

# **Aus Unternehmenssicht: Was gilt jetzt? Was muss jetzt getan werden?**

Folgen der Safe-Harbor-Entscheidung für die Schweiz

David Rosenthal  
2. November 2015

# Ausgangslage EU

- Urteil des EuGH hebt Entscheidung der Europäischen Kommission auf
  - Exporte aus der EU gestützt (nur) auf "Safe Harbor" sind nicht mehr zulässig
- Sind Exporte aus der EU gestützt auf EU Musterklauseln weiterhin erlaubt?
  - Sowohl "Controller-Controller" als auch "Controller-Processor"-Klauseln
  - Nationale Datenschutzbehörden können dort, wo Exporte gemäss nationalem Recht zu genehmigen sind, die Genehmigung verweigern oder gegen einzelne Exporte vorgehen (derzeit üben sie sich in "Säbelrasseln" ...)
- Zwei Szenarien im Vordergrund
  - EU erreicht von den USA zusätzliche Garantien bzw. "Safe Harbor 2.0"
  - Kommission passt die Musterklauseln an oder schränkt ihre Geltung ein
  - Frist bis Ende Januar 2016
- Anerkennung der Schweiz als sicheres Drittland kann nur der EuGH aufheben

# Ausgangslage CH

- Drei Stellungnahmen des EDÖB nach dem Urteil (<http://goo.gl/KvVV3e>)
  - 1. Stellungnahme vom 7.10.2015
    - Abwarten
    - International koordiniertes Vorgehen nötig
  - 2. Stellungnahme vom 22.10.2015
    - Exporte in die USA nur noch nach Art. 6 Abs. 2 DSGVO
    - Anpassung der Länderliste (Safe Harbor wird gestrichen)
    - Verträge sind bis Ende Januar 2016 um zwei zusätzliche Anforderungen (Information, Rechtsschutz) zu ergänzen
  - 3. Stellungnahme vom 28.10.2015
    - (Doch) kein Alleingang betr. EU Musterklauseln ("Der EDÖB hofft, dass bis Ende Januar 2016 darüber Klarheit herrscht.")
    - Die zwei Anforderungen werden relativiert und präzisiert

## 2. Stellungnahme des EDÖB

Folgendes muss dabei geregelt werden:

- Personen, deren Daten in die USA übermittelt werden, müssen klar und umfassend über die möglichen Behördenzugriffe informiert werden, damit sie ihre Rechte wahrnehmen können. Der Vertrag zum Austausch von Personendaten sollte die beteiligten Parteien dahingehend verpflichten.
- Die Parteien müssen sich verpflichten, betroffenen Personen die für einen wirksamen Rechtsschutz notwendigen Behelfe zur Verfügung zu stellen, entsprechende Verfahren tatsächlich durchzuführen und darauf ergehende Urteile zu akzeptieren.

Der EDÖB verlangt von den betroffenen Unternehmen, die notwendigen vertraglichen Anpassungen bis Ende Januar 2016 vorzunehmen. Zudem prüft er in Koordination mit europäischen Behörden, ob weitere Massnahmen zur Sicherstellung der Grundrechte erforderlich sind.

### 3. Stellungnahme des EDÖB

Da es nicht möglich sein wird, die auch durch das EuGH gerügten Datenzugriffe durch US-Behörden vertraglich einzudämmen, empfiehlt der EDÖB jedoch bereits heute, in Anwendung von Art. 4 Abs. 4 DSGVO die Transparenz gegenüber den betroffenen Personen zu erhöhen. In Analogie zum für der Übermittlung von Bankmitarbeiterdaten einzuhaltenden Vorgehen müssen die betroffenen Personen darüber informiert werden, dass ihre Daten in die USA übermittelt werden und dass die dortigen Behörden darauf zugreifen könnten. Dies bedeutet indessen nicht, dass beispielsweise bei regelmässigen und/oder automatisierten Datenübermittlungen über jede einzelne Übermittlung oder gar über jeden einzelnen möglichen Behördenzugriff informiert werden muss. Ein solches Vorgehen wäre denn auch nicht praktikabel. Eine generelle Information im oben erwähnten Sinne erachtet der EDÖB im Lichte von Art. 4 Abs. 4 DSGVO hingegen für notwendig, da die betroffenen Personen ihre ihnen zustehenden Rechte anders nicht wahrnehmen können. Zudem müssen sich die Vertragsparteien verpflichten, betroffene Personen bei der Geltendmachung ihrer Rechte gegenüber ausländischen Behörden, wo immer möglich, zu unterstützen und bei hängigen Verfahren in der Schweiz geplante Datenlieferungen aufzuschieben resp. bereits stattfindende einstweilen auszusetzen.

# Art. 6 DSGVO

- 1 Personendaten dürfen nicht ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet.
- 2 Fehlt eine Gesetzgebung, die einen angemessenen Schutz gewährleistet, so können Personendaten ins Ausland nur bekannt gegeben werden, wenn:
  - a. hinreichende Garantien, insbesondere durch Vertrag, einen angemessenen Schutz im Ausland gewährleisten;
  - b. die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt hat; [...]
- 3 Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (Beauftragte, Art. 26) muss über die Garantien nach Absatz 2 Buchstabe a und die Datenschutzregeln nach Absatz 2 Buchstabe g informiert werden. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten dieser Informationspflicht.

# Was gilt jetzt?

- **Der Entscheid des EuGH hat rechtlich keine Wirkung auf die Schweiz**
  - Kann die Schweiz höchstens mittel- und langfristig unter Druck setzen, selbst ebenfalls keine Safe-Harbor-Exporte mehr zu erlauben
  - EuGH-Entscheid gilt als politischer Entscheid; soll Druck auf USA ausüben
- **Schweizer "Safe Harbor" gilt (rechtlich) nach wie vor**
  - EDÖB kann es nicht aufheben; wesentlich ist, ob die US-Regierung das tut
  - EDÖB erachtet das Schutzniveau seit dem EuGH-Urteil als ungenügend
  - Darüber kann man diskutieren; warum aber der plötzliche Meinungswandel?
  - Safe Harbor 1.0 mag *de facto* tot sein, aber es gibt keine neuen Umstände, welche die bisherige Beurteilung seiner Angemessenheit in Frage stellen
  - Risiko von Behördenzugriffen bestand seit Anerkennung (2008) und schliesst Angemessenheit nicht aus (vgl. Art. 9 der Konvention 108 des Europarats)
  - Aber: Datenexporteur kann sich nicht mehr auf die "Länderliste" berufen

# Was gilt jetzt?

- **Es gelten weiterhin dieselben Anforderungen; Art. 6 DSG ist unverändert**
  - Keine neuen Umstände, die betr. die USA eine neue Einschätzung erfordern
  - Anerkannte Musterklauseln sowie geprüfte Vertragsklauseln und Binding Corporate Rules (BCR) können weiterhin verwendet werden
    - Gesetzgeber hat Risiko des fremden Behördenzugriffs bei nur vertraglich abgesicherten Datenschutz akzeptiert; der EDÖB kann das nicht ändern
    - Der EDÖB hat eigenen Mustervertrag ebenfalls unverändert gelassen
  - Keine veränderten Informationspflichten bezüglich den USA
    - Keine Frage von Art. 6 DSG; Art. 4 Abs. 4 DSG regelt Datenbeschaffung
    - Grundsätzlich ist keine Information über ein Auslands-Outsourcing nötig
    - Das "Bankmitarbeiterdaten-Verfahren" betraf eine völlig andere Situation
  - Es gab noch nie eine Pflicht zum Rechtsbeistand bei Klagen gegen Behörden



# Was muss getan werden?

- **Lageanalyse:** In welchen Fällen werden Datenexporte in die USA mit Bezug auf Art. 6 DSG nur auf Basis des Schweizer Safe Harbor abgesichert?
  - Davon unterscheiden: Vertragsregelungen nach Art. 10a DSG; sie können auch für Art. 6 Abs. 2 lit. a DSG genügen, müssten dann aber dem EDÖB zur Prüfung vorgelegt werden (Art. 6 Abs. 3 DSG), was meist nicht sinnvoll ist
- **Bestehende Safe-Harbor-Exporte:** Mit den Datenempfängern zusätzlich die Geltung der EU-Musterklauseln vereinbaren (Zusatzvertrag genügt)
  - Achtung: Betroffene Service-Provider werden womöglich nicht pro-aktiv über die Möglichkeit solcher Zusatzverträge informieren (Verantwortlichkeit liegt beim Exporteur, aber da Schweizer Safe Harbor noch gilt, besteht keine Eile)
  - Falls bisher noch keine EU-Musterklauseln eingesetzt worden sind, muss der Einsatz solcher Klauseln (einmalig) dem EDÖB in allgemeiner Form mitgeteilt werden (Art. 6 Abs. 3 DSG, Art. 6 VDSG)

What does the European Court of Justice's decision mean for my company's use of Salesforce services?

Trust is Salesforce's #1 value and nothing is more important than the success of our customers. To ensure that our customers may continue to validate transfers of personal data from Europe to the U.S. under EU data protection laws, Salesforce is immediately offering its customers a **data processing addendum** incorporating the European Commission's standard contractual clauses commonly known as "**model clauses**." Please note that the model clauses will apply to the extent there is not another legal basis in place to validate the transfer of personal data from the EU to the U.S.

<http://www.salesforce.com/company/privacy/data-processing-addendum-faq.jsp>

# Was muss getan werden?

- **Exporte nicht (nur) mit Safe Harbor:** In diesen Fällen besteht in der Schweiz bisher kein Handlungsbedarf, sofern Exporte schon bisher DSGVO-konform waren
  - Es ist aber denkbar, dass nächstes Jahr eine Anpassung auch dieser Verträge an neue EU-Musterklauseln erforderlich wird, und in der Folge *de facto* auch bei etwaigen individuellen Verträgen und BCR (also: Liste führen!)
- **Exporte, die erstmals stattfinden:** Hier ist der Einsatz der EU-Musterklauseln (oder Schweizer Klauseln) zu empfehlen
  - Auch neue BCR (und Individualverträge) sind möglich, aber die bestehenden Unsicherheiten seitens EDÖB werden die Prüfung durch ihn wohl verzögern
  - Einwilligung als Rechtfertigung für Exporte war schon immer heikel, da sie jederzeit zurückgezogen werden kann und meist nicht lückenlos vorliegt
  - Notifikation nach Art. 6 Abs. 3 DSGVO ist nötig; der EDÖB könnte die Information benutzen, um seine eigenen Ansichten durchzusetzen ...

# Art. 6 Abs. 3 DSGVO

- EDÖB verlangt im Rahmen von Meldungen nach Art. 6 Abs. 3 DSGVO seit "Snowden" regelmässig Angaben, auf die er ohne Eröffnung einer Sachverhaltesabklärung nach Art. 29 Abs. 1 lit. c DSGVO keinen Anspruch hat



Darüber hinaus ist zu beachten, dass bei der Erfüllung der Informationspflicht ohne Zustellung der verwendeten Garantien folgende Angaben gemacht, werden müssen:

1. Zweck der Datensammlung
2. Bezeichnung des Landes bzw. der Länder in welchen ausgelagert wird
3. Zweck der Datenbearbeitung im Ausland
4. Kategorien der Datenempfänger

- **Empfehlung:** Den EDÖB freiwillig über den Anlass der Information informieren (ohne Details, ggf. beispielhaft), dies aber nicht als Teil der Information nach Art. 6 Abs. 3 DSGVO um etwaige Nachmeldepflichten bei Änderungen zu verhindern

# Was muss getan werden?

- **Keine zusätzliche Information:** Betroffene sind wie bisher aufzuklären
  - Über Outsourcing ins Ausland muss normalerweise nicht informiert werden
  - Falls doch eine Information über Export: Es geht nicht nur um die USA!
  - Zugriffsmöglichkeit durch ausländische Behörden ist i.d.R. offenkundig
  - Derzeitige Verunsicherung kann jedoch eine Information faktisch erfordern
- **Kein zusätzlicher Rechtsschutz:** Es genügen die bisherigen Massnahmen
  - Schon bisher ...
    - musste der Importeur informieren, falls er nicht (mehr) in der Lage war, den Vertrag im Wesentlichen einzuhalten (z.B. wegen Behördenzugriffen)
    - war es Sache des Exporteur, den Vertrag bei Bedarf gegen den Importeur zivilrechtlich durchzusetzen; schon bisher konnten auch Betroffene klagen
    - mussten Verfügungen Schweizer Gerichte befolgt werden
  - Will der Betroffene gegen US-Behörden klagen, so ist das seine Sache

# Schlussbemerkungen

- Die Äusserungen und Forderungen des EDÖB haben für viel Verwirrung und Unmut gesorgt – hoffentlich lässt er es nun "gut" sein; er muss nichts beweisen
- Selbstverständlich macht es Sinn, für einen besseren Datenschutz zu kämpfen
- Aber so zu tun, als seien Safe-Harbor-Datentransfers in die USA *plötzlich* völlig ungenügend, ist nicht gerechtfertigt; warum war Safe Harbor bisher genügend?
- Selbstverständlich ist es sinnvoll, über die Tauglichkeit solcher Instrumente und anderen Möglichkeiten zum Datenschutz zu diskutieren und zu verhandeln
- Über Systemwechsel entscheidet nicht der EDÖB, sondern der Gesetzgeber
- Die "Aufregung" um Safe Harbor beweist, wie wichtig es für Unternehmen ist, über ihre datenschutzrechtlichen Massnahmen (*i.c.* Verträge) im Bilde zu sein
- Es gibt keinen Grund für ein überstürztes Handeln oder gar Panik
- Umstellung von Transfers von Safe Harbor 1.0 auf EU-Musterklauseln ist sicher sinnvoll (und problemlos durchzuführen), aber das letzte Wort in dieser Sache ist noch nicht gesprochen ...

**Danke für Ihre Aufmerksamkeit.**

**David Rosenthal**

david.rosenthal@homburger.ch

T +41 43 222 10 00

**Homburger AG**

**Prime Tower**

**Hardstrasse 201 | CH-8005 Zürich**

**Postfach 314 | CH-8037 Zürich**

**[www.homburger.ch](http://www.homburger.ch)**