 Bei lang laufenden Cloud-Verträgen mit größeren Volumina, also in Konstellationen jenseits des Massengeschäfts, verlangen Cloud-Kunden teilweise **Benchmarking- und Most-Favoured-Customer-Klauseln**. Benchmarking-Klauseln erlauben es dem Kunden, in bestimmten Intervallen einen Vergleich der Preise mit denen des Wettbewerbs und – je nach Ausgang des Vergleichs – eine entsprechende Preisanpassung zu verlangen. Es liegt auf der Hand, dass in der Praxis die Durchführung von derartigen Vergleichen nicht unproblematisch ist, denn insbesondere die Vergleichbarkeit der Leistungen fällt häufig schwer. Most-Favoured-Customer-Klauseln verpflichten den Cloud-Anbieter, dem Cloud-Kunden die günstigsten, anderen Cloud-Kunden angebotenen Preise ebenfalls anzubieten. Diese Klauseln werden von Cloud-Anbietern jedoch selten akzeptiert und sind aus Sicht der Cloud-Kunden allenfalls über Einsichtsrechte von zur Vertraulichkeit verpflichteten Dritten durchzusetzen.

Geheimhaltung, Datensicherheit, Datenschutz

- 49 Diese Themen sind in erster Linie durch zwingende gesetzliche Bestimmungen bestimmt (Compliance). So ist der deutsche Cloud-Kunde, der personenbezogene Daten im Auftrag in der Cloud verarbeiten lässt, verpflichtet, mit dem Anbieter einen **schriftlichen (!) Vertrag** nach § 11 Abs. 2 S. 2 BDSG abzuschließen und diesen insbesondere zu verpflichten, konkrete technische und organisatorische Maßnahmen zur Datensicherheit zu ergreifen.¹⁶ Die vertragliche Umsetzung dieser Vorgaben ist zwingend und insofern besteht auch kein Gestaltungsspielraum der Parteien. Die Umsetzung kann z. B. durch den Abschluss eines Vertrages zur Auftragsdatenverarbeitung gemäß den gängigen Mustern erfolgen.¹⁷ Nur dort, wo datenschutzrechtliche Bestimmungen nichts vorschreiben, besteht Gestaltungsspielraum.
- 50 Dies ist z. B. bei Daten der Fall, die nicht personenbezogen, aber dennoch geheimhaltungsbedürftig sind, oder sofern strengere Maßnahmen als die datenschutzrechtlich gebotenen vereinbart werden sollen. Ein Geheimhaltungserfordernis kann sich bei Geschäftsgeheimnissen des Cloud-Kunden aus Eigeninteresse oder aus Verpflichtungen des Kunden gegenüber Dritten ergeben. In diesen Fällen greift das BDSG nicht und dem Geheimhaltungsbedürfnis ist durch vertragliche Geheimhaltungsklauseln Rechnung zu tragen. Strittig ist dabei in der Regel nur die Frage, ob bei einem Verstoß eine Vertragsstrafe zu zahlen ist.

¹⁵ BGH, Urteil vom 20. 7. 2005, Az. VIII ZR 121/04 = NJW-RR 2005, 1496 (1501).

¹⁶ Die Einhaltung der gesetzlichen Datenschutzvorschriften beim Cloud Computing ist Gegenstand der Arbeit in der „Task Force“ Datenschutz der AG Rechtsrahmen. Siehe z. B. AG Rechtsrahmen des Cloud Computing, Datenschutzrechtliche Lösungen für Cloud Computing, Ein rechtspolitisches Thesenpapier, Berlin, Stand Oktober 2012.

¹⁷ Muster der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V., abrufbar unter https://www.gdd.de/downloads/Mustervereinbarung_a7_11_BDSG.doc/view (zuletzt aufgerufen am 15. 10. 2013), sowie Muster der BITKOM unter: http://www.bitkom.org/files/documents/Mustervertragsanlage_zur_Auftragsdatenverarbeitung_v_3_0.pdf (zuletzt aufgerufen am 15. 10. 2013).

- 51 Allerdings besteht teilweise bei Cloud-Anbietern keine Verhandlungsbereitschaft. Dies kann vor allem dann Schwierigkeiten bereiten, wenn der Anbieter es – z. B. wegen des dadurch bedingten Medienbruchs – nicht ermöglicht, einen schriftlichen Auftragsdatenverarbeitungsvertrag abzuschließen, der neben den bereits erwähnten technisch und organisatorisch erforderlichen Maßnahmen (§ 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 i. V. m. § 9 BDSG) auch eine **Weisungsbefugnis und Kontrollrechte** des Kunden vorsieht. Zum anderen muss ein Cloud-Kunde im Falle einer Verarbeitung personenbezogener Daten in sog. **Drittstaaten außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR)**,¹⁸ die kein angemessenes Datenschutzniveau gewährleisten, sicherstellen, dass der Datenempfänger ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleisten kann. Gem. § 4c Abs. 2 BDSG kann dies durch Vereinbarung der sog. EU-Standardvertragsklauseln¹⁹ erfolgen.²⁰
- 52 Da sich einerseits die **Trennung von Daten** mit und ohne Personenbezug im Cloud Computing schwierig gestalten kann und andererseits auch Daten ohne Personenbezug schutzbedürftig sein können, empfiehlt sich die Vereinbarung eines einheitlich hohen Datensicherheitsniveaus entsprechend den Empfehlungen des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) in dem Eckpunktepapier „Sicherheitsempfehlungen für Cloud Computing Anbieter“.²¹ Hierfür bieten sich sog. **Security Service Level Agreements** an, die entsprechend den Service Level Agreements bzgl. der Qualität und Güte der Leistungen zu behandeln sind.
- 53 Ein Sonderthema stellt sich für **Geheimnisverpflichtete nach § 203 StGB**, also für Anwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Angehörige von Heilberufen und vor allem für Kranken-, Lebens- und Unfallversicherungen. Nach gegenwärtiger Rechtslage ist die Datenverarbeitung durch externe Auftragnehmer – und damit auch Cloud Computing – nur bei einer Ende-zu-Ende-Verschlüsselung zulässig.²² Finanzinstitute müssen zudem bei Kundendaten (auch soweit sie sich nicht auf Individualpersonen beziehen) die Beachtung des Bankgeheimnisses sicherstellen.

18 Nach Behördenansicht liegt bei einem Dienstleister mit Sitz im Drittstaat konstruktiv keine Auftragsdatenverarbeitung vor (vgl. § 3 Abs. 8 Satz 3 BDSG), sondern eine Übermittlung personenbezogener Daten, die nicht auf § 11 BDSG gestützt werden kann und daher einer anderen Rechtsgrundlage bedarf – hier § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. § 4b Abs. 2 Satz 1 BDSG. Diese Rechtsgrundlage greift jedoch insbesondere dann nicht, sofern von der Übermittlung auch besondere Arten personenbezogener Daten gemäß § 3 Abs. 9 BDSG betroffen sind. Siehe dazu die Orientierungshilfe Cloud-Computing der Arbeitskreise Technik und Medien der Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder, Version 1.0 (Stand: Sept. 2011), S. 10 f. Nach a. A. kann § 11 BDSG auf solche Fälle analog angewandt werden (der auch für die Verarbeitung besonderer Arten personenbezogener Daten im Auftrag gilt). Unstreitig ist, dass bei Drittstaatsverhalten zusätzlich die Anforderungen der §§ 4b, 4c BDSG zu erfüllen sind.

19 Die EU-Standardvertragsklauseln (Stand: Februar 2010) für das Verhältnis Controller – Processor sind abrufbar unter:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32010D0087:DE:HTML> (zuletzt aufgerufen am 16.10.2013).

20 Bei der Verwendung von Standardverträgen ist zu beachten, dass diese nach Auffassung der Datenschutzbehörden zwischen jedem einzelnen Unterauftragnehmer und dem (Haupt-)Auftragnehmer zu schließen sind. Vgl. Handreichung des Düsseldorfer Kreises zur rechtlichen Bewertung von Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung vom 20.04.2007, abrufbar unter: http://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Entschiessungssammlung/ErgaenzendeDokumente/HandreichungApril2007.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt aufgerufen am 16.10.2013). Nach Auffassung der Datenschutzbehörden muss der Cloud-Kunde über die Vereinbarung von EU-Standardvertragsklauseln hinaus die Anforderungen nach § 11 Abs. 2 BDSG erfüllen und entsprechend vertraglich abbilden. Vgl. zur gesamten Problematik aus aufsichtsbehördlicher Sicht die Orientierungshilfe Cloud-Computing der Arbeitskreise Technik und Medien der Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder, Version 1.0 (Stand: Sept. 2011), S. 10 f.

21 Abrufbar unter https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/CloudComputing/Eckpunktepapier/Eckpunktepapier_node.html (zuletzt aufgerufen am 8.11.2013).

22 Ausführliche Problemendarstellung zu Verschlüsselungslösungen bei Hartung/Stiemerling, CR 2012, 60 ff. Zum Problem des § 203 StGB, siehe auch Kroschwald/Wicker, CR 2012, 758 ff.

Einräumung von urheber- und patentrechtlichen Nutzungsrechten

- 54 Cloud-Anbieter setzen zur Leistungserbringung **urheberrechtlich geschützte Software** und möglicherweise auch **patentrechtlich geschützte Verfahren** ein.
- 55 Sie müssen sich daher die zur Erbringung ihrer Leistungen notwendigen urheberrechtlichen (und evtl. auch patentrechtlichen) **Nutzungsrechte** beschaffen. Der Cloud-Kunde ist dagegen in der Regel nicht als urheber- oder patentrechtlicher Nutzer der Software und Verfahren des Cloud-Anbieters anzusehen, da diese Software und Verfahren ausschließlich auf den Systemen des Cloud-Anbieters ablaufen. Eine Einräumung urheber- oder patentrechtlicher Nutzungsrechte ist dann nicht erforderlich. Nur der sog. Client läuft auf dem Kundensystem, um die Cloud-Leistung in Anspruch zu nehmen, wobei häufig der Internetbrowser als Client eingesetzt wird, den der Kunde ohnehin zu nutzen berechtigt ist. Für besondere Clients, die der Anbieter zur Verfügung stellt, bedarf der Kunde jedoch eines Nutzungsrechts, das ihm der Anbieter vertraglich einzuräumen hat. Die urheberrechtliche Problematik wird näher erläutert in dem Arbeitspapier der AG Rechtsrahmen des Cloud Computing, „Lizenzierungsbedarf beim Cloud Computing“.²³
- 56 Dennoch bestehen Cloud-Kunden häufig darauf, dass der Cloud-Anbieter den Cloud-Kunden von **Ansprüchen Dritter freistellt**, die diese gegen den Cloud-Kunden wegen angeblich unzulässiger Softwarenutzung erheben. Es ist eben nicht auszuschließen, dass Ansprüche unmittelbar gegen sie erhoben werden. Darüber hinaus achten viele Cloud-Kunden darauf, dass im Vertrag klargelegt wird, dass sie alle Nutzungsrechte an ihren in der Cloud verarbeiteten Daten behalten.
- 57 Da umstritten ist, ob der SaaS-Anbieter die Software öffentlich verfügbar macht (§ 69c Nr. 4 UrhG) oder ob Cloud Computing eine Nutzung eigener Art (*sui generis*) ist, sollten sich Cloud-Anbieter, die eine vom Hersteller lizenzierte (und nicht eine selbst hergestellte) Software über die Cloud anbieten, im Vorfeld zur Sicherheit beide Rechte einräumen lassen.

Mitwirkungspflichten, Beistellungen und Nebenpflichten

- 58 In aller Regel kann ein Cloud-Anbieter seine Leistungen nur erbringen, wenn der Cloud-Kunde bestimmte technische Voraussetzungen erfüllt; er muss z. B. bei SaaS die zu verarbeitenden Daten im richtigen Format zur Verfügung stellen. Daneben gibt es aufseiten der Cloud-Kunden oft organisatorische Erfordernisse und auch Schutzpflichten, ohne deren Beachtung der Cloud-Anbieter seine Leistungen nicht oder nicht vollständig erfüllen kann. Die Pflichten, die zwingend Voraussetzung für die Leistungserbringung sind, werden **Mitwirkungspflichten** genannt. Demgegenüber sind **Beistellungen** (auch als *Customer Furnished Items* bezeichnet) Beiträge des Cloud-Kunden, die ansonsten auch der Cloud-Anbieter leisten könnte.
- 59 Während der Cloud-Kunde Mitwirkungspflichten auch zu erbringen hat, wenn im Vertrag dazu nichts Konkretes vereinbart ist, empfiehlt es sich, nicht nur etwaige Beistellungen, sondern auch die konkreten Mitwirkungspflichten im Vertrag zu definieren. Die Zeitpunkte für die Erfüllung von Mitwirkungspflichten und Beistellungen können vereinbart werden. Dies ist aber nur dann erforderlich und möglich, wenn die konkrete Mitwirkungshandlung überhaupt planbar ist und insofern Unklarheiten bestehen können.

²³ Abrufbar unter <http://www.trusted-cloud.de/documents/Lizenzierungsbedarf-beim-Cloud-Computing.pdf> (zuletzt aufgerufen am 8.11.2013).

- 60 Neben den Mitwirkungspflichten treffen den Cloud-Kunden auch **Nebenpflichten**. Sofern der Cloud-Kunde z. B. Login-Informationen samt Passwörtern erhält, so hat er diese geheim zu halten und nur im unbedingt erforderlichen Umfang an einen beschränkten Personenkreis weiterzugeben. Der Cloud-Anbieter sollte darüber hinaus seinerseits systemseitig die Anforderungen an die Passwörter vorgeben.
- 61 Auch kann es aus Sicht des Cloud-Anbieters sinnvoll sein, den Cloud-Kunden zu verpflichten, stets aktuelle Virenschutzsoftware zu verwenden.

Gewährleistung und Haftung

- 62 Mit Gewährleistung sind **Ansprüche wegen Mängeln** gemeint. Bei Cloud-Verträgen mit miet- oder werkvertraglichen Elementen hat der Anbieter etwaige Abweichungen von der vertraglich spezifizierten Leistung, also einen Mangel, zu beheben, ohne dass es auf sein Verschulden ankommt. Tut er dies nicht, kann der Kunde nach dem Gesetz die Vergütung mindern oder vom Vertrag zurücktreten bzw. den Vertrag kündigen. Darüber hinaus, also insbesondere für Schadensersatzansprüche, ist grundsätzlich ein Verschulden gemäß § 280 Abs. 1 BGB Anspruchsvoraussetzung. Das Verschulden wird bei einer Vertragsverletzung aber gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB unterstellt, sodass es dem Schädiger obliegt, sein Nichtverschulden zu beweisen. Eine für Cloud Computing wichtige Ausnahme vom Verschuldenserfordernis für Schadensersatzansprüche gilt bei der Einordnung der Leistung als Miete gemäß § 536a Abs. 1 BGB, der bestimmt, dass der Vermieter, also der Cloud-Anbieter, bei **anfänglich vorhandenen Mängeln** auch ohne Verschulden auf Schadensersatz haftet. Kennt der Cloud-Kunde dagegen diesen Mangel bereits bei Vertragsschluss, steht ihm insofern gemäß § 536b BGB kein Schadensersatzanspruch zu.
- 63 Der Begrenzung der gesetzlichen Mängel- und Schadensersatzansprüche durch AGB sind auch im unternehmerischen Verkehr nach § 307 BGB enge Grenzen gesetzt.

Ansprüche wegen Mängeln (Gewährleistung)

- 64 Ist eine Leistung, wie wohl bei IaaS, PaaS und SaaS, als Miete einzuordnen, gelten die §§ 535 ff. BGB. Diese sehen im Falle eines Mangels der Mietsache – wie angedeutet – eine Minderung der Vergütung und bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ein außerordentliches Kündigungsrecht nach vorherigem Abhilfeverlangen und Fristsetzung vor. Insofern sollten diese allgemeinen Formulierungen des Gesetzes vertraglich näher konkretisiert werden. Dies erfolgt durch Service Level Agreements wie oben unter Rz. 36 ff. näher beschrieben.
- 65 Regelungen über **verschuldensunabhängige Ansprüche wegen Mängeln** enthalten auch die Vorschriften zum Werkvertrag nach §§ 631 ff. BGB. Diese Ansprüche setzen regelmäßig eine Abnahme des Werkes voraus, die insbesondere bei Cloud-Leistungen auch konkludent in der vorbehaltslosen Entgegennahme der Leistung bestehen kann. Bei Cloud-Leistungen mit werkvertraglichem Charakter ist dennoch zu empfehlen, im Vertrag eine ausdrückliche Regelung zu den Anforderungen an die Abnahmeerklärung aufzunehmen. Im Übrigen sieht das Werkvertragsrecht bei Mängeln vor, dass Minderung oder Rücktritt grundsätzlich nur bei vorherigem Scheitern der Nacherfüllung zulässig sind. Das heißt, dem Anbieter ist vor Minderung oder Rücktritt zunächst Gelegenheit zu geben, den Mangel zu beseitigen oder erneut mangelfrei zu leisten.

- 66 Da die gesetzlichen Bestimmungen zum Werkvertrag von einer Einmalleistung ausgehen, Cloud-Leistungen aber in aller Regel über einen längeren Zeitraum erbracht werden, einigen sich die Parteien häufig auf einen Ausschluss des Rücktrittsrechts, der zu einer vollständigen Rückabwicklung aller bisher ausgetauschten Leistungen führt. Dem Kunden bleibt bei Schlechtleistung das Kündigungsrecht, das den Cloud-Vertrag beendet, aber die bereits ausgetauschten Leistungen unberührt lässt.

Haftungsbeschränkungen

- 67 Schon die kurzzeitige Unterbrechung des Datenzugriffs kann, ebenso wie das Bekanntwerden von Daten an Unbefugte (Data Leaks), zu hohen materiellen Schäden führen. Von daher kommt der Frage der vertraglichen Haftungsbegrenzung einige Bedeutung zu. Nach deutschem Recht haftet der Schädiger – dies kann auch der Cloud-Kunde sein – für sämtliche vom Geschädigten nachgewiesene Schäden, die konkret durch die Verletzung einer vertraglichen oder gesetzlichen Pflicht verursacht wurden. Dies schließt gemäß § 252 S. 1 BGB grundsätzlich auch den **entgangenen Gewinn** ein. Entscheidend ist deshalb, welche Haftungsbeschränkungen²⁴ vereinbart werden können.
- 68 Nach § 276 Abs. 3 BGB kann dem Schädiger die Haftung wegen Vorsatz nicht im Voraus vertraglich erlassen werden. Dies gilt allerdings gemäß § 278 S. 3 BGB nicht für die Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen. Vorsatz liegt vor, wenn der Schädiger die Möglichkeit eines Rechtsverstößes erkannt hat und dieses Risiko hinnimmt.²⁵ Erkennt der Cloud-Anbieter also z. B., dass eine anstehende Wartungsarbeit zur Beschädigung der Daten des Cloud-Kunden führen kann und führt diese Arbeit dennoch aus, handelt er vorsätzlich. Im Vertrag kann er seine Haftung für solche vorsätzlich herbeigeführten Schäden nicht ausschließen. Im Übrigen kann in Individualverträgen eine Haftungsbeschränkung frei vereinbart werden.
- 69 Einer **Haftungsbeschränkung in AGB** sind dagegen enge und in ihren Konturen relativ komplexe Grenzen gesetzt. Wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion²⁶ ist zu empfehlen, jede Regelung zur Haftungsklausel in voneinander semantisch getrennten Klauseln umzusetzen, um zu verhindern, dass eine unwirksame Regelung auf eine an sich wirksame Regelung durchschlägt. Bei der Formulierung von Haftungsbeschränkungen ist Folgendes zu berücksichtigen:
- 70 ■ In AGB ist es gemäß § 309 Nr. 7 BGB unzulässig, die Haftung für eigenes Verschulden oder das Verschulden der Erfüllungsgehilfen vollständig auszuschließen. Die Beschränkung der Haftung in AGB für die Verletzung **vertragswesentlicher Pflichten** durch einfache oder grobe Fahrlässigkeit unterliegt strengen Anforderungen; insbesondere kann die Haftung nur auf den vertragstypischen Schaden begrenzt werden.²⁷

²⁴ Gesetzliche Haftungsprivilegien beeinflussen die Haftung der an einem Cloud-Vertrag beteiligten Unternehmen in der Regel nicht. Zu denken ist etwa an § 44a TKG, der die Haftung von Anbietern öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste beschränkt, oder die Haftungsprivilegierungen der §§ 7 ff. TMG zugunsten des Anbieters eines Telemediendienstes. Der Cloud-Anbieter wird in der Regel allerdings keinen Telekommunikationsdienst erbringen. Selbst wenn der Cloud-Anbieter einen Telemediendienst zur Verfügung stellt, schützen ihn die §§ 7 ff. TMG alleine vor einer unangemessenen Haftung für die vom Kunden bereitgestellten Inhalte, nicht jedoch vor einer Haftung für eigene Vertragsverletzungen.

²⁵ BGH, Urteil vom 8. 2. 1965, Az. III ZR 170/63 = BGH NJW 1965, 962 (963).

²⁶ Die in AGB verbotene geltungserhaltende Reduktion bedeutet, dass einer vom Gericht für unzulässig befundenen Klausel der gerade noch zulässige Inhalt beigemessen wird. Ist z. B. ein Haftungsausschluss in AGB unzulässig, kann dieser nicht als AGB-rechtlich zulässige Haftungsbeschränkung verstanden werden.

²⁷ BGH, Urteil vom 11. 11. 1992, Az. VIII ZR 238/91 = BGH NJW 1993, 335 f.

- 71 ■ Zulässig wäre es wohl, in den AGB des Cloud-Anbieters eine Beschränkung für die fahrlässige Verletzung wesentlicher Vertragspflichten auf den vertragstypischen Schaden und einen Haftungsausschluss für die fahrlässige Verletzung nicht wesentlicher Vertragspflichten vorzusehen.²⁸ In einer gesonderten Klausel kann der vertragstypische Schaden dann auf einen bestimmten Betrag beziffert werden. Diese betragsmäßige Haftungsbeschränkung ist jedoch unwirksam, falls das Gericht von einem höheren vertragstypischen Schaden ausgeht.
- 72 ■ Ferner können auch **Schadensminderungspflichten des Cloud-Kunden** – wie z. B. die Anfertigung von Sicherungskopien oder die Installation von dem Stand der Technik entsprechenden Antivirenprogrammen – vereinbart werden.
- 73 ■ Fraglich ist weiter, ob die Haftungsbeschränkung neben vertraglichen Schadensersatzansprüchen auch deliktische erfassen soll. Dies macht regelmäßig Sinn, wenn die Haftung effektiv begrenzt werden soll. Ansonsten kann eine erfolgte Beschränkung vertraglicher Ansprüche durch die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches nach § 823 BGB umgangen werden. § 823 BGB setzt voraus, dass ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt wird, wie z. B. das Eigentum oder das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Bei reinen Vermögensschäden greift § 823 BGB dagegen nicht.
- 74 ■ Schließlich sollte die vereinbarte Haftungsbeschränkung für beide Parteien gelten.
- 75 Klauseln, die einzelne Haftungsbereiche ausschließen, wie z. B. der pauschale Ausschluss von **Mangelfolgeschäden** oder **entgangenem Gewinn**, halten demnach einer AGB-Kontrolle nicht stand. Ein solcher Ausschluss ist daher unwirksam. Dagegen sind, insbesondere im anglo-amerikanischen Rechtskreis, weitgehende Haftungsausschlüsse möglich und daher häufig auch in den AGB der Cloud-Anbieter enthalten. Unterliegen die AGB z. B. dem Recht eines US-Bundesstaates, können solche Ausschlüsse in Cloud-Computing-Verträgen deshalb wirksam sein.
- 76 Auch im deutschen Recht wird die derzeit praktizierte strenge AGB-Kontrolle im B2B-Bereich kritisch gesehen und teilweise als nicht sachgerecht erachtet. In der rechtspolitischen Diskussion wird verstärkt eine Flexibilisierung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Bereich gefordert. Speziell für Cloud-Verträge könnte eine schon nach geltendem Recht mögliche Lösung darin bestehen, dass im IT-Sektor übliche Vereinbarungen unter dem Gesichtspunkt der „Good Commercial Practice“ einen angemessenen Interessenausgleich darstellen und folglich der Inhaltskontrolle des AGB-Rechts standhalten. Für die Praxis dürfte es sinnvoll sein, Klauseln oder Vertragsmuster zu verwenden, die von breitem Konsens der Praxis getragen werden oder gar von einer Institution mit Beteiligung von Anbietern und Nutzern vorgeschlagen werden.

²⁸ In der Klausel ist eine Ausnahme von der Haftungsbeschränkung für Schäden an Leib, Leben und Gesundheit vorzusehen. Dies ist bei Cloud-Computing-Leistungen zwar schwer vorstellbar, muss aber doch aus AGB-rechtlichen Gründen geregelt werden. Es besteht ferner mangels Rechtsprechung ein Risiko, dass eine derartige Klausel, soweit sie auch bei grober Fahrlässigkeit gilt, für unwirksam befunden wird. Will man jegliches Risiko ausschließen, müsste sich die Beschränkung auf leicht fahrlässige Verletzungen begrenzen. Die Grenzen des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB sind insoweit wenig kalkulierbar, vgl. Palandt/Grüneberg, 72. Aufl. 2013, BGB, § 309 Rz. 48.

- 77 Von Haftungsbeschränkungen zu unterscheiden sind sog. **Haftungsfreistellungen**, die dazu dienen, eine Vertragspartei im Innenverhältnis von Ansprüchen Dritter freizuhalten, z. B. den Cloud-Kunden von Ansprüchen Dritter wegen (angeblich) urheberrechtswidriger Nutzung der Cloud-Software (siehe dazu oben Rz. 56). Obwohl die gesetzliche Haftung auf Schadensersatz grundsätzlich auch solche Ansprüche Dritter erfasst, bieten sich Vereinbarungen an, um die konkrete Vorgehensweise und Abwicklung solcher Fälle festzulegen. Das Verhältnis zwischen Freistellung und Haftungsbeschränkung sollte ausdrücklich geregelt werden. Freistellungsklauseln sind vor allem im Bereich des Urheberrechtes für beide Vertragsparteien von Interesse. Der Cloud-Kunde will sicherstellen, dass er durch die Nutzung der Cloud-Software nicht in die Rechte Dritter eingreift, der Cloud-Anbieter, dass die in die Cloud-Umgebung eingestellten Daten nicht die Rechte Dritter verletzen.

Laufzeit und Beendigung

- 78 Vertragsbeginn und -ende sind vertraglich zu regeln. Zu unterscheiden ist der Wirksamkeitszeitpunkt des Vertrages (mit beidseitiger Unterzeichnung, sofern keine Wirksamkeitsbedingungen vereinbart sind) und der Beginn der eigentlichen Leistungserbringung. Häufig bestehen auch beim Cloud Computing gewisse Pflichten vor dem eigentlichen Leistungsstart, weil (auf beiden Seiten) gewisse Vorbereitungsmaßnahmen erforderlich sind. Was das Vertragsende angeht, kann ein fester Endzeitpunkt vereinbart werden oder – in der Praxis häufig – eine automatische Verlängerung (z. B. um jeweils ein Jahr), falls keine der Parteien kündigt.
- 79 Cloud-Computing-Verträge sind regelmäßig **Dauerschuldverhältnisse**, d. h. Verträge, aus denen sich fortlaufend neue Pflichten zur Leistungserbringung über die Laufzeit hinweg ergeben. Im Vertrag ist zu regeln, innerhalb welcher Fristen eine Kündigung ohne Grund (ordentliche Kündigung) zulässig ist. Je nach Vertragstyp bestehen unterschiedliche gesetzliche Regelungen zur ordentlichen Kündigung. Bei Verträgen mit werkvertraglichem Charakter kann der Auftraggeber etwa jederzeit nach § 649 BGB kündigen, muss aber dem Dienstleister eine im Gesetz beschriebene Entschädigung zahlen. Bei Verträgen mit mietvertraglichem Charakter ist bei einer vertraglich bestimmten Mietdauer eine ordentliche Kündigung nach § 542 Abs. 2 BGB unzulässig.
- 80 Eine **außerordentliche Kündigung** ist aus wichtigem Grund nach § 543 Abs. 1 BGB (Mietvertrag) bzw. § 314 Abs. 1 BGB (Grundregel für sonstige Verträge) möglich. Dieses Recht kann im Vertrag nicht ausgeschlossen werden. Es bietet sich allerdings an, näher im Cloud-Computing-Vertrag zu regeln, was ein wichtiger Grund sein soll. Der Gesetzeswortlaut ist eher unspezifisch und sieht vor, 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 nicht zumutbar ist, § 314 Abs. 1 S. 2 BGB. Nach Abs. 2 von § 314 BGB ist grundsätzlich eine Gelegenheit zur Abhilfe zu geben, wenn wegen einer Vertragsverletzung gekündigt werden soll (Abmahnung).
- 81 Wie oben unter Rz. 41 bereits erwähnt, bietet es sich an, im Zusammenhang mit den Service Level Agreements auch Kündigungsrechte zu definieren.

- 82 Schwierigkeiten bereitet die Vereinbarung von **Kündigungsrechten bei Insolvenz** einer Partei, denn das Recht des Insolvenzverwalters, nach § 103 InsO zu wählen, ob der Cloud-Computing-Vertrag fortgeführt werden soll oder nicht, darf nicht vertraglich beschnitten werden. Ein Abstellen auf die materielle Insolvenz einer Partei (Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO und/oder Überschuldung gemäß § 19 InsO) wird daher keine wirksame Lösungsklausel begründen. Ein Anknüpfen an drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) dürfte dagegen ebenso zulässig sein wie das Anknüpfen an eine (vertraglich näher definierte) Vermögensverschlechterung (vgl. §§ 321, 490 BGB).

Beendigungsunterstützung

- 83 Jeder Cloud-Kunde sollte sich vor Vertragsschluss genau überlegen, wie das Vertragsende konkret gestaltet werden kann. In diesem Fall (der früher oder später eintreten wird) bedarf es einer **Rückführung der Daten und einer alternativen Leistungserbringung**. Nur sofern es sich um Leistungen handelt, auf die der Kunde auch verzichten kann („Nice-to-have“), stellt sich diese Frage nicht. In den meisten Fällen müssen die Cloud-Leistungen in gleicher oder ähnlicher Form auch über das Vertragsende mit diesem Cloud-Anbieter hinaus weiter bezogen werden. Es ist also eine Reintegration beim Cloud-Kunden oder die Überleitung auf einen anderen Cloud-Anbieter erforderlich.
- 84 Im Zusammenhang mit Cloud-Leistungen kommen insbesondere die folgenden Maßnahmen zur Beendigungsunterstützung (sog. **Exit**) in Betracht:
- frühzeitige (gestaffelte) Herausgabe von Datenbeständen in geeigneten Formaten,
 - Vermittlung von Know-how,
 - Einräumung von urheberrechtlichen Nutzungsrechten an Software,
 - Migrationsunterstützung und
 - übergangsweise Leistungserbringung auch nach dem eigentlichen Vertragsende.
- 85 Gerade die Herausgabe von Daten rechtzeitig vor Vertragsende ist in aller Regel erforderlich, um Alternativsysteme aufbauen, testen und betriebsbereit zum Vertragsende bereitstellen zu können. Auch über die Datenformate kann mangels Vertragsregelung Streit entstehen, da gesetzlich insofern nichts vorgeschrieben ist. Auf die Vermittlung von Know-how kann der Kunde angewiesen sein, wenn der Cloud-Anbieter z. B. über exklusives Wissen über von ihm angefertigte Schnittstellen verfügt. Der Cloud-Anbieter sollte seinerseits allerdings darauf achten, sich nicht zur Preisgabe von Betriebsgeheimnissen oder urheber- oder patentrechtlich geschützten Inhalten zu verpflichten. Auch bei der Migration der Datenbestände vom Cloud-Anbieter-System zum neuen System kann es der Unterstützung durch den Cloud-Anbieter bedürfen.

Sonstige Vertragsinhalte

IT-Sicherheit und Notfallplanung

- 86 Die Geschäftsführung des Cloud-Kunden sollte bereits aufgrund der eigenen Gesamtverantwortung für das Unternehmen den Einsatz von Cloud-Dienstleistungen als erweiterten Bestandteil der eigenen IT-Umgebung verstehen (sog. **IT-Compliance**) und zugehörige Informationssicherheitsrisiken im Zusammenhang mit den verarbeiteten Informationen erkennen. Diese Risiken können im Vertrag mit dem Cloud-Dienstleister durch die Vereinbarung anerkannter Sicherheitsstandards wie dem IT-Grundschutzkatalog des BSI (dazu bereits oben Rz. 52) oder ISO 27001:2013 geregelt werden. Zusätzlich wäre auf dieser Basis eine Zertifizierung durch anerkannte Dritte sinnvoll, damit sich der Cloud-Kunde auf einen geprüften Sicherheitsstandard verlassen kann und nicht selbst tätig werden muss.
- 87 Der Cloud-Kunde sollte daneben mögliche **Betriebsausfallrisiken** analysieren und daraus ersichtliche Anforderungen, die er nicht durch eigene Notfallkonzepte wie Datensicherungsmaßnahmen erfüllen kann, mit dem Cloud-Anbieter vereinbaren. Dies kann Maßnahmen des Cloud-Anbieters zur Aufrechterhaltung eines Notfallbetriebs wie auch Notfalltests und alternative Anbindungen beinhalten. Insbesondere das Risiko eines Datenverlustes und die Beeinträchtigung des Geschäfts des Cloud-Kunden kann damit durch beide Seiten angemessen reduziert werden.

Governance und Eskalationsverfahren

- 88 Insbesondere bei Cloud-Verträgen mit komplexeren Leistungen und großen wirtschaftlichen Volumina bietet es sich an, den Vertrag auch über die Hauptleistungspflichten und die im eigentlichen Sinne juristischen Themen hinaus mit Leben zu füllen, um insbesondere die Kommunikation zwischen den Vertragsparteien über den Lebenszyklus des Cloud-Vertrages zu ordnen und zu vereinfachen.
- 89 Dazu kann man im Rahmen einer sog. „**Service Governance**“ beispielsweise Rollen, Verantwortlichkeiten, Gremien, Kommunikationswege und Eskalationsverfahren definieren, die in der täglichen operativen Umsetzung eines Cloud-Vertrages für die Zusammenarbeit der Vertragsparteien sowie für die Erbringung und Steuerung der Cloud-Leistungen notwendig oder nützlich sind.
- 90 Üblich ist dabei die Benennung eines **Service-Teams** aufseiten des Cloud-Anbieters, welches zu den laufenden Aspekten der Leistungserbringung mit dem Cloud-Kunden (und dort am besten ausschließlich mit definierten Ansprechpartnern) kommuniziert. Aufgaben eines Service-Teams können das vertragskonforme Bereitstellen und Aufrechterhalten der Cloud-Leistungen, die Aufnahme und Qualifizierung von Change Requests und Service Requests (siehe dazu unten Rz. 93) sowie die Planung der dazu jeweils passenden Lösungen sein.
- 91 Neben solchen eher technischen Steuerungs- oder Umsetzungsgremien kann auch das Einsetzen eines übergeordneten **Lenkungskreises** zur strategischen Weiterentwicklung der Vertragsbeziehung oder zur grundsätzlichen Behandlung von Unstimmigkeiten zwischen den Vertragsparteien geregelt werden.

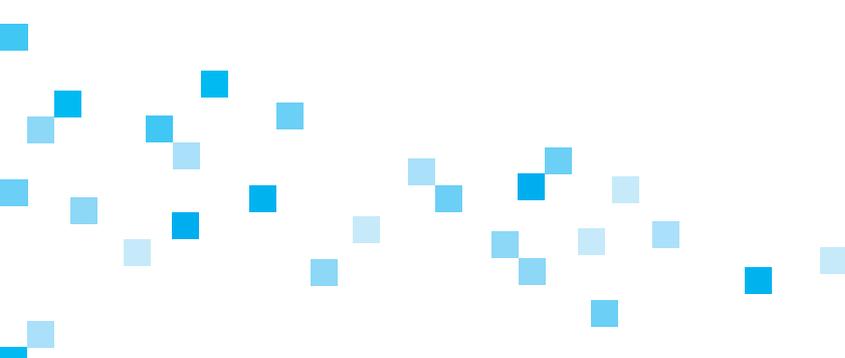
- 92 Sehr hilfreich zur Konfliktbewältigung innerhalb einer komplexen Vertragsbeziehung kann es auch sein, schon bei Vertragsabschluss Regelungen zu mehrstufigen **Eskalationsverfahren** für den Fall von Meinungsverschiedenheiten zu treffen, damit die richtigen Ansprechpartner in der jeweiligen Unternehmenshierarchie der Vertragsparteien jederzeit feststehen.

Service Requests

- 93 Vertragliche Regelungen zu sog. Service Requests bieten sich an, wenn die Parteien schon bei Abschluss des Cloud-Vertrages festlegen wollen, zu welchen Bedingungen (und hierbei insbesondere Mengen und Preise) der Cloud-Kunde die bereitgestellten Cloud-Leistungen im Wege von Nachbestellungen und Kündigungen verändern kann. Der Unterschied zum Change Request (dazu oben Rz. 23 ff.) liegt dabei darin, dass ein Service Request keine individuellen, sondern vorab definierbare, **standardisierte Einzelleistungen** betrifft. Zu empfehlen ist es, auch den Bestellweg für Service Requests zu definieren, z.B. durch das Vereinbaren von zu verwendenden E-Mail-Vorlagen.

Berichtswesen

- 94 Letztlich wird ein Cloud-Kunde ein gesteigertes Interesse daran haben, laufend über die Qualität der Vertragserfüllung durch den Cloud-Anbieter informiert zu werden, insbesondere hinsichtlich der vereinbarten Service Level. Regelungen zum sog. „**Monitoring**“ und „**Reporting**“ sehen in aller Regel vor, dass die ausschlaggebenden Leistungsdaten (z. B. Verfügbarkeit der Cloud-Leistung, Datendurchsatz oder Latenzzeiten) von den Systemen des Cloud-Anbieters gemessen werden. Für die Berichterstattung an den Cloud-Kunden werden dann der jeweilige Zeitpunkt (z. B. monatlich für den jeweiligen Vormonat) und die Darstellung (z. B. eine Excel-Tabelle) festgelegt.



5 — Regulatorische Vorgaben

- 95 In regulierten Industrien können sich weitere Anforderungen an die Vertragsgestaltung ergeben. So haben z. B. **Bankinstitute** die Vorgaben des § 25a Abs. 2 KWG zu beachten.²⁹ Für Versicherungen gelten ähnliche Anforderungen gemäß § 64a Abs. 4 VAG. Im Finanzsektor bestehen weitere Anforderungen an Auslagerungen in die Cloud, insbesondere gemäß WpHG und GWG.
- 96 Ferner können z. B. das **Exportkontrollrecht** und das **Steuerrecht** (z. B. Quellensteuer bei länderübergreifenden Leistungen oder § 146 AO für die Verlagerung der Buchführung ins Ausland) Einfluss auf die Vertragsgestaltung haben, sofern exportkontrollrechtlich relevante Technologie betroffen ist oder steuerrechtlich relevante Daten in der Cloud verarbeitet werden sollen.

Auf diese Sondermaterien in diesem Leitfaden einzugehen, würde allerdings den Rahmen sprengen.

6 — Fazit

- 97 Die rechtlichen Fragestellungen, die es bei der Gestaltung von Verträgen zur Nutzung von Cloud-Diensten zu klären gilt, sind überwiegend nicht gänzlich neu. In vielen Aspekten kann durchaus auf Erfahrungen bei der Gestaltung von Verträgen zu ASP-Diensten und IT-Outsourcing zurückgegriffen werden.
- 98 Die Komplexität und Vielgestaltigkeit der verfügbaren Cloud-Dienste macht es dennoch unumgänglich, der **Vertragsgestaltung** einen **hohen Stellenwert** beizumessen und dabei die spezifischen Besonderheiten der jeweiligen Dienste zu berücksichtigen. Bei interessengerechter Ausgestaltung des Vertrages kann das enorme Potenzial, das die Nutzung von Cloud-Diensten hinsichtlich Kosteneinsparung und Effizienzsteigerung in sich birgt, voll ausgeschöpft werden, ohne dass gegenüber herkömmlichen IT-Lösungen erhöhte Risiken bestehen.
- 99 Die nachfolgende **Checkliste** soll einen schnellen Überblick darüber ermöglichen, ob alle relevanten Punkte bei der Vertragsgestaltung beachtet worden sind. Welche Punkte jeweils von Bedeutung sind, muss allerdings einzelfallbezogen entschieden werden.

²⁹ Siehe dazu das Rundschreiben 10/2012 (BA) – Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk der BaFin an alle Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute in der Bundesrepublik Deutschland. Abrufbar unter: http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs_1210_marisk_ba.html (zuletzt aufgerufen am 8.11.2013).

7 Zusammenfassende Checkliste wichtiger vertraglicher Regelungen

Vertragsaufbau

- **Abgrenzung** der zu unterscheidenden **Vertragsbeziehungen** und strikte Trennung der Verantwortlichkeiten (Rz. 7)
- Herstellung des **Gleichlaufs von Verantwortlichkeiten** gegenüber Kunden und Unteraufnehmern, z. B. mittels „Back-to-Back-Verträgen“ (Rz. 7)
- **Auslagerung** umfangreicher Vereinbarungen **in Anlagen** zum Vertrag, wobei im Vertrag auf diese verwiesen werden muss (z. B. Leistungsbeschreibung, SLA, Abrufvertrag beim Abschluss eines Rahmenvertrages) (Rz. 8 f.)

Anwendbares Recht und Gerichtsstand

- Vereinbarung des **anwendbaren Rechts** für vertragliche und deliktische Ansprüche (Rz. 11) bzw. Ermittlung des anwendbaren Rechts, wenn keine Vereinbarung getroffen wurde oder zwingendes Recht in Rede steht (Rz. 12 f.)
- Vereinbarung des **Gerichtsstandes** nach Maßgabe des anwendbaren Rechts, u. U. Schiedsgerichtsbarkeit (Rz. 14 ff.)

Vertragsinhalt

- Erstellung einer vollständigen, differenzierten und wirksamen **Leistungsbeschreibung** (Rz. 18 ff.)
- Ermöglichung notwendiger Vertragsanpassungen durch Vereinbarungen zu **Änderungen während der Vertragslaufzeit** (Change Management) (Rz. 23 ff.). Einseitige Änderungsvorbehalte müssen insbesondere AGB-rechtlich zumutbar sein (Rz. 25).
- Vereinbarung von **Service Level Agreements**, in denen die Qualität der zu erbringenden Leistungen und die Rechtsfolgen bei Abweichungen definiert werden (Rz. 36 ff.). Dies umfasst insbesondere
 - detaillierte Regelung der **Verfügbarkeit** inklusive Definition von Ausfällen und Festlegung genauer Verfügbarkeitsquote (Rz. 37)
 - Regelung der **Entstörzeiten**, wobei entweder Zeiten bis zur Behebung der Störung oder reine Reaktionszeiten angesetzt werden können (Rz. 38)
 - Festlegung von Regelungen zu **Schlechtleistungen** oder jedenfalls pauschale Minderungsbeträge, wenn es sich beim Vertragstyp (wie regelmäßig) um einen Mietvertrag handelt (Rz. 39)
 - Vereinbarung von **Vertragsstrafen** und **pauschalitem Schadensersatz** unter Beachtung der gesetzlichen Anforderungen (Rz. 40)
 - **Kündigungsmodalitäten** (Rz. 41)
- Bestimmungen dazu, ob und in welchem Umfang sich der Cloud-Anbieter **Subunternehmern** bei der Vertragserfüllung bedienen darf (Rz. 42 f.)

- Vereinbarung von **Preisanpassungsklauseln** unter Berücksichtigung von Preisklauselgesetz und AGB-Recht (Rz. 45 ff.)
- Vereinbarungen zu **Geheimhaltung, Datensicherheit und Datenschutz** (Rz. 49), insbesondere
 - bei Verarbeitung personenbezogener Daten der Abschluss eines **schriftlichen Vertrages** über die Durchführung einer **Auftragsdatenverarbeitung** gem. § 11 Abs. 2 BDSG (Rz. 49) und ggf. (zusätzliche) Vereinbarung der EU-Standardvertragsklauseln zum Datenschutzniveau (Rz. 51)
 - Vereinbarungen zu **Geheimhaltung** und ggf. Vertragsstrafen bei Verstößen (Rz. 50)
 - ggf. Vereinbarung eines einheitlich hohen **Datensicherheitsniveaus** (Rz. 52)
- Einräumung von **urheber- und patentrechtlichen Nutzungsrechten** und **Freistellung** von etwaigen Ansprüchen Dritter (Rz. 54 ff., 77)
- Möglichst konkrete Festlegung von **Mitwirkungspflichten**, Beistellungen und Nebenpflichten des Cloud-Kunden (Rz. 58 ff.)
- Vereinbarungen zu **Gewährleistung** und **Haftung** (Rz. 62 ff.), insbesondere
 - **Konkretisierung** der allgemeinen gesetzlichen Vorschriften (Rz. 62)
 - bei werkvertraglichen Elementen die Festlegung der konkreten Anforderungen die **Abnahmeerklärung** (Rz. 65)
 - Regelungen zu **Haftungsbeschränkungen** unter Beachtung der AGB-rechtlichen Voraussetzungen, sofern keine individualvertraglichen Vereinbarungen vorliegen (Rz. 67 ff.). Zudem Regelung des Verhältnisses zwischen Haftungsbeschränkungen und Freistellungsklauseln (Rz. 77)
- Regelung der Zeitpunkte für **Vertragsbeginn** und **Vertragsende** inklusive Beginn der eigentlichen Leistungserbringung (Rz. 78)
- Bestimmung von **Kündigungsfristen** für ordentliche Kündigung und Konkretisierung der wichtigen Gründe, die für eine außerordentliche Kündigung vorliegen müssen (Rz. 79 ff.) unter Berücksichtigung des Insolvenzfalles (Rz. 82) ggf. als Bestandteil der SLA (Rz. 81 unter Verweis auf Rz. 41)
- Regelungen zur **Beendigungsunterstützung** (Exit-Management) (Rz. 83 ff.)
- Regelungen zu **IT-Compliance** und **IT-Notfallplanung** (Rz. 86 f.)
- Schaffung einer „**Service Governance**“ zur Erleichterung der Kommunikation zwischen den Vertragsparteien (Rz. 89 ff.)
- Regelungen zu mehrstufigen **Eskalationsverfahren** für den Fall von Meinungsverschiedenheiten (Rz. 92)
- Definition von **Service Requests** zum Abruf standardisierter Einzelleistungen (Rz. 93)
- Bestimmung von Pflichten bezüglich des **Berichtswesens** (Rz. 94)

Regulierung

- Beachtung von branchenspezifischen **regulatorischen Vorgaben**, z. B. bei Banken, Versicherungen und im Finanzsektor (Rz. 95). Außerdem ggf. Exportkontrollrecht und Steuerrecht (Rz. 96)

Autoren

Stephan Sädtler, Universität Passau

Kristian Klodt, QSC AG

Günther Eble, Kommunale Informationsverarbeitung Baden-Franken

Alexander Glaus, Deutsche Bank AG

Magda Wicker, Universität Kassel

Dr. Alexander Duisberg, Bird & Bird LLP

Björn Hajek, Infineon Technologies AG

Dr. Jan Geert Meents, DLA Piper UK LLP

Prof. Dr. Georg Borges, Ruhr-Universität Bochum

Dr. Marc Hilber, Oppenhoff & Partner

Impressum**Herausgeber**

Kompetenzzentrum Trusted Cloud
Arbeitsgruppe „Rechtsrahmen des Cloud Computing“
E-Mail: kompetenzzentrum@trusted-cloud.de

www.trusted-cloud.de

Im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi)

Gestaltung

A&B One Kommunikationsagentur, Berlin

Druck

DCM Druck Center Meckenheim

Stand: März 2014

