

pflichtet ist, die Leistung über die Jahre auch zu verbessern, kann einem solchen Wunsch nach einer Inflationsabgeltung argumentativ mit dem Argument der im Technologiebereich üblichen Effizienzsteigerung begegnet werden.

- 150** Je nach Betriebsmodell, vor allem bei einer Private Cloud, kann auch überlegt werden, das aus dem klassischen IT-Outsourcing bekannte **Benchmarking** vorzusehen. Dabei hat der Kunde das Recht, in gewissen zeitlichen Abständen, die Preise des Anbieters für gewisse standardisierte Leistungen am Markt zu vergleichen und vom Anbieter zu verlangen, ein gewisses Preisniveau einzuhalten. Solche Benchmarking-Modelle bieten natürlich eine Vielzahl von Diskussionspunkten: Zunächst einmal muss die Leistung, die der konkrete Anbieter erbringt, überhaupt mit Leistungen anderer Anbieter vergleichbar sein. Bei IaaS und PaaS wird dies regelmäßig der Fall sein, bei SaaS aber schon nur mehr bedingt. Weiters stellt sich die Frage, an welchem Preisniveau sich der Anbieter dann zu orientieren hat: Muss er bloß im Mittelfeld des am Markt vorgefundenen Preisniveaus liegen, oder muss er der Günstigste sein? Macht es für den Kunden überhaupt Sinn, den Anbieter zu verpflichten, immer der Günstigste zu sein und setzt der Kunde damit die richtigen Anreize? Benchmarkingverfahren sind in der Praxis oftmals mit einigen Kosten verbunden, vor allem wenn die Parteien eine externe Instanz („**Benchmarking**“) heranziehen, um das Benchmarking objektiv durchführen zu lassen. Anbieter sind in der Praxis oft nicht bereit, die Kosten für dieses Benchmarking zu tragen und verlangen, dass diese Kosten vom Kunden übernommen werden. Eine weitere Frage, die sich für den Anbieter beim Benchmarking natürlich stellt ist, ob er nicht berechtigt sein sollte, die Preise auch anzuheben, wenn sich während des Benchmarkings herausstellt, dass er günstiger als das im Zuge des Benchmarkings zu erreichende Preisniveau liegt. Für Kunden wäre das natürlich eine besonders nachteilige Situation, wenn er nicht nur die Kosten des Benchmarkings zu tragen hätte, sondern dann auch noch höhere Preise zahlen muss. Aus Sicht des Kunden darf daher Benchmarking nie zu Preissteigerungen führen.
- 151** Ob ein solches Benchmarking für den Kunden Sinn macht und für den Anbieter akzeptabel ist, hängt in der Praxis nicht nur vom Betriebsmodell, sondern auch von der **Laufzeit** bzw den **Kündigungsmöglichkeiten** des Vertrags selbst ab. Wenn sich die Parteien besonders lange binden, ist ein solches Verfahren sinnvoller als bei nur kurzen Bindungsfristen.



Merke

- Wirbt der Anbieter mit nutzungsabhängigen Entgelten bzw verspricht er solche, müssen diese Entgeltbestimmungen die diesbezüglichen Mechanismen nachvollziehbar abbilden.
- Leistungssteigerungen sollten nicht nur zu Entgelterhöhungen, sondern Leistungsreduktionen ebenso flexibel zu Entgeltsenkungen führen.
- Preise noch nicht bestellter Leistungen müssen vertraglich zugesagt werden, will sich der Kunde darauf verlassen können.
- Bei langfristigen Verträgen sollten Effizienzsteigerungen entsprechend berücksichtigt werden. Benchmarking kann aus Sicht des Kunden vor allem bei langfristigen Private Cloud-Verträgen sinnvoll sein.

G. Gewährleistung und Schadenersatz

1. Allgemeines zur Gewährleistung

a) Der Begriff des Mangels

Ein **Mangel** (§ 923 Abs 1 ABGB) ist eine Abweichung der Leistung von den bedungenen oder **gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften**. Es wird zwischen Sach- und Rechtsmangel, sowie zwischen Quantitäts- und Qualitätsmangel unterschieden. Ist die Leistung mangelhaft, hat der Gläubiger ein Recht auf Gewährleistung. Mit anderen Worten: Ein Mangel ist ein Zurückbleiben des Geleisteten/Gelieferten hinter dem Geschuldeten.

152

b) Feststellung des Mangels

Um feststellen zu können, ob ein Mangel vorliegt, muss also zunächst einmal festgestellt werden, was überhaupt geleistet/geliefert wurde. Das Ergebnis dieser Bestandsaufnahme ist dann mit dem geschuldeten Leistungsinhalt zu vergleichen. Der geschuldete Leistungsinhalt ergibt sich primär aus den getroffenen Vereinbarungen und gegebenenfalls auch aus gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften. Gerade Letzteres versuchen Anbieter regelmäßig auszuschließen. Liegt tatsächlich ein Mangel vor, hat der Kunde (vereinfacht zusammengefasst) primär den Anspruch auf **Austausch** oder **Verbesserung**, sekundär auf **Preisnachlass** oder **Rücktritt** vom Vertrag. Die gesetzlichen Gewährleistungsregelungen sind dabei weitgehend disponibel und können daher durch Vertragsvereinbarungen angepasst werden.

153

c) Vorteil von Gewährleistungsansprüchen

Der Vorteil von Gewährleistungsansprüchen aus Sicht des Kunden ist, dass diese verschuldenstensabhängig zustehen. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Anbieter oder ein Dritter (zB Subunternehmer), für den er einstehen muss, am Vorliegen eines Mangels Schuld hat (unter Schuld versteht man persönliche Vorwerfbarkeit: Ob er den Mangel also fahrlässig oder vorsätzlich verursacht hat), sondern nur darauf, ob überhaupt ein Mangel vorliegt. Liegt ein solcher Mangel vor, hat der Anbieter binnen angemessener Frist iSd obigen **Gewährleistungsbehelfe** Gewähr zu leisten. Die gesetzliche **Gewährleistungsfrist** beträgt für bewegliche Sachen 2 Jahre ab Übergabe. Ein Mangel muss innerhalb offener Gewährleistungsfrist gerichtlich geltend gemacht werden (im Wesentlichen durch Klagsführung), ansonsten verjährt er.

154

d) Mangel bei Übergabe

Gewähr zu leisten ist jedoch nur für **Mängel**, die bei **Übergabe** bereits vorhanden waren (zumindest technisch angelegt waren), nicht aber für solche, die erst nachher auftreten. Tritt ein Mangel innerhalb von sechs Monaten nach Übergabe auf, wird vermutet, dass er schon bei Übergabe vorgelegen hat (§ 924 ABGB). In diesen ersten sechs Monaten trifft also den Anbieter die Beweislast, dass der Mangel bei Übergabe noch nicht vorgelegen hat.

155

Gewährleistungsansprüche sind daher für Kunden ein sehr wesentliches Instrument, Anbieter zur Beseitigung von Mängeln anhalten zu können. Für Kunden ist es daher wichtig, sich die effektive Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen offen zu halten.

156

- 157** Zu beachten sind in diesem Zusammenhang jedoch zwei Umstände: Einerseits sieht die österreichische Rechtsordnung für manche Vertragsarten besondere Bestimmungen vor, wie bspw für Mietverträge (der Vermieter hat das Bestandstück in brauchbarem Zustand zu übergeben und zu erhalten [§ 1096 ABGB]), andererseits kommen die gesetzlichen Gewährleistungsregelungen gar nicht bei jedem Vertragstyp zur Anwendung. Kauf- oder Werkverträge und auch Mietverträge unterliegen bspw der Gewährleistung, Dienstleistungsverträge hingegen grundsätzlich nicht.

2. Allgemeines zum Schadenersatz

- 158** Ein **Schaden** ist jeder Nachteil, der jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist (§ 1293 ABGB). Man unterscheidet den in Geld messbaren Vermögensschaden, also jeden Nachteil an geldwerten Gütern, und nicht in Geld messbare Schäden (immaterielle Schäden). Vermögensschäden werden eingeteilt in positive Schäden (erlittene Beschädigung einer schon vorhandenen Vermögenssache) sowie entgangener Gewinn. Der **Schadenersatzanspruch** ist der Anspruch des Geschädigten, vom Schädiger die Wiedergutmachung des Schadens zu verlangen. Im praktisch häufigsten Fall der Verschuldenshaftung setzt der Schadenersatzanspruch rechtswidrige und schuldhafte Schadenszufügung durch den Schädiger voraus.
- 159** Bei Gewährleistungsansprüchen besteht der Anspruch nur auf Beseitigung des Mangels, Schadenersatzansprüche decken auch potenziell sehr weit über den eigentlichen Mangel hinausgehende Schäden ab. Die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ist für den Geschädigten im Vergleich zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen jedoch erschwert, da Schadenersatzansprüche das Vorliegen von **Verschulden** erfordern. Der Schädiger muss also den Schaden nicht nur kausal und rechtswidrig verursacht haben, ihn muss an der Schadenszufügung auch Verschulden (**Fahrlässigkeit, Vorsatz**) treffen.
- 160** Ein weiterer wesentlicher Unterschied zur Gewährleistung ist der Beginn des Fristenlaufs für die **Verjährung** von Schadenersatzansprüchen: Während Gewährleistungsfristen ab Übergabe zu laufen beginnen, beginnt die Verjährungsfrist für Schadenersatz ab Kenntnis von Schaden und Schädiger zu laufen und beträgt nach dem gesetzlichen Grundmodell 3 Jahre. Schadenersatzansprüche können also potenziell lange (maximal 30 Jahre) nach Erbringung der eigentlichen Leistung geltend gemacht werden.
- 161** Hat der Anbieter einen Mangel schuldhaft herbeigeführt oder die Beseitigung eines solchen Mangels vor der Übergabe schuldhaft unterlassen, hat der Kunde die Möglichkeit, zusätzlich zu seinen Rechten auf Gewährleistung, auch Schadenersatz geltend zu machen. Er kann also bei schuldhafter Verletzung der Erfüllungspflicht über das Institut des Schadenersatzes deutlich mehr verlangen als über Gewährleistung. Bei Vertragsverhältnissen kommt es überdies zur **Beweislastumkehr**: Der Schädiger muss beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft, leichte Fahrlässigkeit wird vermutet. Ist die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen, wird grobe Fahrlässigkeit vermutet.
- 162** Die effektive Durchsetzung von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen ist für den Kunden von wesentlicher Bedeutung und ein notwendiges Instrumentarium zur **Sicherstellung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung**. Bei der Vertragsgestaltung bzw Vertragsprüfung ist darauf unbedingt Rücksicht zu nehmen.

**Merke**

- Gewährleistungsansprüche sind auf die Behebung eines Mangels gerichtet (oder einen entsprechenden Wertersatz). Sie stehen dem Kunden auch zu, wenn den Anbieter am Vorliegen des Mangels kein Verschulden trifft.
- Schadenersatzansprüche decken auch weit über den eigentlichen Mangel hinausgehende Schäden ab, bestehen aber nur bei Verschulden des Anbieters.

3. Gewährleistungsansprüche bei Softwareentwicklungen

a) Fehler versus Mangel

Gerade komplexe Softwarelösungen sind regelmäßig fehlerbehaftet. In der Praxis liegen auch nach gewissenhaft durchgeführten Abnahmeverfahren regelmäßig hunderte, wenn nicht gar tausende **Fehler** vor. Solche Fehler können Mängel im Gewährleistungsrechts sein, müssen es aber nicht. Ob ein gewährleistungspflichtiger **Mangel** vorliegt, hängt davon ab, ob es eine Abweichung zwischen dem tatsächlich Geleisteten und dem eigentlich Geschuldeten gibt (siehe oben).

163

Im Hinblick auf den Umstand, dass ein Fehler bereits bei Übergabe vorliegen muss, um überhaupt als gewährleistungspflichtiger Mangel in Frage zu kommen, ist die Position des Kunden bei Softwareentwicklungen grundsätzlich eher positiv: Software nutzt sich nicht ab oder wird durch Zeitablauf schlechter, ein auch Monate nach Übergabe auftretender Mangel wird also regelmäßig bei Übergabe schon vorgelegen haben.

164

**Merke**

Nicht jeder Fehler ist ein Mangel.

b) Gewährleistung und Wartung

In der Praxis werden regelmäßig **Wartungsverträge** abgeschlossen, die nahtlos mit Durchführung der Abnahme bzw Aufnahme des Produktivbetriebs die Behebung von Fehlern zusagen. Die Praxis zeigt auch, dass im Zuge solcher Wartungsverträge oftmals in großem Ausmaß durch den Anbieter Fehler behoben werden, die eigentlich Mängel im Gewährleistungsrechts sind und vom Anbieter daher unentgeltlich zu beheben wären. In der Praxis bezahlt jedoch der Kunde über das Wartungsentgelt die Behebung dieser Mängel. In diesem Sinn lassen sich Anbieter durchaus zu Aussagen wie „bei Software gibt es keine Gewährleistung“ (eine rechtlich nicht haltbare Aussage) oder „Sie brauchen gar keine Gewährleistung“ mit der Begründung „wir bieten Ihnen ja ohnehin einen Wartungsvertrag an“ hinreißen. Dies zeigt aber schon das Verständnis mancher Anbieter: Man möchte sich für die Behebung der eigenen Mängel zusätzlich bezahlen lassen.

165

Bei der **Gestaltung von Wartungsvereinbarungen**, insbesondere bei der kommerziellen Beurteilung, sollte daher darauf Rücksicht genommen werden, dass im Zuge der Wartung in der Praxis regelmäßig Mängel behoben werden, die eigentlich über das Gewährleistungsrecht unentgeltlich zu beheben wären. Eine Berücksichtigung dieses Umstands im Wartungsvertrag ist jedoch nur dann möglich, wenn der Wartungsvertrag auch mit demjenigen abgeschlossen wird, der der eigentlich Gewährleistungspflichtige ist.

166

167 Die **Unterscheidung** zwischen gewährleistungspflichtigem Mangel und sonstigem Fehler, der im Wartungsvertrag (entgeltlich) zu beheben ist, ist oftmals sehr schwierig oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich. Zur Vermeidung solcher Abgrenzungsschwierigkeiten ist es daher aus rechtlicher Sicht zu empfehlen, im Entgelt des Wartungsvertrags den Umstand zu berücksichtigen, dass innerhalb der Gewährleistungsfrist über die Wartung auch Mängel behoben werden, deren Behebung eigentlich unentgeltlich zu erfolgen hätte. Dies kann bspw dadurch geschehen, dass das Wartungsentgelt für die Dauer der Gewährleistungsfrist niedriger bemessen wird und danach wieder auf das normale Niveau ansteigt.

Merke

! Im Rahmen der (entgeltlichen) Wartung werden oft auch Mängel behoben, die über das Gewährleistungsrecht eigentlich unentgeltlich zu beheben wären.

4. Gewährleistungsansprüche bei Cloud Computing

a) Gesetzliche Ansprüche bei „as a service“

168 Das österreichische Recht unterscheidet nach überwiegender herrschender (aber nicht ganz unstrittiger) Meinung zwischen Erfolgs- und Sorgfaltserbindlichkeiten. Diese Einteilung hat, wie schon ausgeführt, Bedeutung vor allem für die Entgeltsfrage und Gewährleistungsansprüche, aber auch für das Zurückbehaltungsrecht und für die Beweislast. Unter die **Erfolgsverbindlichkeiten** fallen, neben mehreren anderen Kategorien, vor allem Kaufverträge und Werkverträge, aber auch Mietverträge.⁵⁰ Bei **Sorgfaltserbindlichkeiten**, unter die auch die von Dienstnehmern geschuldeten Leistungen fallen, ist im Gegensatz zur vorgenannten Kategorie jedoch eben kein Erfolg geschuldet, sondern zielstrebig die Sorgfalt zur Erfolgserreichung. Solange diese Sorgfalt eingehalten wird, ist es für den Leistenden (rechtlich) unerheblich, ob der vom Empfänger gewünschte Erfolg auch eintritt oder nicht.

169 Wie oben ausgeführt werden Cloud Computing-Verträge oftmals zur Gänze oder in wesentlichen Teilen als **Dienstleistungsverträge** zu kategorisieren sein.⁵¹ Dies führt aber unweigerlich zur Frage, ob das Gewährleistungsrecht auf solche Verträge überhaupt Anwendung findet und wenn ja, in wie weit. Die Beantwortung dieser Frage ist nicht nur von akademischem Interesse, sondern auch von hoher Praxisrelevanz für den Kunden. Im schlimmsten Fall bedeutet die Kategorisierung als Dienstleistungsvertrag für den Kunden nämlich, dass ihm die „klassischen“ Gewährleistungsansprüche gegen den Anbieter gar nicht zustehen, eben weil dieser keinen Erfolg schuldet.

170 Das ist natürlich ein für den Kunden sehr unbefriedigendes Ergebnis, das aus Sicht des Kunden vermieden werden sollte. Abhilfe würde hier die **vertragliche Vereinbarung von Gewährleistungsansprüchen** schaffen, was den Parteien im Zuge ihrer Vertragsfreiheit natürlich offensteht. Kunden sollten daher unbedingt darauf achten, dass im Cloud Computing-Vertrag die Rechtsfolgen mangelhafter Leistungserbringung durch den Anbieter ausdrücklich und nachvollziehbar geregelt werden.

50 Reischauer in Rummel, ABGB³ Vor §§ 918–922 ABGB (Stand 1. 1. 2000, rdb.at).

51 Zur rechtlichen Kategorisierung siehe Kap IV.B.

**Merke**

- Bei Sorgfaltsverbindlichkeiten schuldet der Anbieter keinen Erfolg, sondern nur zielstrebige Sorgfalt, die klassischen Gewährleistungsansprüche bestehen daher nicht.
- Aus Sicht des Kunden ist es daher wichtig, die Rechtsfolgen mangelhafter Leistungserbringung im Vertrag ausdrücklich zu regeln.

b) Zurverfügungstellung „as is“

Manche Anbieter sehen in Verträgen vor, dass die Leistungen „**as is**“ zur Verfügung gestellt werden und verbinden dies meist mit einem expliziten **Gewährleistungsausschluss**. Nach der österreichischen Rechtsordnung wird zwischen Unternehmern ein Verzicht auf Gewährleistungsansprüche grundsätzlich als zulässig gesehen, wobei ein solcher Verzicht im Zweifel als restriktiv zu interpretieren ist.⁵² Der Ausschluss jeglicher Gewährleistung ist daher nicht jedenfalls sittenwidrig. Formulierungen wie bspw „wie besichtigt“ oder „wie getestet“ bedeuten in der Regel aber nur einen Verzicht auf solche Mängel, die bei einer Besichtigung oder einem Test üblicherweise auch erkannt werden können, daher insbesondere nicht auf **versteckte Mängel**. Zu beachten ist auch, dass die Zusage bestimmter Eigenschaften grundsätzlich auch einem allgemeinen **Verzicht auf Gewährleistungsrechte** vor geht. Wenn also ein Anbieter bspw in den technischen Spezifikationen seines Services gewisse Eigenschaften zusagt, kann ein Kunde mit guten Gründen argumentieren, dass diese Zusage von der Einschränkung oder dem Ausschluss der Gewährleistungsrechte nicht umfasst ist und der Anbieter für die zugesagten Eigenschaften Gewähr leisten muss.

171

Auch hier empfiehlt es sich aber, möglichst eindeutige Bestimmungen im Vertrag vorzusehen, um Zweifelsfragen zu vermeiden.

172

**Merke**

- Weitreichende Gewährleistungsausschlüsse sind zwischen Unternehmern zulässig.
- Die Zusage bestimmter Eigenschaften geht aber im Zweifel vor.

5. Schadenersatz bei Cloud Computing

a) „Volle Genugtuung“ versus gänzlicher Ausschluss

Tritt beim Kunden ein Schadensfall ein, so hat ihm der Anbieter nach den allgemeinen schadenersrechtlichen Bestimmungen Schadenersatz zu leisten. Die gesetzliche Ausgangslage schützt den Kunden hier sehr weitreichend, da der Anbieter grundsätzlich „**volle Genugtuung**“ leisten muss, was auch den Ersatz des dem Kunden durch den Schadensfall entgehenden Gewinns (weil er zB einen Geschäftsabschluss versäumt) umfasst (§ 349 UGB). Diese Ersatzpflicht des Anbieters gilt nicht nur **bei grobem Verschulden** seinerseits (also **grober Fahrlässigkeit** und **Vorsatz**), sondern auch schon bei **nur leichter Fahrlässigkeit**.

173

Die **gesetzlichen Schadenersatzbestimmungen** sind also aus Sicht des Anbieters sehr streng. Sie sind jedoch, wenn auch in Grenzen, dispositiv. Die Parteien können sie durch

174

⁵² Reischauer in Rummel, ABGB³ Vor § 929 ABGB (Stand 1. 1. 2000, rdb.at).

Vereinbarung abändern. Aus diesem Grund sieht in der Praxis auch quasi jeder Cloud Computing-Vertrag eine **Haftungseinschränkung** zugunsten des Anbieters vor. Die Art und Weise, wie diese Einschränkung formuliert wird, wie weit sie reicht und was sie in der Praxis bedeutet, hängt stark von der geografischen Herkunft des Anbieters und vom von ihm verwendeten Vertragsmuster ab. Hier haben sich in den verschiedenen Rechtsordnungen Gepflogenheiten gebildet, die im internationalen Kontext nicht ohne Weiteres miteinander kompatibel sind.

- 175** Unzweifelhaft ist, dass nach österreichischem Recht ein Ausschluss oder eine **Einschränkung** der Ersatzpflicht **bei vorsätzlicher Schädigung sittenwidrig** wäre. Schon bei der Frage der Zulässigkeit der Einschränkung der Haftung bei grober Fahrlässigkeit treten aber einige rechtliche Unsicherheiten auf. Dass die Haftung für nur leicht fahrlässig verursachte Schäden zwischen Unternehmern eingeschränkt oder auch zur Gänze ausgeschlossen werden kann, ist jedoch herrschende Meinung.

 **Merke**

- Im Schadensfall hat der Anbieter nach österreichischem Recht grundsätzlich „volle Genugtuung“ zu leisten, also auch entgangenen Gewinn zu ersetzen. Das gilt auch bei nur leicht fahrlässig verursachten Schäden.
- Cloud Computing-Verträge sehen in der aller Regel Haftungsbeschränkungen zugunsten des Anbieters vor.

b) Fahrlässigkeit

- 176** In der Vertragspraxis stellt sich daher vor allem die Frage, ob der Anbieter seine Haftung für leicht **fahrlässig verursachte Schäden** zur Gänze ausschließen oder auf einen (sehr) geringen Betrag einschränken will und ob er für grob fahrlässig verursachte Schäden ebenfalls eine Einschränkung vornehmen will. Viele Anbieter sehen für leicht fahrlässig verursachte Schäden eine Limitierung der Haftung auf die Summe der für ein Vertrags- oder Kalenderjahr zu zahlenden Entgelte vor. Diese Idee scheint ursprünglich aus angloamerikanischen Vertragsvorlagen zu stammen, wo die Haftung – freilich gleich aus welchem Rechtsgrund – überhaupt auf ein Einjahresentgelt begrenzt war. Vor dem Hintergrund, dass eine solche generelle beträchtliche Begrenzung nach mehreren kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen nicht zulässig ist, wurde dann die Klarstellung vorgenommen, dass diese Begrenzung im Fall von grober Fahrlässigkeit und Vorsatz nicht gelten solle, was im Ergebnis zu einer beträchtlichen Begrenzung der Haftung nur bei leichter Fahrlässigkeit geführt hat.

- 177** Ob eine solche oder ähnliche **beträchtliche Haftungsbegrenzung** für den Kunden grundsätzlich akzeptabel ist, hängt vorrangig von der Bedeutung des betroffenen Cloud Services für den Geschäftsbetrieb des Kunden und seiner Bereitschaft, Risiko zu übernehmen ab. Je wichtiger das Service, je größer die potenziellen Schäden, desto größer muss der Haftungsfonds sein. Hier ist aber zu berücksichtigen, dass eine Haftungsbegrenzung für leicht fahrlässig verursachte Schäden in der Praxis sehr weit verbreitet oder sogar Standard ist, kaum ein Anbieter also bereit sein wird, eine unbegrenzte Haftung zu übernehmen. Auch aus Kundensicht ist fraglich, ob eine solche unbegrenzte Haftung wirklich sinnvoll wäre, weil der Anbieter sie jedenfalls einpreisen müsste. Ein gewisses Augenmaß bei der Vereinbarung

von Haftungsbestimmungen auch in Hinblick auf des vom Kunden zu leistende Entgelt ist also in beide Richtungen nötig.

Wenig Verständnis haben die meisten Kunden, unseres Erachtens auch zu Recht, für eine Einschränkung der Haftung bei grob fahrlässig verursachten Schäden. Eine solche Einschränkung sollte grundsätzlich vermieden oder so großzügig bemessen werden, dass etwaige tatsächlich auftretende Schäden in dem vereinbarten Haftungsvolumen jedenfalls Deckung finden.

c) „Direkte und indirekte Schäden“ versus „primäre und sekundäre Schäden“

Nicht übersehen werden sollte auch, dass Anbieter in der Einschränkung ihrer Schadener-satzverpflichtungen oft auch nach Schadensarten unterscheiden. Problematisch dabei ist, dass die in vielen Vertragsvorlagen angeführten Schadensarten, mit denen der österreichischen Rechtsordnung nicht ohne Weiteres in Einklang zu bringen sind. Gerade die besonders aus internationalen Vertragsvorlagen bekannte Unterscheidung von „**direkten**“ und „**indirekten**“ Schäden findet sich so in der österreichischen Rechtsordnung nicht, wo zwischen primären und sekundären Schäden unterschieden wird. Während der primäre Schaden der rechnerische Schaden, der in der Beeinträchtigung der Substanz eines Vermögens-gutes liegt, ist, wird unter sekundärem Schaden (auch: Folgeschaden) der Schaden verstan-den, den der primäre Schaden nach sich zieht (zB Mietkosten für Ersatzbeschaffung oder entgangener Gewinn). Wenn aber jetzt in einer Haftungsbestimmung die Haftung für indi-rekte Schäden überhaupt ausgeschlossen wird, dann stellt sich die Frage, ob das nach öster-reichischem Verständnis ein Haftungsausschluss für sekundäre Schäden (Folgeschäden) sein soll. Würde man diese Frage bejahen stellt sich unweigerlich die Folgefrage, für welche Schäden der Anbieter denn dann in der Praxis haften soll, weil die Fehlfunktion eines Cloud Service in der Praxis oft gerade Folgeschäden nach sich ziehen wird. Es empfiehlt sich daher, auf die Verwendung solcher Begriffe zu achten und bei Bedarf entsprechende Klarstellungen einzufügen.

d) Einzelfallentscheidung

Auch wenn sich in der Praxis bestimmte Gepflogenheiten oder Standards bei der Formu-lierung der Haftungsbestimmungen herausgebildet haben, darf nicht übersehen werden, dass die Beurteilung einer Haftungsbestimmung immer eine **Einzelfallentscheidung** für den ganz konkreten Anwendungsfall bei einem konkreten Kunden sein muss. Diese Beur-teilung muss die Gesamtsituation berücksichtigen und darf sich nicht nur auf den reinen Wortlaut der Haftungsbestimmung beschränken.

e) Pönalen

Wie schon oben erwähnt sollte auch unbedingt klargestellt werden, dass etwaige **Pönalen**, **Service Credits** oÄ die Geltendmachung von darüberhinausgehenden Schäden nicht ver-hindern.⁵³ Manche Kunden stehen auch auf dem Standpunkt, Pönalen, Service Credits oÄ zusätzliche zu Schadenersatzansprüchen geltend machen zu wollen, wodurch sie im Umfang

53 Siehe Kap V.A.4.

der Pönen, Service Credits oÄ gegebenenfalls doppelt kompensiert werden würden. Ob so eine Bestimmung wirklich notwendig ist, ist letztlich auch Geschmackssache. In der Praxis lässt sich kaum ein Anbieter darauf ein.

f) Haftung des Kunden

182 Ein häufig übersehenes Thema ist die **Begrenzung der Haftung** des Kunden gegenüber dem Anbieter. In der Praxis sind Haftungsbegrenzungen oft einseitig zugunsten des Anbieters formuliert, was zu einer unbegrenzten Haftung des Kunden (zumindest sofern dieser Unternehmer ist) gegenüber dem Anbieter führen würde. Dieses Ungleichgewicht ist schwer argumentierbar und sollte daher vermieden werden. Auch vor dem Hintergrund, dass aufgrund der Interaktion des Kunden mit den Services des Anbieters eine Schädigung des Anbieters natürlich nicht ausgeschlossen werden kann.



Merke

- Wird hinsichtlich der Ersatzpflicht zwischen verschiedenen Schadensarten unterschieden, ist die Terminologie mit jener der gewählten Rechtsordnung abzustimmen.
- Die Beurteilung einer Haftungsbeschränkung ist im Gesamtzusammenhang für jeden Einzelfall zu treffen.
- Die Vereinbarung von Pönen darf die Ersatzpflicht für darüber hinausgehende Schäden nicht ausschließen.
- Auch die Haftung des Kunden gegenüber dem Anbieter sollte eingeschränkt werden.

6. Generalunternehmerschaft

183 Unter einem **Generalunternehmer** versteht man einen Geschäftsherrn, der sich zur Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung gegenüber einem Dritten eines Subunternehmers bedient. Der **Subunternehmer** selbst kann sein eigenes Personal oder wieder andere selbstständige Unternehmer einsetzen. Der Generalunternehmer haftet gegenüber seinem Vertragspartner (Auftraggeber) für das Verschulden aller Gehilfen („**Gehilfenkette**“). Im Innenverhältnis kann der Generalunternehmer vom Subunternehmer Rückersatz verlangen.

184 In Konstellationen, in denen nicht ein Anbieter, sondern letztlich **mehrere Unternehmer** die Leistung erbringen, macht es aus vertragsrechtlicher Sicht daher einen großen Unterschied, ob der Kunde in mehrere direkte Vertragsverhältnisse mit allen beteiligten Leistungserbringern tritt oder ob er einen einzelnen Generalunternehmer beauftragt, der seinerseits dann Gehhilfen heranzieht.

185 Durch die Beauftragung eines **Generalunternehmers** sichert sich der Kunde die Möglichkeit, einen einzelnen, ihm bekannten Vertragspartner hinsichtlich der Geltendmachung von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen zu haben. Es ist aus rechtlicher Sicht für den Kunden dann irrelevant, ob der Generalunternehmer selbst oder ob einer seiner Gehilfen den Mangel oder Schaden verursacht hat, er kann sich immer direkt an den Generalunternehmer wenden. Für den Kunden entfallen daher in der Praxis oftmals komplexe Zuordnungsschwierigkeiten. Ist der Generalunternehmer finanziell entsprechend potent, vermindert sich gegebenenfalls auch das finanzielle Risiko, das mit der Geltendmachung gegenüber einem potenziell schlechter aufgestellten Gehilfen einhergehen würde.

H. Laufzeit und Kündigung

a) Dauerschuldverhältnis

Cloud Computing-Verträge begründen in aller Regel **Dauerschuldverhältnisse**. Unter einem Dauerschuldverhältnis versteht man ein auf Dauer angelegtes Schuldverhältnis, das nicht durch eine einmalige Erfüllungshandlung (zB Übergabe einer Software, Durchführung einer Migration) beendet wird, sondern eine Verpflichtung zu einer länger andauern den Leistung begründet. Dauerschuldverhältnisse enden durch Zeitablauf (wenn sie befristet sind), durch **einseitige Kündigung** (ordentlich oder außerordentlich) oder durch eine **einvernehmliche Auflösungsvereinbarung**.

186

b) Befristete Laufzeit

Ist das **Ende der Laufzeit** im Vorhinein bestimmt (üblicherweise durch Erreichen eines bestimmten Datums), spricht man von einem **befristeten Dauerschuldverhältnis**. Es endet, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Keine der Parteien muss also eine Handlung setzen, um den Vertrag zu beenden. Das kann gewünscht sein, weil der Kunde so vor unbedachtigt weiterlaufenden Verträgen geschützt ist, aber durchaus auch zu der unliebsamen Folge führen, dass der Kunde das nahende Ende eines Vertrags übersieht und der Vertrag „ausläuft“, ohne dass der Kunde das auch wollte. Auch muss beachtet werden, dass die Fortsetzung eines befristeten Vertrags der (sei es auch nur konkludente) Zustimmung bei der Vertragspartner bedarf. Der Anbieter könnte seine Zustimmung von der Annahme geänderter Rahmenbedingungen (zB geänderte Preise) abhängig machen.

187

Befristete Dauerschuldverhältnisse sind mangels anderslautender Vereinbarung vor Ablauf der Befristung **nicht ordentlich kündbar**. Möchte der Kunde also sicherstellen, dass er das Vertragsverhältnis auch vor Ablauf der Befristung (oft auch einfach „Laufzeit“ genannt) einseitig beenden kann, muss er entsprechende Kündigungsrechte vereinbaren. Das wird vor allem dann relevant sein, wenn die Laufzeit des Vertrags besonders lang ist oder wenn der Kunde unsicher ist, ob bzw wie lange er das Service tatsächlich nutzen will.

188

- Merke**
- ! • Mangels anderslautender Vereinbarung enden befristete Verträge ohne, dass es einer Kündigung bedarf.
 - Sie sind während der Laufzeit nicht ordentlich kündbar.

c) Unbefristete Laufzeit

Ist das Ende der Laufzeit im Vorhinein nicht bestimmt spricht man von einem **unbefristeten Dauerschuldverhältnis**. Es läuft weiter, bis es entweder ordentlich oder außerordentlich gekündigt wird. Das hat den Vorteil, dass die Parteien keine Endtermine in Evidenz halten müssen, weil der Vertrag ja ohnehin „weiterläuft“. Hier ist aber zu beachten, dass unbefristete Verträge unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von jeder Partei ohne Angabe von Gründen aufgekündigt werden können (ordentliche Kündigung). Keine der Parteien hat also die Sicherheit, dass die jeweils andere den Vertrag nicht kündigt, sofern die andere Partei nicht für die Dauer eines gewissen Zeitraums auf die Kündigung verzichtet hat (**Kündigungsverzicht**). Dadurch entsteht Unsicherheit, was für beide Parteien nachteilig ist: Der

189