



Baar, 13-06-2019

Von: RA Lukas Fässler

Lukas Fässler

lic.iur.Rechtsanwalt^{1,2}, Informatikexperte
faessler@fsdz.ch

Carmen De la Cruz

Rechtsanwältin und Notarin^{1,2}
eidg. dipl. Wirtschaftsinformatikerin
sekretariat@fsdz.ch

Zugerstrasse 76b
CH-6340 Baar
Tel.: +41 41 727 60 80
Fax: +41 41 727 60 85
www.fsdz.ch
sekretariat@fsdz.ch
UID: CHE-349.787.199 MWST



Datenmigration: IT-Change-Management mit Hürden

Grundlegend für einen erfolgreichen Wechsel zu einem neuen Cloud-Provider oder für das Insourcing in die eigene IT-Infrastruktur ist das Gelingen der Datenmigration. Neben dem Know-How-Verlust oder technischen Problemen bei der Datenmigration stehen Unternehmen oft vor dem Problem, wie mit unkooperativen Cloud-Providern umzugehen ist. Bei Verträgen mit unzureichenden Regelungen für eine Datenmigration bleiben Unternehmen deshalb regelmässig an den Cloud-Provider gebunden, der die unternehmenskritischen Daten hostet. Dieser sogenannte Lock-In-Effekt schafft eine Abhängigkeit mit teuren oder gar geschäftsschädlichen Folgen, die bei Vertragsverhandlungen oft vergessen werden.

Geschäftsschädigender Lock-In-Effekt und hohe Umstiegskosten

Während bei der Auswahl von Cloud-Providern Sparpotential, Skalierbarkeit oder Leistungsparameter wie die Verfügbarkeit im Vordergrund stehen wird der Datenmigration in eine neue Systemumgebung bei der Vertragsverhandlung und -gestaltung zumeist zu wenig Beachtung geschenkt. Die Einfachheit der Migration in die Cloud oder die täuschende Vorstellung über ein vermeintliches Eigentum an den im Unternehmen produzierten und bearbeiteten Daten stellen nicht in Frage, das sich der Wechsel zu einem neuen Cloud-Provider ohne Hürden gestaltet könnte.

Der Lock-In-Effekt kann vor allem bei der Auseinandersetzung mit dem Cloud-Provider über die Dienstleistungsqualität, drastischen Preiserhöhungen oder Sicherheitsmängel (Vereinbarung in Service Level Agreement) geschäftsschädigend wirken, insbesondere auch der Konkurs oder die Übernahme des Cloud-Providers durch einen Konkurrenten des Auftraggebers gefährden die Datenhoheit massiv. Deshalb bewertet das BSI eine Abhängigkeit von einem Cloud-Provider als organisatorischer Mängel bei der Cloud-Nutzung.¹

Partnerkanzleien:

de la cruz beranek Rechtsanwälte AG

Carmen De la Cruz
Rechtsanwältin und Notarin^{1,2}
eidg. dipl. Wirtschaftsinformatikerin
delacruz@delacruzberanek.com

Nicole Beranek Zanon
Rechtsanwältin und Notarin^{1,2}
beranek@delacruzberanek.com

Industriestrasse 7
CH-6300 Zug
Tel.: ++41 41 710 28 50
Fax: ++41 41 710 90 76
www.delacruzberanek.com
UID: CHE-389.928.945 MWST

Lichtsteiner Rechtsanwälte und Notare

Urs Lichtsteiner
lic. iur. Rechtsanwalt^{1,2}, MSc (Stanford)
lichtsteiner@lilaw.ch

Baarerstrasse 10, Postfach 7517
CH-6302 Zug
Tel.: +41 41 726 90 00
Fax: +41 41 726 90 05
www.lilaw.ch
info@lilaw.ch
UID: CHE-404.805.335 MWST

Anwaltskanzlei Dr. Weltert

Hans M. Weltert
Dr. iur. Rechtsanwalt^{1,4}
hans.weltert@raweltert.ch

Matthias Heim
lic.iur. Rechtsanwalt^{1,4}
matthias.heim@raweltert.ch

Michael Heim
lic.iur. Rechtsanwalt^{1,4}
michael.heim@raweltert.ch

Bahnhofstrasse 10
CH-5001 Aarau
Tel.: +41 62 832 77 33
Fax: +41 62 832 77 34
www.raweltert.ch
info@raweltert.ch
UID: CHE-100.877.506 MWST

¹ BSI – Gefährdungskatalog Organisatorische Mängel G 2.86

¹ Mitglied des Schweizerischen Anwaltsverbandes
² Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Zug
³ Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Zürich
⁴ Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Aargau

Ohne ein eigenes Interesse am Provider-Wechsel nutzen Cloud-Anbieter den Wechsel ein letztes Mal, um Kosten zu generieren und hohe Hürden zu schaffen.

Fehlendes generelles Migrationsrecht

Während das europäische Datenschutzrecht für Privatpersonen ein sogenanntes Datenportabilitätsrecht zur Herausgabe der eigenen personenbezogenen Daten in einem «strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format» vorsieht (Art. 20 Datenschutz-Grundverordnung), können sich Unternehmen für ihre Unternehmensdaten nicht auf ein vergleichbares Datenmigrationsrecht stützen. Cloud-Verträge sind meist komplexe Verträge, denen nicht in jedem Fall ein gesetzliches Datenherausgaberecht zugrundeliegt. Wo eine explizite vertragliche Regelung zum Datenexport bei Vertragsbeendigung fehlt, ist die gerichtliche Durchsetzung oft ein schwieriges Unterfangen.

Das Zürcher Handelsgericht musste über die Herausgabe von Unternehmensdaten in einem Standardformat entscheiden, wofür der ASP-Vertrag keine explizite Grundlage vorsah. Diese Vertragslücke schloss das Gericht durch eine (hypothetische) Vertragsergänzung, wonach sich das klagende Unternehmen seiner Daten innert dreier Monate und auf eigene Kosten selbst zu behändigen hatte. Das Softwareunternehmen hatte in diesem Zeitraum einzig den Zugang zu einem Show-Modus zu gewähren sowie Support zur Verfügung zu stellen. Damit urteilte das Zürcher Handelsgericht, dass dem klagenden Unternehmen **kein Recht auf eine Transformation der Daten mit anschliessender Herausgabe auf einem Datenträger zustehe**.² Faktisch blieb dem Unternehmen keine andere Wahl, als die Daten manuell vom Show-Modus in das neue System zu übertragen. Dieser bislang in der Schweiz alleinstehende Gerichtsentscheid verdeutlicht die Gefahr unzureichender vertraglichen Bestimmungen zur Datenmigration. Höchststrichterliche Entscheide zu der Datenmigration fehlen aber bislang und auch die fortlaufende Diskussion zu Eigentum an Daten wird kaum innert absehbarer Zeit für betroffene Unternehmen eine Lösung bringen.

Vertragliche Bestimmungen zur Datenmigration

Aufgrund dieser Unsicherheiten muss die IT-Change-Management-Thematik rund um das Datenmigrationsrecht bereits bei der Auswahl von Cloud-Providern eingebracht werden. Um eine Exit-Strategie in die Vertragsgestaltung zu integrieren, sollten zumindest folgende Punkte geregelt werden.

- *Datenformat*: Hauptziel des vertraglichen Migrationsrechts ist die Sicherstellung der Interoperationalität, d.h. in der neuen Systemumgebung brauchbar und lesbar sein. Um Portabilitätsprobleme zu verhindern, sollten standardisierte Dateiformate festgelegt werden. Regelmässig müssen die Cloud-Provider hierfür aus proprietären Datenformaten in gängige Datenbankformate wie XML exportiert werden.³
- *Datenstruktur*: Die Übernahme der Daten in die neue Systemumgebung ohne übermässigen Aufwand setzt voraus, dass die Daten in strukturierter Weise zur Verfügung gestellt werden und der übernehmende Cloud-Provider die alte Datenstruktur analysieren kann und die Datenintegration vorbereiten kann.⁴ Dazu braucht es die Mitwirkung des alten Cloud-Providers und des Softwareanbieters.
- *Rollenverteilung*: Ist der Cloud-Provider für die Bereitstellung der Daten in einem gängigen, strukturierten Dateiformat verantwortlich oder hat er eine blosser Mithilfpflicht, bei der er die Datenmigration durch den übernehmenden Cloud-Provider dulden und unterstützen muss?

² Handelsgericht Zürich, Urteil vom 15.05.2017, Az. HG150185-O

³ Weber/Thouvenin, Gutachten zur Möglichkeit der Einführung eines Datenportabilitätsrechts im schweizerischen Recht und zur Rechtslage bei Personal Information Management Systems (PIMS), S. 75

⁴ Weber/Thouvenin, Gutachten zur Möglichkeit der Einführung eines Datenportabilitätsrechts im schweizerischen Recht und zur Rechtslage bei Personal Information Management Systems (PIMS), S. 75 f.

Zudem muss der Einbezug von allfälligen Subunternehmern des Cloud-Providers bei der Datenmigration vertraglich abgesichert werden.⁵

- *Dateneignerschaft*: Klare Regelung zu den Rechten an den Daten können Diskussionen und Abgrenzungen im Migrationszeitpunkt vorgehen.⁶ Hierzu sollten soweit möglich auch die zu migrierenden Datenkategorien bereits umfassend bestimmt oder bestimmbar gemacht werden.
- *Kosten*: Welche Kosten ein Unternehmen im Migrationsfall tragen muss, ist die entscheidende Frage. Die vertragliche Kostenregelung sollte zumindest so ausformuliert werden, dass der Cloud-Provider mit der Datenherausgabe bloss kostendeckend arbeitet und keinen Gewinn macht.⁷

Weitere wichtige vertragliche Regelungen in Zusammenhang mit der Datenmigration sind die Eigentumsrechte an der eingesetzten Hard- und Software (Schnittstellenprogramme, Tools, Batchabläufe, Makros, Lizenzen und Backups), Supportleistungen nach Kündigung⁸, die Löschung der Daten nach erfolgreicher Migration, die Benachrichtigungspflicht bei einem drohenden Konkurs des Cloud-Providers oder eines Subunternehmers⁹.

Wir haben langjährige Erfahrung in der Ausarbeitung von Cloudverträgen und können Sie professionell unterstützen.

⁵ Alberini/Benhamou, Data portability and interoperability, Expert Focus 8/2017, S. 521 f.

⁶ Alberini/Benhamou, Data portability and interoperability, Expert Focus 8/2017, S. 521

⁷ Alberini/Benhamou, Data portability and interoperability, Expert Focus 8/2017, S. 522

⁸ BSI – Gefährdungskatalog Organisatorische Mängel G 2.85

⁹ Alberini/Benhamou, Data portability and interoperability, Expert Focus 8/2017, S. 522