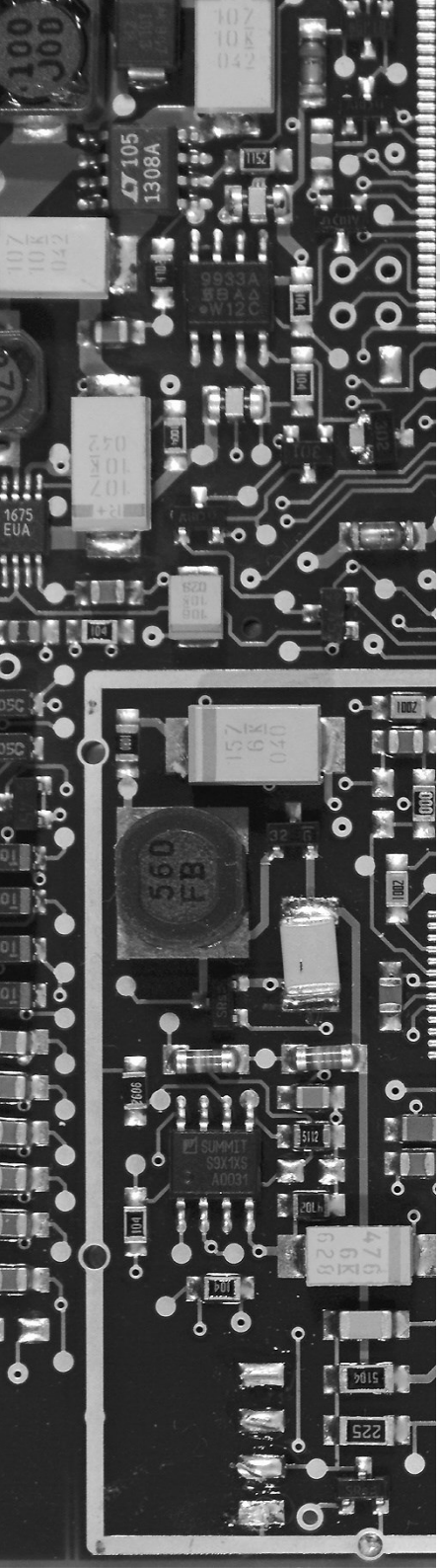


RONZANI
ANWÄLTE - ATTORNEYS
SCHLAURI

Tagung für Informatik und Recht

Cloud Outsourcing

von Prof. Dr. Simon Schlauri, Rechtsanwalt

29. August 2023

RONZANI
ANWÄLTE - ATTORNEYS
SCHLAURI

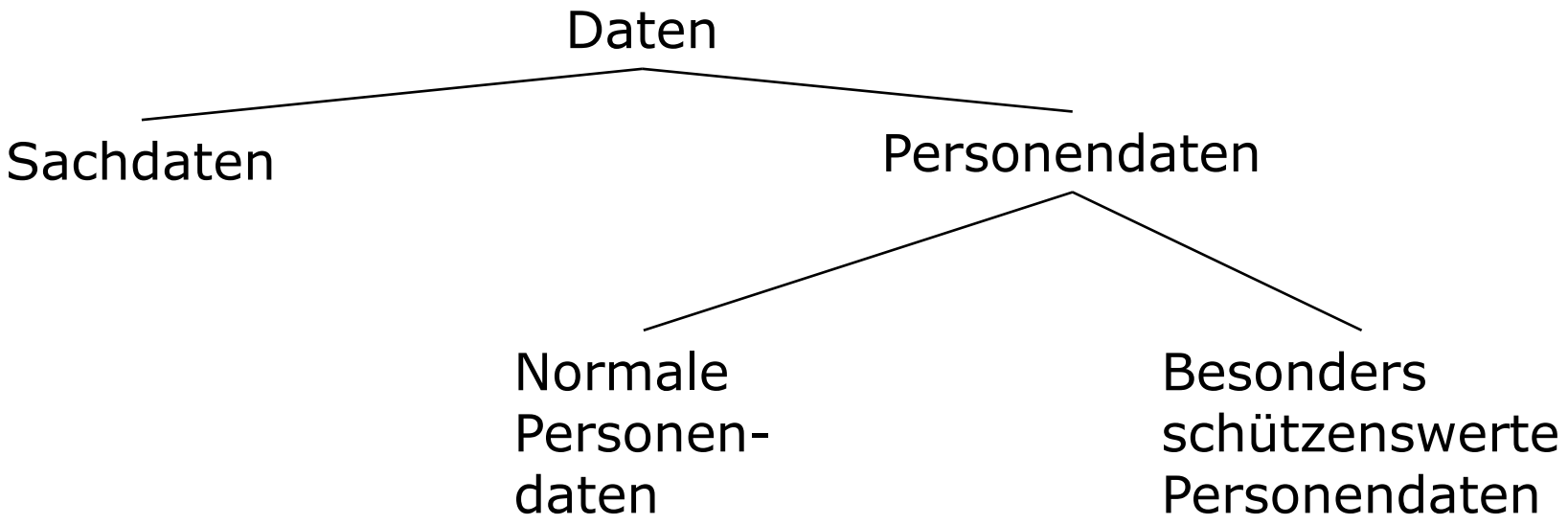
Agenda

1. Datenschutz: Einige Grundlagen
2. Auftragsdatenverarbeitung
3. Übermittlung von Personendaten ins Ausland
4. Das Urteil „Schrems II“
5. Das Data Shield Framework als Lösung?
6. Lösungsansätze

RONZANI
ANWÄLTE - ATTORNEYS
SCHLAURI

Personen-bezogene Daten

Arten von Daten



Kein Schutz

Einfacher Schutz

Erhöhter Schutz

RONZANI
ANWÄLTE - ATTORNEYS
SCHLAURI

Weitere Begriffe

Verantwortlicher

Diejenige Stelle, die die Entscheidung über die Bearbeitung von Personendaten trifft.

Betroffene Person

Diejenige Person, deren Daten bearbeitet werden.

Bearbeiten

Jede Verwendung von Personendaten (auch Speicherung, Zugriff).

Auftragsbearbeiter

Jede natürliche oder juristische Person oder andere Stelle, die Personendaten im Auftrag des Verantwortlichen bearbeitet.

RONZANI
ANWÄLTE - ATTORNEYS
SCHLAURI

Auftrags-verarbeitung

Der Auftragsverarbeiter muss **hinreichende Garantien** für die datenschutzkonforme Arbeit bieten.

Der Auftragsverarbeiter haftet für die Einhaltung seiner speziellen Pflichten aus Datenschutzrecht und die Einhaltung der Weisungen des Verantwortlichen.

Der Verantwortliche haftet, wenn er keinen ausreichenden Vertrag mit dem Auftragsverarbeiter abgeschlossen hat und seine Verpflichtung zur sorgfältigen Auswahl, Überwachung und Instruktion des Auftragsverarbeiters nicht wahrgenommen hat.

RONZANI
ANWÄLTE - ATTORNEYS
SCHLAURI

Übermittlung in Drittländer

Auftragsverarbeiter können auch in Drittländern niedergelassen sein.

Bei Übermittlung in Drittländer darf das schweizerische Datenschutzniveau nicht unterschritten werden.

«Übermittlung»: **Zugriffsmöglichkeit** aus dem jeweiligen Land **reicht aus**! Die Daten können auch in der Schweiz gespeichert bleiben.

RONZANI
ANWÄLTE - ATTORNEYS
SCHLAURI

Übermittlung in Drittländer

Wann ist die Übermittlung zulässig?:

- Datenübermittlung auf Grundlage eines **Angemessenheitsbeschlusses** des Bundesrates

- Datenübermittlung auf Grundlage **ausreichender Garantien** (d.h. Verträge; üblicherweise werden die «**Standardklauseln**» verwendet)

- Datenübermittlung auf Grundlage einer **Einwilligung** der betroffenen Person

RONZANI
ANWÄLTE - ATTORNEYS
SCHLAURI

Das Urteil "Schrems II"

Der Angemessenheitsbeschluss der EU-Kommission unter dem Titel «Privacy Shield» ist aufgehoben, denn er genügte den Vorgaben des EU-Datenschutzrechts nicht.

Hintergrund ist US-Recht: US-Behörden können direkt auf Daten von US-Unternehmen zugreifen. Auch wenn diese Daten im Ausland (aus Sicht der USA) gespeichert sind.

RONZANI
ANWÄLTE - ATTORNEYS
SCHLAURI

US-Recht

Zugriff der US-Behörden besteht für Daten, die sich im Besitz, in der Obhut oder unter der Kontrolle von US-Unternehmen befinden, unabhängig davon, wo sich die Daten geografisch befinden.

Der **CLOUD Act (Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act)** eliminiert den Weg über Rechtshilfeabkommen und gibt den US-Behörden direkten Zugriff auf Daten auch im Ausland.

Nur das betroffene Unternehmen kann den Rechtsweg beschreiten; die Kriterien sind jedoch sehr offen gehalten (vgl. BJ, Bericht zum CLOUD Act, 17. September 2021, 7).

Die Auslieferung von in der Schweiz gespeicherten Daten gestützt auf den CLOUD Act an die US-Behörden ist nach Schweizer Recht zwar illegal. US-Unternehmen werden sich dennoch beugen müssen. Weder Schweizer Behörden noch betroffene Personen in der Schweiz haben Rechtsmittel.

RONZANI
ANWÄLTE - ATTORNEYS
SCHLAURI

Das Urteil "Schrems II"

Die Standardklauseln sind unwirksam

Denn US-Unternehmen können sich gar nicht gültig verpflichten, Daten vor den US-Behörden geheim zu halten. Es steht in einem Widerspruch zwischen dem schweizerischen und dem US-Recht.

Das Problem des CLOUD Act kann auch mit den Standardklauseln nicht behoben werden.

So sieht es auch der EDÖB gemäss seiner «Anleitung für die Prüfung der Zulässigkeit von Datenübermittlungen mit Auslandbezug» (N08).

RONZANI
ANWÄLTE - ATTORNEYS
SCHLAURI

Abweichende Positionen

Risikobasierter Ansatz

- Speicherung bei US-Hyperscalern ist unproblematisch, weil die Zahl der Zugriffe von US-Behörden absolut gesehen gering ist.

- Aus Effizienzgründen muss es selbst für den Staat zulässig sein, solche Dienste zu verwenden.

RONZANI
ANWÄLTE - ATTORNEYS
SCHLAURI

Stellung-nahme

Stellungnahme zum risikobasierten Ansatz

- Digitale Souveränität: Die Geheimhaltung von Daten durch Schweizer Behörden kann nicht vom Entscheid einer ausländischen Macht abhängen.

- Das DSG lässt keinen Raum für einen „risikobasierten Ansatz" bei der Übermittlung von Personendaten ins Ausland (entspricht der Position EDÖB im „SUVA-Fall").

- Für die Beurteilung eines Grundrechtseingriffs kann es nicht auf das durchschnittliche Risiko ankommen. Es gibt exponierte und weniger exponierte Personen. Alle sind zu schützen.

RONZANI
ANWÄLTE - ATTORNEYS
SCHLAURI

Speicherung in der Schweiz

Reicht eine Speicherung von Daten in der Schweiz oder EU?

US-Hyperscaler bieten die Speicherung der Daten in der EU oder der Schweiz an.

Die Pflicht, US-Behörden Zugriff zu geben, bleibt bestehen. Die Speicherung in der Schweiz ist einer Übermittlung in ein unsicheres Land gleichzusetzen.

Kontrolle über Schlüssel

Kontrolle von Verschlüsselungsschlüsseln?

Idee: Der Verantwortliche behält die Kontrolle über die Schlüssel für die Entschlüsselung der Daten in der Cloud.

Dies funktioniert dann nicht, wenn die Daten in der Cloud bearbeitet werden sollen (was meist der Fall ist).

In diesem Fall müssen die Schlüssel in die Cloud hochgeladen werden und geraten damit in die Einflusssphäre des Auftragsverarbeiters (und der ausländischen Behörden).

RONZANI
ANWÄLTE - ATTORNEYS
SCHLAURI

Data Privacy Framework

Löst das EU-US Data Privacy Framework das Problem?

- **EO 14086 der Administration Biden:**
  - Verhältnismässigkeitsprinzip für Geheimdienste
  - Neuer Rechtsbehelf
  - Die aus europäischer Sicht widerrechtlichen US-Gesetze (CLOUD Act, FISA) bestehen aber weiterhin.

- **Neues EU-US Data Privacy Framework**, mit Angemessenheitsbeschluss am 10. Juli 2023

- **Kritik:** Weiterhin keine systematische unabhängige Überprüfung von Zugriffen, weder vorab noch im Nachhinein

- Das Ergebnis des dritten EuGH-Entscheids ist offen.

RONZANI
ANWÄLTE - ATTORNEYS
SCHLAURI

Hosting in der Schweiz

Kann «Swiss Hosting» das Problem lösen?

- Daten bleiben in der Schweiz bei Schweizer Unternehmen.

- Sicherstellen, dass keine Zugriffe aus dem Ausland stattfinden.

- Muttergesellschaft kann sich in der Regel Zugriff erzwingen durch Weisungsrecht. Ein Schweizer Unternehmen sollte nicht ausländisch beherrscht sein.

- Aber: Kein Zugriff auf «mächtige» Cloudfunktionen der US-Hyperscaler. Software (z.B. Office) lokal installieren.

Zusätzliche Massnahmen

Zusätzliche technische und organisatorische Massnahmen

Die Übermittlung ins Ausland ist unproblematisch, sofern die Daten geschützt werden („**zusätzliche technische und organisatorische Massnahmen**").

Behördenzugriffe auf die übermittelten Personendaten im Zielland müssen dabei **faktisch verhindert werden** (so EDÖB, Anleitung für die Prüfung der Zulässigkeit von Datenübermittlungen mit Auslandbezug).

Beispiel: „**Double Key Encryption**" mit zwischen-geschaltetem Drittanbieter für die Verschlüsselung.

Funktioniert allerdings nur ohne Bearbeitung der Daten in der Cloud. Office lokal installieren.

RONZANI
ANWÄLTE - ATTORNEYS
SCHLAURI

Treuhand-Lösung

«Treuhand-Lösung» als technische Massnahme

- Seit 2016 Lösung der Deutschen Telekom AG in Kooperation mit Microsoft: DTAG hostet die Systeme von Microsoft (Office 365, etc.). MS hat aber keinen direkten Zugriff (Vieraugenprinzip).

- Kritisiert aufgrund schlechter Qualität von Software und Wartungsleistungen.

- Microsoft hat angekündigt, mit den Behörden in dieser Weise wieder zusammenzuarbeiten. Französische Unternehmen zeigten Interesse und kündigten Kooperationen an *(c't 14/2021, 136, tinyurl.com/2a66yfmt; LeMonde 30. Juli 2022, tinyurl.com/2pwbed4y)*

- Aktueller Stand? Ein Weg für die Schweiz?

ronzani-schlauri.com