VISCHER

Risk-Based Approach als Leitprinzip im Datenschutzrecht?

4. Oktober 2022

Dr. iur. HSG Joel Drittenbass, Rechtsanwalt, VISCHER AG

Aktueller Brennpunkt – These.

Edöb: "Vertrauen Behörden nur auf private Gutachten, können sie sich eine blutige Nase holen"

Von Thomas Schwendener, 28. September 2022, 13:41

POLITIK & WIRTSCHAFT EDÖB DATENSCHUTZ CLOUD E-GOVERNMENT JUSTIZ

EDÖB Adrian Lobsiger: "Ich bin mir bewusst, dass wir vor einem Dilemma stehen."

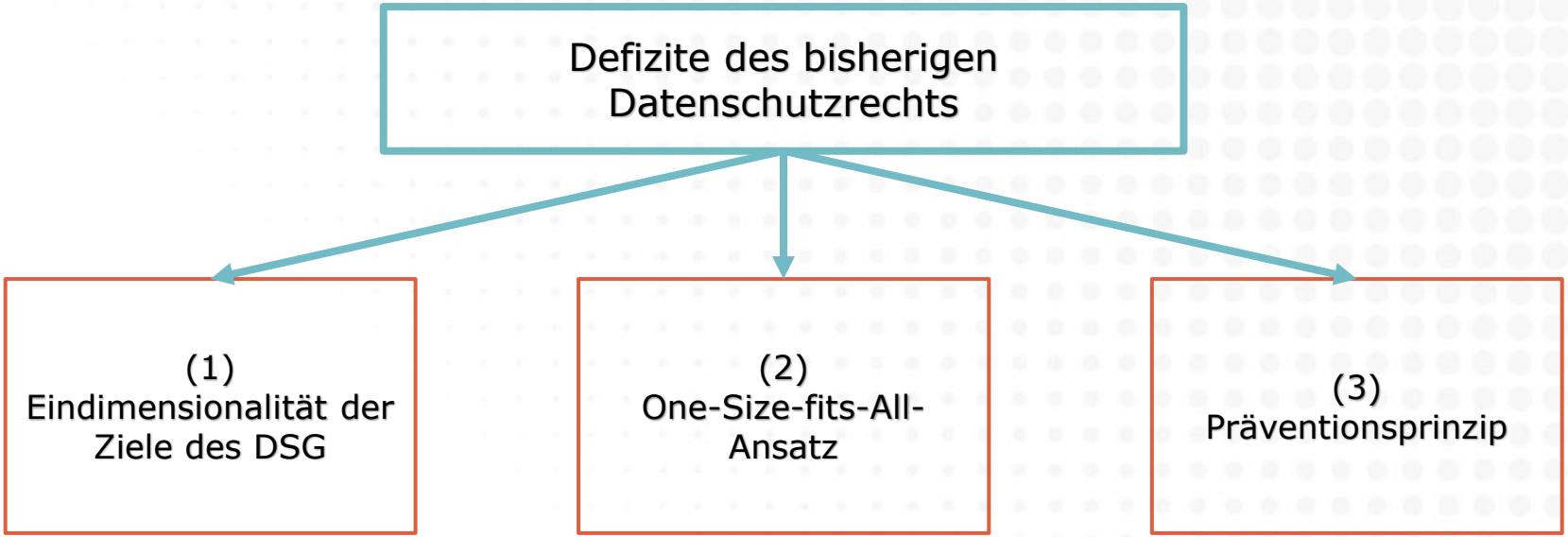
Der Eidgenössische Datenschützer kritisiert Anwaltskanzleien, die Behörden beim Einsatz von US-Cloud-Diensten Sicherheit versprechen. Im Interview schildert Adrian Lobsiger seine Sicht.

Inside IT, 26. September 2022

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass der Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte eine abweichende Rechtsauffassung vertritt. Er lehnt seine Haltung einer jüngst etablierten strengen Praxis einiger EU-Datenschutzbehörden an, die sich auf die Rechtsprechung des EUGH, berufen[79]. Er stellt insbesondere in Frage, ob das geltende und neue Datenschutzrecht des Bundes Raum für einen risikobasierten Ansatz lassen, wenn die Rechtmässigkeit einer Auftragsdatenbearbeitung von Schweizer Behördendaten zu beurteilen ist, die Berührungen zu einem ausländischen Staat aufweist, nach dessen Recht und Behördenpraxis es zu einem intransparenten Datenzugriff kommen könnte. Nach der hier - angelehnt an die nachvollziehbar begründete Rechtsauffassung von mehreren spezialisierten Rechtsexperten[80] - vertretenen Meinung gibt es indessen überzeugende juristische und praktische Argumente, welche für eine differenziertere Position sprechen[81]. Namentlich ist den einschlägigen Bestimmungen des schweizerischen Datenschutzrechts nicht zu entnehmen, dass für Behörden bei der Auftragsdatenbearbeitung oder bei der Auslandbekanntgabe ein risikobasierter Ansatz nicht zulässig wäre[82].

BUNDESKANZLEI BK, Rechtlicher Rahmen für die Nutzung von Public-Cloud-Diensten in der Bundesverwaltung, Bern 2022, verfügbar auf www.bk.admin.ch

Mögliche Defizite des bisherigen Datenschutzrechts.



Risk-Based Approach als spezifische **Antwort** auf Defizite im bisherigen Datenschutzrecht.

Regelungsansätze im Vergleich

Traditionelle Datenschutzdogmatik	Risk-Based Approach
Eindimensionales Ziel	Zweidimensionales Ziel
Fokus auf Personenbezug	Fokus auf Risiken einer Datenbearbeitung
Einheitliche Regelungen für sämtliche Datenbearbeitungen	Differenzierte Regelungen in Abhängigkeit des Risikos einer Datenbearbeitung

Einordnung des Risk-Based Approach.

- Begriff und Konzept stammt aus dem **anglo-amerikanischen** Rechtskreis.
  - Erscheinungsformen in CH: Finanzmarkt-, Medizinprodukte- oder öffentliches Prozessrecht.
- Mit dem Risk-Based Approach verlagert sich der Fokus vom Personenbezug des einzelnen Datums auf die **Risiken**, die mit der **konkreten Verwendung** von Personendaten einhergehen (JOEL DRITTENBASS, Regulierung von autonomen Robotern, Zürich/St.Gallen 2021, N 509).
  - Ein allgemein anerkanntes Verständnis fehlt!
- Der Ansatz kann **nicht contra legem** - also gegen anderslautende Vorschriften – verwendet werden!

Ausprägungen und Erscheinungsformen im (neuen) Bundesdatenschutzgesetz.

Erscheinungsformen

(1) **ausdrückliche** Grundlage im (neuen) Datenschutzgesetz des Bundes

Datenschutz durch Technik und datenschutzfreundliche Voreinstellungen (Art. 7 nDSG)

[2] Die **technischen** und **organisatorischen Massnahmen** müssen insbesondere dem Stand der Technik, der Art und dem Umfang der Datenbearbeitung sowie dem **Risiko**, das die Bearbeitung für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Personen mit sich bringt, angemessen sein [Hervorhebungen nur hier].

Datensicherheit (Art. 8 nDSG)

[1] Der Verantwortliche und der Auftragsbearbeiter gewährleisten durch geeignete technische und organisatorische Massnahmen eine dem **Risiko** angemessene Datensicherheit [Hervorhebung nur hier].

(2) **offene** und **unbestimmte** Normen (Anwendungs-/Interpretationsspielräume)

Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 6 Abs. 2 nDSG)

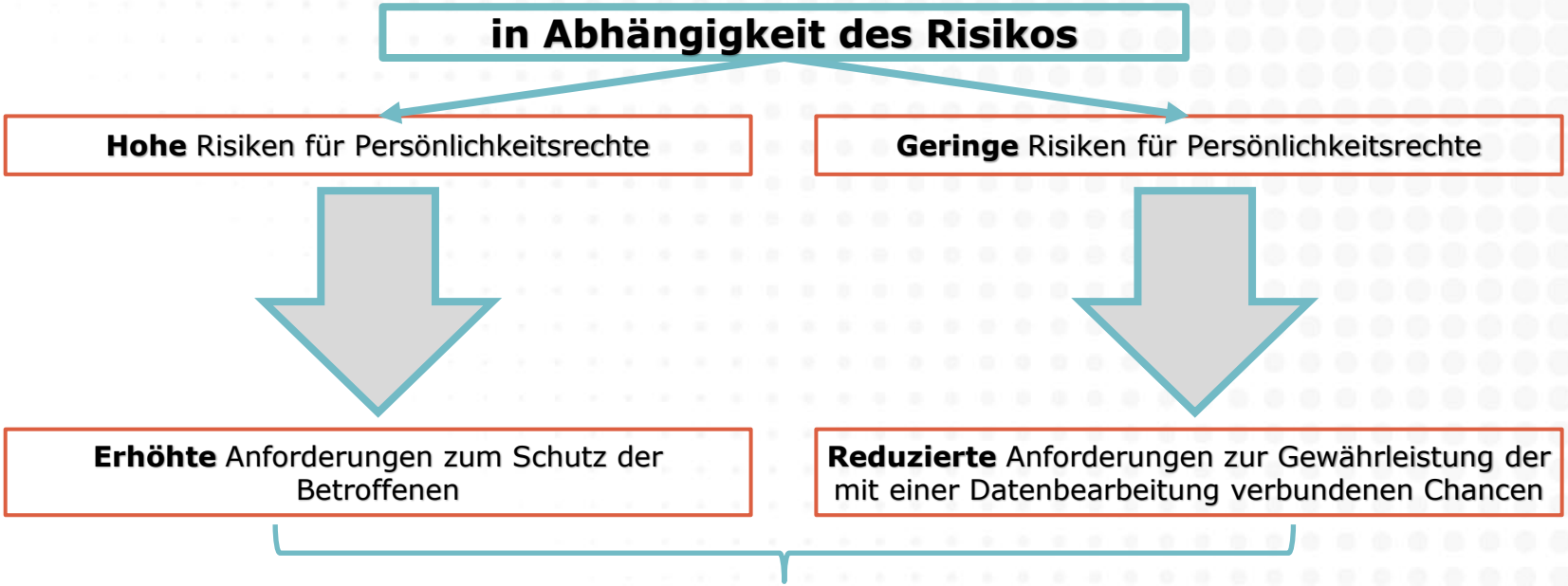
Erforderlichkeit als Kriterium, welches risikorechtlichen Überlegungen zugänglich ist.

Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland (Art. 16 nDSG)

Art. 16 Abs. 1 nDSG verlangt für die Übermittlung von Personendaten ins Ausland einen «angemessenen» Schutz.

Restrisiken sind bei Auslandsübermittlung **hinzunehmen**, zumal sich ein Nullrisiko kaum je erreichen lässt und mit empirischer Forschung ohnehin nicht beweisen lässt.

Normativer Massstab des Risk-Based Approach.



Eine vermehrt auf den Einzelfall ausgerichtete Datenschutzregulierung schafft **höhere Einzelfallgerechtigkeit**, womöglich aber **weniger Rechtssicherheit** als einheitliche Regeln!

Schlussfolgerungen.

- Der Risk-Based Approach kann dort als **Leitprinzip** im Datenschutzrecht betrachtet werden, wo eine **explizite** Grundlage (z.B. in Art. 7, Art. 8 sowie Art. 22 nDSG) besteht.
- Ob sich die Praxis bei **offenen** und **unbestimmten** Datenschutzvorschriften an diesem Ansatz zu orientieren hat, wird (gerichtlich) zu klären sein.
  - BBl 2017, 6970: «Eine erste **Leitlinie** der **Revision** bildet der **risikobasierte Ansatz**. Der Revisionsentwurf orientiert sich konsequent an den potenziellen Risiken für die betroffenen Personen, denn die Gefahren für die Privatsphäre der betroffenen Personen hängen weitgehend von den Aktivitäten der verschiedenen Verantwortlichen und Auftragsbearbeiter ab [Hervorhebungen nur hier]».
  - Leitlinie der Revision = Leitprinzip des Schweizer Datenschutzrechts?
- Der risikobasierte Ansatz ist z.B. im Bereich der Bearbeitungsgrundsätze **nicht konsequent** im neuen DSG des Bundes verwirklicht. Hier wird sich (ebenfalls) zeigen müssen, ob und inwiefern solche Regelungen einer risikorechtlichen Perspektive in der Unternehmenspraxis zugänglich sind.

VISCHER

Herzlichen Dank.

Fragen: jdrittenbass@vischer.com

Zürich
Schützengasse 1
Postfach
8021 Zürich, Schweiz
T +41 58 211 34 00

www.vischer.com

Basel
Aeschenvorstadt 4
Postfach
4010 Basel, Schweiz
T +41 58 211 33 00

Genf
Rue du Cloître 2-4
Postfach
1211 Genf 3, Schweiz
T +41 58 211 35 00

https://www.alexandria.unisg.ch/persons/6899