

22.05.2015

IT & Outsourcing

In der April-Ausgabe unserer „IT-Praxistipps“ zu Service-Level-Agreements ging es um die Vereinbarung einheitlicher Messverfahren sowie die Schaffung klarer Randbedingungen gemeinsam mit dem Dienstleister. In der nun letzte Folge wenden wir uns den Sanktionierungsmöglichkeiten zu.

## Tipp 4: Sanktionen

Ein Service-Level-Agreement wäre unvollständig, enthielte es nicht Bestimmungen zu den Rechtsfolgen für den Fall, dass der Auftragnehmer die zuvor vereinbarten Leistungsstandards nicht einhielte. Entweder sind nämlich die Mängelansprüche, die das Gesetz bereithält, für Fallgestaltungen des IT-Outsourcings, des Outsourcing von im Wesentlichen IT-gestützten Geschäftsprozessen oder für sonstige Leistungen, bei denen Service-Level eine wesentliche Rolle spielen, nicht geeignet oder das Gesetz hält gar keine spezifischen Rechtsfolgeregelungen bereit. Dies hat zur Folge, dass auf den allgemeinen Schadenersatzanspruch gemäß §§ 280 ff BGB zurückgegriffen werden muss:

### 1. Vertragsstrafe oder Schadenersatzpauschale – Die Vertragsstrafe

Das Konzept der Vertragsstrafe ist in §§ 339 ff BGB als unselbstständiges, an eine bestehende Hauptverbindlichkeit angelehntes Versprechen des Schuldners definiert, im Falle der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung an den Gläubiger eine Geldleistung zu erbringen. Die Vertragsstrafe erfüllt damit einen doppelten Zweck, nämlich die Sicherung der Vertragserfüllung durch Ausübung entsprechenden finanziellen Drucks einerseits und die Durchsetzung von Zahlungsansprüchen ohne Nachweis eines konkreten Schadens andererseits. Gemäß §§ 341 Abs. 2, 340 Abs. 2 BGB bleibt dem Gläubiger der Vertragsstrafe die Geltendmachung von über die Höhe der Vertragsstrafe hinaus gehenden Schadenersatzansprüchen vorbehalten; die Vertragsstrafe soll also bis zu ihrer vereinbarten Höhe in jedem Fall auch die dem Gläubiger entstandenen Schäden abdecken. Nur dann, wenn der Gläubiger in der Lage ist, durch die Pflichtverletzung des Leistungsschuldners ihm entstandene Schäden auch in einer über die Vertragsstrafe hinaus gehenden Höhe darzulegen und unter Beweis zu stellen, wäre der Leistungsschuldner verpflichtet, einen über den Betrag der Vertragsstrafe hinaus gehenden Schadenersatz zu zahlen.

### 2. Vertragsstrafe oder Schadenersatzpauschale – Die Schadenspauschale

Den Gegensatz zu Vertragsstrafen bilden Schadenspauschalen – häufig auch als pauschalierte Schadenersatzbeträge oder Gutschriften bezeichnet – also vertraglich vereinbarte Pauschalbeträge, die immer dann zu zahlen sind, wenn ein bestimmter Service-Level unterschritten wird, gleich in welcher Höhe dadurch ein tatsächlicher Schaden entstanden ist oder vom Leistungsgläubiger nachgewiesen werden kann. Liegt ausnahmsweise einmal der konkret entstandene und auch nachweisbare Schaden über der Höhe der Schadenspauschale, kann der geschädigte Leistungsgläubiger den über der Höhe der Schadenspauschale hinaus gehenden Schaden vom Leistungsschuldner trotzdem nicht erstattet verlangen; vielmehr hat er diesen Teil des Schadens selbst zu tragen. Für den Leistungsschuldner bilden Schadenspauschalen also die vorzugswürdigen, weil in ihrer Höhe jeweils exakt vorher bestimmbar Sanktionen.

### 3. Day Credits

Eine weitere Variante der Sanktionsinstrumentarien bildet der „Day Credit“. Hierbei handelt es sich um eine zumeist im Vorhinein definierte Gutschrift auf die vom Auftraggeber für die von einer Service-Level-Unterschreitung behaftete Leistungsart zu zahlende Vergütung. Während der „Day Credit“ also den Aspekt im Vordergrund hat, dass eine letztlich schlecht erfüllte, weil mit einer Unterschreitung eines vereinbarten Service-Levels behaftete Leistung nicht die volle vertragliche Vergütung wert ist, lassen Schadenspauschale und Vertragsstrafe diesen Aspekt eher unberührt und haben eher den beim Auftraggeber durch die Schlechtleistung entstandenen Schaden im Blick. Welches Konzept tatsächlich von den Parteien gewollt ist – Schadenspauschale oder Day Credit – muss durch Auslegung ermittelt werden. Dogmatisch lässt das Konzept des Day Credit als pauschalierte

Minderung der zu zahlenden Vergütung noch Raum für Schadenersatzansprüche, aufgrund derer über die bloße Schlechtleistung hinweg beim Auftraggeber entstandene Schäden zu ersetzen sind. Day Credits und Schadenersatzhaftung können also nebeneinander bestehen, weswegen die dogmatische Qualifizierung einer Sanktion als Day Credit oder als Schadenspauschale wesentliche rechtliche und damit auch finanzielle Konsequenzen nach sich ziehen kann.

#### 4. Wie sieht die Praxis aus?

Welches der geschilderten Instrumente in einem Service-Level-Agreement vereinbart werden soll, hängt von der Interessenlage der Parteien ab. Für den Auftraggeber ist u.a. entscheidend die Wahrscheinlichkeit, ob tatsächlich einmal ein höherer Schaden dargelegt und bewiesen oder entsprechende Schätzgrundlagen dargelegt werden kann. Die auftraggeberfreundliche Variante ist die Vereinbarung von Vertragsstrafen, da diese die Möglichkeit offen lässt, über die Höhe der Vertragsstrafe hinausgehende konkrete Schäden verlangen zu können. Die auftragnehmerfreundlichere Variante ist die Vereinbarung von pauschalierten Schadenersatzbeträgen, da diese die Sicherheit bietet, dass der Leistungsschuldner nie mehr als den vereinbarten pauschalierten Schadenersatz zu zahlen hat. Beide könnten sogar aufgrund ihrer unterschiedlichen Stoßrichtungen mit Day Credits kombiniert werden. In der Vertragspraxis kommt es je nach den betroffenen Geschäftsprozessen mehr oder weniger häufig vor, dass der Leistungsgläubiger in der Lage ist, einen über die Vertragsstrafe hinausgehenden konkreten Schaden darzulegen und zu beweisen. Ist diese Wahrscheinlichkeit gering, ist der Vorteil der Vertragsstrafe für den Auftraggeber eher theoretischer, denn praktischer Natur.

## Typ 5: Die Berechnung von Sanktionen – Bonus-/Malus-Systeme?

Bei der Definition von Sanktionen für die Unterschreitung von Service-Level wird häufig eine Staffelung der Höhe von Sanktionen in Abhängigkeit vom Grad der Unterschreitung des Service-Levels vorgenommen. Ein häufig gemachter Fehler ist dabei jedoch, dass ab einem bestimmten, von den Parteien bereits als extrem und nicht mehr hinnehmbar eingeschätzten Grad der Unterschreitung der vereinbarten Service-Levels keine weitere Sanktion mehr vorgesehen ist und der Vertrag auch sonst keine Handlungsanweisung mehr enthält, welche Sanktionen im Falle des Totalausfalls oder des fast vollständigen Ausfalls greifen sollen. Dies führt dazu, dass derartige Totalausfälle oder fast vollständige Ausfälle in den Sanktionen viel zu gering bewertet werden oder sogar keinerlei eigenständige Sanktionen vorgesehen sind, die dem Charakter einer solcher Situation als größte anzunehmende Schlechtleistung gerecht würden. Man könnte hier aber beispielsweise an eine außerordentliche Sitzung des Lenkungsausschusses, an eine Eskalation zum höchsten Management des Dienstleisters, spezielle Auditierungsrechte, den Zugriff auf separate Risikobudgets oder sogar an ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB) mit dem Totalausfall als Regelbeispiel für einen solchen wichtigen Grund denken.

In Analogie zu den Sanktionsregelungen, die im Falle der Unterschreitung vereinbarter Service-Level einen Malus für den Dienstleister bedeuten, sind grundsätzlich auch Bonus-Regelungen denkbar. In der Vertragspraxis werden sie inzwischen auch sehr häufig unter Hinweis auf ein ausgewogenes Verhältnis von Chancen und Risiken gefordert.

Grundsätzlich können Bonus-Regelungen nur dann sinnvoll sein, wenn die überobligationsmäßige Erfüllung durch den Dienstleister auch für den Auftraggeber einen echten Mehrwert bringt; ansonsten sollte man sie strikt ablehnen. Die Vorstellung, dass eine Service-Level-Unterschreitung in einem Messzeitraum durch eine Überfüllung in einem anderen Messzeitraum kompensiert werden könne, ist tatsächlich ohnehin abwegig. Ein entsprechender Mechanismus nähme der Service-Level-Unterschreitung auch den Druck, der intern beim Auftragnehmer erzeugt wird, wenn einmal ein Sanktionsbetrag ausgezahlt werden muss.

**Haben Sie Fragen?** Kontaktieren Sie gerne [Prof. Dr. Joachim Schrey](#)

**Practice Group:** [IT, Outsourcing & Datenschutz](#)

**Weitere Artikel:** [Service-Level-Agreements: 5 Praxistipps](#) ; [Service-Level-Agreements: 5 Praxistipps \(1/5\)](#)

## Contact Person



**Prof. Dr. Joachim Schrey**

Mitglied der Practice Group Digital Business

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Informationstechnologierecht

T +49 69 971477241

[www.noerr.com](http://www.noerr.com)   [twitter.com/NoerrLLP](https://twitter.com/NoerrLLP)   [xing.com/companies/NoerrLLP](https://xing.com/companies/NoerrLLP)