Prof. Dr. Marc Strittmatter, HTWG Konstanz, Rechtsanwalt

Rechtsfragen Cloud Computing
- Update 2012 -

Bird&Bird IT Law Camp 2012, Frankfurt, 17. März 2012

Was ist dran an den Cloud Diskussionen ?

“Das Bedürfnis nach Datensicherheit bringt Cloud Anbietern ein hübsches Verkaufsargument und Juristen lukrative Beratungsarbeit. Ob all der Schutz nötig ist, weiß keiner.”

Zitiert nach ?

- ☑ BITKOM Leitfaden Cloud Computing
- ☑ Parteiprogramm 2011 der Piratenpartei
- ☑ FAZ vom 06.03.2012
- ☑ taz vom 16.03.2012

Vorbemerkungen

- **Cloud Computing: Nach anfänglichem Hype nun Realität/ Normalität**
- **Berichterstattung zu Cloud Computing geprägt von Furcht vor Risiken bez.**
  - Datensicherheit
  - Datenverfügbarkeit
  - Rechtliche Zulässigkeit
- **Hilfe wird gefordert von**
  - Gesetzgeber(n)
  - Gestaltenden Juristen
  - zunehmend: IT-Fachleute
- **Lösungen:** Von der IT-Branche in großer Varianz angeboten, noch keine Industriestandards
- **Juristische Diskussion:** geordnet, Rechtsfragen sind **nicht neu**, einige aber **neu zu diskutieren**
- **Gesetzgeber: bislang eher passiv**

Überblick

1. Thesen
2. Definitionen, Modelle und Metriken
3. Geklärte Rechtsfragen
4. Weiter zu klärende Rechtsfragen
5. Diskussion

1. Thesen

Thesen

1. Cloud Computing ist ein weiterentwickeltes **Geschäftsmodell für HW- und SW-Nutzung in Bezug auf** Bereitstellung und Abrechnung.
2. Einige Rechtsfragen sind **neu zu diskutieren, neue Rechtsfragen gibt es kaum.**
3. Cloud Computing weist bei der Rechtsanwendung zahlreiche **Parallelen zum Outsourcing** auf aber auch Unterschiede.
4. Rechtliche Aspekte werden **kommerziell "gehebelt"** (Compliance, Datenschutz)
5. Bei den Rechtsregeln im Bereich Datenschutz/ Datensicherheit besteht der meiste **Klärungsbedarf**.

Fragen

1. **Vertragsrecht**: Was sind die neuen Fragen bei der Vertragsgestaltung B2B und B2C ?

2. **Urheberrecht**: Ist das Anzeigen einer Applikation eine Vervielfältigungshandlung im Sinne von § 69c Nr. 1 UrhG?

3. **Urheberrecht**: Ist das Anbieten der Cloud Nutzung einer Dritt-Applikation durch einen Cloud Provider eine zustimmungsbedürftige Weitervermietung ?

4. **IT-Sicherheit/ Datenschutzrecht**: Welche Sicherheitsstandards sind gesetzlich gefordert? Welche Bedeutung haben Verschlüsselungen/ mash-ups etc. im Datenschutzrecht?

5. **Compliance**: Führt Cloud Computing zu erhöhten Prüfpflichten?

Rechtsfragen – “*where is the beef ?*”

Diskutiert werden (u.a.):

- Vertragstypologie
- Vertragliche Gestaltungsfragen aller Art
- Urhebervertragsrecht
- Outsourcing in die Cloud/ § 613a BGB
- Anwendbarkeit von TKG und TMG
- Vertraulichkeit, IT-Sicherheit (Compliance)
- Schutz personenbezogener Daten

2. Definitionen, Modelle und Metriken

Cloud Computing als Geschäftsmodell

Nutzungsabhängige (variable) Kosten / Capex vs. Opex /

In der Regel niedrigere Kosten

Kurzfristige, schnelle und flexible Bereitstellung

Unbeschränkter Zugriff via Internet-Technologie

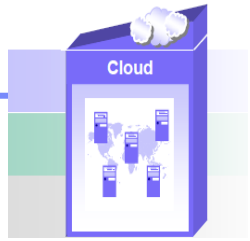
„Cloud Computing ist eine Form der bedarfsgerechten und flexiblen Nutzung von IT-Leistungen.

Diese werden in Echtzeit als Service über das Internet bereitgestellt und nach Nutzung abgerechnet.

Damit ermöglicht Cloud Computing den Nutzern eine Umverteilung von Investitions- zu Betriebsaufwand.

Die IT-Leistungen können sich auf Anwendungen, Plattformen für Anwendungsentwicklungen und -betrieb und Basisinfrastruktur beziehen.“

BITKOM: Cloud Computing - Evolution in der Technik, Revolution im Business; Berlin 2009



Zentralisierung / Virtualisierung

Vollständige, lastabhängige Skalierbarkeit

Automatisierung / Standardisierung

Multi-Mandantenfähigkeit

Kommerzielle Aspekte

Technische Aspekte

Cloud-Angebote lassen sich in 3 Produktarten gliedern

Cloud Project Based Services

Cloud Enablement – Beratung und Implementierung

Service Product Portfolio - **Privat**

Cloud Delivered Services

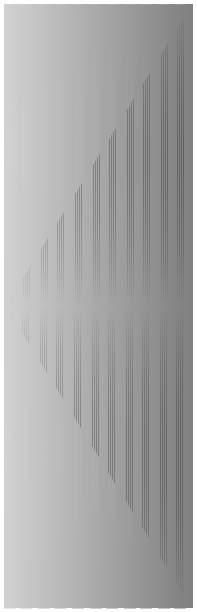
Cloud Consumption – Die IBM Cloud - Elastische, virtualisierte, im Preis flexible, zentral-gehostete Anwendungen & Infrastruktur - **Public**

Cloud Platform Products

Cloud **Enablement** - Infrastruktur SW und HW zur Entwicklung von Public, Private und Hybrid Clouds

Consulting Services

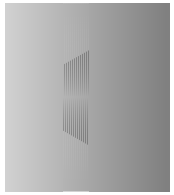
Implementation Services



Software as a Service — **Desktop Cloud**

Platform as a Service — **Developer Cloud**

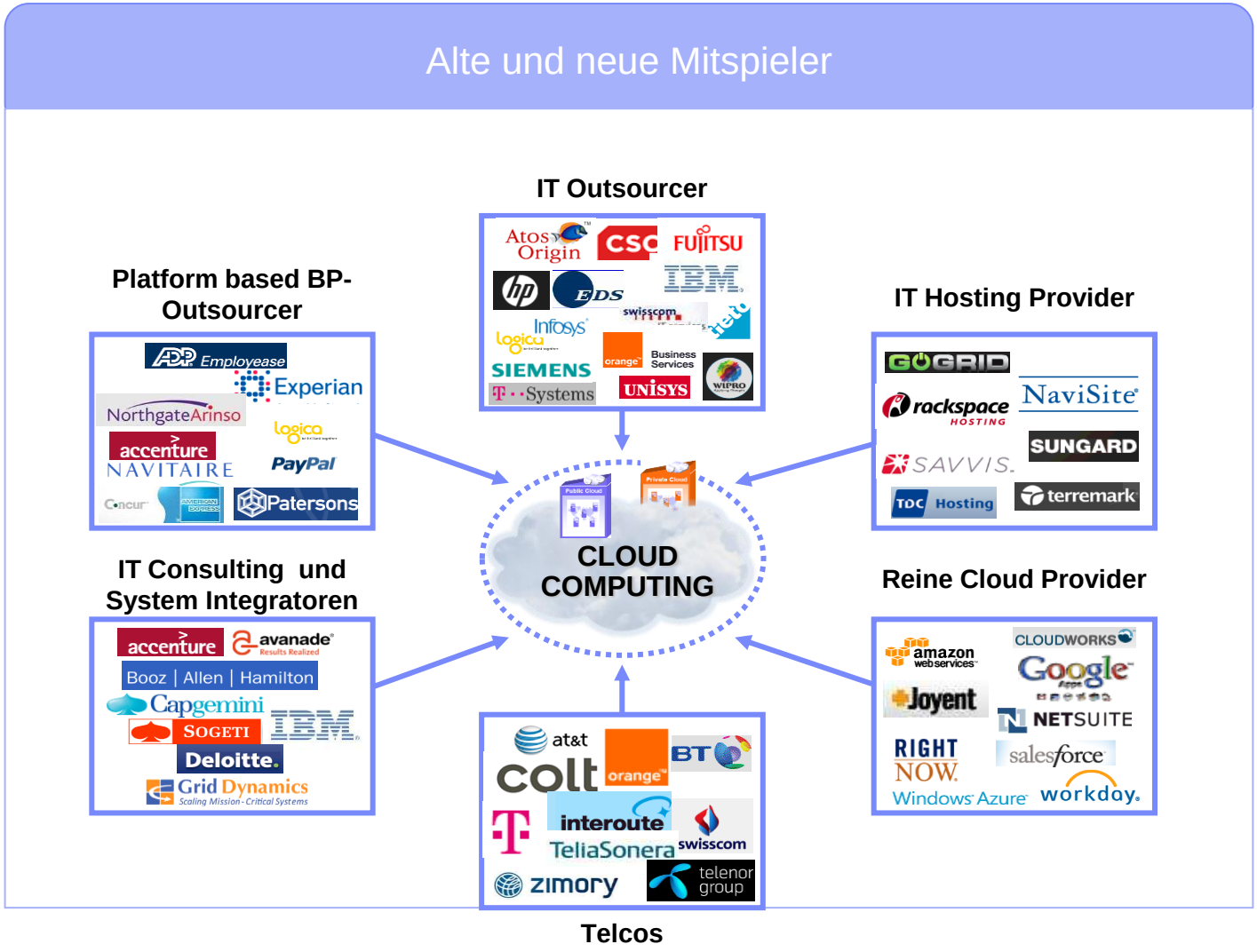
Infrastructure as a Service — **Test Cloud**



Platform Products

Common Cloud Platform

Heterogene Anbieterlandschaft



3. Geklärte Rechtsfragen

Vertragstypologie

1. **Typologische Einordnung**: Elemente aus Miet- und Dienstvertrag, ausnahmsweise auch Werkvertrag
   - Miete: Zur-Verfügung-Stellen von Software und Speicherkapazitäten
   - Dienstleistung: Pflege von Software, Nutzungsunterstützung
   - Werkleistung: Installations- und Anpassungsleistungen (sofern geschuldet)
2. **Rechtsanwendung/ Subsumtion:** Rückgriff auf Rspr. und Literatur zu ASP- und Outsourcing (BGH, Urteil vom 15.11.2006 „*ASP*“)
3. **Bereitstellung und Verfügbarkeit**: Leistungsbeschreibung und SLA

→ breite Varianz der im Markt anzutreffenden SLA Zusagen („*ninety-nine-point-something*“)

Vertragsgestaltung im B2C Bereich

Ausgangspunkt: Analog klassische Webdienstleistungen

1. **Abweichungen/ relevante Aspekte**
   a. Keine Möglichkeit der Vertragsverhandlung, „Take-it-or-leave-it“
   b. Modularisierung und AGB-Festigkeit der Angebote
   c. Schutz durch AGB Recht, was ist gesetzliches Leitbild ?
   d. Vertraulichkeit: Subjektivierung von Vertragsstandards
   e. Löschung: Meist unter Vorbehalt (Sicherungskopien etc.)

2. **Folgerungen für die Vertragsgestaltung**
   a. Kaum Einflussmöglichkeiten -> es gibt keine Vertragsgestaltung
   b. AGB-Recht ist Leitplanke
   c. Fokus auf Rechtsdurchsetzung
   d. Eigene nutzerseitige Vorkehrungen

Vertragsgestaltung im B2B Bereich

Ausgangspunkt: analog Outsourcing/ BPO

1. Abweichungen/ relevante Aspekte:

a. Unterschiede resultieren aus Geschäftsmodell/ IT

i. Cloud Computing: meist Massengeschäft, Individualisierung von Verträgen nicht erwünscht -> Katalogangebote auch im B2B Bereich (ausser private Cloud)

ii. Daten sind typischerweise nicht einer dedizierten (oder logischen) Hardwareeinheit zugeordnet, sondern werden oftmals global verschoben und ggf. auf andere Anbieter verlagert -> besondere vertragliche Abdeckung der Themen „Datensicherheit“ und „Datenschutz“

b. Detaillierte Leistungsbeschreibung

i. Kundenwunsch nach kurzen Verträgen im Massengeschäft

ii. Änderung der Leistungserbringung während Vertragsdurchführung

c. Definition der SLA

i. Meßpunkte, Verfügbarkeit, Antwortzeit, Ausschlüsse

ii. Übertragungswege dediziert oder Web

d. Exitmanagement, Datenlöschung, Compliance-Statements

Urheberrecht - SaaS

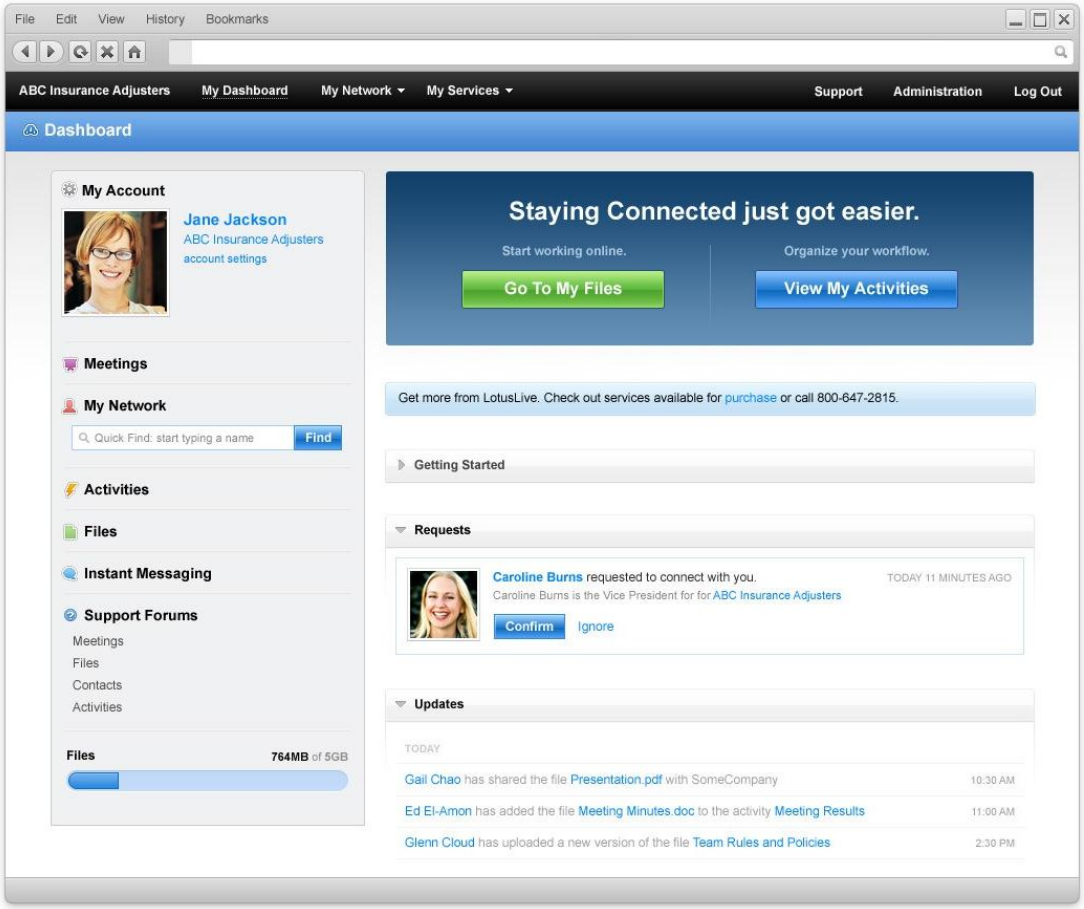
1. Urheberrechtliche Nutzung durch den Cloud Provider

- **Weitervermietung** der SW durch den Cloud Provider ? Gebraucht-SW-Fälle
- Cloud Provider muss sich die erforderlichen Rechte zur Nutzung der urheberrechtlich relevanten Inhalte des Kunden einräumen lassen
- **Öffentliche Zugänglichmachung** § 19a, § 69c Nr. 4 UrhG i.E. ja

2. Urheberrechtliche Nutzung durch den Cloud Kunden

- Die **vorübergehende Speicherung im Arbeitsspeicher** stellt nach heute ganz h.M. eine Vervielfältigung dar
- Bei Zugriff über Browser liegt **keine urheberrechtlich relevante Handlung** insbesondere keine Vervielfältigung auf PC (wie Terminalbetrieb) vor
  - **Keine Vervielfältigung** (§ 69c Nr. 1 UrhG) durch den Kunden, da er diese technisch auch nicht bewerkstelligen kann (str.)
  - § 44a UrhG („vorübergehende Vervielfältigungshandlungen“) ?
- → Ergebnis abhängig von technischer Umsetzung und am Partizipations-interesse des Urhebers zu orientieren.

SaaS - Beispiel für Rechteeinräumung an Cloud Provider (Content und SW)



LotusLive t's and c's

"11. Ownership of Content

[...] You confirm that you have all necessary authorities to allow IBM to host, cache, record, copy, and display Content solely for the purpose of providing the Service to you. [...] If you choose to transmit your Content to a third party site which may be linked to or accessible by the Service, you are providing IBM with the consent to enable such transmission of Content, and you remain liable for such transmission.

12. Representations and Warranties About Content

You represent and warrant that you: (i) are the owner or authorized licensee of any and all Content; and [...] (iii) that you have ***all required permissions and consents from any third party*** whose personal information you may have posted or uploaded to the Service."

4. Zu diskutierende Rechtsfragen

Rechtsfragen – “*where is the beef ?*”

Diskutiert werden (u.a.):

- Vertragstypologie
- Vertragliche Gestaltungsfragen aller Art
- Urhebervertragsrecht
- Outsourcing in die Cloud/ § 613a BGB
- Anwendbarkeit von TKG und TMG
- Vertraulichkeit, IT-Sicherheit (Compliance)
- Schutz personenbezogener Daten

Prüfstandards und -pflichten - Compliance

1. SOX Section 404 (analoger Prüfstandard in Deutschland PS 951): SAS 70 Report ist als Nachweis anerkannt, dass ausgelagerte Geschäftsprozesse ordnungsgemäß kontrolliert werden.
2. SAS 70 Prüfungen gemäß Typ I (Prüfung des Kontroll-Designs) und Typ II (Prüfung der Kontrolleffektivität)
3. Regelmäßige Kontrolle nach § 11 Abs. 2 S. 4 BDSG, Zertifizierung des Anbieters alleine entbindet nicht von Kontrollpflichten
4. Wenn Verschlüsselungstechnologien eingesetzt werden: EG Dual-Use VO, US Export Kontrollgesetze, lokale Gesetze (z.B. Russland)
5. Wenn IT Infrastruktur vorwiegend im Ausland zu finden ist: Erhöhte Prüf- und Aufsichtspflichten ?

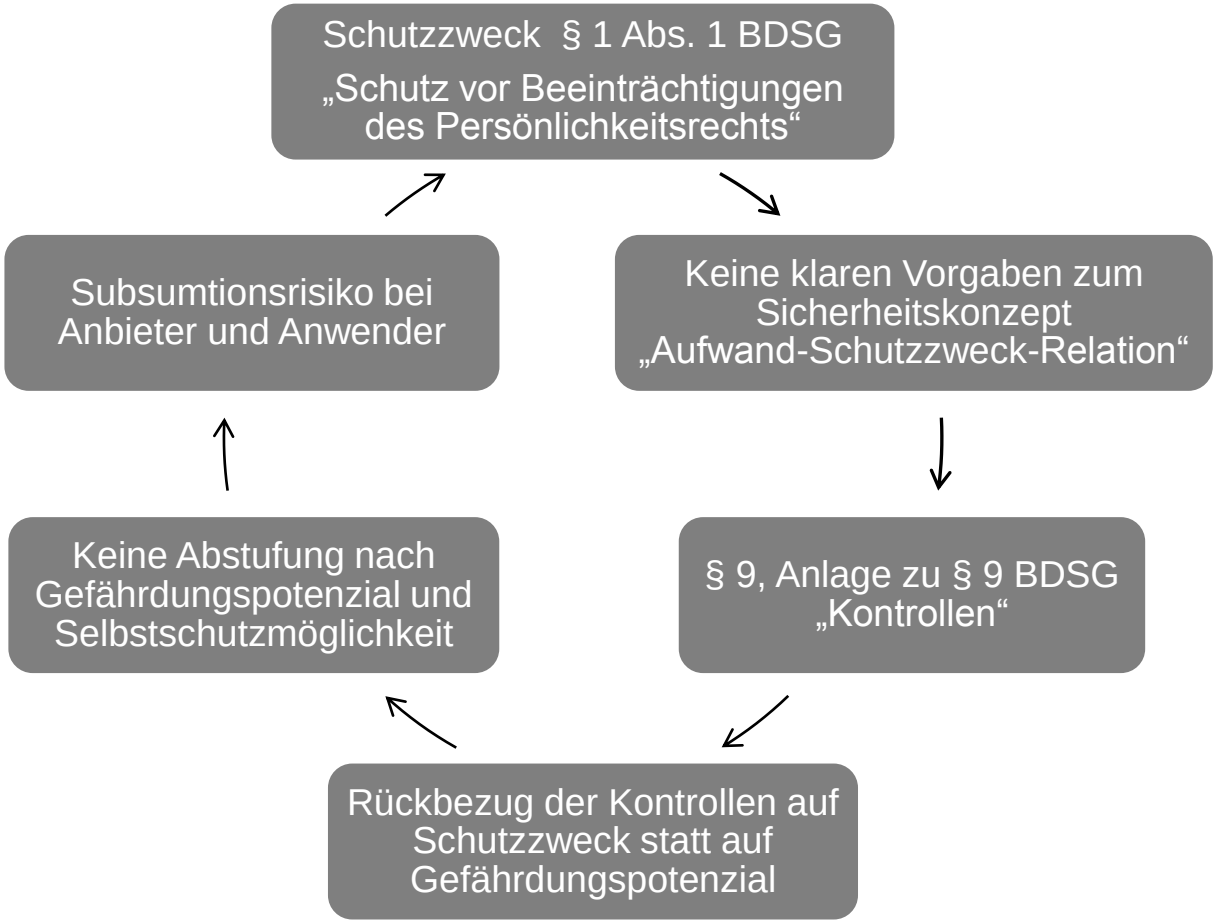
- IT-Sicherheit als technisches Konzept

1. Primäre Verantwortlichkeit für IT Sicherheit liegt beim Unternehmen/ Anwender. Was „sicher“ ist, ist gesetzlich nicht definiert.
2. Anbieter differenzieren sich über Preis und Lösungsangebot, inkl. Sicherheit
3. „Privacy by design“ – Lösungen (DCS), Verschlüsselung, Anonymisierung, Aufspaltung der Datenhaltung
4. Veröffentlichungen von Behörden und Industrie-Verbänden: Industry Recommendations on Cloud computing to EU (11/ 2011) und BSI Eckpunktepapier Cloud Computing (02/ 2012)
5. Reality Check: Vergleich der Sicherheitsvorkehrungen vor und nach der Cloud Nutzung durch die Anwender

- IT-Sicherheit als rechtliches Konzept

1. Existiert nur sehr eingeschränkt
2. Welcher Begriff von Datensicherheit liegt § 11 iVm der Anlage zu § 9 Satz 1, S.2 BDSG zugrunde ?

Datensicherheit: Rechtliches Konzept im BDSG



→ *„The missing link“ : Verbindung zwischen DS-Recht und Technik*

Diskussion fortentwickeln: Datenschutzrecht (1)

Ausgangspunkte:

- DV in der Cloud = idR **Auftragsdatenverarbeitung** n. § 11 BDSG
- **Innerhalb der Grenzen der EU rechtlich unproblematisch**, da Überlassung personenbezogener Daten im Rahmen der Auftragsdatenverarbeitung „rechtliches Nullum“.
- **Privilegierung** der Auftragsdatenverarbeitung in Europa **entfällt**, wenn Zugriff aus Drittstaaten (zB. zu Wartungszwecken).

1. Anforderungen des BDSG an Auftragsdatenverarbeitung

- Anforderungen von § 11 Abs. 2 BDSG und der Anlage zu § 9 BDSG
- Kontrollen: AG muss Art und Umfang der DV vollständig kennen z.B. Art der Kontrollen in allen beteiligten RZ (Nr. 1-3 Anlage zu § 9 BDSG)
- Detaillierte Festlegung der Unterauftragsverhältnisse
- § 11 Abs. 2 S.4: AG hat sich regelmäßig von der Einhaltung der Maßnahmen zu überzeugen (reicht es aus, Prüfberichte zur Verfügung zu stellen? (BITKOM Leitfaden vs. AK DSB)

Diskussion fortentwickeln: Datenschutzrecht (2)

2. Verlagerung der Daten außerhalb der EU

- **Keine** grundsätzliche Privilegierung, § 28 Abs. 1 S. 1, Nr. 2 BDSG
- Nur dann zulässig, **wenn**

  a) **ausdrückliche Zustimmung** des Datenrechtssubjekts zu eben dieser Verlagerung vorliegt (Problem „informierte Einwilligung“ vs. „Wolkenflexibilität), oder

  b) **angemessenes Datenschutzniveau** im Drittstaat sichergestellt ist (zB. Schweiz, Kanada, Argentinien). Verlagerung in die USA nur, wenn die jur. Person ein entsprechendes Safe Harbour Zertifikat besitzt oder Model Clauses etabliert sind (Problem der „Wolkenflexibilität“).
- **Neue EU Model Clauses**: Neufassung vom 05. Februar 2010 für controller-processor Konstellationen. Neufassung tritt ab dem 15. Mai 2010 in Kraft (Erleichterung der Einschaltung von Subunternehmern durch Anbieter)

Diskussion fortentwickeln: Datenschutzrecht (3)

3. Klärungsbedarf

- Diskussion über Sicherheitsbedenken muß alle Bedrohungen einbeziehen und nicht nur Cloud-spezifische (Web Transfers, Ubiquität, Kontrollaufwand)
- Orientierung des BDSG (seiner Auslegung) stärker an BSI Publikationen als an Maximalpositionen, die ohnehin nicht kontrolliert werden insb. Schutzanforderungen am Gefährdungspotenzial orientieren statt am Begriff der pers.bez. Datums → Einteilung BSI Sicherheitsstandards (Basic, A, B)
- Klärung: Wie weit reicht Kontrollpflicht § 11 Abs. 2 S. 4 BDSG ?
- Klärung: Wie muß Verschlüsselung beschaffen sein ?
- Was passiert bei der Vollharmonisierung (soweit nicht schon bereits Realität vgl. EuGH 24.11.2011 C 469/ 10 *ASNEF*) ?

5. Diskussion

Fragen an: marc.strittmatter@googlemail.com