



Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit  
Friedrichstr. 219, 10969 Berlin

Herrn  
Dr. Dirk Bornemann  
Head of Corporate, External and Legal Affairs  
Microsoft Deutschland GmbH  
Walter-Gropius-Straße 5  
80807 München

Geschäftszeichen:  
(bitte angeben) 682.52.5  
Abteilung: I B  
Bearbeiter(in): Herr Bergt  
Telefon: 030 13889-0  
Durchwahl-Nr.: 314

Datum: 10. Juli 2020

## Microsoft-Produkte in Veröffentlichungen zum Einsatz von Videokonferenzsystemen Ihr Schreiben vom 16. Juni 2020

Sehr geehrter Herr Dr. Bornemann,

wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 16. Juni 2020. Tatsächlich ist es so, dass Sie einige grundlegende Rechtsfragen anders bewerten als wir – und, das möchten wir anmerken, auch anders als viele andere Datenschutz-Aufsichtsbehörden.

Einig zu sein scheinen wir uns allerdings in dem Punkt, dass Skype und Microsoft Teams in der kostenlosen Version im Anwendungsbereich der DS-GVO nicht legal eingesetzt werden können, weil es bereits an einem Auftragsverarbeitungsvertrag oder einer Vereinbarung zur gemeinsamen Verantwortlichkeit fehlt, und dass damit auch Microsoft gegen Art. 28 bzw. Art. 26 DS-GVO verstößt.

Ebenso scheinen wir uns einig zu sein, dass das DPA Januar 2020 (in der ursprünglichen Version vom Januar, nicht in der Version vom Juni) den gesetzlichen Mindestanforderungen nicht entspricht und damit ein Verstoß gegen Art. 28 DS-GVO vorliegt. Da – soweit ersichtlich – die Änderungen in der „Juni-Version“ heimlich und undokumentiert erfolgten und die Einhaltung eines Verfahrens zur Änderung des Vertrags nicht ersichtlich ist, dürfte dieser Zustand auch weiter anhalten, ausgenommen eventuelle neue bzw. geänderte Verträge unter wirksamer Einbeziehung der „Juni-Version“ des DPA Januar 2020.

Darüber hinaus müssen wir allerdings darauf hinweisen, dass Sie nur selektiv auf unsere Kritikpunkte eingehen.

### 1. Verarbeitung zu eigenen Zwecken von Microsoft

So ist die von Ihnen angesprochene Frage, ob Microsoft eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der Auftragsdaten zu eigenen Zwecken hat, nur ein Aspekt. Der erste in unserem Schreiben vom 27. Mai 2020 genannte Kritikpunkt lautete aber: „Eine Rechtsgrundlage für die damit verbundene Offenlegung personenbezogener Daten durch die Verantwortlichen an Microsoft ist nicht ersichtlich.“

An diesem Befund hat sich nichts geändert. Das DPA erlaubt Ihnen die Verarbeitung jeglicher Kundendaten und personenbezogenen Daten zu eigenen Zwecken. Ob Sie von dieser vertraglichen Befugnis Gebrauch machen oder nicht, ist irrelevant, weil bereits die Nutzung der dem DPA unterliegenden Dienste zu einer Offenlegung an Microsoft führt, die nach Art. 6 DS-GVO einer Rechtfertigung bedarf. Sind die Daten erst einmal bei Microsoft, haben Ihre Kunden weder technische noch vertragliche Möglichkeiten, die in Rede stehenden Verarbeitungen durch Microsoft zu eigenen Zwecken zu unterbinden.

Ähnliches gilt auch für die Frage einer gemeinsamen Verantwortlichkeit: Das DPA erlaubt Ihnen so viel, dass eine gemeinsame Verantwortlichkeit jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann, wie wir bereits in unserem Schreiben vom 27. Mai 2020 dargelegt haben. Dies ist, wie wir ebenfalls bereits in unserem Schreiben vom 27. Mai 2020 betont haben, mindestens im Hinblick auf die Rechenschaftspflicht der unserer Aufsicht unterliegenden Verantwortlichen nach Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO ein Problem.

Es kommt daher gar nicht darauf an, ob Sie die eingeräumten umfassenden Rechte zur Verarbeitung der Auftragsdaten zu eigenen Zwecken wirklich nutzen oder nicht.

## **2. Unklarer Auftragsverarbeitungsvertrag**

Wir bitten um Verständnis dafür, dass wir Ihnen nicht im Einzelnen darlegen werden, an welchen Stellen die Regelungen des DPA von den gesetzlichen Mindestanforderungen abweichen, da die Abweichungen sehr umfangreich und das Vertragswerk insgesamt so unverständlich ist, dass dies einen unvermeidbaren Zeitaufwand bedeuten würde. Wir regen an, dass Sie sich diesbezüglich an Angehörige der rechtsberatenden Berufe wenden. Zudem sind Ihnen viele Kritikpunkte aus dem bisherigen intensiven Austausch zwischen Microsoft und den Datenschutz-Aufsichtsbehörden im Zusammenhang mit Microsoft 365 (Office 365) bekannt, und auch der Europäische Datenschutzbeauftragte hat in seinem „EDPS Public Paper on Outcome of own-initiative investigation into EU institutions' use of Microsoft products and services“ ([https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/papers/outcome-own-initiative-investigation-eu-institutions\\_en](https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/papers/outcome-own-initiative-investigation-eu-institutions_en)) eine Vielzahl von Unzulänglichkeiten des DPA festgestellt.

Wenn Sie die Regelungen der Anlage 3 zum DPA für Microsoft als verbindlich ansehen, dann ist dies positiv zu bewerten. Dies ergibt sich allerdings nicht aus dem Wortlaut des DPA. Darüber hinaus ist der Wortlaut der „Juni-Version“ des DPA Januar 2020 sogar noch unklarer, indem Anlage 3 nur noch dann gelten soll, „soweit Microsoft ein Auftragsverarbeiter oder ein Unterauftragsverarbeiter der personenbezogenen Daten der DSGVO ist“.

Wie bereits bei der Frage einer gemeinsamen Verantwortlichkeit ist ein Problem, wie bereits in unserem Schreiben vom 27. Mai 2020 beschrieben, dass ein derart unklarer Auftragsverarbeitungsvertrag es Verantwortlichen unmöglich macht, ihrer Rechenschaftspflicht nach Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO nachzukommen.

Über einzelne Formulierungen zu sprechen, um einzelne Punkte klarer zu formulieren, erscheint daher nicht zielführend. Aus unserer Sicht bedarf das gesamte DPA einer grundlegenden Überarbeitung. Es muss vor dem Hintergrund der Rechenschaftspflicht ohne jeden Zweifel und ohne jede Unklarheit sichergestellt sein, dass der Vertrag sämtliche gesetzlichen Anforderungen vollumfassend erfüllt.

### 3. DPA erfüllt weiterhin in keiner Auslegung die gesetzlichen Mindestanforderungen

Grundsätzlich begrüßen wir Ihre Bereitschaft, die von uns im Schreiben vom 27. Mai 2020 aufgezeigte Rechtswidrigkeit des DPA durch Abweichung jedenfalls von Art. 28 Abs. 3 lit. g DS-GVO zu beseitigen. Das von Ihnen zur Umsetzung angewandte Verfahren, heimlich und ohne jede Dokumentation nachträglich archivierte Vertragsdokumente zu ändern (DPA Januar 2020 in der Version vom 9. Juni 2020 laut Datei-Metadaten), wirft allerdings erhebliche Fragen auf.

Darüber hinaus wurde in der Version vom 9. Juni 2020 eine neue, in der Version vom 3. Januar 2020 nicht vorhandene Abweichung von den gesetzlichen Mindestanforderungen, namentlich des Art. 28 Abs. 3 lit. a DS-GVO, eingefügt, indem die Pflicht zur Benachrichtigung der Kundinnen und Kunden, wenn Microsoft zur weisungswidrigen Datenverarbeitung verpflichtet ist, nicht nur aufgrund des für die Verarbeitungspflicht maßgeblichen Rechts, sondern aufgrund jeden Rechts (Wortlaut „die Gesetzgebung“) ausgeschlossen wird.

Es bleibt somit dabei, dass selbst ohne Berücksichtigung der Unklarheiten und Widersprüchlichkeiten des DPA festzustellen ist, dass der Auftragsverarbeitungsvertrag nicht den Mindestanforderungen des Art. 28 DS-GVO entspricht.

### 4. Unzulässig abgeänderte Standardvertragsklauseln

Bezüglich Ihres Hinweises auf die Kommunikation zwischen Microsoft und der Artikel-29-Datenschutzgruppe aus dem Jahr 2014 ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Microsoft die im Schreiben der Artikel-29-Datenschutzgruppe ([https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2014/20140402\\_microsoft.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2014/20140402_microsoft.pdf)) aufgestellten Anforderungen – nämlich ein spezifisches Ausfüllen der Anlagen – nicht erfüllt (so auch der Europäische Datenschutzbeauftragte in seinem bereits oben zitierten „EDPS Public Paper on Outcome of own-initiative investigation into EU institutions’ use of Microsoft products and services“, Rn. 111 ff.). Allein aus diesem Grund können die Standardvertragsklauseln wie im DPA verwendet nicht den Datenexport rechtfertigen. Zudem weicht der Wortlaut der verwendeten Standardvertragsklauseln in der „Januar-Version“ des DPA Januar 2020 erheblich und durchaus auch negativ vom Wortlaut der genehmigten Standardvertragsklauseln ab (in der „Juni-Version“ nur noch unwesentlich). Dazu, dass nicht ersichtlich ist, dass ein Verfahren zur Änderung der bestehenden Verträge eingeleitet worden ist, vgl. bereits oben.

Darüber hinaus lag – soweit nach so langer Zeit noch nachvollziehbar – der Bewertung der Artikel-29-Datenschutzgruppe ein völlig anderer Sachverhalt zu Grunde:

Die damals von der Artikel-29-Datenschutzgruppe bewertete Fassung Ihrer Verträge enthielt in Ziff. 4.b ausschließlich zusätzliche Verpflichtungen von Microsoft, bestimmte Überprüfungen durchführen zu lassen und den Kundinnen und Kunden deren Ergebnis zur Verfügung zu stellen. Die Klausel Ziff. 4.b(iv) lautete in der vereinbarten Fassung wie folgt:

*„Customer agrees to exercise its audit right by instructing Microsoft to execute the audit as described in Section 4(b)(i) – (iii). If Customer desires to change this instruction regarding exercising this audit right, then Customer has the right to change this instruction as mentioned in the Standard Contractual Clauses, which shall be requested in writing.“*

Die Klausel sah somit zunächst zwar vor, dass Kundinnen und Kunden ihre Kontrollrechte durch Anforderung der Unterlagen, die bereitzustellen Microsoft sich verpflichtet hatte, ausüben. Da eine endgültige Beschränkung der Kontrollrechte auf die Vorlage von Unterlagen allerdings einen unzulässigen faktischen Ausschluss der Kontrolle bedeutete, hatten die Kundinnen und Kunden auch das Recht, nach schriftlicher Aufforderung ihre vollen Kontrollrechte auszuüben. Dies ist im DPA nicht mehr vorgesehen.

Die Artikel-29-Datenschutzgruppe hat also 2014 nicht nur einen völlig anderen Vertragstext bewertet, sondern dieser Vertragstext hatte auch einen völlig anderen Inhalt.

Zudem ist zu beachten, dass zwischenzeitlich die DS-GVO anwendbar ist. Hier hat der Gesetzgeber eindeutig festgelegt, dass jegliche Ergänzungen zu Standard-Datenschutzklauseln – zu denen übergangsweise auch die Standardvertragsklauseln gehören, sollte der EuGH sie nicht nächste Woche (rückwirkend) für unwirksam erklären – „weder mittelbar noch unmittelbar im Widerspruch zu den von der Kommission oder einer Aufsichtsbehörde erlassenen Standard-Datenschutzklauseln stehen oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen beschneiden“ dürfen (Erwägungsgrund 109). Der Wortlaut des Gesetzes, dass eben nur die unveränderten Klauseln einen Datenexport rechtfertigen können, ist somit ernst zu nehmen.

Schon nach altem Recht wurden Einschränkungen der Prüfrechte aus den Standardvertragsklauseln, wie das DPA sie vorsieht, als unzulässig angesehen (vgl. etwa LDA Bayern, 7. Tätigkeitsbericht 2015/2016, S. 88). Dies gilt umso mehr auch nach neuem Recht. In der Bewertung, dass im DPA eine unzulässige Einschränkung der Standardvertragsklauseln vorgenommen wird, sind wir übrigens – unabhängig von unserer Unabhängigkeit als Aufsichtsbehörde – im Kreis der deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden nicht alleine. Keine der am AK Internationaler Datenverkehr (26. Juni 2020) teilnehmenden Aufsichtsbehörden hat die Auffassung vertreten, dass es sich beim DPA um eine zulässige Änderung der Standardvertragsklauseln handelt

Im Übrigen verstoßen die Einschränkungen der Prüfrechte auch gegen Art. 28 Abs. 3 lit. h DS-GVO.

Für das von Ihnen angeregte Gespräch zwischen Microsoft und uns stehen wir Ihnen auf Arbeitsebene gerne zur Verfügung. Den von Ihnen angebotenen Termin am [REDACTED] 2020, 14:30 Uhr, können wir einrichten, allerdings nur bis 15:30 Uhr. Ein früherer Beginn wäre für uns jedoch möglich. Aus unserer Sicht ist ein persönliches Treffen nicht erforderlich, sondern eine Telefon- oder Videokonferenz würde auch genügen.

Wir würden uns freuen, wenn Microsoft sich vor dem Hintergrund der umfassenden Kritik unterschiedlichster Aufsichtsbehörden zu den datenschutzrechtlich erforderlichen Änderungen entschließen könnte, sodass wir auch Ihre Dienste in unserer Übersicht mit einer grünen Ampel versehen können.

Mit freundlichen Grüßen

Matthias Bergt