



# Software as a Service – Rechtliche Chancen und Risiken für den Servicenehmer

---

***Fabian Laucken***

*Rechtsanwalt, Fachanwalt für Informationstechnologierecht und  
Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz*

---

**1. novedia business day  
9. September 2010**

# Inhaltsübersicht

**Begriffsbestimmung SaaS**

**Vertragsrecht**

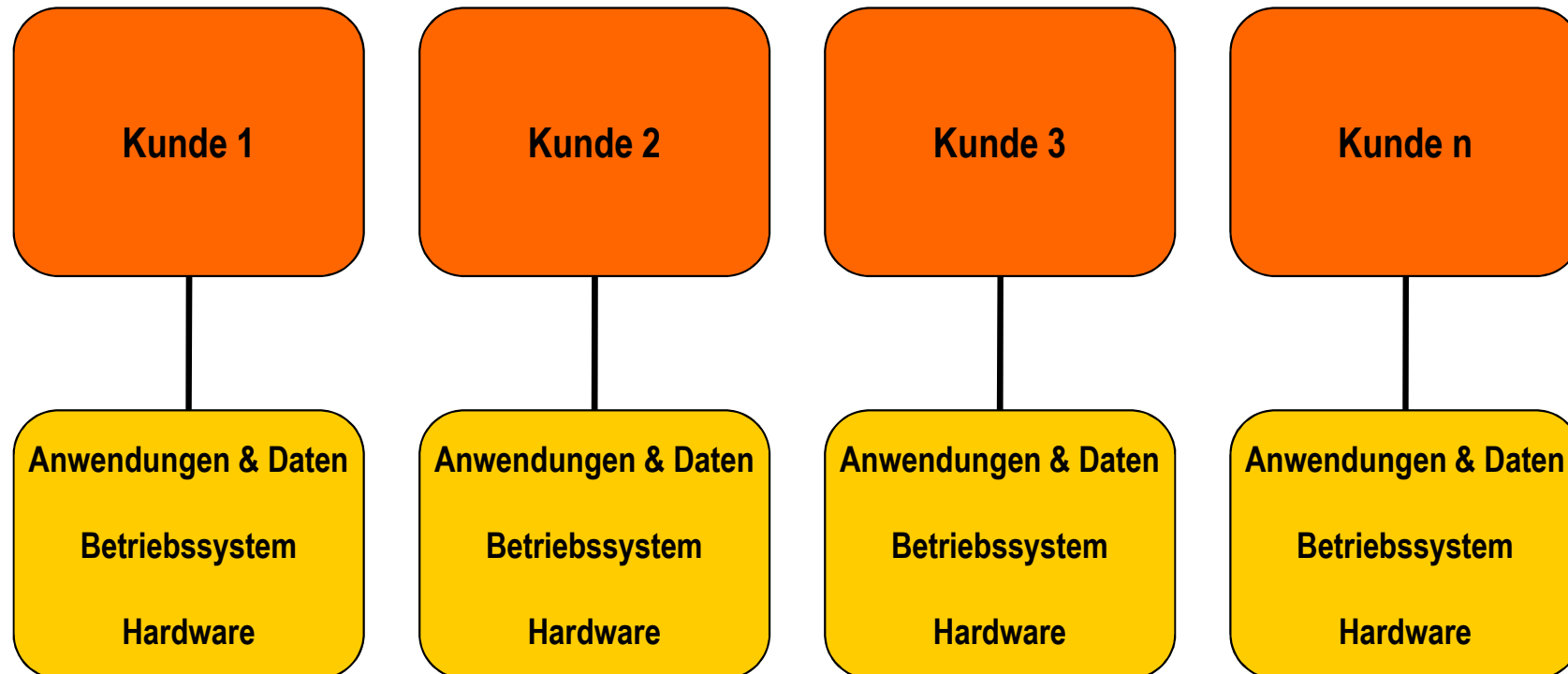
**Urheberrecht und Lizenzen**

**Datenschutz**

## Was ist SaaS? Abgrenzung zum ASP I

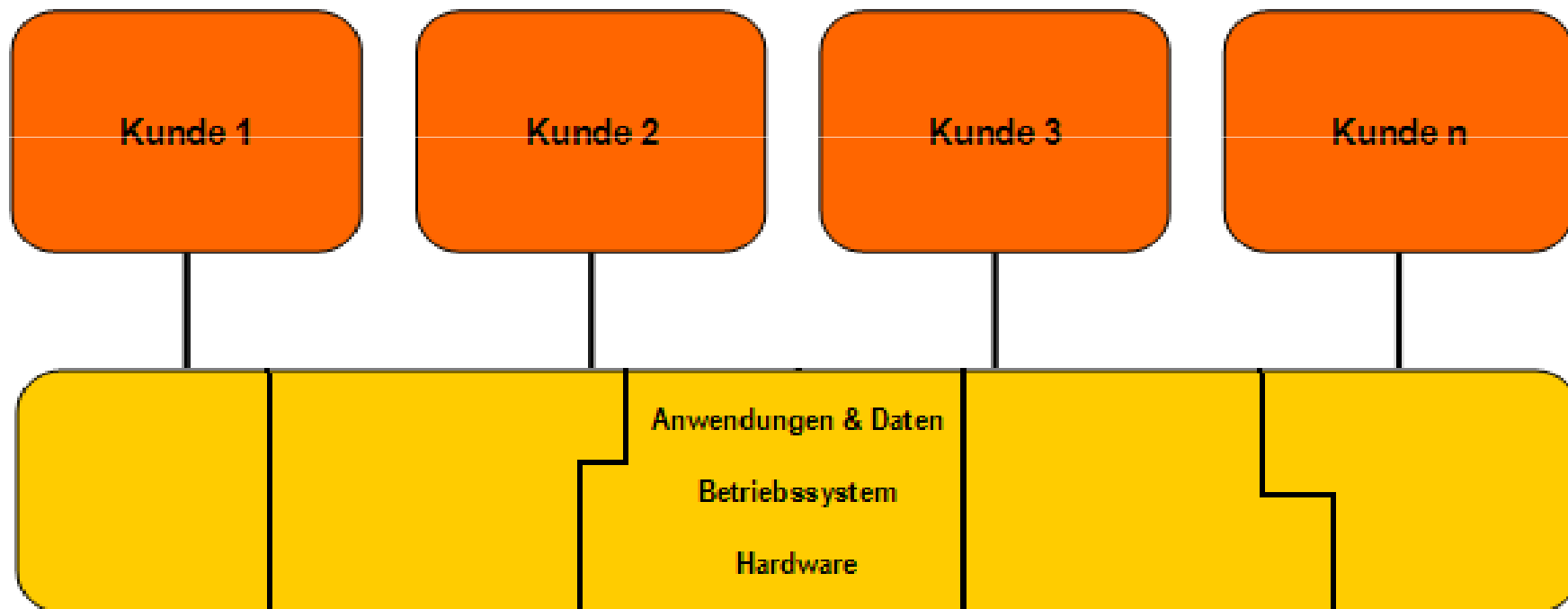
- **Gemeinsamkeiten:** Gemeinsam ist ASP (Application Service Providing) und SaaS, dass das System und die Anwendungen nicht mehr beim Kunden installiert sind, sondern beim Anbieter oder in einem Rechenzentrum laufen. Der Zugriff erfolgt z.B. über eine Client-Server-Architektur. Die Anschaffung von Hard- und Software erfolgt durch den Anbieter, der diese dem Kunden auf Zeit gegen i.d.R. monatliches Entgelt zur Verfügung stellt.
- **Unterschiede:** Der wesentliche Unterschied liegt in der Systemarchitektur auf Seiten des Anbieters. ASP = Single-Tenant-Architektur – SaaS = Multi-Tenant-Architektur

## Was ist SaaS? Abgrenzung zum ASP II



Single-Tenant-Architektur = Jedem Kunden wird seine Anwendung auf einer dedizierten Hard- und Softwareinfrastruktur zur Verfügung gestellt

## Was ist SaaS? Abgrenzung zum ASP III



Multi-Tenant(=Mehrfach-Mieter)-Architektur = Verschiedene Kunden teilen sich eine einheitliche, mandantenfähige Hard- und Softwareinfrastruktur

# Vertragsrecht I

Einordnung von SaaS in die Vertragstypen des BGB:

- **Warum?** Wichtig für Gewährleistungs- und Haftungsfragen sowie AGB-Kontrolle (wg. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB)
- **Welche Vertragstypen kommen in Betracht?**
  - Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) – geschuldet wird ein Tätigwerden
  - Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) – geschuldet wird ein best. Erfolg
  - Mietvertrag (§§ 535 ff. BGB) – geschuldet wird Gebrauchsüberlassung

BGH, Urteil vom 15.11.2006 - XII ZR 120/04 – ASP-Vertrag

- „Als typische Leistung steht beim ASP-Vertrag (...) die Gewährung der Onlinenutzung von Software für eine begrenzte Zeit im Mittelpunkt der vertraglichen Pflichten. Es liegt deshalb nahe, mit der überwiegenden Meinung im Schrifttum, als Rechtsgrundlage für diese vertraglichen Ansprüche, einen Mietvertrag, der die entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache zum Gegenstand hat, anzunehmen.“
- „Der Anwendbarkeit von Mietrecht steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte keinen Besitz an den verkörperten Computerprogrammen erlangt, sondern diese ihr nur über das Internet zugänglich sind.“

## Vertragsrecht III

- Da auch bei SaaS „die Gewährung der Onlinenutzung von Software für eine begrenzte Zeit im Mittelpunkt der vertraglichen Pflichten“ steht, wird auch ein solcher Vertrag als Mietvertrag einzuordnen sein.
- Andere (Neben-)Leistungen können u.U. anderen Vertragstypen zuzuordnen sein, z.B. Parametrierung, Datenübernahme, Telefonsupport



## Konsequenzen der Einordnung von SaaS als Mietvertrag

- **Erhaltungspflicht des Anbieters** = permanente Pflicht zur Mängelbeseitigung aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB

(„Der Vermieter hat die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten.“)

- **Garantiehafung des Anbieters** = verschuldensunabhängige Haftung für bei Vertragsschluss vorhandene Mängel aus § 536a Abs. 1 BGB

(„Ist ein Mangel im Sinne des § 536 bei Vertragsschluss vorhanden oder entsteht ein solcher Mangel später wegen eines Umstands, den der Vermieter zu vertreten hat, (...) so kann der Mieter Schadensersatz verlangen.“)

## Regelungen zur Verfügbarkeit

- **Prozentuale Verfügbarkeit** – Messzeitraum beachten, selbst bei 99,7% im Jahresmittel kann eine Abschaltung von gut 26h am Stück erfolgen, daher besser Messung im Monatsmittel
- **Wie und durch wen erfolgt die Messung?** I.d.R. erfolgt die Messung durch den Anbieter, der monatliche Reports für den Kunden erstellt. Es besteht aber auch die Möglichkeit einer Messung durch Tools von Drittanbietern.
- **Wichtig:** Die Datenverbindung wird i.d.R. nicht vom SaaS-Anbieter geschuldet. Gerade bei geschäftskritischen Anwendungen muss daher auch eine entsprechend hohe Verfügbarkeit mit dem Access-Provider vereinbart sein.

## Vertragsrecht VI

### Regelungen zur Verfügbarkeit

- **Definition der Verfügbarkeit** – Beispiel: „Die Leistung des Anbieters gilt als verfügbar, wenn die Server, auf denen die vereinbarten Leistungen des Anbieters betrieben werden, über einen Zugangsknoten an das Internet angebunden (ÜBERGABEPUNKT) und die Leistungen frei von wesentlichen Mängeln sind, *sowie während etwaiger Abschaltungen im Rahmen der vereinbarten Wartungsfenster* (s.u.). Als wesentliche Mängel gelten in diesem Zusammenhang solche, die unter die Fehlerklassen 1 („Blocker“) und 2 („Major“) in Ziffer XX fallen.“

# Vertragsrecht VII

## Service-Level-Agreement - SLA

### Definition von Fehlerklassen – Einfaches Beispiel:

- Mängelklasse 1: Die Nutzung der Anwendung ist infolge des Mangels nicht möglich.
- Mängelklasse 2: Die zweckmäßige (wirtschaftlich sinnvolle) Nutzung ist infolge des Mangels unzumutbar eingeschränkt oder behindert.
- Mängelklasse 3: Die zweckmäßige Nutzung ist durch den Mangel nicht oder nur unwesentlich eingeschränkt.

**Hinweis:** Es empfiehlt sich regelmäßig, diese Definitionen noch durch anwendungsspezifische Beispiele zu ergänzen, z.B. Performance oder Antwortzeiten best. Funktionen etc.

## Service-Level-Agreement - SLA

### Reaktions-, Report- und Beseitigungsfristen:

Beachten, dass nicht nur die Fristen für die Reaktion auf Mängelanzeigen (bis wann muss mit der Beseitigung begonnen werden) und für die Reports (Statusmeldungen hinsichtlich der Beseitigung) verbindlich festgeschrieben werden, sondern auch die Fristen für die Beseitigung der Mängel.

### Rechtsfolgen Nichteinhaltung der Verfügbarkeit und der vorstehenden Fristen

Service-Level-Credits, Ausgestaltung z.B. möglich als Vertragsstrafe, pauschalierter Schadensersatz oder Minderung  
Außerordentliche Kündigung

## Sonstige wichtige Regelungen

### Mitwirkungspflichten des Kunden (Beispiele):

- Besondere Form und Frist von Mängelanzeigen
- Kostenlose Unterstützung bei Fehlerbeseitigung und Suche
- Bereitstellung von Testdaten

### Wichtig: Regelung zur Unterstützung des Anbieters bei Vertragsbeendigung, insbesondere:

- Regelung über Format und Form der Herausgabe von Daten
- Unterstützung bei der Migration zu einem anderen Anbieter

### Regelungen zu Gewährleistung und Haftung

## Verwertungshandlungen der Beteiligten

### Auf Anbieterseite:

- Vervielfältigung der Software
- Vermietung (Verbreitung) der Software? (str.)
- Öffentliche Zugänglichmachung oder eigene Nutzungsart?

### Auf Kundenseite:

- Nutzung der Software selbst ist kein urheberrechtlich relevanter Vorgang
- U.U. finden aber Vervielfältigungen der Software statt, z.B. wenn Applets übertragen werden. (str., ob auch Vervielfältigungen beim Anbieter, die der Kunde veranlasst und die dann automatisiert vorgenommen werden, dem Kunden zuzurechnen sind)

## Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

### Rechteeinräumung vom Anbieter an den Kunden:

- Einfaches Beispiel: „Der Anbieter räumt dem Kunden für die Vertragslaufzeit alle Nutzungsrechte ein, die erforderlich sind, um die Software im Rahmen des vereinbarten SaaS-Betriebes zu nutzen.“ Besser wäre aber eine detaillierte Regelung.
- Konzernlizenz?

### „Due Dilligence“ beim Anbieter:

- Wenn die Software nicht vom Anbieter stammt, empfiehlt es sich, vom Anbieter einen Nachweis zu fordern, dass dieser die Software im SaaS-Betrieb anbieten darf, z.B. durch eine Bestätigung des Herstellers der Software
- Klausel für den Fall der Verletzung von Rechten Dritter
- Gefahren bedenken, für den Fall, dass dem Anbieter die Nutzung der Software untersagt wird und ggf. Vorkehrungen treffen



# Datenschutz I

- **Grundlagen**
  - Personenbezogene Daten sind Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person. (§ 3 Abs. 1 BDSG), z.B. Kundendaten, Daten von Mitarbeitern etc.
  - Verbot mit Erlaubnisvorbehalt: Die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten ist grundsätzlich verboten, soweit kein Erlaubnistatbestand greift
  - Datensicherung (Schutz vor Verlust, Sabotage, unbefugtem Zugriff)
  - Grundsatz der Datensparsamkeit

## Datenschutz II

- **Dürfen personenbezogene beim Anbieter gespeichert und dorr verarbeitet werden?**
  - Ausgangspunkt: Es liegt regelmäßig eine Übermittlung von Daten vor. Übermitteln ist das Bekanntgeben gespeicherter oder durch Datenverarbeitung gewonnener personenbezogener Daten an einen Dritten in der Weise, dass die Daten an den Dritten weitergegeben werden.
  - Übermittlung ist nur mit Einwilligung des Betroffenen (§ 4a BDSG) zulässig oder, wenn die Übermittlung zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme, dass schutzwürdiges Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt (§ 28 BDSG).  
Reine Kostenersparnis beim SaaS-Kunden reicht in der Regel nicht aus.

## Datenschutz III

- **Ausweg Auftragsdatenverarbeitung?**
  - Dritte sind nicht der Betroffene sowie Personen und Stellen, die im Inland, in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum personenbezogene Daten im Auftrag erheben, verarbeiten oder nutzen. (§ 3 Abs. 8 S. 2 BDSG)
  - Bei einer Auftragsdatenverarbeitung liegt (datenschutzrechtlich) keine Übermittlung personenbezogener Daten vor, sondern der Auftraggeber wird weiter als verantwortlicher „Herr der Daten“ angesehen.

## Datenschutz IV

- **SaaS als Auftragsdatenverarbeitung?**
  - § 11 Abs. 1 BDSG besagt: „Werden personenbezogene Daten im Auftrag durch andere Stellen erhoben, verarbeitet oder genutzt, ist der Auftraggeber für die Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes und anderer Vorschriften über den Datenschutz verantwortlich.“
  - Es genügt, wenn der Anbieter eine Zugriffsmöglichkeit hat.
  - § 11 Abs. 5 BDSG: „Die Absätze 1 bis 4 gelten entsprechend, wenn die Prüfung oder Wartung automatisierter Verfahren oder von Datenverarbeitungsanlagen durch andere Stellen im Auftrag vorgenommen wird *und dabei ein Zugriff auf personenbezogene Daten nicht ausgeschlossen werden kann.*“
  - Im Ergebnis wird bei SaaS eine Auftragsdatenverarbeitung vorliegen.

# Datenschutz V

- **Voraussetzungen für eine rechtmäßige Auftragsdatenverarbeitung**
  - Vereinbarung zur Auftragsdatenverarbeitung, die
  - schriftlich abgeschlossen werden muss und
  - den in § 11 Abs. 2 BDSG vorgeschriebenen Mindestinhalt (hierzu sogleich) aufweist.
  - Der Auftraggeber hat sich vor Beginn der Datenverarbeitung und sodann regelmäßig von der Einhaltung der beim Auftragnehmer getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen zu überzeugen. Das Ergebnis ist zu dokumentieren.

# Datenschutz VI

- **Mindestinhalt der Auftragsdatenverarbeitungsvereinbarung**
  1. der Gegenstand und die Dauer des Auftrags,
  2. der Umfang, die Art und der Zweck der vorgesehenen Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten, die Art der Daten und der Kreis der Betroffenen,
  3. die nach § 9 zu treffenden technischen und organisatorischen Maßnahmen,
  4. die Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten,
  5. die nach Absatz 4 bestehenden Pflichten des Auftragnehmers, insbesondere die von ihm vorzunehmenden Kontrollen,
  6. die etwaige Berechtigung zur Begründung von Unterauftragsverhältnissen,
  7. die Kontrollrechte des Auftraggebers und die entsprechenden Duldungs- und Mitwirkungspflichten des Auftragnehmers,
  8. mitzuteilende Verstöße des Auftragnehmers oder der bei ihm beschäftigten Personen gegen Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten oder gegen die im Auftrag getroffenen Festlegungen,
  9. der Umfang der Weisungsbefugnisse, die sich der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer vorbehält,
  10. die Rückgabe überlassener Datenträger und die Löschung beim Auftragnehmer gespeicherter Daten nach Beendigung des Auftrags.

## Datenschutz VII

### Anlage zu § 9 Abs. 1 BDSG:

Werden personenbezogene Daten automatisiert verarbeitet oder genutzt, ist die innerbehördliche oder innerbetriebliche Organisation so zu gestalten, dass sie den besonderen Anforderungen des Datenschutzes gerecht wird. Dabei sind insbesondere Maßnahmen zu treffen, die je nach der Art der zu schützenden personenbezogenen Daten oder Datenkategorien geeignet sind,

1. Unbefugten den Zutritt zu Datenverarbeitungsanlagen, mit denen personenbezogene Daten verarbeitet oder genutzt werden, zu verwehren (Zutrittskontrolle),
2. zu verhindern, dass Datenverarbeitungssysteme von Unbefugten genutzt werden können (Zugangskontrolle),
3. zu gewährleisten, dass die zur Benutzung eines Datenverarbeitungssystems Berechtigten ausschließlich auf die ihrer Zugriffsberechtigung unterliegenden Daten zugreifen können, und dass personenbezogene Daten bei der Verarbeitung, Nutzung und nach der Speicherung nicht unbefugt gelesen, kopiert, verändert oder entfernt werden können (Zugriffskontrolle),
4. zu gewährleisten, dass personenbezogene Daten bei der elektronischen Übertragung oder während ihres Transports oder ihrer Speicherung auf Datenträger nicht unbefugt gelesen, kopiert, verändert oder entfernt werden können, und dass überprüft und festgestellt werden kann, an welche Stellen eine Übermittlung personenbezogener Daten durch Einrichtungen zur Datenübertragung vorgesehen ist (Weitergabekontrolle),

## Datenschutz VIII

Anlage zu § 9 Abs. 1 BDSG (Fortsetzung):

5. zu gewährleisten, dass nachträglich überprüft und festgestellt werden kann, ob und von wem personenbezogene Daten in Datenverarbeitungssysteme eingegeben, verändert oder entfernt worden sind (Eingabekontrolle),
6. zu gewährleisten, dass personenbezogene Daten, die im Auftrag verarbeitet werden, nur entsprechend den Weisungen des Auftraggebers verarbeitet werden können (Auftragskontrolle),
7. zu gewährleisten, dass personenbezogene Daten gegen zufällige Zerstörung oder Verlust geschützt sind (Verfügbarkeitskontrolle),
8. zu gewährleisten, dass zu unterschiedlichen Zwecken erhobene Daten getrennt verarbeitet werden können.



# Datenschutz IX

- **Abschließende Hinweise zur Auftragsdatenverarbeitung**
  - Probleme beim Cloud-Storage
  - Auftragsdatenverarbeitung außerhalb der EU und des EWR
    - Anerkanntes sicheres Drittland (Schweiz, Kanada (nur teilweise), Argentinien, Vogtei Guernsey und die Insel Man)
    - Standardvertragsklauseln
    - Binding Corporate Rules
    - Safe-Habour (USA)

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

[fabian.laucken@onlinelaw.de](mailto:fabian.laucken@onlinelaw.de)

[www.onlinelaw.de](http://www.onlinelaw.de)

**IHDE & Partner Rechtsanwälte**

**Büro Berlin: Schönhauser Allee 10-11, 10119 Berlin**

**Tel: (+49) (0)30 - 44318660, Fax:(+49) (0)30 - 44318679**

---

**Fabian Laucken**

*Rechtsanwalt, FA Informationstechnologierecht und  
FA für gewerblichen Rechtsschutz*

**Software as a Service – Rechtliche Chancen und  
Risiken für den Servicenehmer**