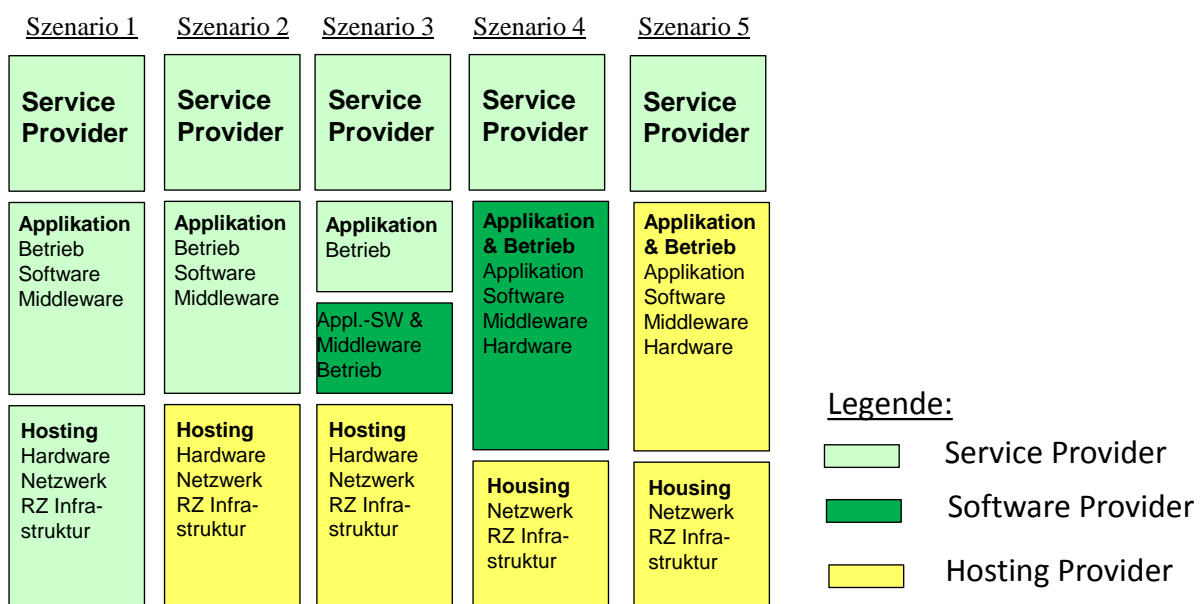


## Aussonderungsrecht des Kunden von Kundendaten im Rahmen des Konkurses eines Cloud Anbieters

### 1. Problemstellung

Aufgrund der Maturität des Cloud-Marktes etablieren sich immer mehr kleinere Cloud Anbieter auf verschiedenen Dienste-Stufen (Layers). Grundsätzlich gibt es verschiedene Betriebsmodelle in welchen diese Dienste erbracht werden können.

#### Mögliche Betriebsmodell-Szenarien bei einem Konkurs eines Cloud Anbieters



Szenario 1 beinhaltet die Dienste-Erbringung aus einer Hand. Bei Szenario 2 werden Services und Applikationen von einem Anbieter erbracht, der wiederum das Hosting bei einem Dritten bezieht. In Szenario 3 kommt zusätzlich eine vierte Partei hinzu, welche Middleware (z.B. Third Level Support Change Management) anbietet. Bei Szenario 4 betreibt die Applikations- und Middlewarestufe ein Dritter. Bei Szenario 5 wird das Housing, Applikations- und Middlewarestufe von einem Anbieter erbracht. Zudem ist noch ein Szenario 6 denkbar, nämlich wenn die Hardware von Hardware-Herstellern geleast wird.

### 2. Lösungsansatz: Aussonderungsrecht i.S. von Art. 242 SchKG an Daten beim Konkurs des Cloud-Anbieters

Die Idee ist es, im Konkursfall eines der Cloud Anbieter gemäss den skizzierten Betriebsmodellen (Szenario 1-5) dem Kunden ein Aussonderungsrecht an seinen Daten einzuräumen. Dieser Lösungsansatz ist grundsätzlich begrüssenswert, hat aber wie nachfolgend aufgezeigt wird einige rechtsdogmatische Tücken.

**3. Abwägung****a. Technische Überlegungen****i) Allgemeines**

Cloud Angebote sind Angebote, bei welchen die einzelnen Dienste (Infrastruktur, Applikationen und Middleware) geteilt (geshared) werden, das heisst dass mehrere Kunden (Mandanten) auf derselben Infrastruktur, Applikation und/oder Middleware etc. betrieben werden. Daher kann der Kunde die Daten meistens alleine nicht exportieren. Besteht die Möglichkeit einen Mandanten zu exportieren muss der Kunde diese mit Unterstützung des entsprechenden Anbieters tun. Falls gewisse Applikationen mit Daten verknüpft sind, kann ein Export nur zusammen mit der Applikationen und der Middleware erfolgen, damit er diese kurzfristig weiterhin verwenden kann. Dies ist insbesondere in den Fällen eines Vendor Look-Ins ausschlaggebend d.h. wenn die Applikationen oder die Middleware einzigartig ist. Würde z.B. Microsoft Konkurs gehen, wären z.B. bei Office 365 die Daten ohne die Software Office 365 und Sharepoint nicht nutzbar.

Es muss folglich für jedes Szenario geprüft werden, ob ein Aussonderungsrecht zielführend und technisch praktikabel ist (vorausgesetzt sind entsprechende Kenntnisse beim Konkursamt oder bei einem vom Konkursamt beauftragten).

**ii) Szenarien aus technischer Sicht**

Eine Aussonderung von Daten ist von mehreren Faktoren abhängig. Basierend auf den allgemeinen Überlegungen kommen folgende Faktoren dazu:

- Was für Daten müssen ausgesondert werden? Sind es Ablagedaten (nicht strukturierte Informationen oder Dokumente), sind es Daten welche mit einer Business Applikation (CRM, ERP, Warehous etc.) verknüpft sind oder sind es Daten aus einem Archivsystem?
- Welcher Dienste-Anbieter geht Konkurs? (Szenario 2-5)
- Wie ist die Mandantenfähigkeit des Cloud Angebotes aufgebaut bzw. wie sieht die technische Architektur aus?
- Basiert das Cloud Angebot auf einer Standardapplikationen oder sind es Individualentwicklungen? Liegt beim letzteren Fall ein Software Escrow vor, so muss geprüft werden ob es auch aktuell ist.

Mit diesen Abhängigkeiten gibt es die verschiedensten Varianten. Zusammenfassend können Aussagen zu folgenden Szenarien gemacht werden:

- a) Geht beim Szenario 1 der Cloud Anbieter Konkurs wird es sehr schwierig Daten auszusondern, ohne die Mithilfe des Konkursamtes bzw. des Personals des konkursiten Anbieters.
- b) Geht bei den Szenarien 2,3 und 4 der Hosting Provider Konkurs ist es am ehesten möglich diesen durch einen anderen Anbieter zu ersetzen. Bei Standardapplikationen ist es eher einfacher als bei Individualentwicklungen.
- c) Geht bei Szenario 2 der Cloud Anbieter Konkurs, können möglicherweise Ablage- oder Archivdaten exportiert werden. Daten aus Business Applikationen müssen meistens migriert werden.

- d) Geht bei den Szenarien 3,4 und 5 der Software Provider Konkurs, die Mandantenfähigkeit ist nicht gegeben und die Applikation ist nicht weiter verfügbar, so müssen die Daten migriert werden.

**iii) Technische Sicherungsmassnahmen**

Mögliche Sicherheitsmassnahmen sind im Wesentlichen abhängig von der Art der Daten, der eingesetzten Applikation und ihrer Mandantenfähigkeit.

Bei Ablage- und Archivdaten kann ein Backup an einen Drittanbieter in Betracht gezogen werden. Bei Business Applikationen müssen, bei einem Backup durch einen Drittanbieter die Möglichkeit eines Mandantenbackups inkl. der eingesetzten Applikation (kann auch ein Escrow Service sein) berücksichtigt werden.

Beide Varianten sind in der Regel recht aufwendig und kostspielig was den Einsatz und den Nutzen von Cloud Angeboten in Frage stellt. In gewissen Branchen sind aber aus Compliance Sicht solche Sicherheitsmassnahmen erforderlich.

**b. Rechtliche Überlegungen**

Nebst den technischen Hürden einer Aussonderung bestehen u.E. aber auch rechtliche, welche nachfolgend aufgezeigt werden.

**i) Zivilrechtlich**

Aus zivilrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, als was Daten zu qualifizieren sind. Daten sind immaterielle Güter. Es gibt kein sachenrechtliches Eigentum an Daten. Ein sachenrechtlicher Eigentumsvorbehalt i.S. von Art. 641 Abs. 2 ZGB kann deshalb per se nicht geltend gemacht werden.

Die gleiche Problematik stellt sich auch beim Aussonderungsrecht gegenüber dem konkursiten Cloud Anbieter. Ein „Eigentumsverhältnis“ an den Daten kann nur aus dem Vertrag mit dem Cloud Anbieter abgeleitet werden. Es ist deshalb massgeblich, was die Parteien für eine vertragliche Regelung getroffen haben. Fehlt die Einräumung des „Eigentums“ an den Daten im Vertrag, ist auch eine Aussonderung gemäss SchKG wohl eher problematisch.

Die Daten, welche ein Kunde bei einem Cloud Anbieter hinterlegt sind für den Cloud Anbieter nur Bits und Bytes, für den Kunden aber ein substantieller Teil seiner Geschäftstätigkeit. Es ist deshalb nachvollziehbar, dem Cloud Kunden im Konkursfalle des Cloud Anbieters Aussonderungsrechte einzuräumen. Damit stellt sich u.E. nebst der technischen effektiven Aussonderung die oben aufgeführte zivilrechtliche Frage nach dem Eigentum an Daten, welche zu lösen wäre.

Eine Lösung ausschliesslich im SchKG ist u.E. nicht zielführend. Vielmehr wäre grundsätzlich zu überlegen, was Daten rechtlich sind und in wie fern an ihnen ein Eigentumsrecht begründet werden kann.

Gewisse Rechtsgebiete helfen zur teilweisen Beantwortung dieser Frage. Sie sind unterstützend, helfen aber einer Lösungsfindung nur ansatzweise, weil viele Geschäftsdaten vom konkreten Rechtsschutz nicht profitieren.

#### **ii)      *Datenschutz***

Das Datenschutzgesetz räumt Betroffenen bei der Bearbeitung ihrer Personendaten gewisse Rechte ein. U.A. kann eine betroffene Person verlangen, dass Personendaten, für welche kein Rechtfertigungsgrund mehr vorliegt, gelöscht werden. Die betroffene Person hat zudem ein Auskunftsrecht. Wie weit dieses sich erstreckt ist umstritten.

Das Unternehmen selbst hingegen hat keine solchen Ansprüche, wenn es sich z.B. um ihre eigenen Daten oder Kundendaten handelt.

#### **iii)     *Urheberrecht***

Aus dem URG können Unternehmer für Werke Eigentumsrechte ableiten. Handelt es sich nicht um Werke, so sind diese nicht geschützt. Um als Werk zu qualifizieren muss eine geistige Schöpfung der Literatur oder Kunst vorliegen, die individuellen Charakter hat. Beim grössten Teil der Unternehmensdaten dürften keine Werke vorliegen.

Darüber hinaus können sich urheberrechtliche Ansprüche an Software ergeben, sofern diese für den Kunden programmiert wurden oder ein Unternehmen selbst Software / Patente herstellt.

Ein Urheberrecht an Daten, welche in Datenbanken zusammengefasst sind, wie dies die EU kennt, existiert aber in der Schweiz nicht, weshalb hier eine Schutzlücke besteht, wenn man argumentieren will, dass einem Daten in einer Datenbank „gehören“.

#### **iv)      *Strafrecht – Datenbeschädigung/-Diebstahl***

Das schweizerische Strafgesetzbuch verweist an mehreren Stellen auf Daten (Datenbeschädigung/ Datendiebstahl). Dies steht meist im Kontext mit der Einheit zwischen Daten und Datenträger bzw. der Trennung von Daten von ihrem Datenträger, der im Eigentum des Unternehmens steht. Im Rahmen von Cloud Computing gehört der Server in aller Regel eben gerade nicht dem Unternehmen bzw. dem Kunden, sondern dem Cloud Anbieter. Hier dürfte sich in Zukunft ein weiteres Problemfeld eröffnen.

#### **v)       *Löschungsanspruch***

Ein Aussonderungsanspruch bedingt, dass das Eigentum an einem Gut klar einer anderen Person zugeordnet werden kann. Die Aussonderung führt dazu, dass die Daten in eine andere Gütermasse übertragen werden und sich damit nicht mehr in der Gütermasse des konkursiten Cloud Anbieters befindet.

Es muss deshalb klargestellt werden, dass Daten einerseits Güter sind und andererseits einem bestimmten Kunden gehören.

Darüber hinaus besteht aufgrund der Aussonderung – Trennung von der bisherigen Gütermasse und Übertragung in eine neue – ein Löschanpruch des Kunden. Dieser Anspruch beinhaltet, dass die Daten den Cloud Kunden auch tatsächlich vernichtet werden unabhängig von einer allfälligen vertraglichen Regelung gegenüber dem konkursiten Cloud Anbieter.

**vi) Grenzüberschreitende Problematik**

Das geplante Aussonderungsrecht greift leider dort nicht, wo es sich um ausländische Cloud Anbieter handelt. Eine Vollstreckung im Konkurs von im Ausland domizilierten Cloud Anbietern dürfte schwierig zu bewerkstelligen sein. Präventive technische Sicherungsmassnahmen bleiben deshalb trotz Aussonderungsanspruch unumgänglich.

**EuroCloud Swiss unterstützt grundsätzlich den parlamentarischen Vorstoss von Nationalrat Jean Christophe Schwaab, gibt aber zu Bedenken, dass das Thema gegebenenfalls in einem grösseren Kontext zu betrachte ist.**

**EuroCloud Swiss**, der schweizerische Verband für Cloud Computing

Die Autoren:

Präsident:

**Heinz Dill**

Geschäftsführer

CBusiness Services GmbH

Vorstandsmitglied:

**Nicole Beranek Zanon**

**RA Lic. iur. EMBA HSG**

Rechtsanwältin/Notarin

de la cruz beranek Rechtsanwälte AG