

## Lothar Determann | Holger Lutz | Michaela Nebel\*

# Internationale Datenübermittlungen

*Internationale Datenübermittlungen sind nach wie vor ein Dauerbrenner im Datenschutzrecht. Um nur ein paar Gründe hierfür zu nennen: Vor etwa zwei Jahren fällte der Gerichtshof der Europäischen Union ("EuGH") das nicht nur unter Datenschutzrechtlern viel beachtete "Schrems II-Urteil". Vor gut einem Jahr veröffentlichte die Europäische Kommission eine neue Version der neuen Standardvertragsklauseln,<sup>2</sup> die Unternehmen bis Ende 2022 umsetzen müssen. Die Datenschutzbehörden sind aktiv, indem sie Leitlinien und Empfehlungen zum Thema veröffentlichen<sup>3</sup> und für Durchsetzung der Anforderungen an internationale Datenübermittlungen sorgen.<sup>4</sup> Der Beitrag gibt einen Überblick über aktuelle Entwicklungen zu internationalen Datenübermittlungen, insbesondere hinsichtlich der verschiedenen Übermittlungsinstrumente.*

## I. Ausgangssituation

### 1. Hürden für Datenübermittlungen in Drittländer gemäß der Datenschutzgrundverordnung ("DS-GVO")

Bevor Unternehmen im Europäischen Wirtschaftsraum ("EWR") personenbezogene Daten an Unternehmen außerhalb des EWR übermitteln dürfen, müssen sie die Hürde des allgemeinen Verbots von Datenübermittlungen (Art. 6 und Art. 9 DS-GVO) und die Hürde des Verbots von Datenübermittlungen in Drittstaaten (Art. 44 ff. DS-GVO) überwinden. Das bedeutet, dass Unternehmen (i) neben der Einhaltung der lokalen Datenschutzanforderungen die Übermittlung auf einen Erlaubnistatbestand stützen können müssen (dies gilt auch bei Übermittlungen an Empfänger innerhalb des EWR), und zusätzlich (ii) die Anforderungen an internationale Datenübermittlungen einhalten müssen.<sup>5</sup> Für letztere Hürde sieht die DS-GVO verschiedene Übermittlungsinstrumente zur Rechtfertigung der Übermittlung vor:

- (a) Angemessenheitsbeschluss, Art. 45 DS-GVO
- (b) Geeignete Garantien, Art. 46 DS-GVO, zB.
  - (i) Binding Corporate Rules
  - (ii) Standardvertragsklauseln
  - (iii) Genehmigte Verhaltensregeln oder genehmigte Zertifizierungen
- (c) Ausnahmen, Art. 49 DS-GVO, zB.
  - (i) ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person
  - (ii) Vertragserfüllungserfordernis

### 2. Ggf. zusätzlich geltende Anforderungen gemäß dem "Schrems II-Urteil" des EuGH

Im "Schrems II-Urteil"<sup>6</sup> vom 16.7.2020 erklärte der EuGH den Beschluss der Europäischen Kommission zum "Privacy Shield" für unwirksam. Zugleich stellte der EuGH fest, dass die Entscheidung der Kommission über Standardvertragsklauseln grundsätzlich weiterhin gültig ist. Der EuGH fordert

jedoch von Verantwortlichem und Empfänger zu prüfen, ob die Rechte der betroffenen Personen im Drittland ein gleichwertiges Schutzniveau wie in der Europäischen Union ("EU") genießen. Ist dies nicht der Fall, müssen zusätzliche Maßnahmen zur Sicherstellung eines dem Schutzniveau in der EU im Wesentlichen gleichwertigen Schutzniveaus ergriffen werden.

Die Prüfung, ob die Rechte der betroffenen Personen im Drittland ein gleichwertiges Schutzniveau wie in der EU genießen (sog. "Data Transfer Impact Assessment") und das Ergreifen ergänzender Schutzmaßnahmen, stellt Unternehmen vor große Herausforderungen. Diese Herausforderungen wurden durch den Europäischen Datenschutzausschuss ("EDSA") in seinen Empfehlungen<sup>7</sup> mit Schritten, die Verantwortliche bei der Übermittlung von personenbezogenen Daten an Drittstaaten zu ergreifen haben, verschärft.

\* Prof. Dr. Lothar Determann praktiziert Technologie- und Datenschutzrecht als Partner bei Baker McKenzie in Palo Alto und lehrt an der FU Berlin und der University of California, Berkeley School of Law; Dr. Holger Lutz, LL.M. ist Rechtsanwalt und praktiziert Informationstechnologie- und Datenschutzrecht als Partner bei Baker McKenzie in Frankfurt/Main; Dr. Michaela Nebel ist Rechtsanwältin und praktiziert Informationstechnologie- und Datenschutzrecht als Partner bei Baker McKenzie in Frankfurt/Main

- 1 EuGH 16.7.2020 – C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 – Schrems II, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?sessionId=4C548906D45E1DC3F0D2F437AF01118B?text=&docid=228677&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15479748>; siehe hierzu Determann/Nebel, "Technology, media and telecommunications services after 'Schrems II'", The Privacy Advisor 27.7.2020, <https://iapp.org/news/a/technology-media-and-telecommunications-services-after-schrems-ii/>.
- 2 Durchführungsbeschluss (EU) 2021/914 der Kommission vom 4.6.2021 über Standardvertragsklauseln für die Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer gemäß der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates, [https://eur-lex.europa.eu/eli/dec\\_impl/2021/914/oj?localed=de](https://eur-lex.europa.eu/eli/dec_impl/2021/914/oj?localed=de). Auf die ebenfalls am 4.6.2021 veröffentlichten Standardvertragsklauseln zwischen Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern gemäß Artikel 28 Absatz 7 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates und Artikel 29 Absatz 7 der Verordnung (EU) 2018/1725 des Europäischen Parlaments und des Rates soll hier nicht näher eingegangen werden.
- 3 Siehe zum Beispiel Europäischer Datenschutzausschuss "Empfehlungen 01/2020 zu Maßnahmen zur Ergänzung von Übermittlungstools zur Gewährleistung des unionsrechtlichen Schutzniveaus für personenbezogene Daten", [https://edpb.europa.eu/system/files/2022-04/edpb\\_recommendations\\_202001vo.2.0\\_supplementarymeasurestransferstools\\_de.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2022-04/edpb_recommendations_202001vo.2.0_supplementarymeasurestransferstools_de.pdf).
- 4 Länderübergreifende Kontrolle der Datenschutzaufsichtsbehörden von Unternehmen zur Umsetzung der Schrems-II-Entscheidung, siehe zB [https://www.lida.bayern.de/de/thema\\_schrems2\\_pruefung.html](https://www.lida.bayern.de/de/thema_schrems2_pruefung.html).
- 5 Siehe hierzu ausführlich Determann/Weigl EuZW 2016, 811 (812 f.).
- 6 EuGH 16.7.2020 – C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 – Schrems II, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?sessionId=4C548906D45E1DC3F0D2F437AF01118B?text=&docid=228677&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15479748>; siehe hierzu die FAQ des EDSA [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other/frequently-asked-questions-judgment-court-justice-european-union\\_en](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other/frequently-asked-questions-judgment-court-justice-european-union_en).
- 7 Empfehlungen 01/2020 zu Maßnahmen zur Ergänzung von Übermittlungstools zur Gewährleistung des unionsrechtlichen Schutzniveaus für personenbezogene Daten, [https://edpb.europa.eu/system/files/2022-04/edpb\\_recommendations\\_202001vo.2.0\\_supplementarymeasurestransferstools\\_de.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2022-04/edpb_recommendations_202001vo.2.0_supplementarymeasurestransferstools_de.pdf), sowie Empfehlungen 02/2020 zu den wesentlichen europäischen Garantien in Bezug auf Überwachungsmaßnahmen, [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/recommendations/recommendations-022020-european-essential-guarantees\\_de](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/recommendations/recommendations-022020-european-essential-guarantees_de).

## II. Aktuelle Entwicklungen hinsichtlich der verschiedenen Übermittlungsinstrumente

### 1. Angemessenheitsbeschluss – bald neuer "transatlantischer Datenschutzrahmen"?

Bei Übermittlungen an Empfänger in Ländern, für welche die Europäische Kommission einen Angemessenheitsbeschluss erlassen hat (zB Argentinien, Israel, Japan, Kanada, Republik Korea, Schweiz und Vereinigtes Königreich),<sup>8</sup> dh festgestellt hat, dass das jeweilige Drittland ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleistet, müssen Unternehmen nur die Hürde des allgemeinen Verbots von Datenübermittlungen nehmen. Seit Geltung der DS-GVO hat die Europäische Kommission Angemessenheitsbeschlüsse für Japan (Januar 2019), das Vereinigte Königreich (Juni 2021)<sup>9</sup> und die Republik Korea (Dezember 2021) erlassen.

Was die USA betrifft, hatte die Europäische Kommission nur begrenzte Angemessenheitsbeschlüsse erlassen: im Jahr 2000 für Datenübermittlungen an US-Unternehmen, die sich freiwillig dem U.S. Safe Harbor-Programm unterwarfen und (nach dem "Schrems I-Urteil" von 2015, worin der EuGH die Kommissionsentscheidung von 2000 für ungültig erklärt hatte) im Jahr 2016 für US-Unternehmen, die dem EU-U.S. Privacy Shield-Programm beitraten. Seitdem der EuGH im "Schrems II-Urteil" von 2020 den Beschluss der Europäischen Kommission von 2016 zum Privacy Shield ebenfalls für unwirksam erklärt hat, hoffen beide Seiten des Atlantiks auf eine politische Lösung der durch das Schrems II-Urteil ausgelösten Schwierigkeiten in Form eines Nachfolgeabkommens.

Am 25.3.2022 gaben die Europäische Kommission und die Vereinigten Staaten die "grundsätzliche Einigung" auf einen neuen "Transatlantischen Datenschutzrahmen" bekannt.<sup>10</sup> Laut Pressemitteilung müssen die Vereinigten Staaten demnach neue Garantien zur Beschränkung des Zugriffs durch US-Nachrichtendienste einführen und einen zweistufigen unabhängigen Rechtsbehelfsmechanismus einrichten, der die Einrichtung eines neuen und unabhängigen "Data Protection Review Court" beinhaltet. Auch soll es Verfahren zur Überwachung der neuen Standards geben und für US-Unternehmen, die aus der EU übermittelte Daten verarbeiten, soll es neue Verpflichtungen geben. Derzeit werden die Rechtstexte ausgearbeitet, die ua die Grundlage für einen Angemessenheitsbeschluss bilden sollen. Der EDSA begrüßte die Ankündigung der politischen Einigung und kündigte seine Stellungnahme zu gegebener Zeit an.<sup>11</sup>

Offen ist allerdings, wann mit einem solchen Angemessenheitsbeschluss zu rechnen ist. Auch gilt es als wahrscheinlich, dass ein solcher Beschluss erneut gerichtlich angegriffen wird. Diesbezüglich ist zu hoffen, dass der EuGH seine Rechtsprechung zur Angemessenheit modifiziert und berücksichtigt, dass auch die meisten Staaten innerhalb des EWR bzw. Staaten, für die bereits ein Angemessenheitsbeschluss nach Art. 45 DS-GVO ergangen ist, Gemeindienste und andere Sicherheitsbehörden einsetzen, die personenbezogene Daten verarbeiten, ohne hierbei die Anforderungen der DS-GVO einzuhalten. Ein etwaiges Privacy Shield Nachfolgeabkommen würde wiederum nur für Datenübermittlungen in die USA gelten. Die

hohen Anforderungen an Datenübermittlungen ins Drittland, die der EuGH in seinem "Schrems II-Urteil" aufgestellt hat, gelten für Datenübermittlungen in andere Drittländer weiterhin.<sup>12</sup>

### 2. Geeignete Garantien

Art. 46 DS-GVO sieht eine Reihe von Übermittlungsinstrumenten vor. Das in der Praxis am häufigsten vorkommende Übermittlungsinstrument ist allerdings mit Abstand der Abschluss von Verträgen auf der Grundlage der Standardvertragsklauseln der Europäischen Kommission.<sup>13</sup>

#### a) Die neuen Standardvertragsklauseln

Am 4.6.2021 veröffentlichte die Europäische Kommission die neuen Standardvertragsklauseln.<sup>14</sup> Die neuen Standardvertragsklauseln stellen nicht nur ein Instrument für internationale Datenübermittlungen dar, sondern die Module 2 und 3 ("Controller to Processor" und "Processor to Processor") sind darüber hinaus auch Standardvertragsklauseln iSv Art. 28 Abs. 7 DS-GVO, da sie die Rechte und Pflichten der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter gemäß Art. 28 Abs. 3 und 4 DS-GVO enthalten.

Bis zum 27.12.2022 gelten die alten Standardvertragsklauseln (2010/87/EU und 2004/915/EG)<sup>15</sup> weiterhin als "geeignete Garantien", dh vor dem 27.9.2021 abgeschlossene alte Standardvertragsklauseln helfen bis 27.12.2022 über die "zweite Hürde" – Anforderungen an internationale Datenübermittlungen – hinweg. Ab dem 28.12.2022 stellen die alten Standardvertrags-

8 Die Liste mit Ländern mit Adäquanzentscheidung findet sich unter [https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en).

9 Dieser war quasi in "letzter Minute" vor Ablauf der Übergangsregelung im Handels- und Kooperationsabkommen vom 24.12.2020 erlassen worden. Zum Thema Datenübermittlungen und Brexit, siehe Kaufmann/Nebel, <https://www.bakermckenzie-kompass.de/2021/02/11/datentransfers-und-brex-it-update/>.

10 [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_22\\_2087](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_2087).

11 [https://edpb.europa.eu/system/files/2022-04/edpb\\_statement\\_202201\\_new\\_transatlantic\\_data\\_privacy\\_framework\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2022-04/edpb_statement_202201_new_transatlantic_data_privacy_framework_en.pdf).

12 Die Anforderungen aus dem Schrems II-Urteil gelten nicht nur für die USA, sondern auch für Drittländer generell, siehe [https://datenschutzkonferenz-online.de/media/pm/20200616\\_pm\\_schrems2.pdf](https://datenschutzkonferenz-online.de/media/pm/20200616_pm_schrems2.pdf).

13 Siehe "IAPP-EY Annual Privacy Governance Report 2021" [https://iapp.org/media/pdf/resource\\_center/IAPP\\_EY\\_Annual\\_Privacy\\_Governance\\_Report\\_2021.pdf](https://iapp.org/media/pdf/resource_center/IAPP_EY_Annual_Privacy_Governance_Report_2021.pdf), S. 4.

14 Siehe [https://eur-lex.europa.eu/eli/dec\\_impl/2021/914/oj?locale=de](https://eur-lex.europa.eu/eli/dec_impl/2021/914/oj?locale=de). Siehe hierzu auch Hengesbaugh/Feiler/Nebel, "Top-10 do's and don'ts for service providers implementing the new SCCs with EU customers", IAPP, The Privacy Advisor, 22.6.2021 <https://iapp.org/news/a/top-10-dos-and-donts-for-service-providers-implementing-the-new-sccs-with-eu-customers/sowie-Determann/Nebel/et-al.-Standardizing-data-processing-agreements-globally>, IAPP, The Privacy Advisor, 28.9.2021, <https://iapp.org/news/a/standardizing-data-processing-agreements-globally/>. Ein entsprechender Entwurf der Standardvertragsklauseln war von der Europäischen Kommission bereits im November 2020 veröffentlicht worden (siehe hierzu Lutz/Nebel, "Int. Datentransfers: Update zu Standardvertragsklauseln", <https://www.bakermckenzie-kompass.de/2021/02/08/int-datentransfers-update-zu-standardvertragsklauseln/>). Der EDSA und der EDSB hatten im Januar 2021 eine gemeinsame Stellungnahme samt Mark-Up veröffentlicht ([https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpb-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-12021-standard\\_en](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpb-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-12021-standard_en)).

15 Standardvertragsklauseln 2010/87/EU siehe <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32010D0087> und Standardvertragsklauseln 2004/915 siehe <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:32004D0915>.

klauseln kein Übermittlungsinstrument mehr dar. Es verbleibt also nicht viel Zeit, die neuen Standardvertragsklauseln zu implementieren. Dies stellt insbesondere für Unternehmen mit vielen Lieferanten eine Herausforderung dar. Aber auch in Situationen, in denen die Kette mehr als ein Glied hat (zB ein Auftragsverarbeiter weitere Unterauftragsverarbeiter einsetzt) kann die Umsetzung mit (zeitlichen) Schwierigkeiten verbunden sein.

Die neuen Standardvertragsklauseln sehen nicht mehr nur ein Modul für Datenübermittlungen "Controller to Controller" und ein Modul für Datenübermittlungen "Controller to Processor" vor, sondern auch ein Modul für Datenübermittlungen "Processor to Processor" und ein Modul für Datenübermittlungen "Processor to Controller". Durch den erweiterten Anwendungsbereich können die neuen Standardvertragsklauseln auch für Datenexporteure außerhalb der EU zum Einsatz kommen. Das Bedürfnis, Standardvertragsklauseln auch in diesen Situationen anzuwenden, ist keine Seltenheit – da die DS-GVO extraterritorial gelten kann. Die neuen Standardvertragsklauseln können auch von Datenexporteuren in einem Land mit Angemessenheitsbeschluss oder im Drittland abgeschlossen werden, wenn diese der DS-GVO unterliegen und personenbezogene Daten in ein Drittland übermitteln.<sup>16</sup>

Außerdem bieten sich die Standardvertragsklauseln im Interesse der Vereinheitlichung und entgegen dem Wortlaut des Erwägungsgrundes 7 Satz 2 der Standardvertragsklauseln auch für Situationen an, in denen auch der Datenimporteur der DSGVO unterliegt.<sup>17</sup> Viele international agierende Unternehmen müssen Verträge über Datenübermittlungen mit tausenden von Unternehmen in anderen Ländern abschließen und können oft nicht beurteilen, inwiefern die Datenimporteure der DS-GVO unterliegen, was nach Art. 3 DS-GVO von Details der Verarbeitungstätigkeiten abhängt. Wenn sie dabei mit Standardvertragsklauseln auch Unternehmen als Datenimporteure abdecken, die auch direkt der DS-GVO unterliegen, so schadet das weder aus Sicht der Datenexporteure noch der Betroffenen, denen ein ggf. überlappender Schutz durch DS-GVO und Standardvertragsklauseln eher nützt. Daher sollte es möglich sein, dass sich Datenimporteure freiwillig zusätzlichen – aber immerhin standardisierten – Pflichten aus den Standardvertragsklauseln unterwerfen und dies grds. als geeignete Garantien iSv Art. 46 DS-GVO anerkannt wird.

Das Modul 3 "Processor to Processor" schließt die bisher bestehende Lücke, dass sich sowohl Verantwortlicher als auch Auftragsverarbeiter in der EU befinden und erst der Unterauftragsverarbeiter im Drittland sitzt. Das Modul 4 "Processor to Controller" deckt Rückübermittlungen ab, dh Datenübermittlungen von einem Auftragsverarbeiter in der EU an einen Verantwortlichen außerhalb der EU.<sup>18</sup> Auch dieses Modul schließt eine bisher bestehende Lücke.

Klauseln 14 und 15 der neuen Standardvertragsklauseln enthalten spezielle Klauseln, um die Anforderungen des "Schrems II-Urteils" zu adressieren. Die "Schrems II-Problematik" lösen die neuen Standardvertragsklauseln aber nicht. Klausel 14 erfordert die Durchführung eines sog. Data Transfer Impact Assessments<sup>19</sup>. Diese muss dokumentiert werden und auf Anfrage der zuständigen Aufsichtsbehörde herausgegeben werden.

Im Mai 2022 veröffentlichte die Europäische Kommission die erwarteten FAQ zu den neuen Standardvertragsklauseln.<sup>20</sup> Darin werden einige offene Fragen bzgl. der neuen Standardvertragsklauseln adressiert.

## b) Weitere geeignete Garantien

### aa) Binding Corporate Rules

Für konzerninterne Datenübermittlungen können Unternehmen geeignete Garantien zB durch verbindliche interne Datenschutzvorschriften, sog. Binding Corporate Rules schaffen, Art. 47 DS-GVO. Binding Corporate Rules gelten als "Gold-Standard" im Datenschutzrecht, bedürfen allerdings der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde, die dabei in aller Regel das Kohärenzverfahren nach Art. 63 DS-GVO anwenden muss. Wenn die zuständige Aufsichtsbehörde die Binding Corporate Rules im Rahmen der DS-GVO genehmigt, sind Datenschutzbehörden in allen anderen EWR-Staaten gebunden. Das ist für international agierende Unternehmen attraktiv und war vor Inkrafttreten der DS-GVO nicht gewährleistet. Die inhaltlichen Anforderungen an Binding Corporate Rules ergeben sich aus Art. 47 DS-GVO. Die Art. 29 Datenschutzgruppe veröffentlichte diesbezüglich einige Dokumente und Orientierungshilfen,<sup>21</sup> die vom EDSA angenommen wurden<sup>22</sup> und weiterhin als Orientierung dienen können.<sup>23</sup>

<sup>16</sup> Siehe auch Frage 23 der FAQ der Europäischen Kommission zu den neuen Standardvertragsklauseln [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions\\_answers\\_on\\_sccs\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf).

<sup>17</sup> AA und wenig überzeugend aber der EDSA in den "Guidelines 05/2021 on the Interplay between the application of Article 3 and the provisions on international transfers as per Chapter V of the GDPR", Randnummer 23 und die Europäische Kommission in Frage 24 der FAQ zu den neuen Standardvertragsklauseln [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions\\_answers\\_on\\_sccs\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf).

<sup>18</sup> Denn für den Auftragsverarbeiter in der EU gelten die Auftragsverarbeiter-Vorschriften der DS-GVO einschließlich der Vorschriften für internationale Datenübermittlungen direkt, siehe Leitlinien 3/2018 zum räumlichen Anwendungsbereich der DS-GVO des EDSA S. 14, [https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_3\\_2018\\_territorial\\_scope\\_after\\_consultation\\_de.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_3_2018_territorial_scope_after_consultation_de.pdf).

<sup>19</sup> Siehe zB Frage 40 der FAQ der Europäischen Kommission zu den neuen Standardvertragsklauseln [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions\\_answers\\_on\\_sccs\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf).

<sup>20</sup> [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions\\_answers\\_on\\_sccs\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf).

<sup>21</sup> Working Document Setting Forth a Co-Operation Procedure for the approval of Binding Corporate Rules for controllers and processors under the GDPR ([https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=623056](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623056)), Recommendation on the Standard Application for Approval of Controller Binding Corporate Rules for the Transfer of Personal Data ([https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/recommendation-standard-application-approval-controller-binding\\_en](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/recommendation-standard-application-approval-controller-binding_en)), Recommendation on the approval of the Processor Binding Corporate Rules form ([https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=623848](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623848)), Working Document on Binding Corporate Rules for Controllers ([https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=614109](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=614109)), Working Document on Binding Corporate Rules for Processors ([https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=614110](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=614110)).

<sup>22</sup> [https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detailhttps://edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/endorsed-wp29-guidelines\\_en](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detailhttps://edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/endorsed-wp29-guidelines_en).

<sup>23</sup> Siehe Website des Hessischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit <https://datenschutz.hessen.de/datenschutz/internationales/binding-corporate-rules-bcr>.

## bb) Genehmigte Verhaltensregeln

Ein mit der DS-GVO neu eingeführtes Instrument zur Datenübermittlung ins Drittland können sogenannte Verhaltensregeln (Art. 46 Abs. 2 lit. e iVm Art. 40 DS-GVO) sein.

Verbände und andere Vereinigungen, die Kategorien von Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern vertreten, können Verhaltensregeln ausarbeiten, mit denen die Bestimmungen der DS-GVO präzisiert werden (Art. 40 Abs. 2 DS-GVO). Sie müssen den in Art. 40 DS-GVO vorgesehenen Genehmigungsprozess durchlaufen. Der EDSA veröffentlichte im Juni 2019 Leitlinien für Verhaltensregeln. Diese enthalten insbesondere Kriterien für die Genehmigung von Verhaltensregeln sowie für die Ausgestaltung des Genehmigungsprozesses.<sup>24</sup>

Damit die Verhaltensregeln als Instrument zur Datenübermittlung herangezogen werden können, müssen die Verhaltensregeln gemäß Art. 40 Abs. 5 DS-GVO von der zuständigen Aufsichtsbehörde genehmigt und nach herrschender Auffassung von der Europäischen Kommission gemäß Art. 40 Abs. 9 DS-GVO für Allgemein gültig erklärt worden sein.<sup>25</sup> Außerdem müssen sie rechtsverbindliche und durchsetzbare Verpflichtungen zur Anwendung geeigneter Garantien durch Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter im Drittland enthalten (Art. 46 Abs. 2 lit. f DS-GVO). Dies kann insbesondere mittels vertraglicher oder sonstiger rechtlich bindender Pflichten umgesetzt werden. Verpflichtet sich ein Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter im Drittland zur Anwendung der Verhaltensregeln, können damit zahlreiche sektorspezifische Datenübermittlungen gerechtfertigt werden (der Verantwortliche/Auftragsverarbeiter in der EU muss sich selbst nicht den Verhaltensregeln unterworfen haben). Im Juli 2021 veröffentlichte der EDSA ergänzende Leitlinien, welche die Nutzung von Verhaltensregeln als Übermittlungsinstrument adressieren.<sup>26</sup> Diese enthalten ua eine Checkliste mit Elementen, welche die Verhaltensregeln für Drittstaatenübermittlungen mindestens enthalten sollten. Es bleibt abzuwarten, ob diese Verhaltensregeln künftig eine Alternative zu anderen Übermittlungsinstrumenten werden.

## cc) Genehmigter Zertifizierungsmechanismus

Auch die Einhaltung genehmigter Zertifizierungsmechanismen (datenschutzspezifische Zertifizierungsverfahren, Datenschutzsiegel und -prüfzeichen) kann eine geeignete Garantie iSd Art. 46 DS-GVO darstellen. Hierzu müssen ua die verantwortlichen Stellen und Auftragsverarbeiter in Drittländern gemäß der DS-GVO zertifiziert werden und es muss rechtlich verbindlich sichergestellt werden, dass die Stellen in Drittländern die Zertifizierungskriterien einhalten. Auch zur Zertifizierung im Allgemeinen und zur Zertifizierung als Übermittlungsinstrument gemäß Art. 42 Abs. 2 und 46 Abs. 2 lit. f DS-GVO im Speziellen, veröffentlichte der EDSA Leitlinien.<sup>27</sup>

## c) Das Erfordernis eines Data Transfer Impact Assessments

Stützt ein Unternehmen die Datenübermittlung auf "geeignete Garantien" gemäß Art. 46 DS-GVO, müssen zusätzlich die Anforderungen des "Schrems II-Urteils" eingehalten werden.<sup>28</sup>

Dies erfordert die Durchführung eines Data Transfer Impact Assessments (das "ob"). Diese Anforderung ergibt sich nicht nur aus dem "Schrems II-Urteil", sondern inzwischen auch aus Klausel 14 der neuen Standardvertragsklauseln (siehe oben I.2.), den Empfehlungen des EDSA (siehe oben II.2.a.) und nicht zuletzt auch aus Art. 5 Abs. 2 DS-GVO ("Rechenschaftspflicht").

Welche Methodik bei der Durchführung der Data Transfer Impact Assessments anzuwenden ist und welchen Inhalt ein Data Transfer Impact Assessment haben muss (das "wie"), ist noch nicht (vollständig) geklärt und auch umstritten. Es wird insbesondere diskutiert, ob ein objektiver Ansatz erforderlich ist (dh insbesondere eine abstrakte Betrachtung der Gesetze im Drittland) oder ob auch ein subjektiver, risikobasierter Ansatz zulässig ist (dh eine Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit, dass beim Datenempfänger auf personenbezogene Daten zugegriffen wird). Während insbesondere Erwägungsgrund 20 und Fußnote 12 der Standardvertragsklauseln die Möglichkeit des subjektiven Ansatzes eröffnen, verlangen die Datenschutzbehörden den objektiven Ansatz.<sup>29</sup> In den FAQ zu den neuen Standardvertragsklauseln betont die Europäische Kommission in der Antwort auf die Frage, ob es spezifischer Schritte zur Einhaltung des "Schrems II-Urteils" bei der Verwendung der neuen Standardvertragsklauseln bedarf (Frage 40) zwar, dass insbesondere die spezifischen Umstände der Datenübermittlung relevant sind und verschiedene Elemente berücksichtigt werden dürfen (siehe Klausel 14 Fn. 12), allerdings verweist die Europäische Kommission auch ausdrücklich auf die Empfehlungen des EDSA und die darin enthaltenen Prüfungsschritte. Da es die Aufgabe der Datenschutzbehörden ist, für die Durchsetzung der DS-GVO zu sorgen, sind Unternehmen zur Risikominderung gut beraten, der Interpretation der Datenschutzbehörden zu folgen.

Die Notwendigkeit der Durchführung von Data Transfer Impact Assessments zeigt sich auch an den anlassunabhängigen Prüfungen internationaler Datenübermittlungen seitens

24 Leitlinien 1/2019 über Verhaltensregeln und Überwachungsstellen gemäß der Verordnung (EU) 2016/679, [https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_201901\\_v2.0\\_codesofconduct\\_de.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201901_v2.0_codesofconduct_de.pdf).

25 Der Wortlaut des Art. 46 Abs. 2 lit. e DS-GVO verlangt diese Allgemein gültigkeit nicht explizit – diese ergibt sich lediglich aus Art. 40 Abs. 3 und Abs. 9 DS-GVO. So auch EDSA Guidelines 04/2021 on Codes of Conduct as tools for transfers, [https://edpb.europa.eu/system/files/2022-03/edpb\\_guidelines\\_codes\\_conduct\\_transfers\\_after\\_public\\_consultation\\_en\\_1.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2022-03/edpb_guidelines_codes_conduct_transfers_after_public_consultation_en_1.pdf), S. 3 und 10; Bergt, in: Kühling/Buchner DS-GVO Art. 40 Rn. 47; Kinast, in: Taeger/Gabel DS-GVO Art. 40 Rn. 35; Paal/Pauly DS-GVO, Art. 40 Rn. 17; aA Schweinoch, in: Ehmann/Selmayr DS-GVO Art. 40 Rn. 37.

26 Guidelines 04/2021 on Codes of Conduct as tools for transfers, [https://edpb.europa.eu/system/files/2022-03/edpb\\_guidelines\\_codes\\_conduct\\_transfers\\_after\\_public\\_consultation\\_en\\_1.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2022-03/edpb_guidelines_codes_conduct_transfers_after_public_consultation_en_1.pdf).

27 Siehe [https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_201801\\_v3.0\\_certificationcriteria\\_annex2\\_de\\_0.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201801_v3.0_certificationcriteria_annex2_de_0.pdf) sowie [https://edpb.europa.eu/system/files/2022-06/edpb\\_guidelines\\_202207\\_certificationfortransfers\\_en\\_1.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2022-06/edpb_guidelines_202207_certificationfortransfers_en_1.pdf).

28 Datenschutzkonferenz [https://datenschutzkonferenz-online.de/media/pm/20200616\\_pm\\_schrems2.pdf](https://datenschutzkonferenz-online.de/media/pm/20200616_pm_schrems2.pdf).

29 Siehe zB EDSA, "Empfehlungen 01/2020 zu Maßnahmen zur Ergänzung von Übermittlungstools zur Gewährleistung des unionsrechtlichen Schutzniveaus für personenbezogene Daten" des EDSA unter [https://edpb.europa.eu/system/files/2022-04/edpb\\_recommendations\\_20201vo.2.0\\_supplementarymeasurestransferstools\\_de.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2022-04/edpb_recommendations_20201vo.2.0_supplementarymeasurestransferstools_de.pdf); siehe auch die Österreichische Datenschutzbehörde [https://www.dsb.gv.at/download-links/bekanntmachungen.html#Google\\_Analytics](https://www.dsb.gv.at/download-links/bekanntmachungen.html#Google_Analytics).

einiger deutscher Datenschutzbehörden.<sup>30</sup> Einige deutsche Datenschutzbehörden schickten im Juni 2021 im Rahmen der "koordinierten Prüfung" Fragenkataloge an Unternehmen. Zweck sollte die breite Durchsetzung des "Schrems II-Urteils" sein. Adressaten waren von den teilnehmenden Datenschutzbehörden jeweils ausgewählte Unternehmen. Es gab Fragenkataloge zu verschiedenen Themen, wie zB Bewerberportale und konzerninterner Datenverkehr. Die Fragen waren bzw. sind sehr detailliert: "Wenn Sie solche SDK [=Standardvertragsklauseln] abgeschlossen haben, haben Sie dann (mit den Empfängern) eine sorgfältige Bewertung der Rechtsordnung des Drittlandes vorgenommen?" Und weiter heißt es: "Wenn Sie zu dem Schluss gelangt sind, dass der Empfänger tatsächlich die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen gemäß den SDK garantieren kann: Beschreiben Sie bitte Ihre Gründe für diese Schlussfolgerung im Einzelnen und erbringen Sie geeignete Nachweise." Nicht zuletzt diese Prüfungen zeigen, dass die Datenschutzbehörden eine Prüfungstätigkeit und Dokumentation von Data Transfer Impact Assessments seitens der Unternehmen sehen möchten.

Doch selbst wenn ein Unternehmen ein Data Transfer Impact Assessment durchgeführt hat, verbleibt derzeit die Unsicherheit, ob die Datenschutzbehörden die Methodik und das Ergebnis des Data Transfer Impact Assessments teilen und die ggf. ergänzend ergriffenen Maßnahmen für ausreichend erachten.

### 3. Ausnahmen

Als weiteres Übermittlungsinstrument kommen die Ausnahmen in Art. 49 DS-GVO in Betracht. Insbesondere vor dem Hintergrund des "Schrems II-Urteils" und dessen Auswirkung auf alle "geeigneten Garantien" empfiehlt es sich in Betracht zu ziehen, ob Übermittlungen so gestaltet werden können, dass sie einer Ausnahme unterfallen. Für Unternehmen mit direktem Kontakt zum Betroffenen (zB Kunden) können insbesondere die "ausdrückliche Einwilligung" oder die "Vertragserfüllung" in Betracht kommen. Der EuGH verwies in seinem Schrems II-Urteil noch explizit auf die Ausnahmen als alternatives Übermittlungsinstrument ("...ist festzustellen, dass in Anbetracht von Art. 49 der DS-GVO durch die Nichtigerklärung eines Angemessenheitsbeschlusses wie des DSS-Beschlusses jedenfalls kein solches rechtliches Vakuum entstehen kann...").

Die Datenschutzbehörden sind jedoch der Auffassung, dass die Ausnahmen eng auszulegen sind und nur für gelegentliche Datenübermittlungen gelten.<sup>31</sup> Insbesondere vor dem Hintergrund des "Schrems II-Urteils" wiederholten sie ihre diesbezügliche Auffassung wie folgt: "Nur in einigen Fällen kann sich der Datenexporteur, sofern er die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, auf eine der in Artikel 49 DS-GVO vorgesehenen Ausnahmen stützen. Ausnahmen dürfen jedoch in der Praxis nicht zur "Regel" werden, sondern müssen auf bestimmte Situationen beschränkt werden."<sup>32</sup>

Diese Auffassung der Datenschutzbehörden ist zwar durchaus angreifbar. Allerdings sind Unternehmen auch in dieser Hinsicht zur Risikominderung gut beraten, der Interpretation der Datenschutzbehörden zu folgen.

## III. Zusammenfassung

Die obenstehenden Ausführungen zeigen, dass internationale Datenübermittlungen eine große Herausforderung für Unternehmen darstellen. Es bleibt zu hoffen, dass es möglichst zeitnah zu einer politischen Lösung in Bezug auf Datenübermittlungen in die USA kommt (zB durch ein Nachfolgeabkommen des Privacy Shields). Im Übrigen sollten Unternehmen prüfen, ob andere Übermittlungsinstrumente (zB Ausnahmen) in Betracht kommen und, falls nicht, Data Transfer Impact Assessments durchführen und diese dokumentieren.

### Summary

International data transfers remain a hot topic in EU and UK data protection law. The article provides an overview on developments and action items for companies since the "Schrems II" decision of the Court of Justice of the European Union from 2020, the new Standard Contractual Clauses that have been issued by the European Commission in 2021 and guidance on transfer compliance mechanisms and impact assessments based on guidance from the European Data Protection Board and national authorities in 2022.



Lothar Determann



Holger Lutz



Michaela Nebel

30 Länderübergreifende Kontrolle der Datenschutzaufsichtsbehörden von Unternehmen zur Umsetzung der Schrems-II-Entscheidung, siehe zB [https://www.lida.bayern.de/de/thema\\_schrems2\\_pruefung.html](https://www.lida.bayern.de/de/thema_schrems2_pruefung.html).

31 Guidelines on Article 49 of Regulation 2016/679, WP 262, [https://datenschutz-hamburg.de/assets/pdf/wp262rev01\\_en.pdf](https://datenschutz-hamburg.de/assets/pdf/wp262rev01_en.pdf).

32 "Empfehlungen 01/2020 zu Maßnahmen zur Ergänzung von Übermittlungstools zur Gewährleistung des unionsrechtlichen Schutzniveaus für personenbezogene Daten" des EDSA, S. 4 unter [https://edpb.europa.eu/system/files/2022-04/edpb\\_recommendations\\_202001vo.2.0\\_supplementarymeasures-transfer-tools\\_de.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2022-04/edpb_recommendations_202001vo.2.0_supplementarymeasures-transfer-tools_de.pdf).