

Gestaltungsbedingungen für IT Verträge bei Cloud Leistungen

I. Allgemeines zu Cloud Contracting und Leistungen

Die Informationstechnologie unterliegt dem ständigen und immer schnelleren Wandel. Waren es vor kurzem neue technische Entwicklungen, die neue Geschäftsmodelle überhaupt erst ermöglichten, so muss sich die IT-Entwicklung nunmehr den Wünschen und neuen Betätigungsfeldern der Nutzer anpassen und ihnen folgen. IT-, insbesondere Cloud-Leistungen, sind heute größtenteils, ökonomisch betrachtet, mit Bedarfsartikeln gleichzusetzen. Kautelarjuristisch betrachtet ergibt sich bei IT Verträgen über Cloud Leistungen ein Spannungsverhältnis: Einerseits ist die Fungibilität über Verträge sicherzustellen, während andererseits die immerwährende, gar zunehmende Kritikalität bezüglich der Sicherheit und Verfügbarkeit, dieselbe bleibt.

Das Modell der Cloud-Verträge verlangt zwar ein gewisses Maß an Standardisierung, gleichwohl sind solche Verträge bisher weder vertragsrechtlich standardnah noch AGB-rechtlich ausgereift und mithin höchst anfällig für Lücken aufgrund von Unwirksamkeit oder Vertragsgestaltung minderer Qualität.

Cloud Computing Verträge können dabei sowohl neue und am Geschäftsmodell entwickelte und strukturierte, als auch aus vorhandenen Vertragsmodellen etwa ASP, Applikations- und Infrastruktur-Outsourcing fortentwickelte Vertragswerke sein. Die Vertragsrealität ist entsprechend heterogen und nach der Art der erbrachten Leistung und der Zugriffsberechtigung systematisiert: Beim „Software as a Service“-Modell (SaaS) wird ein Softwaredienst vom Anbieter betrieben. Geht es nur um die Entwicklungsumgebung in der die Nutzer Applikationen herstellen können und nicht um die Software selbst, so spricht man von „Plattform as a Service“ (PaaS). Werden (virtuelle) Hardwareressourcen bereitgestellt, so bezeichnet man das Cloud-Modell als „Infrastructure as a Service“ (IaaS). Werden weitere Services genutzt, die sich keiner der vorgenannten Kategorien zuordnen lassen, weil der Anbieter u.U. mehrere Leistungen bündelt und dienstförmig bereit stellt, so spricht man bei diesen Cloud Services von XaaS. Als ein Beispiel hierfür ist das „Business Process as a Service“ (BPaaS) zu nennen, das eine Kombination von SaaS, IaaS und PaaS darstellt und sich durch Auslagerung eines Geschäftsprozesses in die Cloud auszeichnet.

Die Zugriffsberechtigung unterscheidet die „Private Cloud“, die für ein konkretes Unternehmen eingerichtet wird und nur innerhalb dieses Unternehmens benutzt werden kann, von der „Public Cloud“, bei der Unternehmen aus einem bestimmten Geschäftsbereich den Service nutzen können. In der „Hybrid Cloud“ sind „Private Cloud“ und „Public Cloud“ zu einem Gesamtsystem verbunden, jedoch bewahren beide Systeme ihre Selbstständigkeit.

II. Anforderungen an Cloud Verträge

Cloud Verträge sollen kurz, leicht verständlich, flexibel in Bezug auf Laufzeit, Leistungsspektrum und Skalierbarkeit, rechtssicher in datenschutzrechtlicher Hinsicht und interessengerecht, d.h. am Marktstandard orientiert sein. Obgleich sich diese Forderungen von Kaufleuten, die Cloud Leistungen in Anspruch nehmen wollen, einfach anhören, so stellen Sie für den Kautelarjuristen doch die juristische Quadratur des kommerziellen Kreises dar: Die Granularität des Geschäftsmodells einerseits, die Internationalität der Leistungserbringung auf der anderen Seite und letztendlich die hohe Relevanz der Dienste für das Funktionieren der Transaktionen im Unternehmen verlangen nach ausdifferenzierten und tief gestaffelten Verträgen. Cloud Leistungen sollen jederzeit kurzfristigen Eingriffen unterliegen können, ohne gleichzeitig zu einem Weniger an Rechtssicherheit zu führen. Über AGB ist dies im deutschen Recht kaum zu erreichen: § 307 BGB

geht in der Praxis im B-2-B-Bereich weniger mit der angeblichen Vertragsfairness als vielmehr mit kommentarartigen Belehrungen der Mandantschaft durch die bearbeitenden Anwälte einher.

1. Standardisierung von Vertragsbedingungen

Die Standardisierung von Vertragsbedingungen ist eine zwingende logische Folge der technischen Standardisierung, die eine Skalierbarkeit der meisten Cloud-Geschäftsmodelle erst ermöglicht. Leistungselemente wie Speicherplatz und Applikationsnutzung werden zu Standardbedingungen kontrahiert, da das Geschäftsmodell eine andere Transaktionskostenstruktur nicht unterstützt. Ein wesentlicher Teil der Vertragsarbeit findet somit vor dem Hintergrund des AGB-Rechts statt.

Mit der Standardisierung und der Ausgestaltung des Cloud Computing als IT-Service „aus der Steckdose“ haben sich vor allen Dingen auch die Abrechnungs- und Vergütungssysteme stark verändert. Die zur Verfügung gestellten Leistungen werden nunmehr nutzungsabhängig vergütet, wobei die abgerechneten Einheiten je nach Cloud-Modell variieren: Bei der Bereitstellung von Speicherplatz (IaaS) wird die Vergütung meist nach dem in Anspruch genommenen Datenvolumen berechnet. Auch Festpreise für Volumenpakete und die nutzungsgenaue Abrechnung bei Überschreitung der Paketgröße sind heute gängig und bereits aus der Softwareüberlassung bekannt.

2. Rechtsrahmen des Vertragsschlusses

Typischerweise werden Cloud Leistungen über das Internet kontrahiert. Ein Verhandeln über die commoditisierte Leistung findet, abgesehen vom Preis, meist nicht mehr statt. Vielmehr wird die Bewertung von Vertragsbedingungen schon auf die Wahl des Cloud-Leistungs-Anbieters vorverlagert. Da die Vertragsbedingungen meist in AGB enthalten sind, hat der Anbieter insoweit die üblichen Grundsätze zur Einbeziehung von AGB im elektronischen Geschäftsverkehr zu achten: Hier ist insbesondere § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB zu nennen, der dem Nutzer die Möglichkeit verschaffen soll, die AGB beim Vertragsschluss abzurufen und zu speichern. Dies kann dabei durch Verlinkung einer entsprechenden PDF-Datei erfolgen. Zudem bedarf es eines ausdrücklichen und unübersehbaren Hinweises auf die AGB. Der Anbieter genügt diesem Erfordernis, wenn der Nutzer den Vertrag nur abschließen kann, wenn er zuvor bestätigt hat, dass er von den AGB Kenntnis nehmen und sie speichern konnte. Bei an Verbraucher gerichtete Dienstleistungen ist vor allen Dingen nunmehr § 312j Abs. 3 BGB zu beachten.

3. Aufbau eines Cloud-Vertrages

Der Cloud Vertrag beschreibt vorrangig die Leistungen und die Abgrenzung der Verantwortungssphären voneinander. Es kommt zu einer katalogartigen Struktur, bei der auf der ersten Ebene umfassend Pflichten beider Parteien, der Zugang zu den Leistungen, deren Veränderung und das Bezahlmodell festgelegt werden. Nachrangig geregelt sind hingegen sonst dominierende eher klassisch juristische Elemente. Cloud Modelle zeichnen sich also in aller Regel durch einen kurzen und allgemeinen Rahmenvertrag aus, dem ein Produktkatalog mit umfassender Leistungsbeschreibung und -abgrenzung, Bestimmungen zur Sicherheit und Datenschutz, besondere Bedingungen für einzelne Services und Produkte sowie vertragsexterne Dokumente und Regelwerke (z.B. Standards und Zertifikate) folgen.

Die vertragstypologische Einordnung von Cloud-Services durch die Rechtsprechung ist bislang nicht erfolgt, gleichwohl im Mittelpunkt der rechtswissenschaftlichen Diskussion. Ihr kommt insbesondere dann Bedeutung zu, wenn Vertragslücken mit gesetzlichen Wertungen geschlossen werden müssen oder vertragliche Vereinbarungen bei der AGB-Kontrolle mit wesentlichen Grundgedanken gesetzlicher Bestimmungen i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unvereinbar sein sollten.

Das Meinungsbild innerhalb des Schrifttums ist uneinheitlich. So werden Cloud-Services zum Teil schwerpunktmäßig dem Miet-, dem Dienst- oder dem Werkrecht zugeschrieben.

Es ist jedoch problematisch Cloud-Sachverhalte einem einzigen Vertragstyp zuordnen zu wollen. Mag dies für die Online-Bereitstellung von IT-Leistungen als Hauptleistungspflicht gem. § 353 Abs. 1 BGB noch stimmen, wird es bereits, mit Blick auf mietrechtliche Nebenpflichten, deutlich schwieriger, das Mietrecht als sachgerecht anzusehen: Z.B. ist eine automatische Minderung gem. § 536 Abs. 1 BGB in Anbetracht der „pay as you go“-Vergütung ebenso wenig handhabbar, wie § 537 BGB oder § 536a Abs. 1 Var. 1 BGB zweckdienlich auf Cloud-Sachverhalte anwendbar sind. Auch die alleinige Anwendung des Werkrechts auf Cloud-Verträge erscheint bei standardisierten Leistungen mit verteilter Verantwortung nicht recht zu passen. Fälligkeits- und Abnahmeregelungen finden in diesem Kontext ebenfalls schwerlich Anwendung. Die alleinige Anwendbarkeit von Dienstrecht gem. §§ 611 ff. BGB kann für den Cloud-Nutzer nicht sach- und interessengerecht sein. Schuldet der Dienstleister doch gerade keinen Erfolg, sondern nur eine gesetzlich nicht näher definierte Leistung mittlerer Art und Güte, was insbesondere bei Problemen mit der Cloud für Streitigkeiten sorgen dürfte.

Cloud-Verträge und Sachverhalte sind mithin nicht einem bestimmten gesetzlichen Vertragstypus zuzuordnen, sondern stellen sich vielmehr als typengemischte Verträge dar, bei denen mit Hilfe der Mosaikbetrachtung der wirtschaftliche Kern der jeweiligen Leistung herauszuarbeiten ist.

Die bisherige Literatur hat typische Cloud-Leistungen im Einzelnen wie folgt zugeordnet: Die Bereitstellung von Software oder Speicherplatz trägt mietrechtliche Züge. Hat sich der Cloud-Anbieter aber zusätzlich verpflichtet, die Software an individuelle Bedürfnisse des Anwenders anzupassen, schuldet er einen Erfolg, so dass Werkrecht einschlägig ist. Gleiches gilt auch für die Durchführung von Geschäftsprozessen, bei denen der Anwender auf den Erfolg ersichtlich Wert legt. Kommt noch Softwarepflege oder die Durchführung von Schulungsmaßnahmen oder die Zurverfügungstellung von Rechenkapazität durch den Anbieter hinzu, so ist Dienstrecht anwendbar.

Der Wunsch und die vermeintliche rechtlich leichtere Handhabung bei einer stets starren vertragstypologische Einordnung und Qualifizierung von Cloud-Leistungen, sollte aus rechtspolitischen Gesichtspunkten schon unterbleiben; schränkt doch gerade sie die Entwicklungsfähigkeit von Diensten und Vertragswerken über Gebühr ein.

III. Cloud-vertragliche Besonderheiten

1. Leistungsgegenstand und -veränderung

Die bereits dargelegte Standardisierung der Leistungen von Cloud-Services fordert eine klare Abgrenzung der Verantwortlichkeitssphären. Der Anbieter will nicht mit jedem einzelnen Nutzer über die genauen Leistungsinhalte kontrahieren, sondern ein vorab definiertes Leistungsbündel anbieten. Anderenfalls lassen sich die wirtschaftlichen Vorteile der Cloud nicht realisieren. Dem Anbieter muss es demnach möglich sein, in seinen AGB festzulegen, welche Leistungen in die Verantwortung des Nutzers fallen und nicht im Service enthalten sind. Kurzum: Der Anbieter ist nur für die Bereitstellung der Funktionalität verantwortlich, der Nutzer für die (legale) Inanspruchnahme der Dienste.

Um diese Funktionalität für den Nutzer aufrechtzuerhalten und zu verbessern, muss der Anbieter für kontinuierliche Verbesserung und Aktualisierung der Leistung sorgen. Dies ist ihm jedoch nur möglich, wenn er auch die technische Infrastruktur den neuen technischen Gegebenheiten anpassen darf, ohne die Nutzer jedes Mal zu involvieren. Vor diesem Hintergrund ist die rechtliche Beurteilung von Änderungsvorbehalten (§ 308 Nr. 4 BGB) entsprechend zu justieren und die

Grenze der AGB-rechtlichen Zulässigkeit erst überschritten, wenn die Änderung der Cloud-Technik nicht nur unerhebliche Folgeinvestitionen beim Nutzer erfordert.

Will sich der Anbieter eine Preisanpassung vorbehalten, so darf dies nur in einer Weise erfolgen, die das Äquivalenzinteresse zwischen Leistung und Gegenleistung auch nach der Preisänderung wahrt. Gleichzeitig hat der Anbieter für Transparenz zu sorgen und er muss dem Nutzer ein Lösungsrecht für den Fall der unzumutbaren Preiserhöhung einräumen.

2. Urheberrecht

Stellen Cloud-Services wie SaaS Software bereit, so ist auch die Frage nach der vertraglichen Einräumung von Nutzungsrechten zu beachten. Dies insbesondere auch und vor allen Dingen vor dem Hintergrund der internationalen Ausrichtung der Cloud-Dienste. Der Anbieter hat somit aufgrund des immaterialgüterrechtlichen Territorialprinzips und des daraus abgeleiteten Schutzlandprinzips dafür Sorge zu tragen, dass die zur Verfügung gestellte Software den urheberrechtlichen Bestimmungen jedes Landes entspricht, in dem der Service angeboten wird.

Werden fremde Applikationen durch den Anbieter eingesetzt, die auf dem Cloud-Server gespeichert werden, so muss der Softwarehersteller dem Anbieter ein Vervielfältigungsrecht i.S.d. § 69 c Nr. 1 UrhG einräumen. Auch bei der Anpassung der Software an spezifische Gegebenheiten der Cloud-Umgebung, bedarf es eines Umarbeitungsrechts gem. § 69 c Nr. 2 UrhG.

Der Nutzer selbst wird wohl keine urheberrechtlich relevanten Nutzungshandlungen vornehmen, da die technische Ausgestaltung der gängigen Cloud-Services eine reine Online-Nutzung der Software ermöglicht und die Dateien auf dem Endgerät des Nutzers nicht gespeichert werden müssen. Falls es doch zu einer vorübergehenden Speicherung im Arbeitsspeicher kommen sollte, so ist §§ 33a UrhG einschlägig.

3. Technische Sicherheit

Der Einsatz von Cloud Computing ist stets auch im Kontext weiterer Gefährdungen der Daten im Gesamtfluss der Daten eines Unternehmens zu sehen. Vom „Betreten“ der Unternehmenssphäre oder der Erfindung selbst beispielsweise einer Innovation durch Unternehmensmitarbeiter bis zur Auswertung durch die Geschäftsleitung dieser Information für strategische Zwecke, durchläuft die Information eine Vielzahl von Systemen und passiert entsprechend viele Schnittstellen unterschiedlichster Art (PC Hardware-Schnittstellen, externe Speicher, interne Datenleitungen, Zugriffsberechtigungen durch Admins, back-up Systeme, Gespräche zwischen Mitarbeiter, Aufzeichnungen, Ausdrücke, Bildschirmanzeigen, etc.) Die Übermittlung und Speicherung oder Verarbeitung in einem Cloud System sind nur ein Element dieser zahlreichen Informationsstationen.

Cloud Verträge beinhalten dabei üblicherweise folgende Arten von Sicherheitsaussagen: Basiszusagen für Sicherheitsinfrastruktur, Einhaltung von Standards/ Normen (ISO, DIN, ANSI, IT Grundschutz-Kataloge des BSI, ITIL, CobiTm, TCSEC), Prüfsiegel und –zertifikate, Testate (z.B. trusted Cloud Initiative), Berichtspflichten, Aktualisierungspflichten, Sanktionen (Security Service Level Objectives), Sicherheitspflichten der Nutzer untereinander sowie der Nutzer gegen sich selbst (Obliegenheiten). Dabei besteht die Funktion dieser Zusagen in der vertraglichen Soll-Zustandsbeschreibung. Erfolgen die Aussagen konkret zu technischen Standards, so sind sie verbindlich, ihr Unterschreiten eine Verletzung der Hauptpflicht. Die Zusagen decken in aller Regel die beiden Bereiche der Verfügbarkeit der Infrastrukturen im Innenverhältnis einerseits und der Angriffssicherheit nach außen andererseits ab. Im Rahmen der technisch-organisatorischen Sicherheitsmaßnahmen nach § 9 BDSG gilt der Stand der Technik nach Art. 17 Abs. 1 S. 2 der

Richtlinie 1995/46 EG vom 24.10.1995 als maßgebliches Sicherheitsniveau. Erforderlich sind damit also die technischen Möglichkeiten zum maßgeblichen Zeitpunkt.

4. Beendigung des Vertragsverhältnisses, Datenlöschung

Da Cloud-Leistungen flexibel in Anspruch genommen werden können, ist vor allen Dingen auch an ein Exit-Management zu denken, um Überraschungen für die Vertragsparteien zu vermeiden. Dabei ist zum einen der Grund der Vertragsbeendigung (beschränkte Vertragslaufzeit, automatische Verlängerung mit Kündigungsoption, Kündigungsgründe) konkret zu benennen und zum anderen die Pflichten der Parteien nach Vertragsbeendigung eindeutig zu regeln und die Verantwortungssphären voneinander zu trennen. Von großer Bedeutung wird dabei für den Nutzer die Frage nach dem Schicksal der Daten sein: Wie lange werden diese vom Anbieter gespeichert? Welches Lösungsverfahren wird eingesetzt? Werden Daten auf Wunsch des Nutzers übertragen und wenn ja, in welcher Form? Für den Anbieter dürfte dabei die Frage wichtig sein, ob und ggf. wie seine Leistungen nach Vertragsbeendigung vergütet werden.

5. Rechtswahl

Schlussendlich ist in Anbetracht der Internationalität der Cloud-Dienste auch die Rechtswahl von Bedeutung. Die Wahl des anwendbaren Rechts kann mitunter schon eine Vorentscheidung über etwaige Rechtsstreitigkeiten sein. Dabei bezieht sich die Rechtswahl freilich nur auf das Vertragsstatut (auch in Model Clauses), nicht jedoch auf das anwendbare Ordnungsrecht. Daraus folgt, dass zwingende datenschutzrechtliche Regelungen nicht mit Hilfe einer Rechtswahlklausel umgangen werden können. Zwar kann bei grenzüberschreitenden Sachverhalten im EU-Bereich die Rechtswahl gem. Art. 3 Rom I-VO formfrei bestimmt werden, doch empfiehlt sich auch hier aus beweisrechtlicher Sicht diese Rechtswahl zumindest digital zu fixieren.

Bei Cloud-Verträgen mit Verbrauchern ist der sog. Günstigkeitsvergleich in Art. 6 Rom I-VO zu berücksichtigen, wonach verbraucherschützende Vorschriften, u.a. §§ 305 ff, 312 ff BGB nicht mit Hilfe einer Rechtswahlklausel vermieden werden können.

Insgesamt ist für den Fall der privatautonomen Rechtswahl auf klare Regelungen zu achten, um Streitigkeiten über das Vertragsstatut ausschließen zu können. Sollten die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, so ist Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO einschlägig. Daraus folgt, dass die am Sitz des Anbieters geltende Rechtsordnung anwendbar ist, da dieser dort die vertragscharakteristische Leistung erbringt.