

Anmerkungen zum Entwurf der CAC-Bestimmungen zur Regulierung und Förderung des grenzüberschreitenden Datenverkehrs: Kommen die erhofften Ausnahmen von den bestehenden strengen GSPD-Regelungen?

Rainer Burkardt / Ondřej Zapletal¹

Abstract

Dieser Beitrag befasst sich mit dem Entwurf der Bestimmungen zur Regulierung und Förderung des grenzüberschreitenden Datenverkehrs vom September 2023. Der Entwurf hat bei ausländischen Investoren große Hoffnungen auf eine Erleichterung des grenzüberschreitenden Datentransfers aufkommen lassen. Dies insbesondere aufgrund von Ziffer 4 des Entwurfs, die eine signifikante Lockerung des aktuell geltenden strengen Regimes nach dem Gesetz der VR China zum Schutz von personenbezogenen Daten enthält. In diesem Beitrag kommentieren die Autoren den Entwurf und begründen, warum der Entwurf nicht in der vorliegenden Fassung erlassen wird.

I. Einleitung

Am 28. September 2023 veröffentlichte die Cyberspace Administration of China (CAC) den „Entwurf der Bestimmungen zur Regulierung und Förderung des grenzüberschreitenden Datenverkehrs“² (Entwurf) zur öffentlichen Stellungnahme. Der Entwurf sieht Ausnahmen von der derzeitigen strengen Regelung für die grenzüberschreitende Übermittlung personenbezogener Daten vor.

Die allgemeinen Voraussetzungen für die grenzüberschreitende Übermittlung von personenbezogenen Daten sind im „Gesetz der Volksrepublik China zum Schutz personenbezogener Daten“³ (GSPD) festgelegt, welches in § 38 vorsieht, dass Verarbeiter von personenbezogenen Daten, welche personenbezogene Daten an einen Empfänger außerhalb der Volksrepublik China (China) übermitteln, eine der folgenden Voraussetzungen erfüllen müssen:

1. Bestehen der von der CAC organisierten Sicherheitsbewertung (CAC-Sicherheitsbewertung)⁴
2. Bestehen der von einer qualifizierten Institution durchgeführten Zertifizierung zum Schutz von personenbezogenen Daten (Zertifizierung) oder
3. Abschluss eines Vertrages mit dem Datenempfänger im Ausland gemäß dem von der CAC formulierten Standardvertrag (CAC-Standardvertrag)

Die CAC-Sicherheitsbewertung, die Zertifizierung und der CAC-Standardvertrag werden im Folgenden gemeinsam als die „Drei Voraussetzungen“ bezeichnet.⁵

Viele kleine und mittelständische Unternehmen (KMU) in China, die nur geringe Mengen an personenbezogenen Daten ins Ausland, z. B. an ihre Muttergesellschaft, übermitteln, haben Schwierigkeiten, die Drei Voraussetzungen für die grenzüberschreitende Übermittlung von personenbezogenen Daten zu erfüllen. Dies liegt insbesondere daran, dass die Umsetzung der Drei Voraussetzungen mit einem erheblichen Zeit- und Kostenaufwand verbunden ist (siehe nachstehende Tabelle) und dass es zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Artikels an praktischen Erfahrungen mangelt.

¹ Rainer Burkardt ist Gründer und Geschäftsführer der chinesischen Anwaltskanzlei Burkardt & Partner in Shanghai. Er lebt schon seit mehr als 25 Jahren in China und ist somit einer der wenigen ausländischen Rechtsanwälte mit einer mehr als zwei Jahrzehnte dauernden Berufs- und Beratungserfahrung vor Ort in China. Sein Fokus liegt auf der Rechtsberatung vorwiegend mittelständischer Unternehmen, aber auch von Unternehmensgruppen und internationalen Industriekonzernen aus Österreich, Deutschland und der Schweiz bei ihren Investitionen und Geschäften in China. Ondřej Zapletal ist Rechtsberater bei Burkardt & Partner in Shanghai. Er hat an der Shanghai East China University of Political Science and Law chinesisches Bürger- und Handelsrecht studiert und berät ausländische Unternehmen bei ihren Investitionen und Geschäften in der VR China. Sein Schwerpunkt liegt auf chinesischem Handels- und Datenschutzrecht.

² 规范和促进数据跨境流动规定（征求意见稿） vom 28.9.2023, chinesischer Text abrufbar auf der Website der Cyberspace Administration of China unter: <http://www.cac.gov.cn/2023-09/28/c_1697558914242877.htm> (eingesehen am 22.1.2024).

³ 中华人民共和国个人信息保护法 vom 20.8.2021, chinesisch-deutsch in: ZChinR 2021, S. 286 f.

⁴ Rainer Burkardt/Ondřej Zapletal, Sicherheitsbewertung für grenzüberschreitende Datentransfers aus China, ChinaContact 5/6 2022, abrufbar unter <<https://www.bktlegal.com/files/global/Nachrichten/China%20Contact%202022%205-6%20Belegexemplar%20-%20BKT%20Artikel.pdf>>.

⁵ Ausführlicher zu diesen Drei Voraussetzungen siehe Rainer Burkardt/Ondřej Zapletal, How to Transfer Your Data Out of China, in German Chamber Ticker, Winter 2022, abrufbar unter: <https://www.bktlegal.com/files/global/Nachrichten/20221025_BKT_Artikel_TICKER%20WINTER2022_Extrakt.pdf>.

	CAC-Sicherheitsbewertung	Zertifizierung	CAC-Standardvertrag
Dauer	Mindestens 57 Arbeitstage	Circa 110 Arbeitstage	Einreichung bei der CAC + mindestens 15 Arbeitstage
Kosten	Keine Behördengebühren	Antrag: 18.000 Yuan Registrierung: 24.000 Yuan Prüfungsgebühr Person/Tag: 6.000 Yuan Jahresgebühr: 50.000 Yuan	Keine Behördengebühren

II. Ausnahmen von den Drei Voraussetzungen

Nach Ziffer 3 des Entwurfs müssen die Drei Voraussetzungen für die „grenzüberschreitende Übermittlung von personenbezogenen Daten, die nicht in China erhoben oder generiert wurden“, nicht erfüllt werden. Diese Ausnahme betrifft personenbezogene Daten, die z. B. in der Unternehmenszentrale in der EU gesammelt, dann an die Tochtergesellschaft in China und schließlich von der chinesischen Tochtergesellschaft wieder in die EU übermittelt werden. In diesem Fall müsste die chinesische Tochtergesellschaft bei der Übermittlung der personenbezogenen Daten in die EU keine der Drei Voraussetzungen erfüllen.

In Ziffer 4 des Entwurfs sind drei Ausnahmetatbestände vorgesehen, bei deren Vorliegen die Drei Voraussetzungen für eine grenzüberschreitende Übermittlung von personenbezogenen Daten keine Anwendung finden:

1. Übermittlung von personenbezogenen Daten ins Ausland, wenn dies für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrages erforderlich ist, dessen Vertragspartei der Betroffene ist, z. B. bei Kaufverträgen, Geldüberweisungen, Flug- und Hotelreservierungen
2. Erforderliche Übermittlung von personenbezogenen Daten von Arbeitnehmern zwecks Personalverwaltung in Übereinstimmung mit rechtmäßigen Arbeitsregelungen und Tarifverträgen und
3. Erforderliche Übermittlung von personenbezogenen Daten in Notsituationen zum Schutz von Leben, Gesundheit und Eigentum natürlicher Personen

Neben dem Ausnahmetatbestand nach Nr. 1, der u. a. von Handelsplattformen, Reisebüros und Finanzdienstleistern in Anspruch genommen werden könnte, ist der Ausnahmetatbestand nach Nr. 2 für die Personalabteilungen von Unternehmen in China mit Hauptsitz im Ausland, welche personenbezogene Daten von

Mitarbeitern an den Unternehmenshauptsitz übermitteln, von großer Bedeutung. Es ist jedoch anzumerken, dass der Begriff „erforderlich“, der eine Voraussetzung für die drei oben genannten Ausnahmetatbestände ist, in dem Entwurf weder definiert noch näher erläutert wird.

Eine weitere wichtige Ausnahme von den Drei Voraussetzungen gemäß § 38 GSPD findet sich in Ziffer 5 des Entwurfs, der vorsieht, dass keine der Drei Voraussetzungen erfüllt werden muss, wenn Datenverarbeiter innerhalb eines Jahres weniger als 10.000 personenbezogene Daten grenzüberschreitend übermitteln.

III. Widerspruch zum GSPD

Nach dem Wortlaut des GSPD gelten die Drei Voraussetzungen jedoch ohne Ausnahme und unabhängig vom Zweck oder Datenvolumen, sodass selbst bei der grenzüberschreitenden Übermittlung eines einzigen personenbezogenen Datensatzes der Datenverarbeiter eine der Drei Voraussetzungen erfüllen muss, bevor er dieses ins Ausland übermitteln darf.

Dadurch stehen die Ausnahmetatbestände im Entwurf im Widerspruch zu § 38 GSPD.

Es stellt sich die Frage, was die Rechtsfolge ist, wenn die CAC den Entwurf mit dem derzeitigen Wortlaut erlässt, ohne die Widersprüche zu lösen.

Wenn eine untergeordnete Vorschrift gegen die Bestimmungen einer übergeordneten Vorschrift verstößt, muss die zuständige Behörde diese untergeordnete Vorschrift ändern oder aufheben.⁶ Da der Entwurf – der von der CAC als einem dem Staatsrat unterstellten Verwaltungsorgan erlassen wurde – dem übergeordneten GSPD – das vom Nationalen Volkskongress erlassen wurde – untergeordnet ist und mit dem GSPD in Konflikt steht, kann der Entwurf, auch wenn er in der aktuellen Fassung veröffentlicht wird, vom Staatsrat geändert oder aufgehoben werden.

IV. Ausnahme von der CAC-Sicherheitsbewertung

Gemäß Ziffer 6 des Entwurfs ist bei der grenzüberschreitenden Übermittlung von mehr als 10.000 und weniger als einer Million personenbezogener Daten innerhalb eines Jahres keine CAC-Sicherheitsbewertung erforderlich. Es muss jedoch eine der beiden anderen Voraussetzungen erfüllt werden, d. h. es muss entweder ein CAC-Standardvertrag geschlossen oder die Zertifizierung bestanden werden. Das Bestehen der CAC-Sicherheitsbewertung ist nur bei der grenzüberschreitenden Übermittlung von mehr als einer Million personenbezogener Daten erforderlich.

Dabei ist zu beachten, dass die Schwellenwerte und der jeweilige Berechnungszeitraum in Ziffer 6 des Entwurfs von denen in den „Maßnahmen zur Sicherheitsbewertung der grenzüberschreitenden Datenübermitt-

⁶ § 108 Nr. 3 Gesetzgebungsgesetz der VR China (《中华人民共和国立法法》) vom 15.3.2000, chinesisch-deutsch in: ZChinR 2023, S. 87 ff.

lung“⁷ (Maßnahmen zur CAC-Sicherheitsbewertung) abweichen. Nach den Maßnahmen zur CAC-Sicherheitsbewertung ist die CAC-Sicherheitsbewertung erforderlich, wenn Datenverarbeiter mehr als 100.000 personenbezogene Daten oder mehr als 10.000 sensible personenbezogene Daten „seit dem 1. Januar des Vorjahres“ ins Ausland übermitteln haben.⁸ Im Vergleich zu den Maßnahmen zur CAC-Sicherheitsbewertung wird in Ziffer 6 des Entwurfs nicht zwischen „sensiblen“ und „nicht sensiblen“ personenbezogenen Daten unterschieden. Dies lässt die Frage offen, ob die ins Ausland übermittelten sensiblen personenbezogenen Daten auf der Grundlage der strengeren Maßnahmen zur CAC-Sicherheitsbewertung, die ebenfalls von der CAC erlassen wurden, berechnet werden sollen. Gemäß den Grundsätzen zur Auflösung von Widersprüchen zwischen Vorschriften kann man argumentieren, dass die Bestimmungen des Entwurfs als spätere Vorschrift (lex posterior) die Maßnahmen zur CAC-Sicherheitsbewertung als frühere Vorschrift (lex prior) aufheben. Man kann jedoch auch argumentieren, dass die Maßnahmen zur CAC-Sicherheitsbewertung als speziellere Vorschrift (lex specialis) Vorrang vor dem Entwurf (lex generalis) haben.

Der Entwurf erwähnt auch nicht die „Menge der verarbeiteten personenbezogenen Daten“ als Kriterium für die CAC-Sicherheitsbewertung. Obwohl der Entwurf in Ziffer 11 festlegt, dass er nach seinem Erlass im Falle widersprüchlicher Bestimmungen Vorrang vor den Maßnahmen zur CAC-Sicherheitsbewertung hat, stellt sich die Frage, ob die CAC-Sicherheitsbewertung im Falle einer grenzüberschreitenden Bereitstellung von personenbezogenen Daten bestanden werden muss, wenn das Volumen der personenbezogenen Daten unter dem im Entwurf festgelegten Schwellenwert liegt, aber gleich oder höher ist als der in den Maßnahmen zur CAC-Sicherheitsbewertung festgelegte Schwellenwert für die „Menge der verarbeiteten personenbezogenen Daten“. Es ist daher unklar, ob ein Datenverarbeiter, der mehr als eine Million personenbezogene Daten in China verarbeitet – und damit über dem Schwellenwert gemäß den Maßnahmen zur CAC-Sicherheitsbewertung liegt –, die CAC-Sicherheitsbewertung bestehen muss, wenn er innerhalb eines Jahres weniger als eine Million personenbezogene Daten ins Ausland übermittelt und damit unterhalb des Schwellenwerts gemäß dem Entwurf liegt.

Darüber hinaus ist nach dem Wortlaut des Entwurfs die Anwendbarkeit der Schwellenwerte in Ziffer 6 im Verhältnis zu den Ausnahmen in Ziffer 4 des Entwurfs unklar. Eine mögliche Auslegung ist, dass die Ausnahmen in Ziffer 4 Vorrang vor den Schwellenwerten in

Ziffer 6 haben und unabhängig von der Anzahl der ins Ausland übermittelten personenbezogenen Daten gelten. Man könnte jedoch auch argumentieren, dass die Schwellenwerte in Ziffer 6 Vorrang vor den Ausnahmen in Ziffer 4 haben. Für den Fall, dass mehr als 10.000 personenbezogene Daten grenzüberschreitend bereitgestellt werden, werden die personenbezogenen Daten, die unter die Ausnahmen in Ziffer 4 fallen, auf den Gesamtbetrag der grenzüberschreitend bereitgestellten personenbezogenen Daten angerechnet.

V. Sonderregelung für Pilot-Freihandelszonen

Der Entwurf ermächtigt in Ziffer 7 Pilot-Freihandelszonen in China, eine eigene Liste von Daten (Negativliste) zu erstellen, die den Drei Voraussetzungen unterliegen, wenn diese ins Ausland übermittelt werden. Solche Negativlisten bedürfen der vorherigen Genehmigung durch die Provinzkommission für Netzsicherheit und Informatisierung und müssen bei der CAC auf nationaler Ebene eingereicht werden. Die Daten, die nicht in den Negativlisten aufgeführt sind, sind von den Drei Voraussetzungen befreit, wenn diese ins Ausland übermittelt werden.

VI. Wichtige Daten und Daten, die die KPCh, die Regierung, das Militär und geheime Einheiten betreffen

Der Entwurf bestätigt in Ziffer 8 Abs. 1 und Ziffer 9 die bestehende Pflicht, dass eine CAC-Sicherheitsbewertung erforderlich ist, wenn „wichtige Daten“ ins Ausland übermittelt werden. Bisher bleibt der Begriff „wichtige Daten“ trotz der Beschreibung in § 19 der Maßnahmen zur CAC-Sicherheitsbewertung vage und konkretisierungsbedürftig. Der Entwurf könnte die Bestimmung „wichtiger Daten“ erleichtern, indem er festlegt, dass nur solche Daten als „wichtige Daten“ gelten, die „von den zuständigen Stellen durch Mitteilungen oder öffentliche Bekanntmachungen als wichtig eingestuft wurden“.

In Ziffer 8 Abs. 2 des Entwurfs wird schließlich eine Sonderregelung für „die grenzüberschreitende Bereitstellung von sensiblen Daten und sensiblen personenbezogenen Daten, die die Kommunistische Partei Chinas, die Regierung, das Militär und als geheim eingestufte Einheiten betreffen“, erwähnt. Der Entwurf enthält keine weiteren Einzelheiten und verweist auf „Gesetze, Verwaltungsrechtswormen und Regeln der Abteilungen“. Diese Bestimmung könnte als Rückausnahme von den Ausnahmen des Entwurfs betrachtet werden. Dies hätte zur Folge, dass Unternehmen in Zukunft neben dem Volumen und der Art der Daten weiterhin verpflichtet wären zu analysieren, ob und in welchem Umfang die verarbeiteten Daten die Kommunistische Partei Chinas, die Regierung, das Militär und als geheim eingestufte Einheiten „betreffen“.

VII. Fazit

Der Entwurf wurde von Unternehmensvertretern in China, die personenbezogene Daten ins Ausland über-

⁷ 数据出境安全评估办法 vom 7.7.2022, chinesischer Text abrufbar auf der Website der Cyberspace Administration of China unter: <http://www.cac.gov.cn/2022-07/07/c_1658811536396503.htm> (eingesehen am 22.1.2024).

⁸ § 4 Nr. 3 Maßnahmen zur Sicherheitsbewertung der grenzüberschreitenden Datenübermittlung (《数据出境安全评估办法》) vom 7.7.2022, Website der Cyberspace Administration of China, chinesischer Text abrufbar unter: <http://www.cac.gov.cn/2022-07/07/c_1658811536396503.htm> (eingesehen am 22.1.2024).

mitteln, sehr begrüßt. In Anbetracht der Widersprüche zwischen dem Entwurf und dem GSPD sowie der möglichen rechtlichen Konsequenzen stehen die Unternehmensvertreter nun vor der Frage, ob sie abwarten sollen, ob und inwieweit die CAC den Entwurf überarbeitet, oder ob sie weiter an der Umsetzung der CAC-Sicherheitsbewertung, der Zertifizierung oder des CAC-Standardvertrages arbeiten sollen.

In Anbetracht der vorstehenden Analyse gehen die Autoren davon aus, dass der Entwurf in seiner jetzigen Fassung nicht erlassen wird. Da das GSPD bereits seit dem 1. November 2021 in Kraft ist, gibt es keinen Grund dafür, auf eine Erleichterung zu warten, die möglicherweise nicht kommen wird. Stattdessen sollten umsichtige Geschäftsführer die Umsetzung einer der drei Voraussetzungen vorantreiben und weitere Pflichten nach dem GSPD wie die Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung erfüllen, um sicherzustellen, dass die grenzüberschreitenden Übermittlungen von personenbezogenen Daten durch ihr Unternehmen mit den GSPD-Anforderungen konform sind.

* * *

Comments on the Draft CAC Provisions on the Regulation and Promotion of Cross-border Data Flows: Will the hoped-for exemptions from the existing PIPL-rules materialise?

This article deals with the Draft Provisions on the Regulation and Promotion of Cross-border Data Flows from September 2023. The draft has raised high hopes among foreign investors for an easing of cross-border data transfer. This is due particularly to Section 4 of the Draft, which contains a significant relaxation of the current strict regime under the Personal Data Protection Law. In this article, the authors comment on the Draft and explain why the Draft will not be enacted in its current form.