

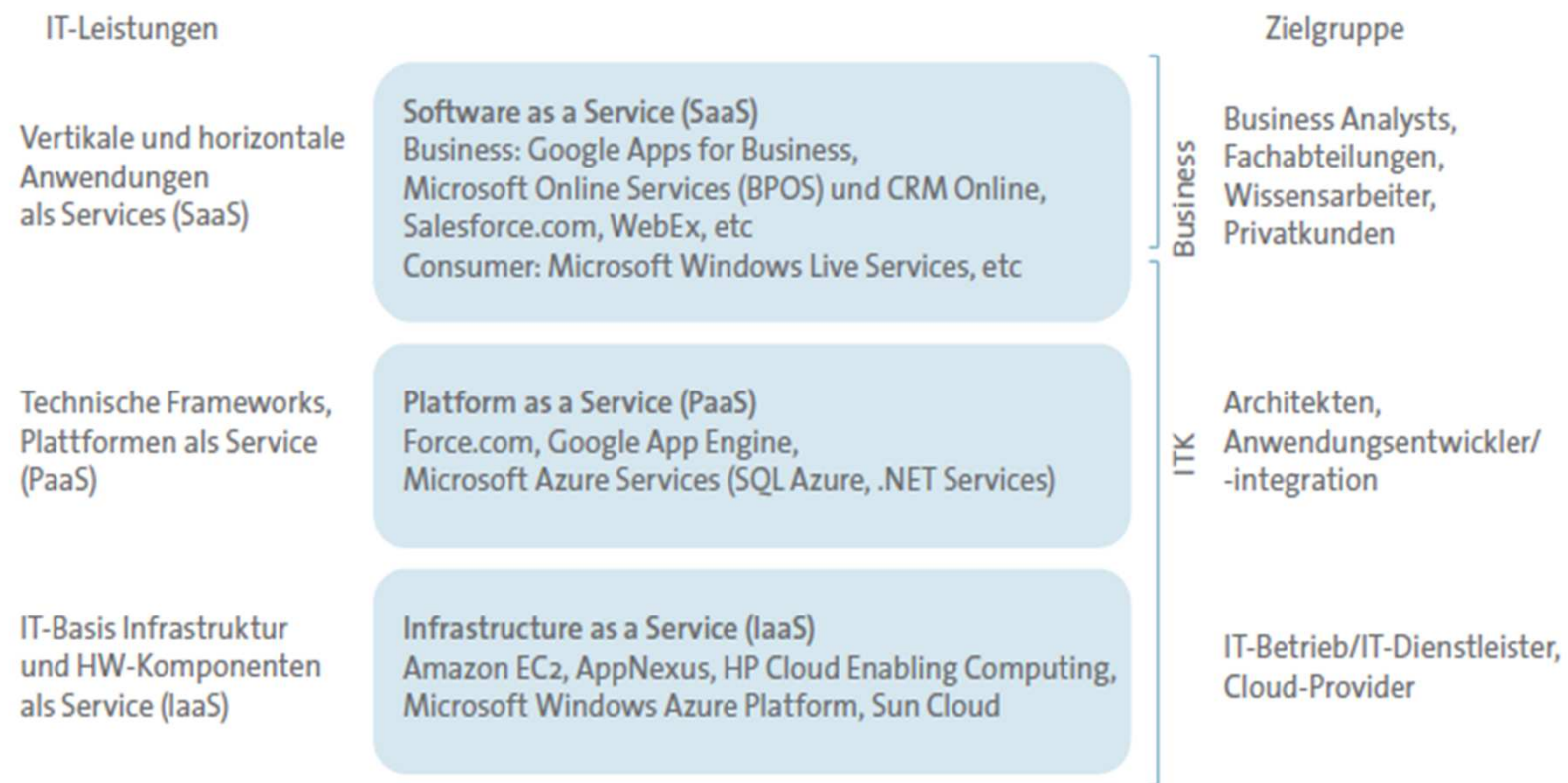
Cloud Computing

Vertragsbeziehungen und Gestaltungsoptionen

Cloud Computing – Warm-Up

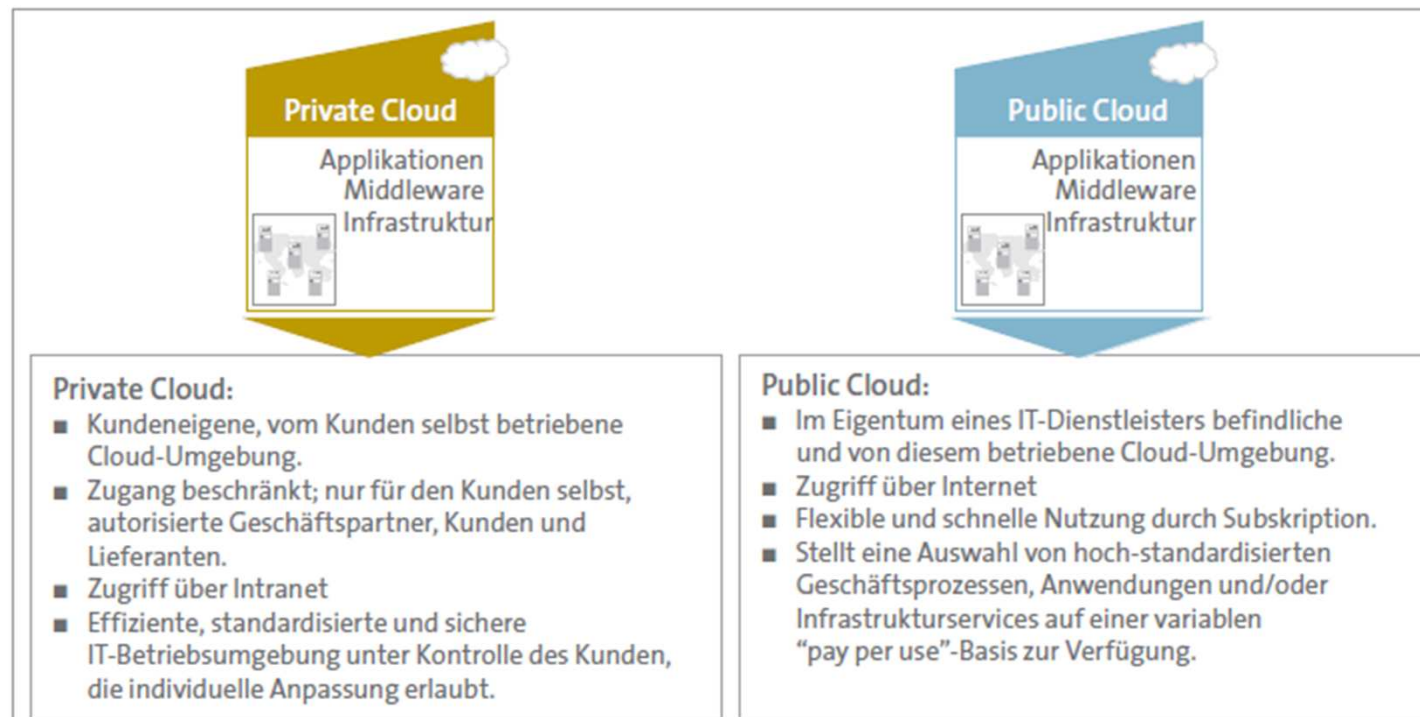
- Cloud Computing ist eine Form der Bereitstellung von gemeinsam nutzbaren und flexibel skalierbaren IT-Leistungen durch nicht fest zugeordnete IT-Ressourcen über Netze.
- Idealtypische Merkmale sind die
 - Bereitstellung in Echtzeit als Self Service
 - auf Basis von Internet-Technologien und die
 - Abrechnung nach Nutzung (pay per use).

Cloud Computing – Warm-Up - Service-Varianten



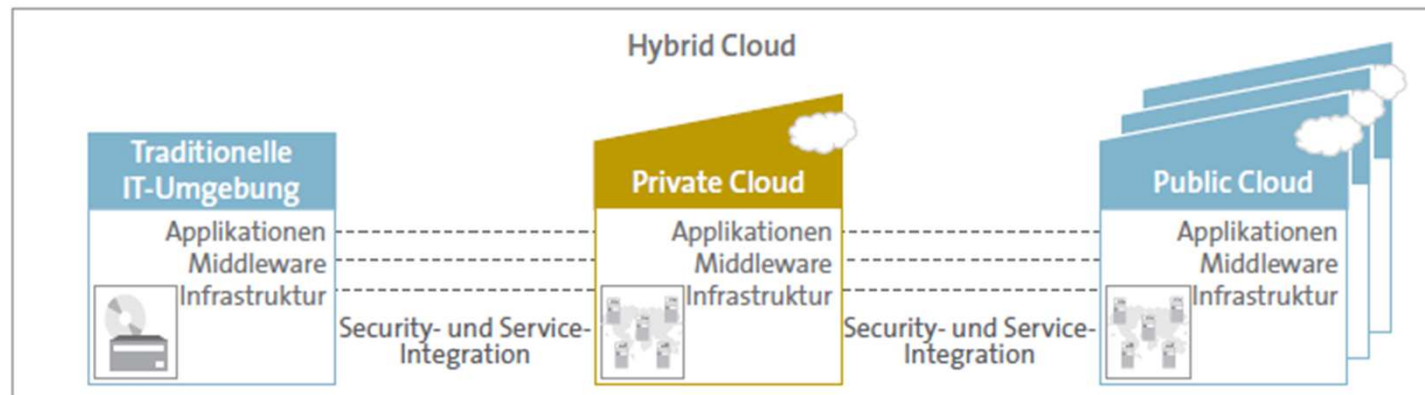
Quelle: BITKOM

Cloud Computing – Warm-Up – Cloud-Varianten:



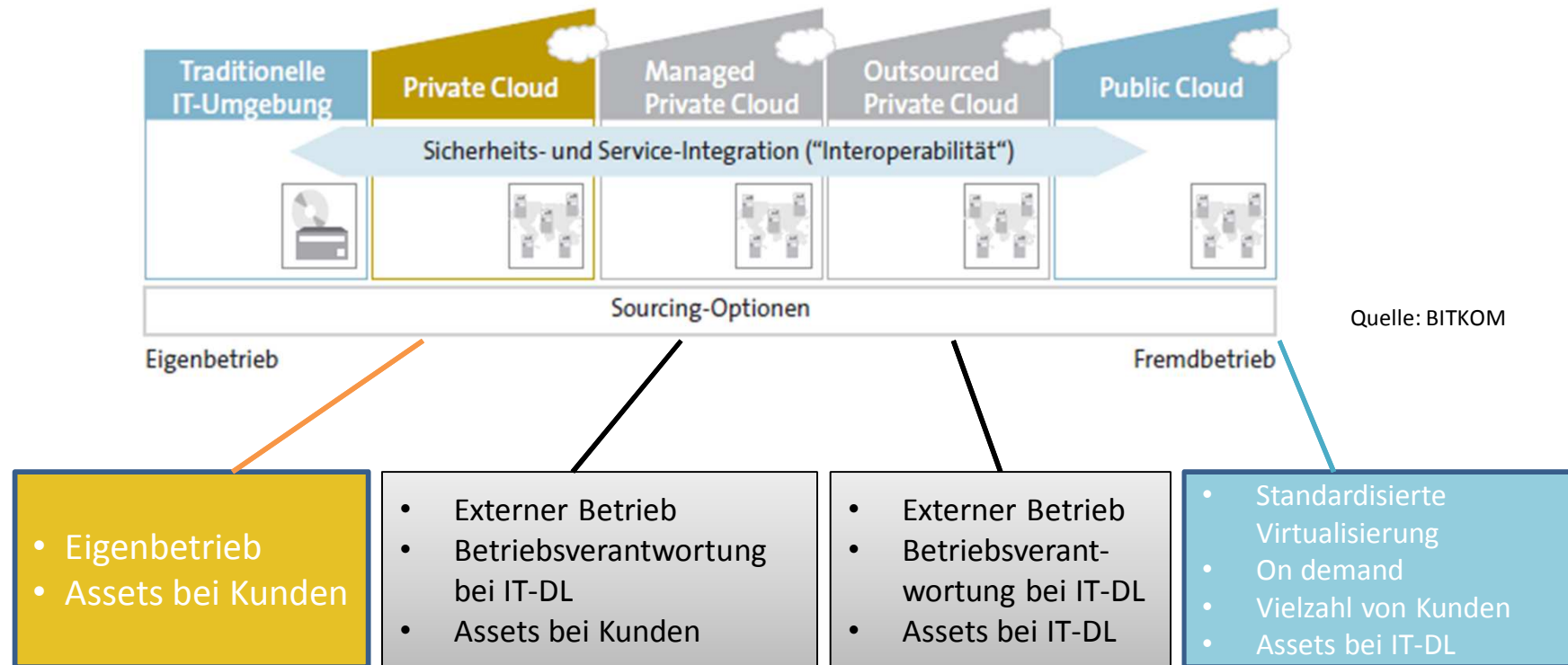
Quelle: BITKOM

Cloud Computing – Warm-Up - Cloud-Variante: Hybrid Cloud

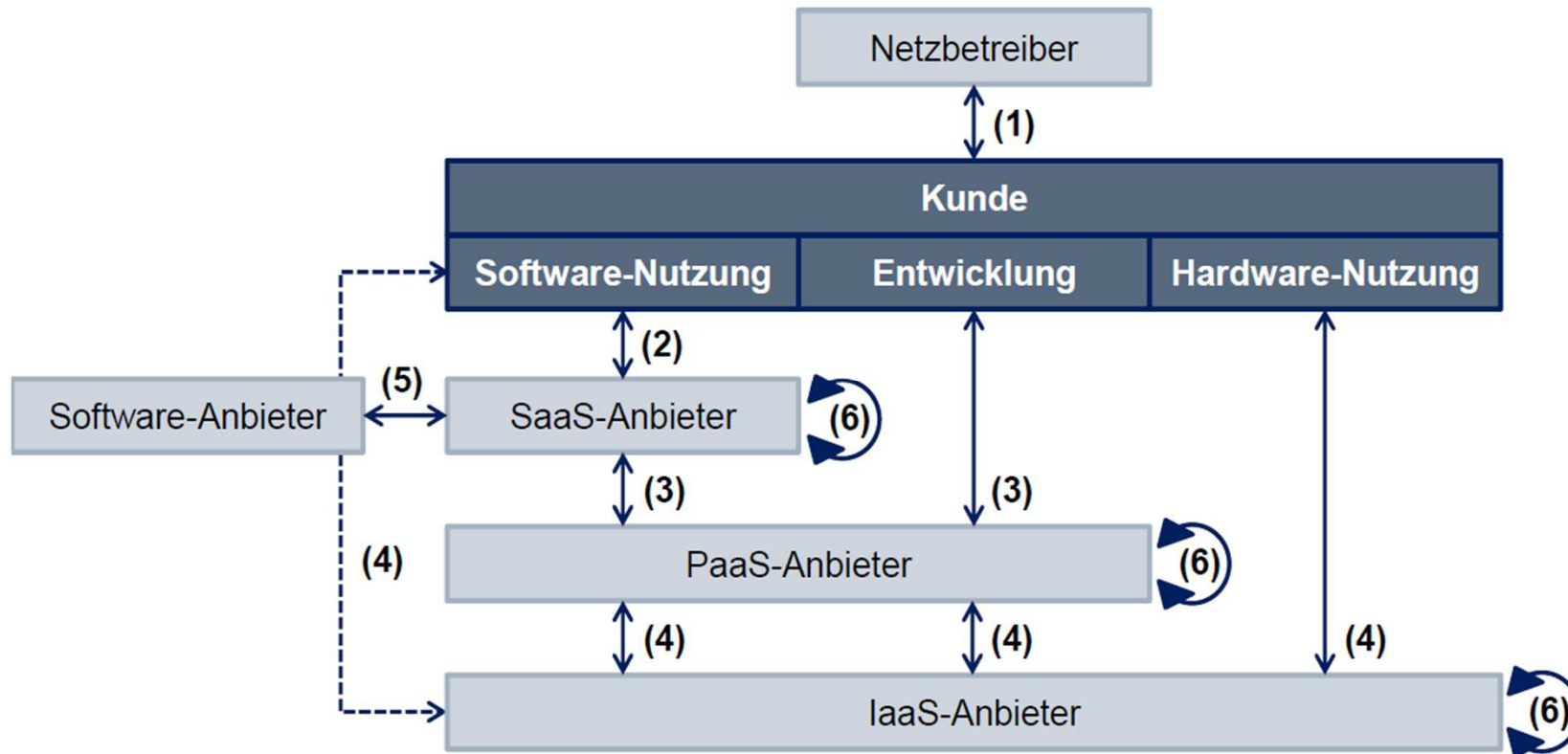


Quelle: BITKOM

Cloud Computing – Warm-Up – Cloud-Varianten



Cloud Computing - Vertragsbeziehungen in der schematischen Übersicht



Quelle: BITKOM

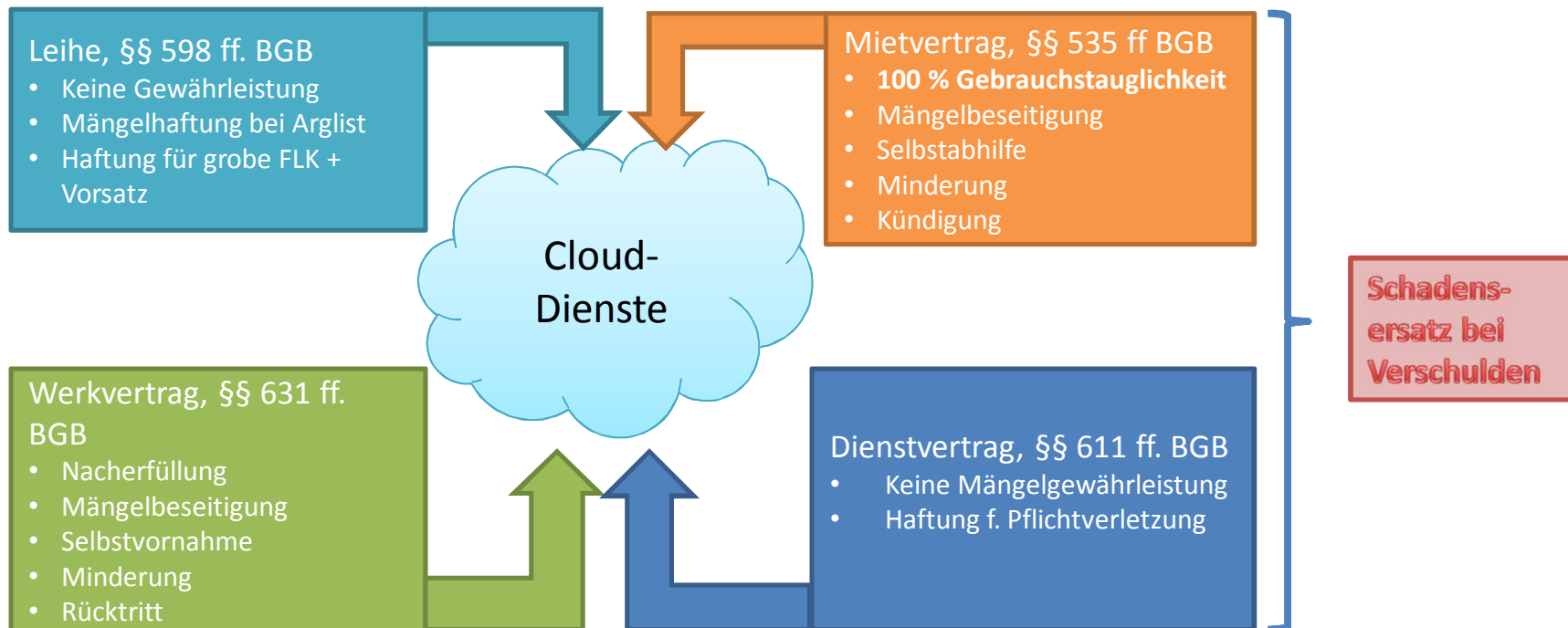
Cloud Computing – Rechtlicher Rahmen

- Gleich, ob SaaS, PaaS oder IaaS, egal, ob über Private, Hybrid oder Public Cloud, für das Cloud Computing finden sich keine speziellen Regelungen in BGB, HGB, UrhG oder BDSG und TMG
- Kein Problem, da allgemeine Vertragsfreiheit, §§ 145, 241, 305b BGB
- Cloud-Anbieter und Cloud-Kunde können individualvertraglich Vertrag eigener Art vereinbaren (Vertrag sui generis)
- Durch Standardisierung jedoch regelmäßig AGB → gerichtliche Inhaltsprüfung anhand der gesetzlichen Leitbildfunktion der im BGB normierten typischen Verträge (§ 307 BGB)

Cloud Computing – vertragstypologische Einordnung

Ebene	Vertragstypologische Einordnung
SaaS	<ul style="list-style-type: none"> • Zeitlich begrenzter Zugriff auf bereitgestellte Software ist vergleichbar mit ASP. BGH: Mietvertrag • Überwachungs- und Betriebsleistungen: dienstvertraglicher Charakter • i.R.v. BPaaS häufig Werkvertrag
PaaS	<ul style="list-style-type: none"> • Zeitlich begrenzter Zugriff auf eine bereitgestellte Laufzeit- oder Entwicklungsumgebung → Mietvertrag • Überwachungs- und Betriebsleistungen: dienstvertraglicher Charakter
IaaS	<ul style="list-style-type: none"> • Reine Bereitstellung einer Hardware-Umgebung und/oder von Speicherplatz → Mietvertrag • Ergänzende Überwachungs- und Betriebsleistungen → dienstvertraglicher Charakter • Bestimmte Vertragsgestaltungen (z.B. Webhosting) lt. BGH → werkvertraglicher Charakter: Permanente Abrufbarkeit = Erfolg ≠ Bereitstellung von Webspace

Cloud Computing – Gewährleistung und Haftung



Cloud Computing – Gestaltungsoptionen

Standardleistungen aus der Public Cloud	Individuelleleistungen aus der managed Private Cloud oder outsourced PC
AGB	Individualvertrag
Kaum – Keine Verhandlungsspielräume	Je nach Anbieter – weitreichende Verhandlungsspielräume
Rechtlicher Rahmen = AGB, Sitz, Fertigungstiefe, Preismodell, SLA, SSLA, Gewährleistung, Haftung, Verjährung = Parameter bei Anbieterauswahl	Quasi-Outsourcing Projekt mit RFI, RFP, Due Diligence, Individualvertrag, SLA

Cloud Computing – AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- **Anzahl der Vertragspartner:**
 - Cloud Computing aus „einer Hand“ in Form eines großen Anbieters oder in Form eines Generalunternehmers
- ↔
- Beauftragung verschiedener Cloud Computer Anbieter
 - Wichtig in beiden Fällen: Auf Kompatibilität und Synchronität der vertraglichen Regelungen achten: Back-to-Back-Verträge

Cloud Computing – AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- Sitz bzw. Sitze der CC-Anbieter
 - D
 - EU → 1. US-Urteil, dass Google und Microsoft in Irland gehostete Daten an US-Justiz-Behörden herausgegeben müssen (nicht rechtskräftig)
 - USA
 - Hong Kong

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- Art des Vertragsschlusses: Online oder schriftlich (falls personenbezogene Daten betroffen → Schriftformerfordernis, § 11 Abs. 2 S. 2 BDSG)
- Rechtswahl für deutsches (so weit möglich) prozessuales und materielles Vertrags- und Deliktsrecht getroffen? Ansonsten regelmäßig Hauptsitz des bzw. der CC-Anbieter (Artt. 4, 19 Rom-I-VO)
 - Achtung keine Wahl bzgl. zwingenden Rechts möglich: Datenschutz, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Exportkontrollrecht
- Gerichtsstandvereinbarung für deutsches staatliches Gericht?

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- Vertragsgegenstand und Leistungsbeschreibung
 - Sind die Leistungen des Anbieters genau oder offen beschrieben?
 - Passen die beschriebenen Leistungen auf die angebotenen Leistungen?
 - Was schuldet der Anbieter nach der Formulierung des Vertragsgegenstands? Wo liegt der Schwerpunkt?
 - Vermietung
 - Werkleistung
 - Dienstleistung
 - Passen die Bezugnahmen auf Anlagen, wie Leistungsbeschreibung (Angebot, Ausschreibungsunterlagen) und SLA und SSLA?

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- Vertragliche Änderungsvorbehalte?
 - Häufig von Anbieter gewollt, aber
 - Einseitige Änderungsvorbehalte unterliegen **AGB-rechtlich strengen Vorgaben** und müssen nach § 308 Nr. 4 BGB für den Vertragspartner zumutbar sein → Zumeist (-)
 - Manchmal von Kunden gewollt, i.d.R. aber bei Standarddiensten in der Public Cloud nicht durchführbar
 - Aber bei outsourcing-nahen Cloudleistungen im Rahmen eines Individualvertrages als Change Request Regelung

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- Aussagekräftiger SLA*? Welche Leistung wird in welcher
 - Qualität und
 - Quantität geschuldet und
 - was sind die Rechtsfolgen bei einem Verstoß

*Muster-SLA d. EU-Kommission:

<https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/cloud-service-level-agreement-standardisation-guidelines>

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- 1. Wichtiger SLA-Checkposten: Verfügbarkeitsregelung
 - Welche prozentuale Verfügbarkeit des Systems wir in welchem Zeitraum geschuldet
 - Welche Off-Zeiten (z.B. Wartungszeiten, Internetausfall) werden nicht als Ausfall gewertet
 - Ende-zu-Ende-Verfügbarkeit des gesamten Dienstes oder
 - Differenzierung der Verfügbarkeit bzgl. der einzelnen Bestandteile (z. B. Benutzeroberfläche, Datenbank, Storage)
- Praxistipp: Berechnungsbeispiel(e) der prozentualen Verfügbarkeit in SLA oder Sideletter einfügen

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- 2. Wichtiger SLA-Checkposten: Entstörung
 - Welche Pflichten treffen den Anbieter bei Störungen?
 - Hat der Cloud-Anbieter jede Störung des Cloud-Dienstes innerhalb eines fest definierten Zeitfensters zu beheben (sog. „Time to Repair“ oder „TTR“) oder
 - gelten durchschnittliche Entstörzeit für alle Störungen innerhalb eines definierten Zeitraumes (oft als „Mean Time to Repair“ oder „MTTR“ bezeichnet) oder werden
 - lediglich Reaktionszeiten festgelegt?

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- 3. Wichtiger SLA-Checkposten: Rechtsfolgen
 - Welche Rechte hat der Kunde bei Störungen?
 - Minderungssätze oder sog. Service Credits
 - Vertragsstrafe
 - pauschalierter Schadensersatz
 - Anrechnung
 - Kündigungsrechte

 - Praxistipp: Berechnungsbeispiel der Service Credits einfügen

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- **Mitspracherecht bzgl. Subunternehmer**
 - Auswahl
 - Überwachung
 - Kontrolle bzw.
 - Kontrollanforderungen

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- **Vergütung**
 - Business Cases müssen durchgerechnet (ggf. Berechnung als Gegenstand des Vertrages machen) sein, aber
 - meist mittel- bis langfristige Zusammenarbeit → „Vendor Lock-in“-Effekt
 - Daher: **Preisanpassungsklauseln** häufig beidseitig gewünscht, aber doppelte Regulierung:
 - Das **Preisklauselgesetz** (PrKIG) verbietet automatische Preisanpassungsklauseln, die auf nicht einschlägige Indizes Bezug nehmen
 - **AGB-Kontrolle** (Transparenz, Angemessenheit, Zumutbarkeit)
 - **Benchmarking- und Most-Favoured-Customer-Klauseln**

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- **Geheimhaltung, Datensicherheit, Datenschutz**
 - **Security Service Level Agreement**
 - Qualität und Güte der ergriffenen Maßnahmen zur Gewährleistung eines angemessenen IT-Sicherheitsniveaus
 - **Datenschutz & Compliance**
 - Häufig Schwerpunkt, daher in den folgenden Vorträgen gesondert behandelt!
 - IT-Sicherheit und Notfallplanung
 - Sonderfall: **Geheimnisverpflichtete nach § 203 StGB**
 - » Datenverarbeitung durch externe Auftragnehmer – und damit auch Cloud Computing – nur bei einer Ende-zu-Ende-Verschlüsselung zulässig

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- **Einräumung von urheber- und patentrechtlichen Nutzungsrechten**
 - Grds. benötigt CC-Anbieter entsprechende Nutzungsrechte
 - Anwender benötigt keine Nutzungsrechte, sofern reiner Werkzeuggenuss über Internetbrowser als Client
 - NRE, aber falls gesonderter Client erforderlich
- **Freistellung** des Anwenders gegenüber Dritten Schutzrechtsinhabern durch den CC-Anbieter
- **Klarstellung**, dass Anwender Inhaber aller Rechte bzgl. der in der Cloud verarbeiteten Daten bleibt

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- **Mitwirkungspflichten, Beistellungen und Nebenpflichten**
 - Mitwirkungspflichten (technische Systemparameter) des Anwenders sind zwingende Voraussetzung für die Erfüllung der Cloud Services → Abgleich, ob so erfüllt werden kann
 - Beistellungen i.d.R. auch durch CC-Anbieter erfüllbar → Preisimplikationen
 - Nebenpflichten: z.B. Passwörter-Policy und Virenschutz

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- **Gewährleistung**

- Gewährleistung bei Miet- und Werkvertrag grundsätzlich verschuldensunabhängig → Nacherfüllung, Nachbesserung, Selbstvornahme Minderung, Rücktritt oder Kündigung + Schadensersatz bei Verschulden
 - Genaue Mangeldefinition in SLA
- „Gewährleistung“ bei Dienstvertrag nur bei Verschulden
- „Gewährleistung“ bei Leihe nur bei Arglist; Haftung nur für grobe FLK und Vorsatz

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- **Haftungsbeschränkungen**
 - AGB - Klare Mindestanforderungen:
 - Keine Beschränkung für grobe Fahrlässigkeit & Vorsatz
 - Keine Beschränkung für Zusicherungen, Garantien, Produkthaftung, Verletzungen des Lebens oder der Gesundheit
 - Beschränkung für vertragswesentliche Pflichten nur auf vertragstypische Schäden
 - Angemessene Summenbeschränkung mögl.
 - Ausschluss für vertragsunwesentliche Pflichten möglich
 - Kein Ausschluss Mangelfolgeschaden, entgangener Gewinn

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- **Haftungsbeschränkungen**
 - AGB – Maßnahmen der Anbieter:
 - Ggf. Verkürzung auf 1 Jahr
 - **Schadensminderungspflichten des Cloud-Kunden** – wie z. B. die Anfertigung von Sicherungskopien oder die Installation von dem Stand der Technik entsprechenden Antivirenprogrammen
 - Anrechnung von Mitverschulden

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- **Laufzeit**
 - Vertragsbeginn und -ende sind vertraglich zu regeln
 - Wirksamkeitszeitpunkt des Vertrages (mit beidseitiger Unterzeichnung, sofern keine Wirksamkeitsbedingungen vereinbart sind)
 - Beginn der eigentlichen Leistungserbringung
 - Vertragsende, fester Endzeitpunkt oder – in der Praxis häufig – eine automatische Verlängerung (z. B. um jeweils ein Jahr), falls keine der Parteien kündigt.

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- **Beendigung**
 - Ordentliche Kündigung – Möglichkeit und Fristen regeln
 - Wichtige Gründe für außerordentliche Kündigung festlegen
 - Vertragsverletzungen → SLA
 - Insolvenz (-)
 - Zahlungsunfähigkeit (wohl +)
 - Vermögensverschlechterung (wohl +)

Cloud Computing - AGB-Checkposten - Verhandlungsziele

- **Beendigungsunterstützung (Exit)**
 - Ausgestaltung des Vertragsendes durch **Rückführung der Daten und einer alternativen Leistungserbringung:**
 - 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

Cloud Computing – Exkurs: Steuerrecht

- **Steuerrecht**

- Auslagerung der IT in die Cloud sollte auf steuerliche Auswirkungen geprüft werden:
 - Entsteht mit Auslagerung eine Betriebsstätte im Ausland?
 - SaaS, PaaS, IaaS wohl regelmäßig (-), falls Public Cloud
 - Ggf. (+) bei Private Cloud (im Konzern)
 - Existiert ein Doppelbesteuerungsabkommen?
 - Einräumung von urh. NutzungsR an Software → Quellensteuer
 - Dokumentation von Verrechnungspreisen (Konzernstruktur)
 - Anf. der Cloud-Dienste Steuerliche Aufbewahrungspflichten
 - Umsatzsteuer bei grenzüberschreitenden Leistungen

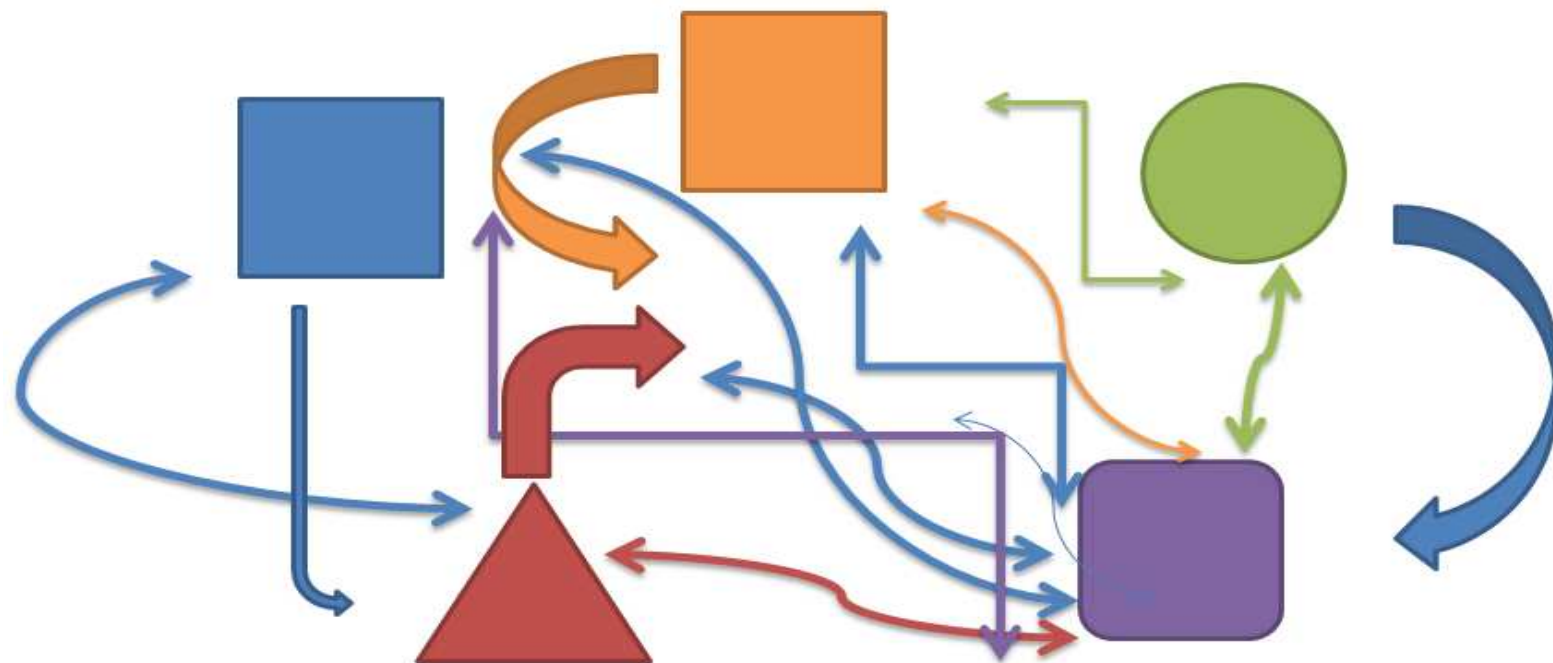
Cloud Computing – Exkurs: Exportkontrolle

- **Exportkontrollrecht**
 - Für Auslagerung der IT in die Cloud kann eine Ausfuhrgenehmigung (Einfuhrgenehmigung) erforderlich sein, wenn
 - Daten zur Herstellung von Gütern verwendet werden, die die nationale Sicherheit des Ausfuhrlandes (Einfuhrlandes) gefährden
 - Problem: Dual Use

Cloud Computing – Exkurs: Strafrecht

- **Strafrecht und Strafprozessrecht**
 - Ermittlungsbehörden und Gefahrenabwehrdienste fassen die Cloud als globalen, virtuellen Verbrechensraum auf
 - Cloud wird danach auch zum globalen, virtuellen Ermittlungsraum der Behörden und Dienste
 - In den verschiedenen Ländern haben die Behörden und Dienste unterschiedliche Ermächtigungsgrundlagen für Online-Durchsuchungen (D: §§ 94, 100a, 161 StPO)
 - Transborder-Searchs sind ggf. nach Art. 32 lit. a der Cyber-Crime-Konvention zulässig
 - CC-Anbieter können zur Herausgabe von inländischen Behörden (Zugangsermöglichung) ggf. sogar von ausländischen Behörden verpflichtet werden (vgl. Apple, MS ./ USA)

Fazit



Angaben zu den Personen

- **Jens Engelhardt**
- **Rechtsanwalt / Partner bei Notos Rechtsanwälte**
Fachanwalt für IT-Recht
Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht
Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz



lesbar z.B. mit gratis iPhone-App: "Scan" von QR Code City

www.notos.de

Notos Rechtsanwälte

Headoffice
Darmstadt Rhein Main Neckar
Heidelberger Straße 6
64283 Darmstadt

Tel.: 06151 – 15369-0
Fax: 06151 – 15369-99
anwalt@notos.de

RA Jens Engelhardt

Tel.: 06151 – 15369-41
Mobil.: 0151 – 24028489
jens.engelhardt@notos.de

Darmstadt Rhein Main Neckar. Berlin.