Juli 2020

Employment News Nr. 50

# Schrems II: Was gilt neu für den Transfer von Mitarbeiterdaten von der Schweiz ins Ausland?

Der EuGH hat in seinem lang erwarteten Urteil «Schrems II» den EU-US-Privacy Shield für unwirksam erklärt und stellt an die Verwendung von Standardvertragsklauseln zusätzliche Anforderungen. Das Urteil wird auch für Schweizer Arbeitgeber Folgen haben bei der Übermittlung von Mitarbeiterdaten in Staaten ohne angemessenen Datenschutz.

walderwyss rechtsanwälte

Von Irène Suter-Sieber
Dr. iur, Rechtsanwältin
Partnerin
Telefon +41 58 658 56 60
irene.suter@walderwyss.com

und David Vasella
Dr. iur, Rechtsanwalt
Partner
Telefon +41 58 658 52 87
david.vasella@walderwyss.com

und Lena Götzinger
Rechtsanwältin (Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main)
Associate
Telefon +41 58 658 59 59
lena.goetzinger@walderwyss.com

Der EuGH gibt dem Datenschutz-Aktivisten Max Schrems im Verfahren gegen Facebook teilweise Recht. Mit Urteil C-311/18 vom 16. Juli 2020 hat der EuGH den EU-US-Privacy Shield für ungültig erklärt. Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte will das Urteil nun ebenfalls prüfen. Es ist damit zu rechnen, dass auch schweizerische Datentransfers in die USA zukünftig nicht mehr auf den Swiss-US-Privacy Shield gestützt werden können. Schweizer Arbeitgeber, die Gruppengesellschaften oder Drittunternehmen im Ausland z.B. mit der Spesenbuchhaltung, der Erstellung der Lohnabrechnungen oder der Führung von Mitarbeiterlisten beauftragen, sollten deshalb rechtzeitig prüfen, wie Mitarbeiterdaten (und andere Personendaten) weiterhin datenschutzkonform ins Ausland übermittelt werden können.

## Das Schrems II-Urteil des EuGH

Mit dem Urteil des EuGH C-311/18 vom 16. Juli 2020 hat der EuGH den Privacy Shield mit sofortiger Geltung für unwirksam erklärt. Bislang hatte der EU-US-Privacy Shield gemäss dem Angemessenheitsbeschluss der EU-Kommission vom 12. Juli 2016 ein mit der europäischen Datenschutzgrundverordnung («DSGVO») vergleichbares Datenschutzniveau gewährleistet. Datenübermittlungen aus der EU an US-Unternehmen, die sich unter dem Privacy Shield für die betreffende Art von Personendaten zertifiziert hatten, waren deshalb gemäss Art. 45 Abs. 1 DSGVO rechtmässig. Der EuGH kam nun zum Schluss, dass die weitreichenden Überwachungsmöglichkeiten der US-Behörden (NSA, FBI und CIA etc.) und das Fehlen ausreichender Rechtsschutzmöglichkeiten dazu führen, dass auch der EU-US-Privacy Shield kein gleichwertiges Datenschutzniveau schafft.

Die Standardvertragsklauseln der Europäischen Union, welche gemäss Art. 46 Abs. 2 lit. c DSGVO eine Übermittlung in Drittstaaten erlauben, sind hingegen weiterhin gültig. Nach den Erwägungen des EuGH hat der Übermittler aber in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Standardvertragsklauseln unter Berücksichtigung des Rechts des Zielstaates angemessenen Schutz gewährleisten. Erforderlichenfalls muss der Datenexporteur zusätzliche Massnahmen ergreifen, um ein angemessenes Datenschutzniveau sicherzustellen. Sind zusätzliche vertragliche Garantien nicht geeignet, den erforderlichen Schutz zu sichern, muss der Exporteuer die Datenübermittlung aussetzen oder beenden. Die Standardvertragsklauseln bleiben damit in Kraft, aber da sie nicht mehr unbedingt ausreichen, ist der Ausdruck «Standard» wohl nicht mehr der richtige.

## Bedeutung für die Schweiz

**Swiss-US-Privacy Shield.** Auch die Schweiz hat mit den USA unter dem Swiss-US-Privacy Shield Absprachen für eine datenschutzkonforme Übermittlung von personenbezogenen Daten aus der Schweiz in die USA getroffen. Der Swiss-US-Privacy Shield entspricht im Wesentlichen dem EU-US-Privacy Shield. Gestützt auf dem Swiss-US-Privacy Shield anerkannte der Eidgenössische Datenschutzbeauftrage («EDÖB») für US-Unternehmen, die sich zertifiziert haben, ein angemessenes Datenschutzniveau. In der Folge passte der EDÖB die gemäss Art. 7 VDSG veröffentlichte Staatenliste zu Gunsten dieser zertifizierten US-Unternehmen an. Die Übermittlung von Mitarbeiterdaten aus der Schweiz an ein (für Mitarbeiterdaten) nach dem Swiss-US-Privacy Shield zertifiziertes US-Unternehmen war entsprechend gemäss Art. 6 Abs. 1 DSG rechtmässig, wenn das empfangende US-Unternehmen den EDÖB als Aufsichtsbehörde anerkannt hat.

Es stellt sich nun die Frage, welche Auswirkungen das EuGH-Urteil auf Schweizer Arbeitgeber hat. Zunächst ist festzustellen, dass der Swiss-US-Privacy Shield infolge des EuGH-Urteils formal nicht aufgehoben ist. Allerdings ist zu erwarten, dass der EDÖB auf Grundlage des EuGH-Urteils seine Staatenliste überarbeitet. Schon in der Vergangenheit ist der EDÖB der rechtlichen Einschätzung des EuGH gefolgt, auch wenn sich die Angemessenheitsprüfung im Einzelnen unterscheidet (während der EuGH seine Erwägungen zur fehlenden Angemessenheit des EU-US-Privacy Shields auf die Grundrechte-Charta stützte, muss der EDÖB die Angemessenheit des Swiss-US-Privacy Shields gemäss der Europarechtskonvention 108 beurteilen). Ordnet der EDÖB die USA als Staat mit ungenügendem Schutz ein, sind Datentransfers in die USA, die sich allein auf den Swiss-US-Privacy Shield stützen, nicht mehr unbedingt zulässig. Zwar ist die Staatenliste nicht verbindlich. Deshalb können sich Schweizer Datenexporteure nach wie vor auf den Swiss-US-Privacy Shield berufen, wenn sie zum Schluss kommen, er biete im konkreten Fall genügenden Schutz. Sie können in diesem Fall für sich ins Feld führen, dass sich die Überwachungsmassnahmen der US-Behörden, auf welche sich der EuGH in seinem Urteil bezog, in erster Linie gegen Cloud- und andere Softwareanbieter richten und weniger gegen Arbeitgeber, die Mitarbeiterdaten austauschen. Deshalb müsse der Privacy Shield weiterhin ausreichen. Allerdings wird sich die Praxis von den Privacy Shields abwenden, wohl auch, weil sich ein Datenimporteur nach dem Schrems-II-Urteil nicht mehr unbedingt an den Privacy Shield gebunden fühlen wird.

**Standardvertragsklauseln.** Schweizer Arbeitgeber können sich weiterhin auf die Standardvertragsklauseln der Europäischen Union stützen, die vom EDÖB als «hinreichende Garantien» für einen «angemessen Schutz im Ausland» (vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. a DSG) anerkannt worden sind. Auch hier dürften aber zukünftig die Grundsätze des EuGH gelten, dass Schweizer Unternehmen sich nicht mehr blind auf die Standardvertragsklauseln verlassen können. Aber auch in diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass das Augenmerk des EuGH in seinem Urteil nicht auf das Ausspionieren von Mitarbeiterdaten, sondern von Personendaten von Konsumenten bzw. Endkunden gerichtet war. Deshalb werden die Standardvertragsklauseln bei der Übermittlung von Mitarbeiterdaten ins Ausland in der Regel weiterhin genügen.

## Handlungsbedarf

Schweizer Arbeitgeber, die Datenübermittlungen in die USA allein auf den Swiss-US-Privacy Shield stützen, sollten innert nützlicher Frist Massnahmen ergreifen, um das Risiko eines unzulässigen Transfers zu minimieren und durch Standardvertragsklauseln eine neue rechtliche Grundlage für die Übermittlung schaffen. Auch bestehende Standardvertragsklauseln sind einer Prüfung zu unterziehen und ggf. vertraglich zu ergänzen. Von einer voreiligen Einstellung des Datentransfers in die USA raten wir aber ab und erwarten sie in der Praxis auch nicht.

**Aufnahme von Verzeichnissen.** Unternehmen sollten nach den Vorgaben des EuGH beurteilen und dokumentieren, welche Datentransfers in ihrem Verantwortungsbereich stattfinden und dabei die involvierten Parteien und den Gegenstand der Übermittlung konkret bestimmen. Das betrifft besonders auch die Rahmenverträge zur gruppeninternen Datenübermittlung. Zudem muss überprüft werden, ob bei der Bearbeitung von Daten durch den US-Empfänger ausreichende technische und organisatorische Sicherheitsmassnahmen getroffen worden sind.

**Ergänzung der Standardvertragsklauseln.** Stellen sich die Standardvertragsklauseln als unzureichend heraus, sind diese durch angemessene Garantien zu ergänzen (Art. 6 Abs. 2 lit. a DSG). So können zum Beispiel Vereinbarungen zum Vorgehen getroffen werden, wenn der US-Empfänger Anfragen von US-Behörden zur Herausgabe von Schweizer Personendaten erhält.

**Einwilligung / überwiegendes öffentliches Interesse.** Eine Übermittlung auf Grundlage einer vorherigen Einwilligung (Art. 6 Abs. 2 lit. b DSG) oder zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses (Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG) bleibt zulässig, wird aber oftmals nicht in Betracht kommen. Ein Rückgriff auf (ggf. ergänzte) Standardvertragsklauseln ist für Unternehmen deshalb in der Regel die bessere Alternative.

**Verbindliche unternehmensinterne Datenschutzvorschriften.** Das revidierte Datenschutzgesetz (noch nicht in Kraft) wird weiterhin vorsehen, dass Personendaten auf Grundlage verbindlicher unternehmensinterner Datenschutzvorschriften («Binding Corporate Rules», BCR), die vom EDÖB genehmigt wurden, ins Ausland übermittelt werden dürfen. Solche BCR, die auch nach EU-Recht eine Auslandsübermittlung erlauben (Art. 47 DSGVO), sind vom Urteil des EuGH nicht direkt betroffen. Wie die Standardvertragsklauseln wird aber zu prüfen sein, ob BCR im konkreten Fall ausreichenden Schutz bieten, besonders bei Übermittlungen in die USA.

**Zukünftige Entwicklung.** Arbeitgeber sollten die rechtlichen Entwicklungen im Nachgang zum Schrems II-Urteil verfolgen. Der EDÖB hat erklärt, das EuGH-Urteil im Detail zu prüfen und sich zu gegebener Zeit zu äussern. Ausserdem hat die Europäische Kommission angekündigt, die Standardvertragsklauseln anzupassen oder zu ergänzen. Wir halten Sie auf dem Laufenden, zum Beispiel unter datenrecht.ch und über diesen Newsletter.

Employment News berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Arbeitsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2020

# Ansprechpartner

**Ueli Sommer**
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 55 16
ueli.sommer@walderwyss.com

**Philippe Nordmann**
Partner, Basel
Telefon +41 58 658 14 50
philippe.nordmann@walderwyss.com

**Daniel Staffelbach**
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 56 50
daniel.staffelbach@walderwyss.com

**Davide Jermini**
Partner, Lugano
Telefon +41 58 658 44 02
davide.jermini@walderwyss.com

**Olivier Sigg**
Partner, Genf
Telefon +41 58 658 30 20
olivier.sigg@walderwyss.com

**Irène Suter-Sieber**
Partnerin, Zürich
Telefon +41 58 658 56 60
irene.suter@walderwyss.com

**Christoph Stutz**
Konsulent, Zürich
Telefon +41 58 658 56 57
christoph.stutz@walderwyss.com

**Fabian Looser**
Managing Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 61
fabian.looser@walderwyss.com

**Simone Wetzstein**
Managing Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 54
simone.wetzstein@walderwyss.com

**Alex Domeniconi**
Associate, Lugano
Telefon +41 58 658 44 06
alex.domeniconi@walderwyss.com

**Nadine Mäder**
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 31
nadine.maeder@walderwyss.com

**Flora V. Palovics**
Senior Associate, Lausanne
Telefon +41 58 658 83 79
flora.palovics@walderwyss.com

**Laura Luongo**
Associate, Genf
Telefon +41 58 658 30 21
laura.luongo@walderwyss.com

**Jonas Knechtli**
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 82
jonas.knechtli@walderwyss.com

**Gaurav Bhagwanani**
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 52 80
gaurav.bhagwanani@walderwyss.com

**Yannik A. Moser**
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 85
yannik.moser@walderwyss.com

**Nathalie Möri**
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 53 03
nathalie.moeri@walderwyss.com

**Nadja D. Leuthardt**
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 62
nadja.leuthardt@walderwyss.com

**Benjamin Sommerhalder**
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 66
benjamin.sommerhalder@walderwyss.com

**Sarah Eichenberger**
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 58 69
sarah.eichenberger@walderwyss.com