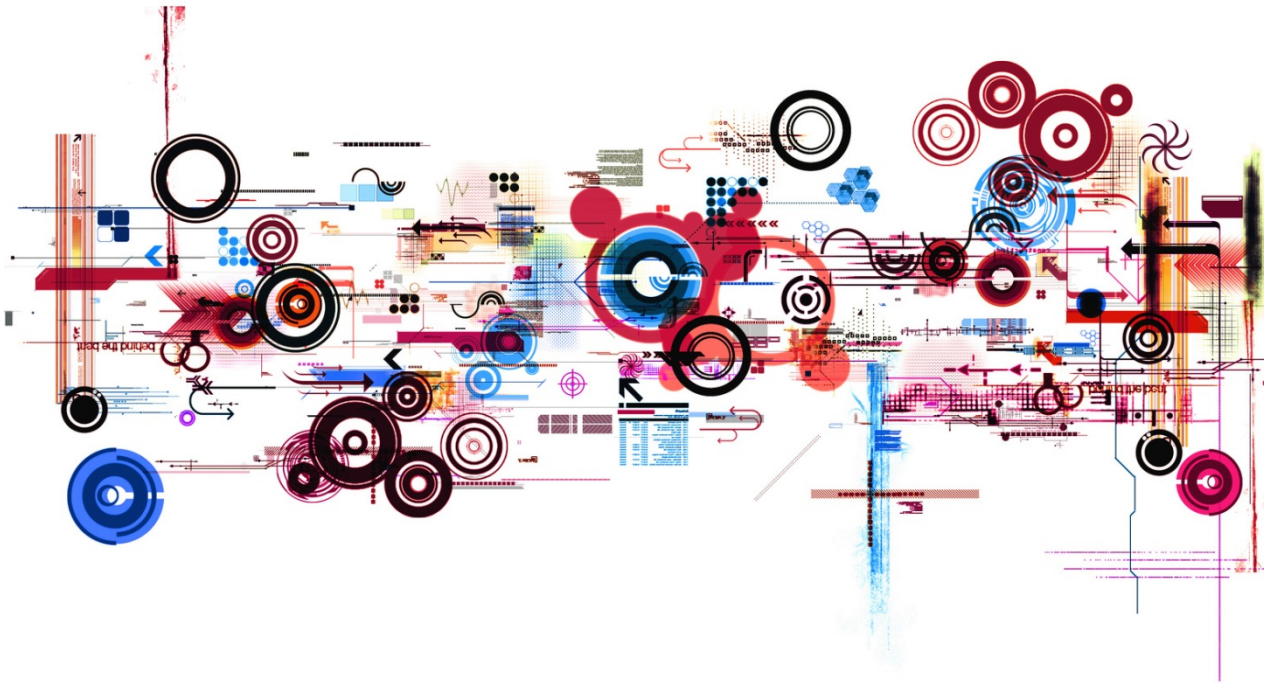


In Kooperation mit



Münchener Fachanwaltstag IT-Recht

# Sanktionen in SLA und Haftungsrecht



## Einführung / Hintergrund



## Kurze Wiederholung / Hintergrund

- Was ist ein Service Level Agreement (SLA)?
  - Vereinbarung („agreement“)
  - mit einem Dienstleister („service“)
  - über zugesicherte Leistungseigenschaften („level“) von laufenden Dienstleistungen

⇒ *Vereinbarung über die Mindestgüte einer Dienstleistung*
- Juristische Einordnung
  - Messbares Leistungsversprechen plus
  - Sanktionen bei Verstoß

*Vorsicht: So einprägsam wie ungenau!*

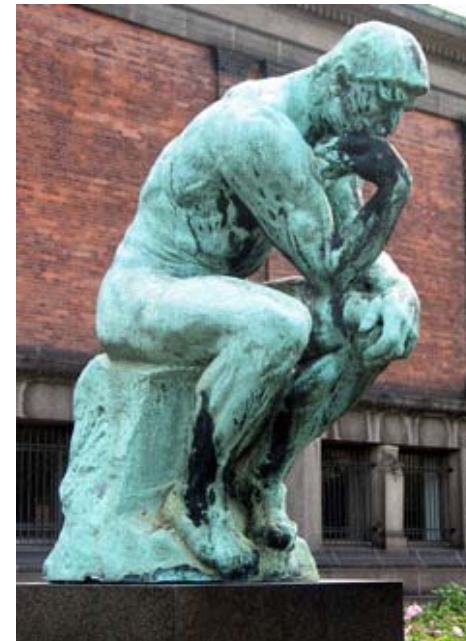
## Ursache für den neuen Vertragstyp

- Ähnlich wie bei Leasing:
    - BGB hält mit den Standard-Vertragstypen Kauf, Werk, Dienst und Miete nicht die geeigneten Instrumente bereit
  - Das gilt
    - sowohl für die Leistungsbeschreibung
    - als auch für die Mangelhaftung
- ⇒ *Ersatz für bei bestimmten IT-Dienstleistungen als unpassend empfundene Leistungspflicht-, Gewährleistungs- und Kündigungsregeln*

## Typischer Aufbau

- Zu jedem einzelnen Service Level:
  - *Service Item*: Worum geht es genau?
  - *Service Level Specification (SLS)*:  
Beschreibung der geschuldeten Dienstleistung
  - *Service Level Objective (SLO)*:  
Meßbare Parameter der Leistungserfüllung als Zielwert
  - *Performance Measurement*: Wer mißt wie?
- Zu mehreren oder einzelnen Service Leveln:
  - *Sanktion* bei Verstoß:  
Pönale, Gutschrift, Kündigung ab Schwellwert etc.

## Fragestellung



## Ist damit alles gesagt und geregelt?

- Perspektive des Anbieters:
  - Was braucht es mehr?
  - Keinesfalls gewollt:
    - Zusätzlich noch (Mangel-)Haftung
  - Am liebsten:
    - Vollständiger Ausschluss weitergehender Haftungsansprüche
- Perspektive des anspruchsvollen Kunden:
  - Auffangregelungen:  
Mangelhaftung, Verzugshaftung, sonstige Haftung etc.

## Horrorkabinett der Haftungsansprüche

- Aus Sicht des Anbieters (1/2):
  - § 536 BGB:
    - Entfall/Minderung Mietzins bei Sachmangel
  - § 536a BGB:
    - Schadens- und Aufwendungsersatzanspruch wegen Mangels
    - Für anfängliche Mängel sogar ohne Verschulden des Anbieters, § 538 BGB!
  - § 543 BGB:
    - Fristlose Kündigung bei wichtigem Grund und Nachfristsetzung
  - § 634 BGB:
    - Volle Palette der Werkvertragshaftung: Nacherfüllung, Ersatzvornahme, Rücktritt, Minderung, Schadensersatz



## Horrorkabinett der Haftungsansprüche

- Aus Sicht des Anbieters (2/2):
  - § 280 BGB:
    - Schadensersatz wegen (sonstiger) Pflichtverletzung
  - §§ 314 und 626 BGB:
    - Kündigung des Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund
    - Bei Typenkombinationsvertrag ggf. nur von Teilleistungen, während der nicht lohnende Rest bestehen bleibt
    - Im Zweifel aber der gesamte Vertrag und nicht einzelner Leistungsschein

## Horrorkabinett der Haftungsansprüche

- Aus Sicht des Kunden (1/2):
  - Nacherfüllung in der Regel nicht möglich oder von Interesse
  - Mangelhaftung erfordert Vergleich der Soll- und Ist-Beschaffenheit (§ 434 I 1 BGB, § 633 II 1 BGB)
    - Benötigt genaue Beschreibung komplexer technischer Sachverhalte
    - Fehlt meist bei neu eingespielter Software oder neuen Releases
    - Wenn bei Sachen nichts vereinbart: Was ist mittlere Art und Güte der betroffenen Leistung/SW (§ 243 I BGB)?
  - Bei Werkverträgen hässliche Mitwirkungspflicht (§ 642 BGB)
  - Verzugshaftung meist pauschalierbar/verzichtbar, nur nicht in der Transition

## Horrorkabinett der Haftungsansprüche

- Aus Sicht des Kunden (2/2):
  - § 280 I BGB:
    - Schadensersatz nur bei Verschulden des Anbieters
    - Stromausfall oder Netzstörung ggf. unverschuldet oder höhere Gewalt
  - Für alle Schadensersatzansprüche:
    - Schaden ist darzulegen und zu beweisen
  - Für Kündigung:
    - Schwellwert zum Vorliegen eines wichtigen Grundes?
    - Bei Typenkombinationsvertrag ggf. nur von Teilleistungen

## Ist das nicht ein alter Hut?

- Ja, gewissermaßen schon.
  - 2003/2004 grundlegende Aufsätze
    - Hörl/Häuser: „Service Level Agreements in IT-Outsourcing-Verträgen“, CR 2003, 713
    - Bräutigam: „SLA: In der Praxis alles klar?“, CR 2004, 248
  - 2008 gute Übersicht von Meents im FIT-Handbuch
  - 2009 nochmals guter Aufsatz von Schuster
    - „Rechtsnatur der Service Level bei IT-Verträgen“, CR 2009, 205
- Nur: in der Praxis kümmert sich keiner drum!

## Wie sieht die Praxis aus?



## Uneinheitlich. Große Spannweite von:

- Totaler Ausschluss sonstiger Ansprüche
  - Typisch in angloamerikanischen Mustern
- Moderate Zusatzregelungen ohne Rücksicht auf AGB-Festigkeit
  - Mittelständische IT-Anbieter
- AGB-mäßige Standardklauseln zu Verzug, Mängeln und sonstiger Haftung
  - Typisch bei vorsichtigen Rechtsabteilungen und großen deutschen Anbietern

## Juristische Bewertung



## Vertragstypologische Einordnung

- Gemischter Vertrag
  - Kauf (Desktop-Rechner, Drucker, Verbrauchsmaterial)
  - Miete (Drucker, Host, RZ-Infrastruktur, Software)
  - Dienstleistung (Application Management)
  - Ggf. sogar Werkvertrag (Software-Entwicklung)
- Problem: geringer Aussagewert
  - Differenzierung je nach Leistung und Mangel in der Praxis diffizil und nicht sachgerecht
- Folgeproblem:
  - Unsichere Zuordnung erschwert AGB-rechtliche Beurteilung



## AGB-Problematik: Einführung

- Frühzeit des IT-Outsourcings:
  - Kein echtes Problem, umfangreiche Vertragswerke wurden detailliert ausgehandelt
  - Praktisch keine Einschränkung für Unternehmens-AGB
- Heute:
  - Manche Leistungsscheine sind echte Standards
  - SLA halten Einzug in Verbrauchergeschäfte (z.B. bei ISP, Cloud- und Mobilfunkanbietern)
  - Trotz § 310 I 1 BGB Indizwirkung nach § 307 I i.V.m. § 310 I 2 BGB
  - => Weitgehende Inhaltskontrolle auch für Unternehmens-AGB

## AGB-Problematik: Einführung

- Moment: wieso bitte AGB-Kontrolle?!?
    - Konkretisierung der Hauptleistungspflicht ist doch der Inhaltskontrolle entzogen (so vor allem *Bräutigam*)
  - Was genau ist denn nun ein Service Level?
- ⇒ Kern des Problems!

## AGB-Problematik: Details

- Beispiel Verfügbarkeit: 99,9 % pro Monat
- Denkmögliche Varianten
  - Verfügbarkeit ist reine Leistungsbeschreibung, § 241 I 1 BGB
    - Unterliegt dann keiner AGB-Kontrolle, § 307 III 1 BGB
  - Hosting ist Miete, Anbieter muss Kunden Infrastruktur zur Verfügung stellen und gebrauchstauglich halten, § 535 I BGB
    - Unwirksame Abweichung vom Leitbild des Gesetzes, § 307 II Nr. 1 BGB
  - Pauschalierte Mangelhaftung/Verzugshaftung für grundsätzliche ständige Bereitschaft von Leistung/Anbieter
    - Formulärmäßig selbst bei leichter Fahrlässigkeit AGB-rechtswidrig (§ 309 Nr. 5 und 7b BGB)

## Was ist denn nun ein Service Level?

- Die präzise Antwort lautet: je nach Ausgestaltung ggf. sogar von allem etwas (so deutlich auch *Schuster*)
  - Leistungsbeschreibung
  - Mangelhaftungsregel
  - Gestaltung des Vertragstyps
- Gefahr der Mehrfachdeutung wächst, je unklarer die Service Level formuliert sind
  - In der Praxis die Regel!

## AGB-Problematik vermeidbar?

- Denkbare Auswege:
  - Verfügbarkeit ist Vertrag sui generis, damit keine Abweichung von Rechtsvorschriften
    - Keine echte Lösung, von Rechtsprechung nicht akzeptiert
  - Service Level als Konkretisierung der Leistungspflicht formulieren und nicht als haftungsbeschränkende Abrede
    - Funktioniert für die Service Level Specification
    - Aber nicht für pauschalisierte Sanktionsregelungen
- Konsequenz:
  - Freiheit von AGB-Rechts-Beschränkungen oder Zweifeln nur bei neuartigen IT-Dienstleistungen ohne gesetzliches Leitbild
    - Nur: welche sind das noch, wenn selbst ASP zerlegt wird?

## Unsicherheit seit Urteil zu Online-Banking

- Eigentlich als Leiturteil taugende BGH-Entscheidung:
  - BGH Urteil vom 12.12.2000 – XI ZR 138/00 – CR 2001, 181
  - Leitsatz:
    - „Klauseln in AGB von Kreditinstituten, nach denen das Institut bei aus technischen und betrieblichen Gründen erfolgten, zeitweiligen Beschränkungen und Unterbrechungen des Zugangs zum Online-Service auch bei grobem Verschulden nicht haftet, verstoßen gegen § 11 Nr. 7 AGBG.“
- Unterschiedliche Bewertung in der Literatur:
  - Allgemein gehaltene Zugangsbeschränkung stets Haftungsfreizeichnung und nach BGH AGB-justiziabel
  - Argumentation ex contrario: „solange nichts anderes vereinbart“ erlaubt eingeschränkte Leistungspflicht wie 99%

## Weitere Unsicherheiten (1/2)

- Verfügbarkeitsquote versus Zugangsbeschränkung
  - Aliud oder letztlich dasselbe mit ähnlichen AGB-Rechts-Zweifeln?
    - In der Literatur strittig
- AGB-Kontrolle der Verfügbarkeitsquote
  - Handelsübliche und deshalb zumutbare Abweichung von geschuldeter Leistung (100%)?
    - Sind 2 % oder 5 % zumutbar nach § 308 Nr. 4 BGB?
    - LG Karlsruhe CR 2007, 396: 99% unzulässiger Ausschluss
  - Marktübliche Verfügbarkeit von 9x,x % = geschuldete Leistung?
    - Unwirksamer Änderungsvorbehalt erst darunter

## Weitere Unsicherheiten (2/2)

- AGB-Kontrolle der Orientierung an technisch-/organisatorischen Möglichkeiten des Anbieters
  - So durch Verfechtung der BGH-Entscheidungs-Ähnlichkeit
  - Prüfung als Haftungsausschluss für Zugangsstörung, damit stets unzulässig (§ 309 Nr. 7b BGB)
  - Problem nur: Verfügbarkeit ist Preis- bzw. Design-Faktor (Bronze, Silber oder Gold), nicht Beschränkung der Möglichkeiten



## Die wahren Fallen lauern im Detail!



## Die Tücke des Details (1/6):

- Verfügbarkeitsquote:
  - Wenn Konkretisierung der Hauptleistungspflicht
    - Wird dann aus dem Dienstvertrag (nur Bemühen geschuldet) dann ein Werkvertrag?
    - Sind 99 % dann eine zugesicherte Eigenschaft (§ 537 II BGB)?
- Wartungsfenster:
  - Unspezifische Einschränkung der Verfügbarkeit um „geplante Wartungen“ ohne Limit oder genauere Bestimmung womöglich unwirksam:
    - intransparent (307 I 2 BGB),
    - Änderungsvorbehalt (307 I 2 BGB) oder
    - Ausschluss groben Verschuldens Anbieter (§ 309 Nr. 7b BGB)

## Die Tücke des Details (2/6):

- Repair Time (Fehlerbeseitigungszeit)
  - Bei Kauf/Miete
    - Definitiv keine Konkretisierung der Hauptleistungspflicht
    - Zumutbare Abweichung von Mangelhaftungsrecht?
      - Als Fristregelung denkbar für Nacherfüllung Werkvertrag
      - Schwierig für Erfüllung Vermieterpflichten (§§ 535, 536a II BGB)
      - Noch schwieriger: Ausschluss der Mietminderung (§ 536 BGB) zumindest während dieser Zeit
  - Schwierig für Dienstleistungen
    - Da ohnehin nur Bemühen geschuldet, keine Mangelhaftung
    - Also dann unzulässige Abweichung vom gesetzlichen Leitbild (§ 307 II Nr. 1 BGB)?

## Die Tücke des Details (3/6):

- Vertragsstrafe bei Verletzung eines Service Levels
  - Problem 1: wie ausgestalten?
    - Wenn Service Level die Hauptleistungspflicht konkretisiert
      - ⇒ Strafversprechen für Nichterfüllung, § 340 I BGB
      - Pönale nur bei Ablehnung Hauptleistung, § 340 I 1 BGB
        - » Ungewollt: Dienstleister erhält gar keine Vergütung, §§ 320 ff. BGB (Minderung unmöglich)
        - » Unklar: welche Hauptleistung kann/muss abgelehnt werden?
    - Wenn Service Level Mangelhaftung gestaltet
      - ⇒ Strafversprechen für nicht gehörige Erfüllung, § 341 BGB
      - Problem: Annahme der Leistung ohne Vorbehalt, § 341 III BGB (zum Glück abdingbar)

## Die Tücke des Details (4/6):

- Vertragsstrafe bei Verletzung eines Service Levels
  - Problem 2: Verhältnismäßige Höhe
    - Sonst droht Unwirksamkeit nach § 307 I 1 BGB
    - BGH-typische Grenze: 5% der Auftragssumme
      - Unklar: was ist die zugrunde zu legende Auftragssumme?
      - Ungewollt: einzige Sanktion so gering

## Die Tücke des Details (5/6):

- Pauschalierter Schadensersatz statt Vertragsstrafe
  - Klingt nur auf Anhieb gut
  - Problem 1 : Rechtsprechung stellt auf Parteiwillen ab
    - Ermittlung durch Auslegung: Vertragsstrafe statt Pauschale, wenn keine „ernsthafte Schätzung des typischerweise zu erwartenden Schadens“
      - Faktisch oft nicht möglich z.B. bei IT-Outsourcing einer Bank
      - Oder unangemessen hoch und deshalb nicht dem Parteiwillen entsprechend
    - Ungewollte Rechtsfolge:
      - Auslegung als Vertragsstrafe (z.B. OLG Düsseldorf, Köln)
      - Daneben Schadensersatz, §§ 340 II, 341 II BGB
  - Problem 2: ggf. unwirksam nach § 309 Nr. 5 a, b BGB

## Die Tücke des Details (6/6):

- Vergütungsminderung statt Vertragsstrafe
  - Heute der Regelfall (rund 90% aller SLA)
  - Problem:
    - Bei Dienstvertrag Abweichung vom gesetzlichen Leitbild (kennt keine Minderung)
      - ⇒ Unwirksam wenn formularmäßig vom Kunden gefordert
    - Bei Miete und Werk Abweichung von gesetzlicher Regelung (§ 536 I BGB bzw. § 638 I BGB)
      - Wie als AGB zu beurteilen, wenn im Verhältnis zur Vergütung erhebliche Minderung gewollt?

**„Was tun?“ Spricht Zeus.  
(Schiller, Die Teilung der Erde, 1795)**





## Rettungsmaßnahmen

- Stets
  - Messbare Leistungszusagen nicht als *Zusicherung* darstellen
  - Versuchen, wichtige Regelungen individuell zu verhandeln
    - Am besten: alle Haftungsregeln
- In Formularverträgen:
  - Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit eröffnen
    - So § 309 Nr. 7b umschiffen
  - Bei Pönalen: §§ 340 und 341 III BGB abbedingen
  - Kein pauschalierter Schadensersatz
    - Falls doch, zumindest Berechnung nachvollziehbar machen

## Rettungsmaßnahmen

- In Formularverträgen:
  - Haftung für unverschuldete Haftung nach § 538 BGB abbedingen (BGH-fest)
  - Recht zur Selbstvornahme unberührt lassen (nutzt keiner)
  - Kündigung:
    - Wichtige Gründe für Kündigung genau formulieren, *oder*:
    - Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund unberührt lassen
  - Ansonsten AGB-feste Haftungsbegrenzung

## Musterformulierungen

- Zur Sicherstellung der Einstufung als Leistungsbeschreibung:
  - Kapitel mit Service Leveln als „Leistungskatalog“ bezeichnen
  - Berichtspflichten und Überwachung als „Leistungsmanagement“ bezeichnen:

- 1.1. Der Auftragnehmer überwacht und bewertet laufend die Leistung für den Auftraggeber eingesetzten Betriebsmittel.
- 1.2. Die Überwachung umfasst die Leistung der \_\_\_-Systeme.
  - 1.1. Alle dabei anfallenden Daten zeichnet er auf und speichert sie in einem geeigneten Leistungsmanagement-System. Dieses System macht er dem Auftraggeber jederzeit zum lesenden Fernzugriff verfügbar.

# Musterformulierungen

- Individuell zu verhandeln:

## 1. Sanktionen bei Schlechtleistung

- 1.1. Bei Verstoß gegen einen Service Level gelten anstelle gesetzlicher Sanktionen die zum jeweiligen Service Level vereinbarten, soweit vorhanden. Sie decken etwaige Schäden des Auftraggebers durch Verzug oder Schlechtleistung im Sinne eines pauschalierten Schadensersatzes ab.
- 1.2. Die Vertragsparteien sind sich darüber einig, dass dieses SLA abschließend alle Sanktionen für Verstöße gegen die Leistungspflichten aus dem Projektvertrag regelt, soweit sie nicht auf Vorsatz oder zwingender gesetzlicher Regelung beruht.
  - 1.1. Das im Projektvertrag geregelte Recht zur Kündigung bleibt unberührt.

# Musterformulierungen

- Im Hauptvertrag, zu dem das SLA die Anlage ist:

## 1. Haftung für Schlechtleistung und Verzug

- 1.1. Die Einzelheiten zur Haftung für Schlechtleistung und Verzug sind in *Anlage 3: Service Level Agreement* abschließend geregelt, soweit sie nicht auf Vorsatz oder zwingender gesetzlicher Regelung beruht.
- 1.2. Die Minderungsansprüche beschränken sich auf die in *Anlage 3: Service Level Agreement* vereinbarten Service Credits.
- 1.3. Das Recht des Auftraggebers zur Selbstbeseitigung eines Mangels bleibt im Falle des Fehlschlagens der Nacherfüllung unberührt, ebenso das Kündigungsrecht nach diesem Vertrag.

In Kooperation mit



## Münchner Fachanwaltstag IT-Recht

# Vielen Dank!

Dr. Christian Weitzel  
Büsing, Müffelmann & Theye (BMT)  
Rechtsanwälte und Notare in Partnerschaft

