



Stellungnahme des EDÖB zur Datenübermittlung in die USA: Analyse und Handlungsempfehlungen

Der EDÖB beurteilt das Swiss–US Privacy Shield nicht mehr als geeignete Basis für die Übermittlung von Personendaten in die USA. Schweizer Unternehmen müssen solche Datenübermittlungen daher künftig auf eine andere geeignete Garantie stützen. Die Verwendung von Standardvertragsklauseln bleibt trotz Skepsis des EDÖB möglich. In einigen Fällen sind eine vertiefte Risikoanalyse und ergänzende Vereinbarungen notwendig.

■ Von Dr. Thomas Steiner, LL.M., Rechtsanwalt

Die Stellungnahme des EDÖB vom 8. September 2020 erfolgte im Rahmen seiner jährlichen Überprüfung des Swiss–US Privacy Shield-Programms und insbesondere vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum grenzüberschreitenden Datentransfer (*Schrems II*, Urteil vom 16. Juli 2020, worin der EuGH das EU–US Privacy Shield-Programm für ungültig erklärt).

USA neu unter den Staaten ohne angemessenes Datenschutzniveau

Der EDÖB hat am 8. September 2020 seine Liste der Staaten aktualisiert, deren Gesetzgebung seiner Einschätzung nach ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleistet (sogenannte Staatenliste). Schweizer Unternehmen durften bisher – in Bezug auf US-Unternehmen, die Swiss-US Privacy Shield zertifiziert sind – vermutungsweise davon ausgehen, dass eine Übermittlung von Personendaten an solche US-Unternehmen ohne weitere Garantien wie an Unternehmen innerhalb der Schweiz erfolgen kann. Diese Vermutung fällt nun weg.

Keine vertiefte datenschutzrechtliche Würdigung durch EDÖB

Der EDÖB verweist in seiner Stellungnahme auf die gemäss *Schrems II*-

Urteil des EuGH problematischen «US-Massenüberwachungsgesetze». Er unterlässt es aber, den Anwendungsbereich und die Auswirkungen der konkret für problematisch gehaltenen Überwachungsgesetze zu analysieren und im Lichte des Art. 6 DSGVO zu begründen, in welchen Fällen bei Übermittlung von Personendaten in die USA eine Persönlichkeitsverletzung drohe.

Stattdessen begründet der EDÖB seinen Entscheid, die USA nicht mehr als Staat mit partiell angemessenem Datenschutzniveau zu beurteilen, mit den Erwartungen der Staaten, die das Datenschutzniveau der Schweiz als angemessen anerkennen und der Notwendigkeit, Umgehungen der Anforderungen an die internationale Datenübermittlung zu verhindern. Man hätte sich eine vertiefte Analyse erhofft.

Verwendung von Standardvertragsklauseln bleibt möglich

Schweizer Unternehmen müssen sich folglich für Datenübermittlungen an Datenimporteure in den USA künftig auf eine andere geeignete Garantie als das Swiss–US Privacy Shield stützen. Immerhin bleibt die Verwendung sogenannter Standardvertragsklauseln als Basis für die Datenübermittlung in die USA und andere Staaten ohne angemessenes Datenschutzniveau möglich. Auch in

diesem Punkt folgt der EDÖB in seiner Stellungnahme dem *Schrems II*-Urteil des EuGH.

Skepsis des EDÖB gegenüber vertraglichen Garantien

Allerdings hält der EDÖB in seiner Stellungnahme zugleich fest, vertragliche Garantien seien generell nicht geeignet, einen nach dem öffentlichen Recht des Importstaates vorgeesehenen Zugriff durch die Behörden jenes Staats auf Personendaten zu verhindern. Wenn gleichzeitig in diesem Importstaat keine hinreichende Transparenz und kein Rechtsschutz für Betroffene bestehe oder aus anderen Gründen davon auszugehen sei, dass sich das importierende Unternehmen nicht an die vertraglichen Vereinbarungen wird halten können, seien vertragliche Garantien ungeeignet, um einen Datentransfer in ein solches Land zu legitimieren.

In solchen Fällen seien auch Standardvertragsklauseln keine geeignete Basis für eine Datenübermittlung in einen Staat ohne angemessenes Datenschutzniveau. Entsprechend geht der EDÖB davon aus, dass die Standardvertragsklauseln und vergleichbare vertragliche Garantien «die Anforderungen an vertragliche Garantien nach Art. 6 Abs. 2 lit. a DSGVO für eine Datenübermittlung in nicht gelistete Staaten in vielen Fällen nicht erfüllen.»



Vertiefte Risikoanalyse im Einzelfall

In dieser abstrakt und pauschal vortragenen Form birgt dies einiges an Sprengkraft und zeitigt weitreichende Auswirkungen auf Schweizer Unternehmen, die Personendaten an Unternehmen in Staaten ohne angemessenes Datenschutzniveau transferieren möchten:

- Das exportierende Unternehmen hat im Rahmen einer *stets geforderten Einzelfallprüfung* mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob im Importstaat datenschutzrechtliche Risiken bestehen und ob diesen mit Standardvertragsklauseln oder zusätzlichen individuell auszuhandelnden Klauseln begegnet werden kann (was regelmässig scheitert, wo sich die datenschutzrechtlichen Risiken im öffentlichen Recht des betreffenden Staates manifestieren).
- Bei dieser Prüfung hat das exportierende Schweizer Unternehmen insbesondere zu analysieren, (i) ob die Daten an ein Unternehmen übermittelt werden, das besonderen Zu-

griffen der dortigen Behörden unterworfen ist. In den USA seien dies, so der EDÖB, insbesondere sogenannte *Electronic Service Providers*, die (so der EDÖB) unter «US-Massenüberwachungsgesetze» fallen; und (ii) ob das importierende Unternehmen im Empfängerstaat berechtigt und in der Lage ist, die zur Durchsetzung der schweizerischen Datenschutzgrundsätze nötige Mitwirkung zu leisten.

Gerade aufgrund der praktischen Tragweite der Aussage des EDÖB, wonach die Gefahr von Behördenzugriffen nicht durch vertragliche Garantien wie die Standardvertragsklauseln gebannt werden könne, hätte man sich eine differenziertere – materiellrechtliche – Analyse insbesondere der relevanten Massenüberwachungsgesetze und der damit verbundenen Gefahr für die Persönlichkeitsrechte betroffener Personen erhofft. Denn die Konsequenz der pauschalen und abstrakten Feststellungen des EDÖB ist mit anderen Worten die folgende:

ÜBERTRAGUNG INS AUSLAND UNTER REVIDIERTEM DSG



Unter dem revidierten DSG (Art. 16 Abs. 1 N-DSG) wird (formell) der Bundesrat (wohl auf Empfehlung des EDÖB) entscheiden, welche Staaten mit ihrer Gesetzgebung ein dem Schutzniveau des N-DSG gleichwertiges Datenschutzniveau gewähren. Dies wird die Rechtssicherheit für Schweizer Unternehmen insofern erhöhen, als bezüglich Staaten mit einem positiven Entscheid des Bundesrats *nicht mehr nur die Vermutung der Angemessenheit* besteht, sondern Datenübermittlungen an Unternehmen in solchen Staaten wie an Unternehmen innerhalb der Schweiz, mithin ohne weitergehende Prüfung, erfolgen können. Bei Übermittlungen in alle anderen Staaten müssen sich Schweizer Unternehmen weiterhin durch die Implementierung anderer Garantien (z.B. Standardvertragsklauseln) absichern (Art. 16 Abs. 2 oder Art. 17 N-DSG).

Das Personendaten exportierende Schweizer Unternehmen hat eine umfassende Pflicht zur *Analyse des Risikos von Behördenzugriffen im Importstaat* sowie die Pflicht, die *Einhaltung der Standardvertragsklauseln* durch das importierende Unternehmen im Einzelfall vorgängig und laufend zu prüfen. Dies erfordert eine Analyse des vom Rechtssystem des Importstaats gewährten Datenschutzniveaus.

Schweizer Unternehmen müssen bei ihren Risikobeurteilungen auf Wahrscheinlichkeitsprüfungen zurückgreifen. Die Prüftiefe ist im Lichte der Beweislast (welche bezüglich der Strafbestimmung anders verteilt sein wird als bei Verletzungsvorwürfen einer betroffenen Person) festzulegen. Das Gespräch mit dem Datenimporteur wie auch der Beizug erfahrener Spezialisten können in diesen Situationen viel dazu beitragen, Klarheit zu schaffen.

WAS IST ZU TUN?



Ein überlegtes und nüchternes Vorgehen lohnt sich:

1. Überblick verschaffen

- Übermittelt das Schweizer Unternehmen Personendaten an Unternehmen in Staaten, die gemäss Staatenliste des EDÖB kein genügendes Datenschutzniveau bieten?
- In welchen Fällen hat sich das Schweizer Unternehmen für Datenübermittlungen an Unternehmen in die USA bislang einzig auf das Swiss-US Privacy Shield-Programm gestützt?

2. Prüfung alternativer Garantien

- Die Verwendung von Standardvertragsklauseln als Basis für grenzüberschreitende Datenübermittlungen bleibt möglich. In gewissen Fällen sind eine vertiefte Risikoanalyse und ergänzende Vereinbarungen notwendig (vgl. unten).
- Die Einwilligung ist in der Praxis hingegen wenig geeignet als Grundlage für die Datenübermittlung; sie müsste im Einzelfall (was nicht praktikabel ist), informiert und freiwillig erfolgen, um gültig zu sein, und kann jederzeit widerrufen werden.

3. In gewissen Fällen: Vertiefte Risikoanalyse und ergänzende Vereinbarungen

- Verwendet das Schweizer Unternehmen für eine Datenübermittlung Standardvertragsklauseln als Garantie, ist in gewissen Fällen eine vertiefte Auseinandersetzung mit den möglichen Risiken für betroffene Personen angezeigt.
- Für viele Transfers sind die vom EDÖB als «US-Massenüberwachungsgesetze» bezeichneten Gesetze (insbes. FISA und EO) gar nicht relevant/anwendbar (weil der Empfänger in den USA kein «Electronic Service Provider» ist).
- Das Gespräch mit dem Datenimporteur oder die Analyse öffentlich zugänglicher Beschreibungen des Vorgehens des Datenimporteurs bei Behördenzugriffen, die vertragliche Zusicherung, Behördenanfragen seriös zu prüfen, sowie der Beizug erfahrener Spezialisten können dazu beitragen, Klarheit zu schaffen und überstürzte Entscheide zu vermeiden.

AUTOR



Thomas Steiner, Dr. iur., LL.M., RA, ist spezialisiert im Daten- und Technologierecht und Partner bei LAUX LAWYERS AG (www.lauxlawyers.ch).