

Abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden in der AG "Internationaler Datenverkehr" am 12./13. Februar 2007 - Bezug: Protokoll der Sitzung mit Wirtschaftsvertretern am 23. Juni 2006 –

I. Bestimmung der "datenexportierenden Stelle" nach §§ 4 b, 4 c BDSG

1. Faustregel: Wer öffnet die Tür zum Datenexport?
Maßgebliches Entscheidungskriterium ist die Entscheidungsbefugnis über den Datenexport in das Drittland (z. B. Entscheidung über die Zuteilung/Vergabe von Zugriffsrechten). Die Befugnis verbleibt grundsätzlich beim Datenverarbeiter in Deutschland.
2. Rechtlich unselbständige Niederlassungen können übermittelnde Stellen i. S. v. §§ 4b, 4c BDSG sein.
3. Rechtlich unselbständige Niederlassungen sind nicht Antragsteller oder Adressat von Genehmigungsverfahren.
4. Ein Standardvertrag zwischen einem Unternehmen und seiner rechtlich unselbständigen Niederlassung ist nicht möglich, da dies ein In-Sich-Geschäft wäre. Eine (zugangs-, aber nicht empfangsbedürftige) Garantieerklärung (durch die ein Garantievertrag mit den betroffenen Personen zustande kommt) ist daher erforderlich.
5. Eine Zulässigkeitsprüfung in der 1. Stufe unabhängig von derjenigen in der 2. Stufe erfolgt in den Fällen, in denen deutsche Niederlassungen Daten an den europäischen Hauptsitz übermitteln (z.B. zum Abruf von dort durch den US-Konzernhauptsitz). Gleichwohl können Fragestellungen der 2. Stufe bei der Prüfung der 1. Stufe von Bedeutung sein.

II. Arbeitsbericht der Ad-hoc-Arbeitsgruppe "Konzerninterner Datentransfer" – Auswirkungen bzw. Bedeutung und Umsetzung der Ergebnisse beim Drittstaatentransfer

1. Die Verbindlichkeit von Betriebsvereinbarungen im Drittland wird durch "Unterwerfungserklärung" des Datenimporteurs hergestellt.
2. Der alternative Standardvertrag ist grundsätzlich für Arbeitnehmerdaten nicht geeignet (und evt. ergänzungsbedürftig), da die Haftung und Auskunftspflicht des Datenexporteurs (des

deutschen Arbeitgebers) eingeschränkt sind. Wertungswidersprüche zum deutschen Recht (1. Stufe) sind zu vermeiden.

3. Bei allen Standardverträgen sind auch die Anforderungen nach nationalem Recht (1. Stufe) zu erfüllen, ggf. durch eine Zusatzvereinbarung (z. B. des Einwilligungserfordernisses statt Widerspruchsrecht). Wertungswidersprüche zum deutschen Recht (1. Stufe) sind zu vermeiden (vgl. Art. 2 der Kommissionsentscheidungen vom 15. Juni 2001 und 27. Dezember 2001).
4. Bei Änderung eines Standardvertrages, die eindeutig zugunsten des Betroffenen ausfällt, besteht u. U. keine Genehmigungspflicht nach § 4 c Abs. 2 BDSG, was durch Rückfrage bei der zuständigen Aufsichtsbehörde zu klären ist.
5. Die Antwort 4 zu FAQ 9 / Safe Harbor-Entscheidung hat nur deklaratorische Wirkung, kann also Rechte der betroffenen Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber in Deutschland / EU weder begründen noch beschränken, sondern gibt nur das Verständnis der US-Seite bezüglich des EU-(Arbeits-)Rechts wieder. Die Unternehmen tragen die Darlegungslast für die Arbeitnehmerrechte, die sicherzustellen sind.

III. Gelten bei der Datenweitergabe von einem in Deutschland befindlichen Datenverarbeitungsdienstleister an seinen im Drittstaat befindlichen Auftraggeber die Anforderungen der §§ 4 b, 4 c BDSG?

1. Der Auftraggeber (AG) im Drittland muss das BDSG nach § 1 Abs. 5 Satz 2 bei der Datenverarbeitung durch den deutschen Auftragnehmer (AN) berücksichtigen, wenn der AG auf automatisierte Mittel zur Datenverarbeitung in Deutschland zurückgreift.
2. Bei der (Rück-)Übermittlung durch den AN an den AG gelten die §§ 4 b, 4 c BDSG nicht (insofern neue Ansicht), unter anderem weil nach § 3 Abs. 8 Satz 3 BDSG der Auftragnehmer in Deutschland nicht Dritter im Verhältnis zur verantwortlichen Stelle ist und somit keine Übermittlung i. S. v. § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG stattfindet. Die Rückausnahme, die § 3 Abs. 8 Satz 3 BDSG selbst impliziert, nämlich dass Auftragnehmer außerhalb des EWR Dritte sind, greift nicht für den Auftraggeber im Drittstaat.
3. Für die Verarbeitung in Europa und die Rückübermittlung durch deutsche AN an AG im Drittland gelten die technisch-organisatorischen sowie bestimmte materiell-rechtliche Regelungen des BDSG (d.h. nur §§ 28 ff, nicht §§ 4 b, 4 c BDSG). Adressat der Aufsichtsbehörde zur Durchsetzung der materiell-rechtlichen Vorschriften ist weiterhin nur der Auftraggeber. Den AN trifft gegenüber dem AG eine "qualifizierte Remonstrationspflicht" bei Kenntniserlangung von Umständen i.S.v. § 11 Abs. 3 Satz 2 BDSG.

4. Wegen § 1 Abs. 5 BDSG gilt materielles Datenschutzrecht, wenn die Daten in Deutschland erarbeitet werden (siehe 1.). Bei der Anwendung insbesondere des § 28 BDSG ist aber der besonderen Sachlage der Auftragsdatenverarbeitung Rechnung zu tragen. Einerseits ist das berechtigte Interesse des Auftraggebers, im Rahmen seiner Organisationsentscheidungen auch Datenverarbeitungsschritte auf Auftragnehmer (AN) zu verlagern, bei § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG zu betrachten. Die schutzwürdigen Interessen der Betroffenen sind andererseits entsprechend der jeweiligen Fallkonstellation zu gewichten. In diesem Zusammenhang sind grundsätzlich auch die Wertungen der Rechtsordnungen im Drittstaat von Bedeutung, sofern sie nicht gegen den "ordre public" in Deutschland (z.B. bei Menschenrechtsverletzungen) verstoßen.

5. Deutsches materielles Recht gilt nicht, wenn der deutsche AN nicht auf die vom AG übermittelten Daten zugreifen kann (weil die Datenverarbeitung im geschlossenen System / Black Box oder verschlüsselt erfolgt).