SCHÜRMANN
ROSENTHAL
DREYER
RECHTSANWÄLTE

DIGITALES BUSINESS · TECHNOLOGIE · MEDIEN

Datentransfer in Drittländer

Neue Standardvertragsklauseln (SCC) und aktuelle Herausforderungen

Simone Rosenthal
Rechtsanwältin, Partnerin

Ilan Leonard Selz, LL.M. (Minnesota)
Rechtsanwalt, Senior Associate

Empfehlungen:

JUVE AWARDS 2020
Kanzlei des Jahres für Technologie und Medien

JUVE AWARDS 2020
Kanzlei des Jahres für IT und Datenschutz

The LEGAL 500 DEUTSCHLAND
FÜHRENDE KANZLEI 2020

Referenten

Simone Rosenthal

Rechtsanwältin, Partnerin

rosenthal@srd-rechtsanwaelte.de

Ilan Leonard Selz, LL.M. (Minnesota)

Rechtsanwalt, Senior Associate

selz@srd-rechtsanwaelte.de

SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

Themen

01 Standard-vertragsklauseln (SCC)

02 Transfer Impact Assessment (TIA)

03 Meinungsstand in Europa

04 Maßnahmen für den Drittlandtransfer

Fazit

SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

Ausgangspunkt: Art. 44 ff. DSGVO

Angemessenheitsbeschluss für sichere Drittländer (Art. 45 DSGVO), z.B.

- Argentinien,
- Israel,
- Japan,
- Kanada,
- Neuseeland,
- die Schweiz,
- Uruguay,
- Vereinigtes Königreich

Geeignete Garantien wie **Standardvertragsklauseln** (SCC) (Art. 46 DSGVO)

- für Drittländer **wie USA, China, Australien, Russland, Singapur, …**
- **Durchsetzbare Rechte** und wirksame **Rechtsbehelfe** für die betroffenen Personen erforderlich
- Ziel: **angemessenes Datenschutzniveau** auch außerhalb des EWR sicherstellen

Ausnahmen (Art. 49 DSGVO)

- **Ausdrückliche Einwilligung**: unterliegt hohen Anforderungen, insbesondere an die Transparenz (z.B. bei Cookie-Nutzung auf Website)
- **Vertragserfüllung**: muss objektiv erforderlich sein und gilt nur für gelegentliche Datenübermittlungen (z.B. Reisebuchung, Zahlungsverkehr)

SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

Rückblick: EuGH-Urteil „Schrems II“ (C-311/18)

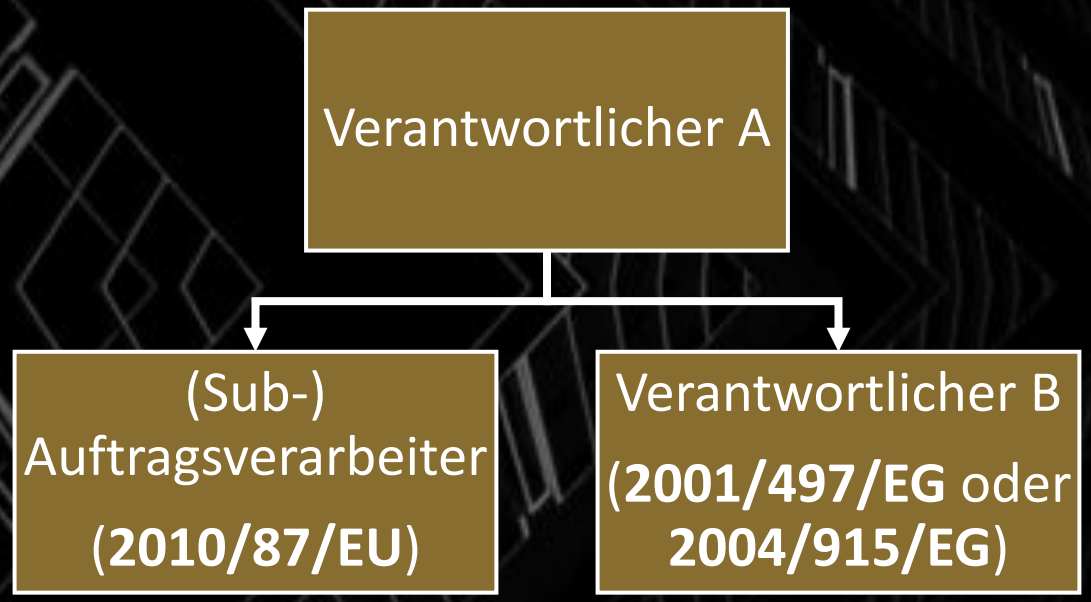
- EuGH erklärt Angemessenheitsbeschluss zum **Privacy Shield** für **ungültig**
- Datenübermittlung in Drittländer auf Grundlage von **Standardvertragsklauseln** unterliegen umfassenden Voraussetzungen
- **Rechtslage im Drittland** muss insbesondere hinsichtlich **Behördenzugriffen** geprüft werden
- EuGH fordert **Prüfung, Dokumentation und Umsetzung „zusätzlicher Maßnahmen“**, um angemessenes Datenschutzniveau zu gewährleisten
  = organisatorische, vertragliche und technische Maßnahmen
  → Verankerung bei Prüfpflicht des Verantwortlichen in Art. 46 DSGVO

SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

1. Neue Standardvertragsklauseln (SCC)

Beschluss 2021/914/EU der Europäischen Kommission

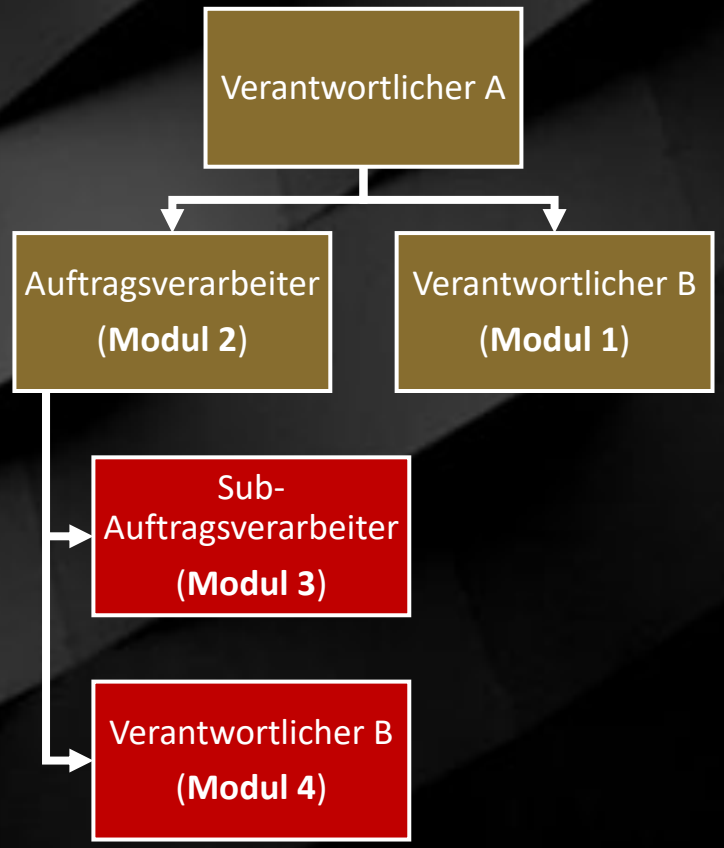
Ausgangssituation: alte SCC



- **Dienstleisterketten** konnten bisher nicht angemessen abgebildet werden
- Komplizierte datenschutzkonforme Lösungen:
  - **Direktverträge** zwischen Verantwortlichem und Sub-Auftragsverarbeitern
  - **Bevollmächtigung** zum Abschluss der SCC
  - **Beitritt** zu den SCC

SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

Neue SCC nach 2021/914/EU

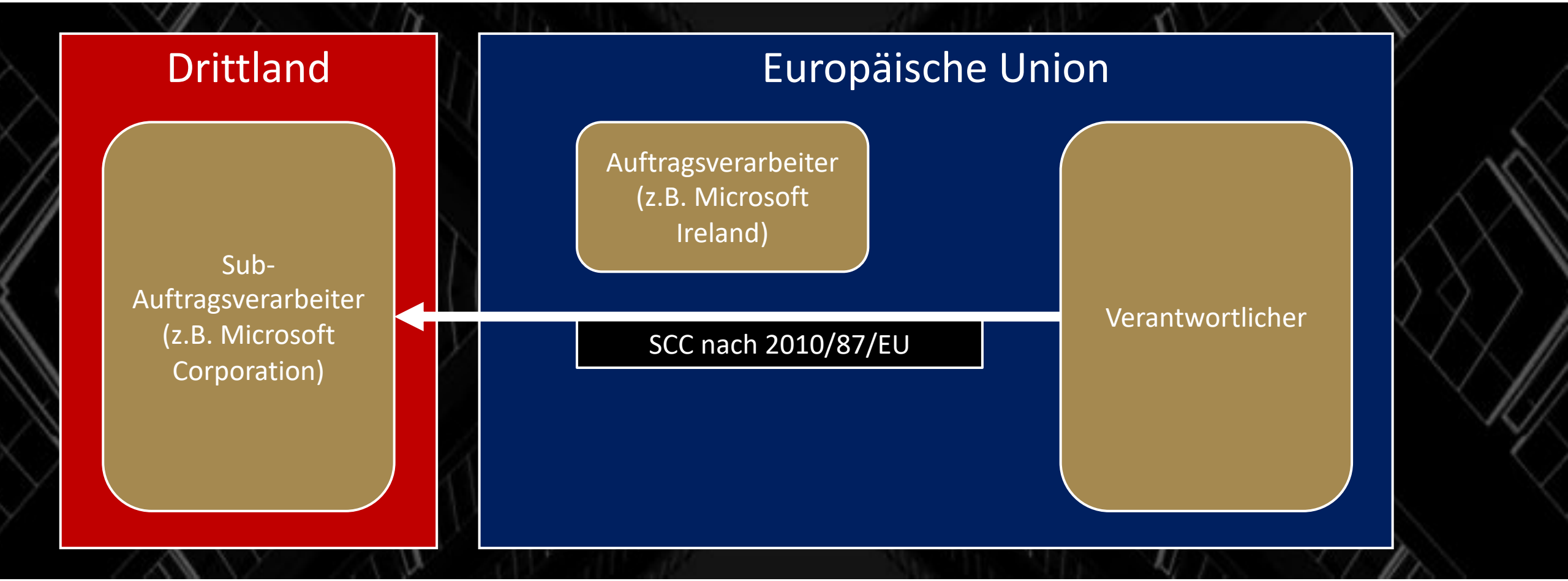


Wichtige Neuerungen:

- **Modularer** Aufbau → deckt die häufigsten Konstellationen ab
- Daten**exporteur** in der **EU**
- Daten**importeur** im **Drittland**
- Bis **27.09.2021** können noch alte SCC abgeschlossen werden
- Bis **27.12.2022** müssen alte SCC durch neue ersetzt werden
- Optionale **Kopplungsmöglichkeit** (Klausel 7): **Beitritt** zu den SCC durch weitere Parteien
- **Haftung** für Verletzung von Betroffenenrechten (Klausel 12 lit. b)
- Neue **Pflichten ausgehend vom EuGH-Urteil „Schrems II“** (Klauseln 14 und 15) – außer bei Modul 4

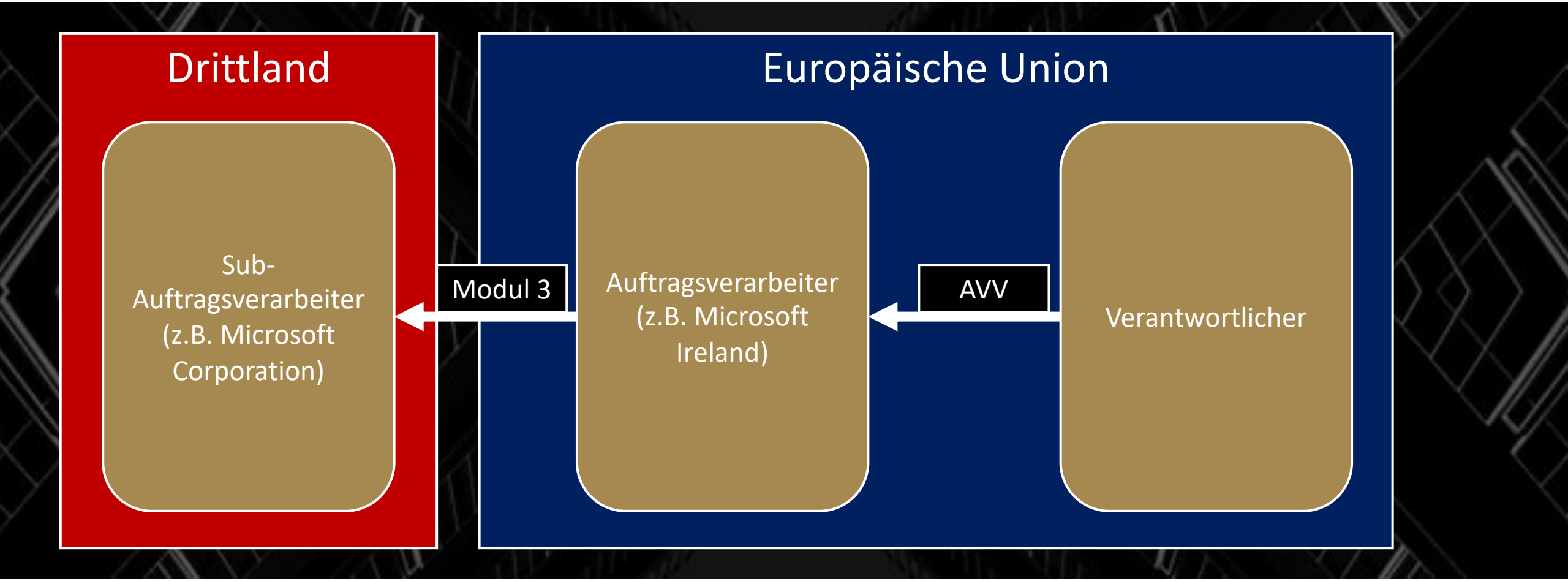
SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

Sub-Dienstleister im Drittland nach alten SCC



SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

Sub-Dienstleister im Drittland nach neuen SCC



SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

Klausel 15: Pflichten des Datenimporteurs im Falle eines Zugangs von Behörden zu den Daten

Benachrichtigung (Klausel 15.1)

- Informationspflicht gegenüber dem **Datenexporteur** im Falle eines Offenlegungsersuchens der Behörde
- Soweit möglich: Informationspflicht gegenüber der **betroffenen Person**
- Falls Information verboten: Bemühung nach besten Kräften um **Aufhebung des Verbots** (Dokumentation der Anstrengungen)
- Regelmäßige Information gegenüber Exporteur über Behördenersuchen (**Transparenzberichte**)
- **Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht** während der Vertragslaufzeit

Überprüfung der Rechtmäßigkeit und Datenminimierung (Klausel 15.2)

- Pflicht zur **Überprüfung** des Behördenersuchens
- **Anfechtung** des Behördenersuchens
- Ggf. Einlegung von möglichen **Rechtsmitteln**
- Ggf. Erwirken von **einstweiligen Maßnahmen**, um die Wirkung des Ersuchens auszusetzen
- Bei Offenlegung: nur **Mindestmenge an Informationen** bereitstellen
- **Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht**

Beispielsweise erfüllt **Microsoft** viele dieser Anforderungen bereits jetzt

SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

2. Transfer Impact Assessment (TIA)

Klausel 14: Lokale Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten, die sich auf die Einhaltung der Klauseln auswirken

Klausel 14.a: Zusicherung zur Einhaltung der Pflichten aus den SCC

„Die Parteien sichern zu, **keinen Grund zu der Annahme zu haben**, dass die […] geltenden Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Bestimmungsdrittland,

- einschließlich Anforderungen zur Offenlegung personenbezogener Daten oder
- Maßnahmen, die öffentlichen Behörden den Zugang zu diesen Daten gestatten,

den Datenimporteur **an der Erfüllung seiner Pflichten gemäß diesen Klauseln hindern**.

Dies basiert auf dem Verständnis, dass Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten,

- die den **Wesensgehalt der Grundrechte und Grundfreiheiten** achten und
- nicht über Maßnahmen hinausgehen, **die in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und verhältnismäßig sind**, um eines der in [Art. 23 Abs. 1 DSGVO] aufgeführten Ziele sicherzustellen,

nicht im Widerspruch zu diesen Klauseln stehen.“

SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

Klausel 14.b.i: Berücksichtigung der besonderen Umstände der Übermittlung

Länge der **Verarbeitungskette**	Anzahl der beteiligten **Akteure**	Verwendete **Übertragungskanäle**	Beabsichtigte **Datenweiterleitungen**	Art des **Empfängers**
Zwecke der Verarbeitung	**Kategorien** und Format der übermittelten Personenbezogenen **Daten**	**Wirtschaftszweig**, in dem die Übertragung erfolgt	**Speicherort** der übermittelten Daten	**Kategorien** der betroffenen **Personen**?

SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

Klausel 14.b.ii: Berücksichtigung der Rechts-vorschriften und Gepflogenheiten im Drittland

Zu berücksichtigende Aspekte:

- Relevante **Rechtsvorschriften** und **Gepflogenheiten** des Bestimmungslands, z.B. FISA 702
- Insbesondere solche, welche die **Offenlegung** von Daten gegenüber Behörden vorschreiben
- Geltende **Beschränkungen** und **Garantien**, z.B.
  - **Schadensersatzrecht** nach 50 USC § 1810 und 18 USC § 2712
  - Recht auf **gerichtliche Überprüfung/Anfechtung** nach 5 USC § 702 und 50 USC § 1806
  - **Aufsicht** über Geheimdienste durch FISC
  - Ernennung von **Datenschutzverantwortlichen** für Geheimdienste
- Laut Fußnote 12 ist zudem die **tatsächliche praktische Erfahrung** mit Offenlegungsersuchen relevant → Transparenzberichte

Fußnote 12 im Beschluss:

„[…] können in die **Gesamtbeurteilung** verschiedene Elemente einfließen. Diese Elemente können einschlägige und **dokumentierte praktische Erfahrungen** im Hinblick darauf umfassen,

> ob es bereits **früher Ersuchen um Offenlegung seitens Behörden** gab, die einen hinreichend repräsentativen Zeitrahmen abdecken, oder
>
> ob es solche Ersuchen nicht gab.

Dies betrifft insbesondere **interne Aufzeichnungen oder sonstige Belege**, die fortlaufend mit gebührender Sorgfalt erstellt und von leitender Ebene bestätigt wurden, sofern diese Informationen rechtmäßig an Dritte weitergegeben werden können. […]“

Beispielsweise veröffentlicht **Microsoft** bereits jetzt umfangreiche Transparenz-berichte

ALL RIGHTS RESERVED

Weitere Aspekte im Rahmen des TIA (Klausel 14.b.iii – 14.f)

- Klausel 14.b.iii: Berücksichtigung **aller vertraglichen, technischen und organisatorischen Maßnahmen**, insbesondere solche während der Übermittlung und bei der Verarbeitung der Daten im Bestimmungsland
- Klausel 14.c: Datenimporteur verpflichtet sich zur **Bereitstellung der notwendigen Informationen** für das TIA
- Klausel 14.d: **Gemeinsame Dokumentationspflicht**; TIA muss der Aufsichtsbehörde auf Anfrage zur Verfügung stehen
- Klausel 14.e: **Benachrichtigungspflicht**, sofern Pflichten aus SCC nicht nachgekommen werden kann
- Klausel 14.f: Sofern den **Klauseln nicht mehr nachgekommen** werden kann:
  - Ermittlung und Implementierung geeigneter Abhilfemaßnahmen
  - Aussetzung der Übermittlung, sofern keine Abhilfemaßnahmen ersichtlich oder die Aufsichtsbehörde dazu anweist

SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

Empfehlung: Praktische Umsetzung des TIA

- Datenimporteur und Datenexporteur **führen das TIA gemeinsam** durch und **dokumentieren** die Prüfung
- Idealerweise auch zusammen mit der Durchführung einer **Datenschutz-Folgenabschätzung**
- Datenexporteur stellt Datenimporteur **Fragebogen** entsprechend Klausel 14 zur Verfügung
- Zusätzlich können auch die **Empfehlungen 01/2021 des EDPB** berücksichtigt werden
- Sofern **Modul 3** zur Anwendung kommt: Verantwortlicher muss sich trotzdem aufgrund von Art. 28 DSGVO vergewissern, dass das TIA zwischen Auftragsverarbeiter und Sub-Auftragsverarbeiter ordnungsgemäß durchgeführt wurde

SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

3. Meinungsstand in Europa

Behördlicher und gerichtlicher Meinungsstand in Europa

- Die deutschen Aufsichtsbehörden haben sich bisher **kritisch** zum Drittlandtransfer geäußert.
- Sie vertreten häufig eine **strenge Linie** oder lehnen eine Nutzung von US-Anbietern gänzlich ab.
- Der Europäische Datenschutzausschuss (EDPB) betont in seinen **Empfehlungen 01/2021**, dass ein zulässiger Datentransfer vor allem über **technische Maßnahmen** realisiert werden müsse.
- Allerdings hält der EDPB auch einen **risikobasierten Ansatz** für möglich.
- Die neuen SCC, das Urteil des EuGH und die DSGVO gehen von einer **individuellen Betrachtung** aufgrund der konkret verarbeiteten Daten und den damit verbundenen Risiken für die betroffenen Personen aus.
- Zudem machen zwei **Urteile** aus Frankreich zu **Microsoft Azure** und **Amazon AWS** (mit individueller vertraglicher Regelung) Hoffnung auf eine **differenziertere Betrachtung** des Drittlandstransfers
- Es bleibt **kontrovers**!

SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

4. Maßnahmen für den Drittlandtransfer und Fazit

Organisatorische Maßnahmen

- Einsatz von Dienstleistern mit **Drittlandbezug prüfen**:
  - Dienstleister mit **Sitz in den USA**
  - Dienstleister mit **Muttergesellschaft in den USA**
  - Dienstleister, der **Daten in die USA übermittelt** (auch nur temporär)
  - Dienstleister, der **Zugriff auf die Daten** aus den USA ermöglicht (auch Wartung, Support)
- **Fragebögen** gemäß neuen SCC („**Transfer Impact Assessment**“) an Dienstleister schicken
- Vereinbarung zur **Datenverarbeitung in der EU** treffen, falls möglich:
  - Speicherort
  - Ort, an dem der Support / die Wartung durchgeführt wird
- **Data Assessment** zur Datenminimierung durchführen
- Ggf. **Verarbeitung aufteilen**, je nach Kritikalität der Daten
- **Risikoanalyse** speziell für den Drittlandtransfers, ggf. mit Durchführung einer **DSFA**

Beispielsweise ermöglicht **Microsoft** ab Ende 2022 „EU Data Boundary“

SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

Vertragliche Maßnahmen

- Vorgehen zur **Umsetzung der neuen SCC** erfragen oder neue SCC individuell abschließen
- Bis dahin: **Ergänzung der alten SCC** vereinbaren (insbesondere **Schadensersatzpflicht**, **Informationspflicht**, **Anfechtungspflicht**)
- Neue Konstellationen beachten: **Dienstleisterketten** mit erstem Dienstleister in der EU werden vertraglich anders gestaltet:
  - AVV zwischen Verantwortlichem und Dienstleister in der EU (ggf. neuer **Muster-AVV** der Europäischen Kommission nach 2021/915/EU)
  - **SCC Modul 3** zwischen Dienstleister in der EU und Dienstleister im Drittland
  - Allerdings: **Überprüfung des TIA** zwischen den Dienstleistern durch den Verantwortlichen (Pflicht im Rahmen des AVV nach **Art. 28 DSGVO**)
- Ggf. Intercompany Agreement

SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

Technische Maßnahmen

- Auswahl des **Datenspeicherorts**
- **Pseudonymisierung**
- **Anonymisierung**
- **Transportverschlüsselung**
- **Inhaltsverschlüsselung**
  - Ruhende Daten
  - Daten während der Verarbeitung („**Ende-zu-Ende-Verschlüsselung**“), z.B. in Messengern / Videokonferenzen

- Verwendung sicherer **Schlüssellängen** und **Chiffren**, vgl. BSI-Empfehlungen
- Nutzung und Verwaltung eines **eigenen Verschlüsselungs-Schlüssels**
- Nutzung eines **Hardware Security Moduls** zur Speicherung der Schlüssel
- Nutzung **verbesserter Schlüsselverwaltung**, ggf. mit Schlüsselrotation

SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

Fazit

- **Datenübermittlungen** in Drittländer wie die USA sind mit den neuen SCC **weiterhin möglich.**
- Die neuen **Standardvertragsklauseln** (SCC) sind **rechtlich bindend**, insbesondere für Gerichte.
- Aus ihnen geht die Notwendigkeit einer **risikobasierten individuellen Betrachtung** des Drittlandtransfers mithilfe des **Transfer Impact Assessment** (TIA) hervor.
- Es ist daher wichtig, die Nutzung aller **Dienstleister mit Drittlandbezug** genau zu überprüfen, ein **TIA** durchzuführen und die Umsetzung der **neuen SCC** zu begleiten.
- Nur das Zusammenwirken eines **Straußes von Maßnahmen** kann das Datenschutzniveau erhöhen.
- Unternehmen sollten auf eine **ausführliche Dokumentation** achten, um im Zweifel den Nachweis gegenüber den Behörden zu erbringen.
- Idealerweise kann die Prüfung daher auch mit der Durchführung einer **Datenschutz-Folgenabschätzung** (DSFA) verbunden werden.
- Die weiteren **Reaktionen der Aufsichtsbehörden** und mögliche gerichtliche Entscheidungen sind noch **abzuwarten.**

SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED

Kontakt

SCHÜRMANN
ROSENTHAL
DREYER
RECHTSANWÄLTE

DIGITALES BUSINESS . TECHNOLOGIE . MEDIEN

Schürmann Rosenthal Dreyer Rechtsanwälte

Am Hamburger Bahnhof 4
10557 Berlin
Deutschland

Tel: +49 (0)30 213 002 80
Fax: +49 (0)30 213 002 849

info@srd-rechtsanwaelte.de
www.srd-rechtsanwaelte.de

SCHÜRMANN • ROSENTHAL • DREYER
ALL RIGHTS RESERVED