



Stellungnahme zur Übermittlung von Personendaten in die USA und weitere Staaten ohne angemessenes Datenschutzniveau i.S.v. Art. 6 Abs. 1 DSG

1. Bedeutung und Wirkung der Staatenliste des EDÖB

Gemäss Art. 7 VDSG¹ führt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) eine öffentlich zugängliche Liste von Staaten über die Angemessenheit des von diesen Ländern gewährleisteten Datenschutzes i.S. von Art. 6 DSG².

Bei der Führung der Liste berücksichtigt der EDÖB:

- die Gesetzgebung und deren praktische Umsetzung durch die Staaten sowie deren Beurteilung durch Lehre und Rechtsprechung;
- Datenschutzrechtliche Konventionen, Publikationen, Stellungnahmen und Beschlüsse in- und ausländischer Institutionen und Behörden zur Gleichwertigkeit oder Angemessenheit des von anderen Staaten oder internationalen Organisationen gewährleisteten Datenschutzniveaus.

Eine Vielzahl von staatlichen Angemessenheitsbeschlüssen hat dazu geführt, dass die Schweiz heute mit den Ländern der Europäischen Union (EU) resp. des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR), aber auch aussereuropäischen Nationen wie Argentinien, Kanada, Neuseeland oder Uruguay zu einem Kreis von Nationen gehört, die gegenseitig vom Bestehen eines gleichwertigen und angemessenen Datenschutzniveaus ausgehen³, sodass der Transfer von Personendaten zwischen der Schweiz und diesen Staaten in der Regel ohne besondere Schutzmassnahmen gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG erfolgen kann, wie dies im innerstaatlichen Verkehr der Fall ist.

Die Anerkennung der Angemessenheit durch diese Staaten erfasst deren Datenschutzgesetzgebungen als Ganzes und damit auch die Voraussetzungen, unter denen die unter diesen Staaten ausgetauschten Personendaten in Drittstaaten exportiert werden. Vor diesem Hintergrund besteht zwischen diesen Staaten - und somit auch zwischen der Schweiz und den Staaten der EU resp. des EWR - die gegenseitige Erwartung, dass die Staatenlisten derart geführt werden, dass es zu keinen Umgehungen des gemeinsam für angemessen erachteten Schutzniveaus kommt. Ein gegenseitiger Abstimmungsbedarf entsteht namentlich, wenn es zu einer Neuurteilung der Angemessenheit eines Drittstaates gekommen ist, wie es in den EU/EWR-Staaten⁴ infolge der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) mit Blick auf die USA aktuell der Fall ist.

¹ Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 14. Juni 1993, SR 235.11

² Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, SR 235.1

³ S. insbesondere die Beschlüsse der Europäischen Kommission in Anwendung von Art. 25 RL und vgl. dazu Ziff. 2.3.3 der Erläuterungen des BJ zur Revision der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 14. Juni 1993: Erläuterungen zum Entwurf vom 18. Januar 2007, welche sich noch auf die RL 95/46/EG vom 24.10.1995 beziehen.

⁴ Die Aufhebung des Angemessenheitsbeschlusses ist in den EWR-Efta-Staaten direkt anwendbar.



Die Liste dient als Hilfsmittel für Schweizer Datenexporteure, das eine generelle behördliche Einschätzung über das in den aufgeführten Ländern herrschende Datenschutzniveau i.S. einer widerlegbaren Vermutung wiedergibt. Die Liste entbindet Datenexporteure nicht von ihrer Pflicht, das vermutete Schutzniveau bei Vorliegen von Anhaltspunkten für Datenschutzrisiken im konkreten Fall zu hinterfragen und gegebenenfalls Schutzmassnahmen i.S.v. Art. 6 Abs. 2 DSG zu veranlassen oder allenfalls gar gänzlich vom Export abzusehen.

Die Liste und die damit verbundenen Einschätzungen stehen unter dem Vorbehalt einer abweichenden Rechtsprechung schweizerischer Gerichte, die vom EDÖB entsprechend zu beachten wäre.

2. Listenplatzierung der USA

Die Länder, deren Gesetzgebung gemäss der Staatenliste des EDÖB einen «angemessenen Schutz» i.S.v. Art. 6 Abs. 1 DSG gewährleisten, figurieren in deren ersten Spalte. Die USA gehörten seit Bestehen dieser Liste nie zur Gruppe dieser Staaten. Aufgrund dieser Einschätzung sind bei einem Transfer von Personendaten von der Schweiz in die USA im Allgemeinen die von Art. 6 Abs. 2 DSG aufgeführten Schutzmassnahmen zu treffen.

2.1 Vereinfachung des Datentransfers im Rahmen von «Privacy Shield»

Infolge einer partiellen Vereinfachung des Datentransfers hat der EDÖB die USA in dessen seit dem 11.1.2017 auf der Staatenliste in der zweiten Spalte «angemessener Schutz unter bestimmten Voraussetzungen» aufgeführt. In der Spalte «Bemerkungen» wird unter Verweis auf das Regime «Privacy Shield» auf Grundlage der unilateralen Erklärungen zwischen den US- und Schweizer Regierungsstellen vom 9.1. und 12.1.2017 (nachfolgend PS CH) für die USA partiell ein angemessenes Datenschutzniveau i.S.v. Art. 6 Abs. 1 DSG angenommen. Diese Annahme ist partiell, weil sie sich auf den Datenverkehr mit US-Unternehmen beschränkt, die sich einem besonderen Zertifizierungsverfahren unterworfen haben, welches die USA der Schweiz und der EU im Rahmen des Regimes PS nach Massgabe praktisch identischer Regeln separat zugesichert haben⁵.

2.2 Jährliche Evaluation

Zur Überprüfung der Funktionsweise sieht das Regime PS einen jährlichen Joint Review vor. Seit Inbetriebnahme des PS CH fanden zwei Joint Reviews der Schweizer Delegation (SECO, EDÖB) und Stellen der US Regierung statt (20.10.2018 und 14.9.2019). Diese erfolgten jeweils im Anschluss an die Joint Reviews durch Vertreter der Europäischen Kommission und des Europäischen Datenschutzausschusses (EDSA), an dem die Schweizer Delegation mit Beobachterstatus anwesend war.

⁵ Vgl. dazu die Mitteilungen des EDÖB unter:

<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/handel-und-wirtschaft/uebermittlung-ins-ausland/datenuebermittlung-in-die-usa.html>



Anlässlich der letzten Aktualisierung der Listenplatzierung der USA vom 11.1.2017 hat sich der EDÖB ausdrücklich vorbehalten, zu einer Anpassung der Liste zu schreiben, wenn er dies aufgrund seiner Erkenntnisse über den tatsächlichen Vollzug des PS CH durch die USA unter Berücksichtigung der Rechtsprechung der schweizerischen Gerichte und allenfalls auch der Justiz in der EU als angezeigt erachten sollte⁶.

2.3 Zugriff auf Personendaten durch US-Behörden

Das Regime PS betreffend die Schweiz bietet Lösungen für zwei Anwendungsbereiche: einerseits den Datenaustausch im kommerziellen Bereich, das heisst die Einhaltung der Schweizer Datenschutzgrundsätze durch die zertifizierten US Unternehmen, und andererseits Garantien bei Zugriffen von US-Behörden auf die transferierten Personendaten. Bei Letzteren geht es insbesondere um Massenerhebungen der Daten von Nicht-US Bürgern zum Zweck der Terrorbekämpfung und der nationalen Sicherheit⁷. Solche Zugriffe gehen Vereinbarungen für kommerzielle Zwecke zwischen den Schweizer und US Vertragsparteien vor.

Bei der datenschutzrechtlichen Beurteilung des US-behördlichen Zugriffs hat sich der EDÖB im Wesentlichen auf die Informationen gestützt, die anlässlich der oben erwähnten EU Reviews offengelegt wurden. Aufgrund dieser Tatsache und angesichts des Umstandes, dass die Schweiz und die EU ihre Datenschutzgesetzgebungen als äquivalent anerkennen, hat sich der EDÖB bezüglich der US-behördlichen Zugriffe den meisten Kritikpunkten des EDSA anschliessen können, soweit sich diese auch aus dem schweizerischen Datenschutzrecht ableiten liessen.

So hielt der EDÖB in seinen Review-Berichten fest, dass es zum einen auch für die Betroffenen in der Schweiz an durchsetzbaren Rechtsansprüchen in den USA fehlt, zumal die Wirksamkeit des sog. Ombudsperson-Mechanismus, der einen indirekt durchsetzbaren Rechtsbehelf garantieren soll, mangels Transparenz nicht beurteilt werden kann. Weiter hat der EDÖB gerügt, dass die Entscheidkompetenzen der Ombudsperson gegenüber den US-Nachrichtendiensten sowie ihre tatsächliche Unabhängigkeit ohne hinreichend konkrete und schlüssige Informationen unbelegt bleiben und dass das daraus abzuleitende Fehlen von Garantien vor dem Hintergrund des Anspruchs auf einen Rechtsweg nach Art. 29 ff. BV⁸ für die Durchsetzung der den Betroffenen in der Schweiz nach Art. 13 Abs. 2 BV sowie Art. 8 EMRK⁹ zustehenden Rechte höchst problematisch sei¹⁰. Trotz dieser Beanstandungen hat der

⁶ Vgl. Mitteilung des EDÖB vom 11.1.2017:

<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/handel-und-wirtschaft/uebermittlung-ins-ausland/datenebermittlung-in-die-usa/swiss-us-privacy-shield--neuer-rahmen-fuer-datenebermittlungen-.html>

⁷ Nach Section 702 Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) und Executive Order 12 333 (E.O. 12 333).

⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101

⁹ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101

¹⁰ Vgl. <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/handel-und-wirtschaft/uebermittlung-ins-ausland/datenebermittlung-in-die-usa.html>. Damit der Einzelne die datenschutzrechtlichen Ansprüche, die sich aus Art. 13 Abs. 2 BV ergeben, wirksam geltend machen kann, muss er seine Rech-



EDÖB den Eintrag zum Datenschutzniveau der USA auf seiner Länderliste unverändert belassen. Zunächst wollte er wie der EDSA den USA ermöglichen, Verbesserungen vorzunehmen. Für dieses Vorgehen sprach auch, dass damit der Vollzug des PS zugunsten der Schweizer Kunden zertifizierter US-Unternehmen ungefährdet blieb.

2.4 Entscheidung des EuGH in Sachen Schrems II

Leider haben die USA diesbezüglich trotz der von der EU und der Schweiz im Rahmen der PS-Evaluationen geübten Kritik und der dazu im US-Kongress geführten Diskussionen bis heute keine Änderungen vorgenommen¹¹. Vor diesem Hintergrund erklärte das am 16. Juli 2020 ergangene Urteil des EuGH in der Rechtssache C-311/18 Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Ltd und Maximilian Schrems (nachfolgend EuGH Urteil)¹² den Angemessenheitsbeschluss 2016/1250 der EU-Kommission betreffend die unter dem Regime PS zertifizierten US-Unternehmen für ungültig¹³.

Somit gelten nach dem EuGH für alle Exporte von Personendaten aus der EU in die USA fortan die Vorschriften nach Art. 46 der EU Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO). Gemäss dem Urteil stehen somit in erster Linie die Bearbeitungsverantwortlichen und in zweiter Linie die Datenschutzbehörden in den EU-Mitgliedländern in der Pflicht, von Fall zu Fall zu beurteilen, ob sich aufgrund der Standardvertragsklauseln (SCC¹⁴) gem. Art. 46 Abs. 2 DSGVO ein mit dem EU-Recht kompatibler Datenexport in die USA in der Praxis bewerkstelligen lasse. Falls dies verneint werden muss, seien Datenexporte aus der EU in die USA von den Verantwortlichen entweder in eigener Initiative oder auf Geheiss der Datenschutzaufsichtsbehörde des zuständigen EU/EWR -Mitgliedstaates einzustellen und bereits exportierte Personendaten zu löschen (bezüglich EWR vgl. Fussnote 4).

Mit Blick auf den Umstand, dass sich Zugriffe ausländischer Sicherheitsbehörden durch SCC nicht rechtlich verhindern lassen, verwies der Gerichtshof auf den EDSA, dem es nun obliege, unter Art. 65 Abs. 1 c DSGVO die nötigen Vorgaben zum Schutz der Daten der betroffenen EU/EWR -Einwohner zu machen (bezüglich EWR vgl. Fussnote 4). Bis zum heutigen Zeitpunkt hat der EDSA FAQ vom 23. Juli 2020¹⁵, die laufend ergänzt werden sollen, veröffentlicht.

te notfalls auf dem Rechtsweg durchsetzen können. Der grundrechtliche Anspruch auf Schutz vor Datenmissbrauch beinhaltet deshalb auch einen **Anspruch auf Rechtsschutz** (Eva Maria Belser, in Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N 104).

¹¹ FISA 702 wurde 2018 für weitere 6 Jahre verlängert (FN1 - PUBLIC LAW 115–118—JAN. 19, 2018). Die in der Zwischenzeit auch in den USA öffentlich geübte Kritik an FISA, haben für die Einwohner der Schweiz zu keinen wesentlichen Verbesserungen des Datenschutzes geführt. Daran ändern auch die zurzeit hängigen Gesetzesentwürfe im Zusammenhang mit FISA nichts.

¹² <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-311/18>

¹³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A32016D1250>

¹⁴ SCC steht für «Standard Contractual Clauses».

¹⁵ https://edpb.europa.eu/news/news/2020/european-data-protection-board-publishes-faq-document-cjeu-judgment-c-31118-schrems_de



3. Aktualisierung der Listenplatzierung der USA

3.1 Tragweite der EuGH-Rechtsprechung für die Schweizer Wirtschaft

Da die Schweiz nicht Mitglied der EU ist, ist das erwähnte Urteil des EuGH für sie rechtlich nicht verbindlich.

Nach Art. 3 der DSGVO werden das Datenschutzrecht der EU und die darauf gestützte Rechtsprechung des EuGH jedoch von den Behörden und Gerichten der EU resp. des EWR auch gegenüber Schweizer Unternehmen angewendet, wenn Letztere in der dort genannten Weise Daten bearbeiten. Schweizer Unternehmen müssen deshalb davon ausgehen, dass diese ausländischen Behörden gegebenenfalls verlangen, dass sie sich beim Export von Personendaten unter Androhung von Bussen an die Vorgaben des EU-Rechts halten. Namentlich, wenn sie Daten von Einwohnern der EU resp. des EWR bearbeiten (bezüglich EWR vgl. Fussnote 4).

Zurzeit liegt in der Schweiz keine mit dem erwähnten Urteil des EuGH vergleichbare Judikatur vor. Es ist somit offen, ob Schweizer Gerichte in Anwendung von Art. 6 des schweizerischen DSG mit Blick auf Datenzugriffe von US-Behörden zu gleichen Schlüssen gelangen würden wie der EuGH in Anwendung der DSGVO.

Angesichts dieser Ausgangslage sieht sich der EDÖB mit Rücksicht auf das allgemeine Prinzip der Rechtsstaatlichkeit und das Bedürfnis nach Rechtssicherheit veranlasst, die aktuelle Listenplatzierung der USA nicht nur neu zu beurteilen, sondern im Falle einer Anpassung auch rechtlich näher zu begründen.

3.2 Grundsätze der rechtmässigen Datenbearbeitung nach DSG verletzt

Der EDÖB hielt in den vorerwähnten Review-Berichten fest:

- dass für die Betroffenen in der Schweiz bei Datenzugriffen von US-Behörden durchsetzbare Rechtsansprüche fehlen, zumal sich die Wirksamkeit des sog. Ombudsperson-Mechanismus, der einen indirekt durchsetzbaren Rechtsbehelf garantieren soll, mangels Transparenz nicht beurteilen lässt.
- dass die Entscheidkompetenzen der Ombudsperson gegenüber den US-Geheimdiensten sowie ihre tatsächliche Unabhängigkeit ohne hinreichend konkrete und schlüssige Informationen unbelegt bleiben.

Dieser Mangel an Transparenz und das daraus abzuleitende Fehlen von Garantien bei Eingriffen der US-Behörden in die Privatsphäre und informationelle Selbstbestimmung von Personen in der Schweiz erachtet der EDÖB als unvereinbar.

- mit dem Anspruch dieser Personen auf einen Rechtsweg nach Art. 29 ff. BV und Art. 15 DSG für die Durchsetzung der ihnen nach Art. 13 Abs. 2 BV sowie Art. 8 EMRK zustehenden Rechte;
- mit den Grundsätzen einer rechtmässigen Personendatenbearbeitung i.S.v. Art. 4 DSG.



3.3 Anpassung der Länderliste

Aufgrund der fehlenden Gewährleistung von Rechten, die betroffenen Personen in der Schweiz einen vergleichbaren Schutz wie Art. 13 Abs. 2 und 29 ff. BV, Art. 8 EMRK sowie Art. 4 DSG garantieren würden, gelangt der EDÖB zur Einschätzung, dass die USA die Anforderungen eines angemessenen Datenschutzes i.S.v. Art. 6 Abs. 1 DSG auch für Personendatenbearbeitungen durch US-Unternehmen, die unter dem Regime PS zertifiziert sind, verfehlen. Aufgrund dieser auf das schweizerische Recht gestützten Einschätzung gelangte der EDÖB zum Ergebnis, **den «Verweis auf einen angemessenen Datenschutz unter bestimmten Bedingungen» für die USA in der Staatenliste des EDÖB zu streichen.**

Wie erwähnt, steht diese Einschätzung des EDÖB unter dem Vorbehalt einer abweichenden Rechtsprechung schweizerischer Gerichte.

Die aktualisierte Einschätzung des EDÖB, wonach die auf das PS CH gestützte Personendatenbearbeitung die partielle Angemessenheit des Datenschutzniveaus i.S.v. Art. 6 Abs. 1 DSG verfehlt, kann mangels einer entsprechenden Zuständigkeit des EDÖB keinen Einfluss auf das Weiterbestehen des Regime PS CH haben. Auf Letzteres können sich betroffene Personen in der Schweiz berufen, solange dieses seitens der USA nicht widerrufen wird. **Die Bemerkungen zum Regime PS in den Bemerkungen der Länderliste werden deshalb beibehalten, aber wie folgt angepasst:**

«Datenbearbeiter, die in Bezug auf Personendaten, welche aus der Schweiz stammen, dem Regime Privacy Shield zwischen den USA und der Schweiz beitreten und auf der Liste des U.S. Department of Commerce verzeichnet sind, gewähren Personen in der Schweiz besondere Schutzrechte. Letztere genügen den Anforderungen an einen angemessenen Datenschutz i.S. des DSG jedoch nicht.»

4. Vertragliche Garantien

Vertragliche Garantien wie die auch in der Schweiz häufig verwendeten SCC¹⁶ der EU oder wie sog. «Binding Corporate Rules» vermögen den Zugriff auf Personendaten durch ausländische Behörden nicht zu verhindern, wenn das öffentliche Recht des Importstaates vorgeht und den behördlichen Zugriff auf die transferierten Personendaten ohne hinreichende Transparenz und Rechtsschutz der Betroffenen erlaubt. Dies ist nicht nur für die Bekanntgabe von Personendaten in die USA, sondern in zahlreiche andere, nachfolgend als «nicht gelistete Staaten» bezeichnete Länder mit ungenügendem Rechtsschutz der Fall. Dementsprechend muss davon ausgegangen werden, dass die SCC und vergleichbare Klauseln die Anforderungen an vertragliche Garantien nach Art. 6 Abs. 2 lit. a DSG für eine Datenübermittlung in nicht gelistete Staaten in vielen Fällen nicht erfüllen.

¹⁶ Dasselbe gilt für den Outsourcing-Standardvertrag des EDÖB.



4.1 Praktische Hinweise für die Schweizer Unternehmen

Bei künftigen Übermittlungen in nicht gelistete Staaten ist die stets geforderte Einzelprüfung vom Datenexporteur mit besonderer Sorgfalt durchzuführen:

- a) Sollte sich die Datenbekanntgabe auf vertragliche Garantien wie die SCC i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. a DSG stützen, ist eine Risikoabschätzung vorzunehmen. Dabei prüft der Exporteur, ob die Klauseln die in dem nicht gelisteten Staat bestehenden datenschutzrechtlichen Risiken abdecken. Gegebenenfalls sind die Klauseln zu ergänzen, wobei solche Ergänzungen im Falle eines derogatorischen Vorrangs des öffentlichen Rechts dieses Staates von beschränkter Wirkung sind, wie nachfolgend unter b) ausgeführt wird.
- b) Bei der Prüfung der datenschutzrechtlichen Risiken ist insbesondere relevant, ob die Daten an ein Unternehmen des nicht gelisteten Staates geliefert werden, das besonderen Zugriffen der dortigen Behörden unterworfen ist¹⁷. Weiter ist zu prüfen, ob die ausländische Empfängerpartei berechtigt und in der Lage ist, die zur Durchsetzung der schweizerischen Datenschutzgrundsätze nötige Mitwirkung zu leisten. Muss dies verneint werden, laufen die in den Standardvertragsklauseln vorgesehenen Mitwirkungspflichten ins Leere.
- c) Der schweizerische Datenexporteur muss in solchen Fällen technische Massnahmen prüfen, die den Behördenzugriff auf die übermittelten Personendaten im Zielland faktisch verhindern. Bei der Datenhaltung im Sinne eines reinen Cloud-Betriebs durch Dienstleister in einem nicht gelisteten Staat wäre z.B. eine Verschlüsselung denkbar, welche nach den Prinzipien BYOK (bring your own key) und BYOE (bring your own encryption) umgesetzt ist, so dass im Zielland keine Klardaten vorliegen und der Dienstleister keine Möglichkeit hat, die Daten selber aufzuschlüsseln. Bei über die reine Datenhaltung hinausgehenden Dienstleistungen im Zielland gestaltet sich der Einsatz solcher technischen Massnahmen indessen als anspruchsvoll. Soweit solche Massnahmen nicht möglich sind, empfiehlt der EDÖB auf die Übermittlung von Personendaten in den nicht gelisteten Staat gestützt auf vertragliche Garantien zu verzichten.

4.2 Weitere Erkenntnisse und Hinweise

Der EDÖB ist bestrebt, den Schweizer Unternehmen zu gegebener Zeit weitere Hinweise zum datenschutzvertraglichen Export von Personendaten in die USA und andere nicht gelistete Drittstaaten zu geben. Er wird dies tun, sobald weitere Erkenntnisse wie einschlägige Entscheide schweizerischer Gerichte oder angekündigte Stellungnahmen des EDSA vorliegen.

Publiziert: 08.09.2020

¹⁷ Im Falle der USA ist zu prüfen, ob das betreffende US Unternehmen unter die US Massenüberwachungsgesetze fällt (insbesondere Section 702 FISA und EO 12 333), wie z.B. «Electronic Communication Service Providers».