

Spies: Datenschutzbeauftragte: Keine „Genehmigungen“ mehr zum
USA-Datenexport nach Safe Harbor – ist das rechtlich möglich?

ZD-Aktuell
2013, 03691

Datenschutzbeauftragte: Keine „Genehmigungen“ mehr zum USA-Datenexport nach Safe Harbor – ist das rechtlich möglich?

Dr. Axel Spies ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Bingham McCutchen LLP in Washington DC und Mitherausgeber der ZD.

Eine Presseerklärung der deutschen Datenschutzbeauftragten hat, wie in ZD-Aktuell berichtet (Voigt, ZD-Aktuell 2013, 03165), in der Industrie mit US-Geschäftsbezug und bei einigen US-Unternehmen Staub aufgewirbelt. Die Frage ist, ob die Übertragung von personenbezogenen Daten aus Deutschland in die USA noch rechtssicher erfolgen kann, wenn der Empfänger nach dem EU/US-Safe Harbor-Programm registriert ist, bzw. wenn zwischen dem Datenexporteur und dem Datenimporteur ein Vertrag nach den EU-Standardklauseln (Standard Contractual Clauses) abgeschlossen worden ist. Nachfolgend eine Kurzanalyse zu den Konsequenzen.

1. Inhalt der Erklärung

Ausweislich der Presseerklärung der *Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder* v. 24.7.2013 „fordert die *Konferenz die Bundesregierung* auf, plausibel darzulegen, dass der unbeschränkte Zugriff ausländischer Nachrichtendienste auf die personenbezogenen Daten der Menschen in Deutschland effektiv i.S.d. genannten Grundsätze begrenzt wird. Bevor dies nicht sichergestellt ist, werden die Aufsichtsbehörden für den Datenschutz keine neuen Genehmigungen für die Datenübermittlung in Drittstaaten (z.B. auch zur Nutzung bestimmter Cloud-Dienste) erteilen und prüfen, ob solche Datenübermittlungen auf der Grundlage des Safe Harbor-Abkommens und der Standardvertragsklauseln auszusetzen sind.“

Zum Thema Safe Harbor/Standardklauseln und die Aussetzung der Datenübermittlung heißt es in der Erklärung: „Die *EU-Kommission* hat in mehreren Entscheidungen Grundsätze des „sicheren Hafens“ (Safe Harbor) zum Datentransfer in die USA (2000) und Standardvertragsklauseln zum Datentransfer auch in andere Drittstaaten (2004 und 2010) festgelegt. Die Beachtung dieser Vorgaben soll gewährleisten, dass personenbezogene Daten, die in die USA oder andere Drittstaaten übermittelt werden, dort einem angemessenen Datenschutzniveau unterliegen. Allerdings hat die *Kommission* stets betont, dass die nationalen Aufsichtsbehörden die Datenübermittlung dorthin aussetzen können, wenn eine „hohe Wahrscheinlichkeit“ besteht, dass die Safe Harbor-Grundsätze oder Standardvertragsklauseln verletzt sind. Dieser Fall ist jetzt eingetreten.“

2. Rechtliche Auswirkungen der Erklärung

Diese Erklärung wurde teilweise in der deutschen Presse so interpretiert, dass die deutschen Datenschutzbeauftragten mitgeteilt hätten, dass sie keine „Genehmigungen“ mehr nach dem EU/US-Safe Harbor-Abkommen erteilen würden. Allerdings gibt es für solche Datenexporte in die USA nach deutschem Recht, wie *Voigt* (ZD-Aktuell 2013, 03165) zu Recht betont, kein solches rechtliches Erfordernis: Das Safe Harbor-Abkommen bzw. die sog. EU-Standardvertragsklauseln basieren auf Entscheidungen der *EU-Kommission* und sind damit – rechtlich gesehen – einer weitergehenden Überprüfung durch die nationalen Datenschutzbehörden entzogen. Die *Kommission* hat in Art. 1 der Entscheidung 2000/520/EG der *Kommission* gem. der RL 95/46/EG über die Angemessenheit des von den Grundsätzen des „sicheren Hafens“ und der diesbezüglichen „Häufig gestellten Fragen“ (FAQ) festgestellt: „Es wird davon ausgegangen, dass die dieser Entscheidung als Anh. I beigefügten „Grundsätze des ‚sicheren Hafens‘ zum Datenschutz“ [...] für alle unter die RL 95/46/EG fallenden Tätigkeiten ein i. S. d. Art. 25 Abs. 2 dieser RL angemessenes Schutzniveau für personenbezogene Daten gewährleisten.“ Dies ist abschließend zu verstehen. Gem. Art. 3 Abs.1 dieser EU-Entscheidung können die zuständigen Behörden in den Mitgliedstaaten „ihre bestehenden Befugnisse ausüben“ und zum Schutz von Privatpersonen bei der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten die Datenübermittlung an eine Organisation aussetzen, die den Grundsätzen, die entsprechend den FAQ umgesetzt wurden, beigetreten ist, wenn

- „wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Grundsätze verletzt werden;
- wenn Grund zur Annahme besteht, dass die jeweilige Durchsetzungsinstanz nicht rechtzeitig angemessene Maßnahmen ergreift bzw. ergreifen wird, um den Fall zu lösen;
- wenn die fortgesetzte Datenübermittlung für die betroffenen Personen das unmittelbar bevorstehende Risiko eines schweren Schadens schaffen würde, und
- wenn die zuständigen Behörden in den Mitgliedstaaten die Organisation unter den gegebenen Umständen in angemessener Weise unterrichtet und ihr Gelegenheit zu Stellungnahme gegeben haben.“

Mit „Grundsätzen“ sind die Safe Harbor-Prinzipien gemeint, nicht die nationalen Datenschutzgrundsätze. Die Safe Harbor-Grundsätze schließen aber nicht aus, dass Sicherheitsbehörden Zugriff auf die übermittelten Daten in den USA haben. Der *Irische Datenschutzbeauftragte* glaubt z. B. nicht, dass Safe Harbor durch Prism verletzt ist. Wenn es zu einer massiven Verletzung der Safe Harbor-Prinzipien beim *US-Department of Commerce (DoC)* durch US-Unternehmen als Datenimporteure käme, wozu es derzeit keine konkreten Anhaltspunkte gibt, müsste – wenn überhaupt – die *EU-Kommission* tätig werden.

Diese Rechtsauffassung, dass die deutschen Aufsichtsbehörden i.R.d. NSA-Skandals keine Kompetenz zur Aussetzung des Datenflusses haben, wird auch durch den Wortlaut des § 4c Abs. 1 BDSG gestützt. Nach dieser Vorschrift ist im Rahmen von Tätigkeiten, die ganz oder teilweise in den Anwendungsbereich des Rechts der EU fallen, eine Übermittlung personenbezogener Daten an andere als die in § 4b Abs. 1 genannten Stellen zulässig, wenn bei ihnen ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleistet ist. Genau diese Angemessenheit wird durch Safe Harbor bzw. durch die EU-Standardvertragsklauseln bereits für Deutschland gewährleistet. Aus der Tatsache, dass gem. § 4c Abs. 2 BDSG „unbeschadet des Abs. 1 Satz 1 die zuständige Aufsichtsbehörde einzelne Übermittlungen oder bestimmte Arten von Übermittlungen personenbezogener Daten an andere als die in § 4b Abs. 1 genannten Stellen genehmigen“ kann, ergibt sich nichts anderes. Im Gegenteil, die Vorschrift zeigt im Umkehrschluss, dass es keine Untersagungsbefugnis der nationalen Aufsichtsbehörden gibt, wenn die Angemessenheit des Schutzniveaus einmal bindend durch die *EU-Kommission* festgestellt wird. Anderenfalls würde die Befugnis der *Kommission* zur Bestimmung der Angemessenheit des Schutzniveaus unterlaufen.

An dem Kompetenzproblem scheinen auch die deutschen Aufsichtsbehörden nicht so einfach vorbeizukommen, denn es heißt in der eingangs zitierten Presserklärung weiter: „Schließlich fordert die *Konferenz* die *EU-Kommission* auf, ihre Entscheidungen zu Safe Harbor und zu den Standardverträgen vor dem Hintergrund der exzessiven Überwachungstätigkeit ausländischer Geheimdienste bis auf Weiteres zu suspendieren.“ D. h. im Umkehrschluss: Wenn jemand Kompetenz in diesem Bereich hat, dann die *EU-Kommission*. Bisher gibt es allerdings keine konkreten Anhaltspunkte, dass die *EU-Kommission* einen solchen massiven Eingriff befürwortet, „Safe Harbor“ oder die EU-Standardklauseln einseitig zu suspendieren. Die *EU-Kommission* scheint die TTIP-Verhandlungen mit den Amerikanern abwarten zu wollen.

I.Ü. sind in der jüngsten Vergangenheit Bestrebungen der deutschen nationalen Aufsichtsbehörden, Erkundigungspflichten für deutsche Datenexporteure auf die Safe Harbor-Prinzipien „aufzusatteln“, nie von der amerikanischen Seite akzeptiert worden. Eine solche Initiative der deutschen Datenschutzbeauftragten gab es schon mehrmals, zuletzt in der Orientierungshilfe – Cloud Computing der *Arbeitskreise Technik und Medien der Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder* (Stand: 26.9.2011). Dort heißt es: „Solange jedoch eine flächendeckende Kontrolle der Selbstzertifizierungen US-amerikanischer Unternehmen durch die Kontrollbehörden in Europa und den USA nicht gewährleistet ist, trifft auch die Unternehmen in Deutschland eine Verpflichtung, gewisse Mindestkriterien zu prüfen, bevor sie personenbezogene Daten an ein auf der Safe Harbor-Liste geführtes US-Unternehmen übermitteln.“ Ähnliche (weniger konkrete) zusätzliche Erfordernisse für deutsche Datenexporteure hatten die obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich in einem Beschluss v. 28./29.4.2010 (überarbeitete Fassung v. 23.8.2010) aufgestellt. Der Kernsatz in diesem Beschluss lautet: „Die obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sich Daten exportierende Unternehmen bei

Übermittlungen an Stellen in die USA nicht allein auf die Behauptung einer Safe Harbor-Zertifizierung des Datenimporteurs verlassen können. Vielmehr muss sich das Daten exportierende Unternehmen nachweisen lassen, dass die Safe Harbor-Selbstzertifizierungen vorliegen und deren Grundsätze auch eingehalten werden.“ Darüber, ob dieses Aufsatteln von Pflichten den zitierten EU-Regeln und internationalen Abmachungen zu Safe Harbor entspricht, kann man zumindest geteilter Meinung sein. Meines Wissens hat es bis dato keine Sanktionen der Aufsichtsbehörden gegen deutsche Unternehmen gegeben, die diesen Nachprüfungspflichten nicht oder unzureichend Folge geleistet haben.

Allenfalls könnte die Erklärung der Datenschutzbeauftragten in zwei Fällen Bedeutung und nach deutschem Recht Bestand haben:

- Für die Genehmigung von sog. Binding Corporate Rules (BCR) – also konzernweiten Datenschutzregeln. Diese BCR bedürfen der Genehmigung der beteiligten Datenschutzbehörden. Es ist damit zu rechnen, dass die Aufsichtsbehörden verstärkt Fragen nach dem Datenzugang Dritter in den USA stellen und detailliert Auskunft verlangen werden. Die deutschen Behörden werden BCR wohl dann nicht (mehr) genehmigen, wenn die NSA und andere ausländische Geheimdienste nach den gegenwärtigen Erkenntnissen umfassend und anlasslos ohne Einhaltung der Grundsätze der Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit und Zweckbindung auf personenbezogene Daten zugreifen, die von Unternehmen in Deutschland an Stellen in den USA übermittelt werden. Die Konsequenz wird wohl sein, dass noch weniger große Unternehmen die Genehmigung von BCR beantragen werden.
- Für individualvertragliche genehmigungspflichtige Vereinbarungen gem. § 4c Abs. 2 BDSG. Nach der Presserklärung zu urteilen, werden die Aufsichtsbehörden für den Datenschutz keine neuen Genehmigungen für die Datenübermittlung in Drittstaaten erteilen. Damit können die Fälle gemeint sein, in denen die Aufsichtsbehörden sonst einen Datentransfer genehmigen müssten, also z. B. wenn der Transfer auf der Grundlage einer genehmigungspflichtigen individualvertraglichen Vereinbarung erfolgt. Das passiert relativ selten.

3. Fazit

Die o. g. Presserklärung könnte eine neue Eskalationsstufe in der Auseinandersetzung mit den Amerikanern über den Datenfluss in die USA einläuten. Zumindest führt die Initiative (parallel zu den politischen Bemühungen der deutschen *Bundesregierung* auf mehreren Ebenen um Klärung im NSA-Skandal) zu Rechtsunsicherheit bei den Datenexporteuren und -importeuren, die sich seit Jahren auf die Geltung der Safe Harbor-Prinzipien bzw. der Standardklauseln verlassen. Sollten die Aufsichtsbehörden der Presseerklärung Taten (konkret: Sanktionen) folgen lassen, ist mit Klagen der betroffenen Unternehmen zu rechnen. Wie eine solche Sanktion – den Datenfluss in die USA nach Safe Harbor oder den Standardklauseln auszusetzen – praktisch aussehen soll und wer sie in Deutschland

verhängen soll, ist ohnehin völlig offen. Viele große Unternehmen haben Server in vielen Ländern und nicht nur in Deutschland. Noch mysteriöser ist die potenzielle Suspendierung oder gar Sanktionsverhängung bei Nutzung der EU-Standardklauseln. Für die Nutzung dieser in der Praxis beliebten EU-Standardklauseln gibt es keinerlei Registrierungspflicht in Deutschland oder den USA – für viele US-Unternehmen ist das ganz klar ein handfester Vorteil gegenüber der öffentlichen Safe Harbor-Liste. Wie die Aufsichtsbehörde deren Nutzung trotz der fehlenden Registrierung dem Gleichheitsgrundsatz entsprechend aussetzen will, bleibt offen. Etwas mehr Besonnenheit statt eines Griffs an den Revolverholster hätte den Aufsichtsbehörden bei diesem politisch im Wahlkampf aufgeladenen *NSA*-Thema gut getan.

Weiterführende Links

Vgl. hierzu auch die Diskussion im Beck-Blog; ZD-Aktuell 2013, 03680 und ZD-Aktuell 2013, 03683.