

SIK: Hearing re Cloud



Charming Betsy – Sinnbild für eine Diskussion, die man stärker führen sollte, wenn eine Behörde einen Provider mit US-Bezügen bezieht.



Dr. Christian Laux
15.09.2021

1

#1: Auslandstransfer



Die konkrete Frage lautet wie folgt:

*Transfer von Daten und Metadaten der öffentlichen Verwaltung ins Ausland:
Wo liegen hier eigentlich die Probleme und was sind Lösungen dazu?*

2

#1: Der rechtliche Rahmen

- Behörden sind für die Bevölkerung da (und nur für diese).
- Die verwaltungsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten, das Amtsgeheimnis und das Datenschutzrecht im öffentlichen Bereich dienen dem Zweck, **vor Willkür und Übermass des Staats sowie vor Verfolgung von Einzelnen** zu schützen.
- Behörden haben nur dort eine Aufgabe, wo das Gesetz ihnen eine zuweist.
- Die weiteren Grundprinzipien des Verwaltungsrechts binden Behörden weiter zurück:
 - Tätigwerden nur im öffentlichen Interesse
 - Verhältnismässigkeitsgrundsatz
- Dies ist im Kern der Rahmen, um den es geht.

#1: Auslandstransfer

Sachverhalt: **Datenhaltung im Ausland** (RZ im Ausland oder Zugriff durch den Provider mit incidental storage)

Prüfung	Rechtsgut	Rechtsfrage	Antwort*	Begründung
Datenschutzrecht	Mögliche Klartextzugriffe (Vertrauen und Transparenz)	Rechtmässigkeit?	Ja, rechtmässig	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 6 DSGVO • ggf. SCC/BCR • ggf. Schrems II: Vorgaben EDÖB (EDSB) umsetzen
Verwaltungsrecht	Funktionieren der Behörde / Willkürschutz	Rechtmässigkeit?	Ja, rechtmässig	<ul style="list-style-type: none"> • Angemessenheitsprüfung resultiert in Machbarkeit • Keine 100%-Garantie verlangt
Strafrecht	Klartextzugriff	Strafbarkeit?	Nein, nicht strafbar	<ul style="list-style-type: none"> • Wahrscheinlichkeitsprognose (keine Unterlassungshaftung)

* Die Antworten sind formuliert in der Annahme, dass eine reife Anbieterin ausgewählt wurde und notwendige Schutzmassnahmen umgesetzt wurden.

#2: Serverstandort CH

Die konkrete Frage lautet wie folgt:

Garantierter Serverstandort Schweiz: Ist das die Lösung für alle datenschutzrechtlichen Probleme?

#2: Serverstandort CH

Sachverhalt: **Datenhaltung in der Schweiz** (RZ in CH), aber Provider mit Auslandsbezug

Was bringt Serverstandort CH?

- Wo es etwas bringt:
 - man erspart sich Massnahmen nach Art. 6 DSG/Schrems II
 - man entzieht sich FISA-Zugriffen*
- Wo es nichts bringt:
 - es bringt keinen Gewinn für die Frage der Rechtmässigkeit ...
 - und auch nicht in Bezug auf extraterritoriale Behördenzugriffe (CLOUD Act)

* Sachverhaltsklärung ist wichtig. Es ist sicherzustellen, dass der Provider nicht nur Datenhaltung in der Schweiz umsetzt, sondern auch auf sog. „incidental storage“ von ruhenden Daten im kritischen Ausland verzichtet (die Systeme auch ohne solche betreiben und Supportleistungen ohne solche erbringen kann).

#2: Exkurs zu CLOUD Act etc.

Sachverhalt: **Datenhaltung in der Schweiz** (RZ in CH), aber Provider mit Auslandsbezug

- **Wahrscheinlichkeitsprognose: CLOUD Act v. MLAT**
 - CLOUD Act¹⁾ ist gerade für Behörden von verschwindend kleiner Relevanz
 - Begründung: Comity (nach Common Law, nicht erst mit Executive Agreement) und Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) Ausserdem: Charming Betsy.

Resultat: Eher MLAT

- **Wenn doch Verfahren im Ausland: Risikobewertung**
 - Severity
 - Probability

Resultat: Keine Unterlassungshaftung

#3: Auftragsbearbeitung

Die konkrete Frage lautet wie folgt:

Was ist bei Auftragsdatenbearbeitungsverträgen der öffentlichen Hand zu beachten?

#3: Was ist bei Verträgen betreffend Auftragsdatenbearbeitung wichtig?



- Das Gesetzmässigkeitsprinzip ist zu beachten:
 - Beizug von Auftragsdatenbearbeitern ist zulässig.
 - Kein Übereifer der Behörde. Keine Ziele, die im Gesetz nicht verankert sind (Wettbewerbsrecht / WTO-Rahmen beachten).
- Zurückbesinnen auf das Wesentliche:
 - Die Behörde bleibt in der Verantwortung
 - Die Behörde hat sich auf ein Shared Responsibility Modell einzustellen
 - Die Behörde hat ein geeignetes Service Design zu gestalten
 - Die Anbieterin darf Daten nur nach den Vorgaben der Behörde nutzen
 - Die Anbieterin soll Massnahmen treffen, um der Sondersituation der Behörde gerecht zu werden.
- Bestellung als Hilfsperson ist möglich, je nachdem aber nicht nötig.

20.09.2021

LAUX LAWYERS AG

9

9

Kontakt



Dr. Christian Laux
Rechtsanwalt
christian.laux@lauxlawyers.ch

LAUX LAWYERS AG
<http://www.lauxlawyers.ch>

Seegartenstrasse 2
Postfach 360
CH – 8024 Zurich
+41 44 880 24 24

Zum Ganzen siehe auch unser aktuelles Whitepaper
«Public Cloud für Public Services»:

<https://www.lauxlawyers.ch/public-cloud-fuer-public-services>

20.09.2021

LAUX LAWYERS AG

10

10