

Interne Einschätzung des LfDI Baden-Württemberg zur Frage, ob die Executive Order des US-Präsidenten der erhoffte Befreiungsschlag in Sachen internationaler Datentransfers darstellt

Am 16. Juli 2020 erklärte der Europäische Gerichtshof in seinem sogenannten „Schrems II“-Urteil (Rs. C-311/18) das EU-US Privacy Shield für ungültig, weil dieses kein mit der EU vergleichbares Datenschutzniveau gewährleistet. Das Gericht stellte dabei zum einen auf den weitreichenden Zugriff durch US-Behörden, insbesondere des Nachrichtendienstes, auf Daten von Wirtschaftsunternehmen ab, die personenbezogene Daten von EU-Bürgern verarbeiten. Die pauschale und undifferenzierte Massenerhebung personenbezogener Daten verstößt dabei gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip aus Artikel 52 Grundrechtscharta. Zum anderen sieht das Gericht keinen ausreichenden Rechtsschutz für EU-Bürger, da ihnen als Nicht-Amerikaner keine Beschwerdemöglichkeit gegen den Zugriff auf die eigenen Daten und kein Zugang zu unabhängigen Gerichten offensteht. Datenübermittlungen in die USA können mithin nicht mehr auf das Privacy Shield gestützt werden.

Im März dieses Jahres verkündeten die Europäische Kommission und US-Präsident Biden, eine grundsätzliche Einigung über einen neuen EU-US-Datenschutzrahmen erzielt zu haben. In den folgenden Monaten erfolgte die Arbeit an der endgültigen Festlegung und Umsetzung dieser Vereinbarung.

Nun hat US-Präsident Biden am 7. Oktober eine Executive Order (Durchführungsverordnung) erlassen, welche die angekündigte Grundsatzvereinbarung in US-Recht umsetzen soll (<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/10/07/executive-order-on-enhancing-safeguards-for-united-states-signals-intelligence-activities/>). Darin werden die Anforderungen des Europäischen Gerichtshofs adressiert, indem (u.a.) der weitreichende Zugriff im Rahmen der nationalen Sicherheit sowie das Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren angepasst wurden:

Die neuen Vorgaben beschränken nunmehr den Zugriff auf personenbezogene Daten von EU-Bürgern aufgrund nachrichtendienstlicher Tätigkeiten auf erforderliche („necessary“) und angemessene („proportionate“) Fälle. Die USA implementieren damit Beschränkungen im Sinne des europäischen Verhältnismäßigkeitsprinzips (Artikel 52 Grundrechtecharta).

Zudem enthält die Executive Order Regelungen zu einem zweistufigen Beschwerde- bzw. Rechtsbehelfsverfahren. Als erste Ebene wird ein Civil Liberties Protection Officer im Office of the Director of National Intelligence (CLPO) eingerichtet, der als unabhängige Stelle Beschwerden über bestimmte Verstöße im Zusammenhang mit den Aktivitäten des US-Nachrichtendienstes unter Abwägung der beiderseitigen Interessen untersuchen und gegebenenfalls Maßnahmen treffen soll. Auf der zweiten Stufe wird ein Data Protection Review Court (Datenschutzprüfungsgericht) installiert, das die Entscheidungen des CLPO auf Antrag überprüfen soll. Das Gremium besteht laut der vom Justizminister erlassenen begleitenden Verordnung aus mindestens sechs Personen, die nicht der US-Regierung angehören und Erfahrungen im Datenschutz sowie nationaler Sicherheit haben. Außerdem sollen dem Gremium mindestens zwei Datenschutz-Fachanwälte zugeordnet werden.

Der LfDI BW begrüßt diese neuesten Entwicklungen grundsätzlich. Dass die US-Regierung im Hinblick auf das Datentransfer-Abkommen aktiv wird, ist ein wichtiger und guter Schritt in die richtige Richtung. Er könnte insbesondere für exportorientierte europäische Unternehmen und für alle, die US-amerikanische Dienstleister einsetzen, ein Weg aus der inakzeptablen Rechtsunsicherheit sein, in welche der EuGH unsere Unternehmen geführt hat. Um Europa langfristig nicht als wichtigen Handels- und Unternehmenspartner zu verlieren, muss sich die USA auf die Europäische Kommission und die europäischen Datenschutzgrundsätze zubewegen.

Die Regelungen der Executive Order werfen jedoch auch Zweifel auf und lassen erhebliche Defizite erkennen.

Es stellt sich schon die Frage, inwieweit eine Executive Order überhaupt ein wirksames Instrument zur Umsetzung der Anforderungen sein kann. Sie stellt eine interne Anweisung an Regierung und nachgeordnete Behörden dar, die (nur) so lange in Kraft bleibt, bis sie durch einen amtierenden Präsidenten abgeändert oder zurückgenommen wird. Ohne ein parlamentarisch verabschiedetes Gesetz kann also nicht die erforderliche Rechtssicherheit für alle Beteiligten eintreten. Dies auch vor dem

Hintergrund, dass eine bloße Executive Order für EU-Bürger nicht einklagbar ist. Zudem ist nicht klar, wie sich die Executive Order zu anderen bestehenden US-Regulierungen wie dem Cloud Act verhält.

Zudem wirken die jetzt enthaltenen Beschränkungen von Datenverarbeitungen auf erforderliche und angemessene Fälle zwar wie ein Zugeständnis im Sinne des europäischen Verhältnismäßigkeitsprinzips. Jedoch ist die Auslegung des Rechtsbegriffs der Verhältnismäßigkeit in Europa und den USA unterschiedlich. Wann ist aus Sicht der USA ein Zugriff für die nationale Sicherheit erforderlich und angemessen? Wird das die Überwachungspraxis seitens der USA wesentlich beeinflussen, wo doch eine Änderung der Sicherheitsgesetze nicht zu erwarten steht? Die Executive Order lässt Massenüberwachung („bulk surveillance“) gerade nach wie vor ausdrücklich zu. Der Europäische Gerichtshof hat jedoch nicht nur Rechtsbehelfe gegen ein staatliches Ausspähen verlangt, sondern die Beendigung dieser anlasslosen Überwachung selbst. Davon kann aber derzeit keine Rede sein, der vom EuGH geforderte Systemwechsel findet nicht statt.

Bezüglich der Rechtsschutzmaßnahmen ist beachtlich, dass an die Einreichung einer Beschwerde beim CLPO erhebliche Anforderungen gestellt werden. Es werden Mindestangaben aufgezählt, die erfüllt sein müssen, sodass von einem Auswieben „ungeliebter“ Beschwerden auszugehen ist. Außerdem muss die Beschwerde über eine Aufsichtsbehörde in einem „qualifying state“ eingereicht werden, wobei diese „qualifying states“ vom US-Justizminister bestimmt und ggf. auch geändert werden. Rechtsschutz wird also lediglich mittelbar gewährt, nicht wie vom EuGH gefordert unmittelbar.

Es wird auch bereits diskutiert, ob das Datenschutzprüfungsgericht tatsächlich die Anforderungen an ein rechtsstaatliches Gericht erfüllen kann. Der Data Protection Review Court wird nach der Verordnung des Justizministers innerhalb des Justizministeriums eingerichtet. Er dürfte damit der Exekutive zuzurechnen sein, was einer richterlichen Unabhängigkeit entgegensteht.

Beschwerdeführer werden zudem nach der EO ausdrücklich nicht darüber informiert, ob sie Gegenstand von nachrichtendienstlichen Aktivitäten waren, sondern erhalten stattdessen eine standardisierte Mitteilung, die besagt, dass die Überprüfung ihrer Beschwerde abgeschlossen ist und entweder keine Verstöße festgestellt wurden oder

dass Abhilfemaßnahmen für erforderlich gehalten werden. Derselbe Wortlaut ist für Entscheidungen des „Gerichts“ vorgegeben. Effektiver Rechtsschutz sieht anders aus.

Vor diesem Hintergrund ist das Verhalten der EU-Kommission erstaunlich: Auf der Homepage der Kommission wurde bereits angekündigt, nach Veröffentlichung der Executive Order nun in das Verfahren zum Erlass eines neuen Angemessenheitsbeschlusses einzutreten. Bereits im November soll dem Europäischen Datenschutzausschuss ein entsprechender Entwurf vorgelegt werden, im April 2023 dann der Beschluss nach Artikel 45 DS-GVO wirksam werden.

Es ist nun an der Europäischen Kommission, zu entscheiden, ob ein „der Sache nach gleichwertiger Schutz“ der personenbezogenen Daten in den USA gegeben ist. Der mögliche neue Rechtsrahmen ist dann zunächst für die Datenverarbeitung bei Unternehmen relevant, wird aber auch der Grundstein sein für die allgemeine Rechtslage und die Behördenpraxis. Die Kommission muss sich also fragen, ob sie allein auf Grundlage der Executive Order überhaupt seriös in der Lage ist, das Datenschutzniveau in den USA neu zu bewerten und einen Angemessenheitsbeschluss zu erlassen.

Aufgrund der vielen offenen Fragen könnte daran zu zweifeln sein. Insbesondere wird die Europäische Kommission eine Antwort auf die Frage finden müssen, wie mit dem Charakter der Executive Order als widerrufbare interne Anweisung umzugehen ist. Wenn diese überhaupt eine hinreichend verlässliche Basis bildet, sind spezielle Beobachtungspflichten und die Einführung eines kurzen Reaktionsmechanismus der EU auf eine mögliche Aufhebung der Executive Order unverzichtbar. Andernfalls wird sie sich die Kommission dem Vorwurf aussetzen, keine hinreichende Vertrauensbasis für datenexportierende Unternehmen zu schaffen – und die Grundrechte der EU-Bürgerinnen und -Bürger erneut hinter die wirtschaftlichen Interessen europäischer und amerikanischer Unternehmen zurücktreten zu lassen. Das kann der EuGH schwerlich akzeptieren.

gez. Dr. Stefan Brink

LfDI BaWü