

Stefan R. Seiter

Auftragsverarbeitung nach der Datenschutz-Grundverordnung

Steuerberatertätigkeiten & andere Streitfragen – Ein kleiner Rundumschlag

Obgleich nicht umwerfend neu, begegnet die rechtliche Bewertung der Auftragsverarbeitung nach wie vor zahlreichen Schwierigkeiten. Gerade für juristische Laien ist die Abgrenzung zu einer „normalen“ Datenübermittlung oft schwer nachvollziehbar. Doch auch gestandene Fachleute können gelegentlich nur mit den Schultern zucken, wenn es um die Frage der Einordnung von Auftragsverarbeitungsverhältnissen geht. Der vorliegende Beitrag versucht ein wenig Licht in die Dunkelheit zu bringen und zumindest die wenigen schon vorhandenen Ansätze und Wertungsmöglichkeiten näher darzustellen.

1 Outsourcing für jedermann?

Eines der hauptsächlichen Motive zum Ablösen der bisherigen Richtlinie 95/46/EG war, neben der weitgehenden Harmonisierung des Datenschutzniveaus im Raum der Europäischen Union, die Hoffnung auf eine vereinfachte Rechtsanwendung, insbesondere auch für Nicht-Juristen. Primäre Überlegung war u. a., dass die betroffene Person ihre Persönlichkeitsrechte am besten wahren kann, wenn sie möglichst transparent über die Verarbeitung der sie betreffenden Daten und die jeweilige Rechtsgrundlage informiert ist. Hinzu kommt, dass für die Ausübung der Funktion des Datenschutzbeauftragten im Unternehmen nicht zwingend die Qualifikation als Volljurist gefordert wird.

Obschon die Handhabung „für jedermann“ insgesamt ein erstrebenswerter Zustand wäre, bleibt jedenfalls nach den ersten Monaten seit Inkrafttreten der neuen Regelungen ein ernüchternder Blick auf deren aktuelle Ausgestaltung: Weiterhin prägen zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe die Normen-Landschaft.

Wird sich daher datenschutzrechtlich der Auslagerung von Dienstleistungen genähert, sei es bei der Beauftragung eines Wachdienstes bzw. Reinigungsunternehmens oder aber bei der Inanspruchnahme von Leistungen einer Werbeagentur zum Be-

treuen einer Marketing-Kampagne bzw. das Einbuchen in einem Rechenzentrum, so gelangt man unweigerlich zur Regelung der Auftragsverarbeitung in Art. 28 DS-GVO. Der mit zehn Absätzen (inkl. acht Untergliederungspunkten) recht wuchtige optische Eindruck dieser Vorschrift mag bei genauerem Hinsehen darüber hinwegtäuschen, dass die grundlegende Frage offenbleibt: Was genau ist eigentlich Auftragsverarbeitung? Das Ausbleiben einer inhaltlichen Eingrenzung (und sei sie auch nur klarstellender Natur) sorgt weiterhin für obwaltende Rechtsunsicherheit.

Wie noch zu zeigen sein wird, tragen die in der Verordnung gebotenen Definitionen zum Verantwortlichen bzw. zum Auftragsverarbeiter wenig zur Klärung bei, wann eine Verarbeitung „im Auftrag“ stattfindet. Einigkeit besteht wohl lediglich insofern, als die verwaltungs- oder zivilrechtliche Beziehung der beteiligten Stellen zueinander von untergeordneter Bedeutung ist. Insbesondere wäre es sachlich unzutreffend, eine Subsumtion unter den Auftragsbegriff nach § 662 BGB vorzunehmen. War dies bereits unter der alten Rechtslage zumindest umstritten,¹ so ist es dies jedenfalls und erst recht im Zeitalter der Datenschutz-Grundverordnung. Eine Bezugnahme auf nationale Vorschriften kann nur äußerst eingeschränkt zur Auslegung der aus sich heraus geltenden europäischen Regelungen erfolgen.² Und auch die Erwägungsgründe lassen sich nicht genauer zur Abgrenzung aus. So nimmt ErwG 81 vorrangig Bezug auf die fachlichen Anforderungen des Auftragsverarbeiters und benennt in Satz 3 die vertragliche Bindung durch den Verantwortlichen ohne weitere Spezifikation. Es gilt also weiterhin (oder überhaupt erst einmal) Abgrenzungskriterien zu entwickeln.



Stefan R. Seiter

Rechtsanwalt und
Justiziar – datenschutz nord GmbH

E-Mail: sseiter@datenschutz-nord.de

¹ Siehe Petri, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl. 2014, Rn. 22.

² Siehe Eckhardt, CCZ 2017, S. 111 (113).

2 Begrifflichkeiten

Neu gegenüber der im alten Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) unter § 11 gelisteten Auftragsdatenverarbeitung ist in erster Linie zunächst einmal der Name, der um die „Daten“ aus der Wortmitte gekürzt nunmehr als „Auftragsverarbeitung“ in Art. 28 DS-GVO Einzug findet und in der Praxis häufig als „AV“ abgekürzt wird.

Ein Auftragsverarbeiter ist demnach „eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet.“ (Art. 4 Nr. 8 DS-GVO).

Der Kern der Funktion des Auftragsverarbeiters besteht gerade darin, personenbezogene Daten als „verlängerter Arm“ des Verantwortlichen in dessen Auftrag zu verarbeiten.³ Als Verantwortlicher wiederum gilt diejenige Stelle, „die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung [...] entscheidet“ (Art. 4 Nr. 7 DS-GVO). Dem Dienstleister wird also eine gewisse Entscheidungskompetenz entzogen und dem Auftraggeber zugeschrieben. Die Einordnung als Auftragsverarbeitung setzt als Ausgangslage daher eine Rollenverteilung in diesem Sinne voraus, also die Vorgabe der Verantwortlichkeit.⁴ Die umfassenden Weisungsmöglichkeiten des Verantwortlichen sollen sicherstellen, dass die ausgelagerten Verarbeitungsvorgänge an den Verantwortlichen gebunden sind⁵ und dieser jederzeit die Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben ausüben kann. Eine Auftragsverarbeitung soll sich dabei aus einer objektiven Qualifikation bzw. Betrachtung der tatsächlichen Abläufe ergeben⁶ und nicht aus dem subjektiven Willen der Vertragsparteien. Liegt diese Konstellation vor, ist (als Folge) ein entsprechender Vertrag nach Art. 28 DS-GVO zu schließen. Dem Verantwortlichen sind dabei umfangreiche Kontrollrechte einzuräumen.

4 Vertrag als Anknüpfungspunkt

Allein das Vorliegen irgendeines (Haupt-)Vertrags stellt allein jedoch noch kein taugliches Abgrenzungskriterium dar, denn irgendein Vertrag existiert unabhängig seiner Form (ggf. mündlich) ohnehin (z. B. in Form eines Kauf- oder Reisevertrags). Würde es daher genügen bzw. für notwendig erachtet, einen Schluss herzustellen, der da lautet „Wir haben einen Vertrag, also muss es sich um Auftragsverarbeitung handeln“, so wäre letztlich die Regelung des Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO hinfällig, welche die Verarbeitung von Daten zu Zwecken der Vertragserfüllung regelt. Da das nicht gewollt sein kann, muss also noch eine datenschutzrechtlich objektivierbare Komponente hinzutreten.

4.1 Bewertung der Interessenlage

Ein Hauptvertrag kann allerdings (ganz oder teilweise) die Voraussetzungen des Art. 28 DS-GVO abdecken, wenn z. B. die Nutzungsbedingungen eines Online-Dienstes die Vertragsbeziehung von Anbieter und Nutzer in einer Weise regeln, die bereits be-

stimmte Weisungsbefugnisse oder Zugriffsmöglichkeiten implizieren. Der umgekehrte Fall kann aber gerade nicht funktionieren: Nur weil ein Vertrag existiert, in dem es auch um personenbezogene Daten geht, muss nicht zwangsläufig ein Auftragsverarbeitungsverhältnis vorliegen.

Ein Indiz kann hingegen sein, ob die Verarbeitung darauf abzielt, die vom Verantwortlichen zur Verfügung gestellten Informationen auszuwerten und als ein aufbereitetes Ergebnis zurückzuspielen, wie z. B. bei Nutzungsdaten einer Webseite zur Planung von SEO-Maßnahmen. Anders ist der Sachverhalt zu bewerten, wenn der Vertragspartner neben dem finanziellen Aspekt außerdem ein Eigeninteresse am Inhalt der Daten hat.

4.2 Beispiel Reisevertrag

Ein Beispiel hierfür kann der Reisevertrag bieten. Im Rahmen eines Reisevertrages werden personenbezogene Daten nicht nur in Form von Kontaktdaten (Name, Anschrift, E-Mail-Adresse) verwendet. Mitunter können in die Erstellung eines Angebots, z. B. zum Buchen einer Pauschalreise, zahlreiche weitere Informationen einfließen. Diese können beispielsweise sein:

- Art der Reise (Städtetour oder Kreuzfahrt);
- Bevorzugte Urlaubsregion (am Meer oder in den Bergen);
- Ernährungsgewohnheiten oder -unverträglichkeiten.

Unter Umständen werden darüber hinaus sogar körperliche Einschränkungen (Schwerbehinderung) oder gesundheitlichen Probleme (Allergien) aufgenommen, womit gesundheitliche Informationen (und damit besondere Kategorien von Daten nach Art. 9 DS-GVO) ebenfalls Gegenstand der Datenverarbeitung wären.

Doch selbst diese mögliche Fülle an Informationen, die im Vordergrund stehen und die ein Reisebüro von seinen Kunden abfragt, um eine Veranstaltung oder eine Reise nach Wunsch zu buchen, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass hier eine „reguläre“ Übermittlung von Daten vorliegt. Es werden hier keine Daten an den Kunden zurückgespielt, sondern die angesammelten Informationen verbleiben in der Sphäre des Reisebüros, das als Resultat einzig das jeweilige kalkulierte Angebot übergibt bzw. eine Reise bucht.

Gerade auch diejenigen, die dem Merkmal der Weisungsabhängigkeit gewichtige Bedeutung zusprechen, müssten sich in diesem Zusammenhang die Frage gefallen lassen, welche konkreten Weisungen der Auftraggeber dem Reisebüro denn aufgeben wollte. Die Vielzahl an Kooperationspartner, Buchungsplattformen und Einzelabfragen, die technisch im Hintergrund angesprochen werden, ist den reisenden Kunden in aller Regel völlig unbekannt. Auf welchem Wege die gewünschte Reise zustande kommt, ist dem überwiegenden Teil der Kunden (abgesehen von Einschränkungen vielleicht bei der Wahl einer Fluglinie, mit der schlechte Erfahrungen gemacht wurden) zumeist einerlei.

Das ändert auch nicht der Umstand, dass das Reisebüro nicht nur vereinzelt Kontakt mit Privatpersonen, sondern ggf. eine Liste von einer Vielzahl von Mitarbeitern eines Unternehmens pflegt, um sämtliche anfallenden Dienstreisen zu organisieren.

5 Schwerpunkttheorie

In vielen Fällen wird seit Wirksamwerden der Datenschutz-Grundverordnung fast schon reflexartig eine Auftragsverarbeitung nach

³ Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 28 Rn. 2.

⁴ Vgl. Art.-29-Gruppe, WP 169, 39.

⁵ Ingold, in: Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, Art. 28 Rn. 65.

⁶ Vgl. VGH München, Beschluss v. 26.9.2018, Az. 5 CS 18.1157, Rn. 14.

Art. 28 DS-GVO angenommen, sobald ein externes Unternehmen in Berührung mit personenbezogenen Daten des Verantwortlichen kommt. Die FAQ-Sammlung vom LDA Bayern verdeutlicht hingegen,⁷ dass zumindest nach Ansicht der bayrischen Aufsichtsbehörde eine Auftragsverarbeitung nur in den Fällen anzunehmen ist, „in denen eine Stelle von einer anderen Stelle im Schwerpunkt mit der Verarbeitung personenbezogener Daten beauftragt wird. Die Beauftragung mit fachlichen Dienstleistungen anderer Art, d. h., mit Dienstleistungen, bei denen nicht die Datenverarbeitung im Vordergrund steht bzw. bei denen die Datenverarbeitung nicht zumindest einen wichtigen (Kern-)Bestandteil ausmacht, stellt keine Auftragsverarbeitung im datenschutzrechtlichen Sinne dar.“

Im Sinne dieser „Schwerpunkttheorie“ soll ein Vorgang nicht als Auftragsverarbeitung zu qualifiziert sein, wenn dieser nur in geringem Umfang personenbezogene Daten, gewissermaßen als eine Art Nebenpflicht zur Durchführung eines (Haupt-) Auftrages vorsieht, jedoch die Datenverarbeitung nicht im Zentrum des Vorgangs bzw. der vereinbarten Leistung steht. Exemplarisch wird hier der Wein- oder Blumenhändler erwähnt, der zwar eine Lieferadresse (des Käufers oder des Beschenkten) für die Auslieferung der Ware erhält, jedoch im Wesentlichen die Zusammenstellung und den Transport der Ware vornimmt und die Anschrift lediglich untergeordnet für eben diese Zwecke verwendet.

6 Pro & Contra Weisungsabhängigkeit

Geblichen ist das von einer eindeutigen Weisungsabhängigkeit gekennzeichnete Beziehungsgeflecht der beiden Vertragspartner zueinander. Man könnte hier (ähnlich wie im Verwaltungsrecht zwischen Bürger und Staat) von einem Über-Unterordnungs-Verhältnis sprechen. Den Aspekt der Weisungsgebundenheit, der auch in der Vergangenheit als eines der hervorstechenden Kriterien (wenn nicht gar als **das** Kriterium) zur Abgrenzung herangezogen worden ist, sehen die Verfasser der Datenschutz-Grundverordnung offenbar als nicht ganz so prominent an. Immerhin wird zuvorderst (in Abs. 1) die Fahne der Informationssicherheit hochgehalten, während die Weisungshoheit „erst“ in Abs. 3 ihren Niederschlag findet.

Soll auf diese Weise die Wichtigkeit und Relevanz der jeweiligen Voraussetzungen betont werden, so darf dies als geglückt bezeichnet werden. Immerhin ist für die praktische Durchführung einer Datenverarbeitung – sei sie im Auftrag oder eigenverantwortlich organisiert – die technische Absicherung und der Schutz der betroffenen Personen weitaus bedeutsamer als das „formelle Klein-klein“ um die Frage, wer wem was vorzuschreiben hat. Hinzu kommt, dass der Grad der Abhängigkeit des Einen von Weisungen des Anderen weder gesetzlich festgeschrieben ist noch, dass er sich, zumindest bisherigen Erfahrungen aus der Beratungspraxis zufolge, besonderer Regelungstiefe im vertraglichen Einzelfall erfreut.

In den weit überwiegenden Fällen begnügen sich die Vertragsparteien mit der Angabe von Kontaktpersonen, die zur Abgabe bzw. Annahme von Weisungen (welcher Art diese auch immer sein mögen) befugt sind. Die präzise und tatsächliche Festlegung von Weisungen im Umgang mit den überlassenen Daten bleibt zumeist faktisch offen. Allenfalls wird sie dabei ersetzt durch

einen pauschalen Verweis auf den Haupt-(Dienstleistungs-)Vertrag und, dass jener die anfänglichen Weisungen der Vertragsparteien regelt; was insofern einen Zirkelschluss darstellt, als ja gerade der Auftragsvertragsvertrag **in Abweichung** zum Hauptvertrag die datenschutzrechtlichen Belange regeln soll.

Unter Bezugnahme auf das Vorgenannte und ausdrücklich ohne die Absicht zur Diskriminierung einzelner Personengruppen sei abschließend angemerkt: Diese offensichtliche Unsicherheit der vertragsschließenden Parteien legt die Vermutung nahe, dass z. B. ein Einzelhändler mit wenig Ahnung von ausgereifter IT-Umgebung, aber einem umso höherem Bedarf an genau dieser, sich gerade eingedenk dieses Umstandes einen spezialisierten Dienstleister ins Boot holt. Anzunehmen ist außerdem, dass er deswegen „keinen blassen Schimmer“ davon haben wird, was er einem globalen High-End-Anbieter wie Amazon oder Google für Vorschriften in Bezug auf die Speicherung seiner Kundendaten machen könnte.

Vor diesem Hintergrund ist auch der Wortlaut von Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. a DS-GVO auszulegen, der die dokumentierte Weisung des Verantwortlichen zum verpflichtenden Vertragsbestandteil erklärt. Es muss den Vertragsparteien gestattet sein, den Umfang und die Tragweite von einzelnen Weisungen selbst festzulegen; noch dazu, wo diese gerade nicht durch den Vertrag unverrückbar zementiert werden. Im Gegenteil hat der Auftraggeber per Gesetz die Befugnis, jederzeit neue Weisungen zu erteilen und damit den anfänglich im Vertrag dokumentierten Umfang einseitig den jeweiligen Erfordernissen anzupassen.

Schon unter der alten Rechtslage bis zum 24. Mai 2018 galt lediglich die Anforderung, im Vertrag schriftlich den Umfang der Weisungen zu definieren. Im Ergebnis hätte dies sogar bedeuten können, dass die Parteien sich darauf einigen, anfänglich gar keine Weisungen festzulegen; der (abstrakt) regelungsbedürftige Punkt wäre auch damit (konkret) abgedeckt gewesen. Folglich kann es in Fortführung dieses Gedankens nur richtig sein, im Auftragsvertragsvertrag zwar einen Mindeststandard an Weisungen festzuschreiben oder einen gewissen Rahmen vorzugeben. Diese Vorgaben können z. B. lauten, dass eine Verarbeitung in Privaträumen, die als Heimarbeitsplätze genutzt werden, oder eine Verarbeitung außerhalb der EU unzulässig sein soll.

Wie dem auch sei, spricht im Ergebnis vieles dafür, dem Kriterium der Weisungsabhängigkeit im Hoch-Zeitalter der Informationstechnologie keinen allzu hohen Stellenwert (mehr) bei der juristischen Bewertung, ob ein Sachverhalt als Auftragsverarbeitung anzusehen sei, zukommen zu lassen.

7 Und was ist mit der Funktionsübertragung?

Ein weiteres Instrument zur näheren Bestimmung in der Praxis nach § 11 BDSG-alt⁸ war die sog. Funktionsübertragung. Hierbei handelt es sich jedoch weniger um ein Kriterium zur Abgrenzung, sondern vielmehr um eine Rechtsfigur, die als Gegenpol zur Auftragsverarbeitung vom überwiegenden Teil der Literatur und der Aufsichtsbehörden in Stellung gebracht worden ist. Dass es sich dabei um einen Begriff aus der Wirtschaftslehre der 1970er Jahre handelt, der weder in der Datenschutzrichtlinie noch im

⁷ Siehe: https://www.lida.bayern.de/media/FAQ_Abgrenzung_Auftragsverarbeitung.pdf (letzter Abruf: 29.12.2018).

⁸ Gemeint sind die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes vor dem 25. Mai 2018.

BDSG-alt wörtliche Erwähnung fand, empfand dabei nur eine Minderheit als störend.⁹

In der Sache sollte es sich dabei um einen Transfer von Aufgaben an einen Dienstleister handeln, die dieser höchst selbstständig, mit besonderer Fachkunde und vor allem weisungsfrei übernehmen sollte. Gerade der letztgenannte Aspekt disqualifizierte diese Konstellation als Auftragsdatenverarbeitung. Folglich war in einem solchen Szenario mangels gesetzlicher Privilegierung eine Rechtsgrundlage zu suchen.¹⁰

Auch die stellenweise anzutreffende Argumentation, eine Funktionsübertragung (im Sinne einer gesetzlich nicht geregelten Sonderform der Datenverarbeitung) sei anzunehmen, wenn der Dienstleister eigenes besonderes Fachwissen einbringt,¹¹ vermag nicht zu überzeugen. Abgesehen davon, dass die Rechtsfolgen einer von der Auftragsdatenverarbeitung abgegrenzten Funktionsübertragung und die einer „regulären“ Datenübermittlung ohne jeglichen Unterschied aufwarten, reduziert diese Betrachtung den Dienstleister zum technischen Handlanger des Verantwortlichen. Doch ähnlich einem Berufsgeheimnisträger (wie z. B. ein Steuerberater oder Rechtsanwalt¹²) und einem Inkassounternehmer¹³ (beides Berufsgruppen, die exemplarisch von den Verfechtern dieser Rechtsfigur als Beispiele aufgeführt werden) werden auch andere Berufsgruppen als Auftragsverarbeitungsdienstleister stets von sich behaupten, eigenes Fachwissen zur Erfüllung der an sie delegierten Tätigkeiten einzusetzen. Denn der „nur“ zur technischen Durchführung der Datenverarbeitung eingeschaltete Betreiber eines Rechenzentrums wird ebenfalls argumentieren können, dass seine Arbeit umfassende technische Kompetenz erfordert.¹⁴

Im Ergebnis verbarg sich hinter der Funktionsübertragung jedenfalls eine „normale“ Datenübermittlung zwischen zwei verantwortlichen Stellen, die eine Legitimation außerhalb von § 11 BDSG-alt erforderte. Spätestens mit der Datenschutz-Grundverordnung ist es nun an der Zeit, sich von dieser überholten und letztlich unnötigen, weil keinerlei rechtlichen Gewinn bietenden Hilfskonstruktion zu lösen.¹⁵

8 Da war doch noch was ...

Weitere systematische wie praktische Fragen bei der Auftragsverarbeitung sind, wie Wartung und Support einzusortieren sind und inwieweit es weiterhin eine gesetzliche Privilegierung des

Auftragsverarbeitungsverhältnisses gibt, so dass keine gesonderte Rechtsgrundlage im Rahmen von Art. 6 DS-GVO aufzuzeigen ist.

8.1 Weiterhin ein Klassiker: IT-Wartung

Ungeachtet der bereits angesprochenen Herausforderungen ist zumindest für einen der zahlenmäßig herausragenden Fälle in der Praxis die Rechtslage (weiterhin) klar umrissen, nämlich für den der Wartung von IT-Systemen. Greift ein Dienstleister auf einen Rechner oder Server zu, um einen aufgetretenen Programmfehler zu beseitigen, Konfigurationseinstellungen zu ändern oder ein Update einzuspielen, so gilt das als Auftragsverarbeitung i. S. v. Art. 28 DS-GVO. In Anlehnung an den Rechtsgedanken von § 11 Abs. 5 BDSG-alt ist dabei nicht entscheidend, ob ein Zugriff auf personenbezogene Daten final bezweckt ist. Vielmehr genügt die Möglichkeit, dass ein solcher Zugriff (theoretisch) möglich ist.

Diese Sichtweise ist auch von Sinn und Zweck der Datenschutz-Grundverordnung gedeckt, die einen technologieneutralen Schutz der Daten verfolgt. Einer expliziten Regelung bedarf es indes nicht. Die weit gefasste Definition der Verarbeitung in Art. 4 Nr. 4 DS-GVO lässt eine Subsumtion nicht nur zu, sondern legt sie gar in besonderem Maße nahe. Zu Recht verweist auch die Datenschutzkonferenz des Bundes und der Länder (DSK) in ihrem Kurzpapier Nr. 13¹⁶ auf Merkmale wie das Auslesen oder Abfragen von Daten, die gewissermaßen automatisch und nebenbei erfüllt sind, wenn ein Zugriff für Wartungszwecke eingerichtet wird. Einzig im Zusammenhang mit Arbeiten, bei denen es gänzlich ausgeschlossen ist, personenbezogene Daten einzusehen (wie etwa bei Arbeiten an der Stromversorgung oder der Belüftungsanlage), soll keine Auftragsverarbeitung vorliegen.

8.2 Privilegierungswirkung

Unter dem § 11 BDSG-alt war anerkannt, dass eine Auslagerung an ADV-Dienstleister gleichermaßen zulässig ist, wie wenn die Verarbeitung von der verantwortlichen Stelle selbst vorgenommen worden wären. Die Vertragsparteien wurden als „Einheit“ in der Weise eingestuft, dass das Handeln des Dienstleisters der verantwortlichen Stelle zugerechnet wurde.¹⁷ Es bedurfte mithin keiner zusätzlichen, die Weitergabe der Daten legitimierende Rechtsgrundlage, sei es im Rahmen von § 28 BDSG-alt oder auf Grundlage einer Einwilligung der Betroffenen.

Maßgeblich resultierte diese Folge aus der unterschiedlichen Definition der Begriffe „Empfänger“ und „Dritter“ sowie der „Übermittlung“, wobei eine solche nur zu einem Dritten gegeben ist, zu dem wiederum nicht der Auftragsdatenverarbeiter zählte. Eine Differenzierung zwischen den ersten beiden Genannten kennt auch die Datenschutz-Grundverordnung (siehe Art. 4 Nr. 9 und 10); die Übermittlung findet sich hingegen nicht mehr als eigenständige Definition, sondern nur noch als Unterart der Verarbeitung in Art. 4 Nr. 2.

Da es sich hierbei um eine nationale Besonderheit handelte – auch die nunmehr abgelöste Datenschutzrichtlinie kannte die Unterscheidung im Rahmen der Übermittlung nicht¹⁸ – stellt sich

⁹ Siehe *Spoerr*, in: BeckOK Datenschutzrecht, 26. Edition, BDSG 2003 [aK] § 11 Rn. 54 f.; Elbel, RDV 2010, S. 203 (204).

¹⁰ Siehe *Conrad/Hertneck*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage 2016, Rn. 83.

¹¹ Vgl. *Redeker*, IT-Recht, 6. Auflage 2017, Rn. 954 f.

¹² Siehe *Spindler/Nink*, in: Spindler/Schuster Elektron. Medien/Spindler/Nink, 3. Aufl. 2015, BDSG 2003 § 11 Rn. 13.

¹³ *Conrad*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage 2016, Rn. 286.

¹⁴ Vgl. *Funke/Wittmann*: Cloud Computing – ein klassischer Fall der Auftragsdatenverarbeitung? – Anforderungen an die verantwortliche Stelle, ZD 2013, S. 221 (224).

¹⁵ Siehe *Lissner*: Auftragsdatenverarbeitung nach der DSGVO – Was kommt, was bleibt?, DSRITB 2016, 401, 402; *Engeler*, Die Auftragsdatenverarbeitung braucht ein Reboot – mit der DSGVO in der Hauptrolle, <https://www.telemedicus.info/article/3150-Die-Auftragsdatenverarbeitung-braucht-ein-Reboot-mit-der-DSGVO-in-der-Hauptrolle.html> (letzter Abruf: 6.1.2019).

¹⁶ Siehe https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_13.pdf (letzter Abruf: 6.1.2019).

¹⁷ *Gola/Klug/Körffer*, in: Gola/Schomerus, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 11 Rn. 4.

¹⁸ Vgl. Art. 2 lit. b, Art. 17 Abs. 3 Richtlinie 95/46/EG.

die Frage, ob an dieser Auslegung festzuhalten ist. Auf der anderen Seite ist gerade die Festlegung, dass der Auftragsverarbeiter kein Dritter ist, ein starkes Indiz dafür, dass keine weitergehende, zweite Rechtsgrundlage erforderlich ist. In dem Fall nämlich ist die Auslagerung an einen Externen so zu betrachten wie die Weitergabe an sonstige Empfänger der Daten, also z. B. interne Fachbereiche.

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass auch die Datenschutz-Grundverordnung (weiterhin) von einer Privilegierung der Auftragsverarbeitung ausgeht.¹⁹

9 Auswirkungen in der Praxis

Davon abgesehen kann eben jene Beantwortung der Frage „Auftragsverarbeitung: Ja oder nein?“ in der Praxis erhebliche Auswirkungen mit sich bringen; zunächst einmal rechtlicher Natur, aber auch in alltäglichen betrieblichen Abläufen. Neben der Gefahr, Adressat eines Bußgeldes wegen fehlendem Auftragsverarbeitungsvertrag zu werden, sind als mögliche Konsequenzen aus der Einordnung als Auftragsverarbeiter vor allem erhebliche Mitwirkungs- und Kontrollpflichten zu nennen.

9.1 „Muss das wirklich sein?“

Immerhin hat der Auftragsverarbeitungsdienstleister seine technisch-organisatorischen Maßnahmen gegenüber seinem Auftraggeber offenzulegen – wengleich dies in der Praxis zumeist auf einem recht allgemein gehaltenen Niveau stattfindet. Nichtsdestoweniger muss er im Falle einer Überprüfung informations-technisch ausreichende Angaben machen und den Verantwortlichen gemäß Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. f DS-GVO „unter Berücksichtigung [...] der ihm zur Verfügung stehenden Informationen bei der Einhaltung der in den Artikeln 32 bis 36 DS-GVO genannten Pflichten“ unterstützen. Zu diesem Zweck hat er nach lit. h der Norm außerdem taugliche Nachweise (z. B. in Form von internen Audit-Berichten oder unabhängigen Gütesiegeln) zu erbringen und Prüfungen über sich ergehen zu lassen.

Dass sich Unternehmen nicht gerne „in die Karten gucken“ lassen, wird auch bei der Pflicht, das Einschalten von Subunternehmern zu regeln und diese namentlich aufzuführen, mitunter ernst diskutiert. Schon immer waren Partnerschaften unter Unternehmen ein ausschlaggebender Faktor für den wirtschaftlichen Erfolg. Das gilt auch und gerade in der heutigen Zeit, in der sich Fachwissen immer weiter spezialisiert und verzweigt. Hier ist eine Kollision von geschäftlichen Interessen mit gesetzlichen Dokumentationspflichten offensichtlich, der deshalb gerne mit entsprechenden Geheimhaltungsvereinbarungen – häufig bereits weit vor einem möglichen Vertragsschluss der Beteiligten – begegnet wird.

Hinzu kommt, dass die zuvor genannte Verpflichtung zur Einhaltung der technisch-organisatorischen Maßnahmen auch auf die Subunternehmer ausstrahlt – will heißen: In einer Kette vom Verantwortlichen über den (ersten) Auftragsverarbeiter bis hin zu jedem weiteren Subunternehmer muss sichergestellt sein, dass auf jeder einzelnen Ebene der Verarbeitung taugliche Maßnahmen eingerichtet sind und gelebt werden.

¹⁹ Siehe Eckhardt, CCZ 2017, S. 111 (113); v. d. Bussche/Voigt, EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), 2018, S. 103 m. w. N.

9.2 Konsequenzen bei Verstößen

Die Notwendigkeit zur Regelung eines Auftragsverarbeitungsverhältnisses zwischen zwei Stellen wird vom Verordnungsgeber unverändert als besonders wichtig erachtet. Deshalb ist ein Verstoß gegen Pflichten aus Art. 28 DS-GVO – wie auch schon nach § 43 BDSG-alt – mit einem Bußgeld auf „Stufe 1“ bewehrt, wobei sich einzig die pekuniären Größenverhältnisse verschoben haben.

Den Dienstleister trifft womöglich zusätzlich die Folge aus Abs. 10, wenn er in Übertretung seiner Kompetenzen „die Zwecke und Mittel der Verarbeitung bestimmt“; dann nämlich gilt er selbst als Verantwortlicher. Vor dem Hintergrund der verschärften Haftung des Auftragsverarbeiters ist das auch kein „Kavaliersdelikt“.

So können betroffene Personen nach Art. 82 DS-GVO nun im Falle eines Verschuldens direkt Ansprüche auf Schadensersatz gegen ihn geltend machen. Ferner müsste er selbst die Umsetzung sämtlicher Betroffenenrechte gewährleisten, so z. B. die Informationspflichten nach Art. 13, die Durchführung der Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 oder die Meldepflichten bei sog. Datenpannen nach Artt. 33, 34.

10 Streitfrage Steuerberater

Für Berufsgeheimnisträger (bspw. Ärzte, Rechtsanwälte oder auch Steuerberater) ist bislang umstritten, wie diese rechtlich einzuordnen sind. Gerade in Bezug auf die letztgenannte Berufsgruppe ist die Frage besonders relevant für die betriebliche Praxis, denn häufig übernehmen diese neben ihrer „klassischen“ steuerberatenden Tätigkeit auch für Unternehmen die Lohn- und Gehaltsabrechnung von deren Mitarbeiter.

Die Auslagerung von Aufgaben aus dem Personalwesen an einen Dienstleister – Unternehmensgruppen und Konzernstrukturen einmal außen vor gelassen – wird allgemein hin als Auftragsverarbeitung bewertet.²⁰ Die Option, diesen Schluss auf Steuerberater zu übertragen, erscheint mit Blick auf die speziellen berufsrechtlichen Pflichten fraglich. Seitens der Aufsichtsbehörden haben sich dazu vorrangig das Bayerische LDA sowie der LDI NRW positioniert.

10.1 Spezialregelung im Berufsrecht

Auf der einen Seite geht das LDA Bayern davon aus, dass Spezialgesetze, welche die Art und Weise der Datenverarbeitung regeln, keinen Platz mehr für zusätzliche Überlegungen im Rahmen von Art. 28 DS-GVO bieten. Demzufolge sei das Berufsrecht als abschließend zu betrachten, so dass sämtliche übernommenen Aufgaben – gleich welcher Art – diesen Regelungen unterfielen, soweit sie vom Gesetz selber zugelassen sind.

Dabei ist das DSK-Kurzpapier Nr. 13 wohl dahingehend zu verstehen, dass weniger das Merkmal „fremder Fachleistungen“ als vielmehr der Umstand, dass es sich um einen eigenständigen Verantwortlichen handelt, ausschlaggebend sein soll. Da das Einbeziehen von „Fachleistung“ oder „besonderem Fachwissen“ als Merkmal (wie oben unter Ziffer 4 bereits dargestellt) problematisch ist, weil wenig aussagekräftig, ist das Subsumieren unter den Begriff des Verantwortlichen die vorzugswürdige Variante.

²⁰ Siehe Seifert, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, Rn. 172.

In Konkretisierung dieses Merkmals führt das LDA Bayern in seiner FAQ-Sammlung speziell zum Thema Steuerberater aus, dass ein Widerspruch zur Weisungsgebundenheit im Sinne von Art. 28 Abs. 3 lit. a DS-GVO bestehe.²¹ Dieser resultiere aus der insofern abschließend durch das Steuerberatungsgesetz (StBerG) geregelten freiberuflichen Tätigkeit, die nach § 57 Abs. 1 StBerG selbständig, weisungsunabhängig und eigenverantwortlich ist. Jedwede Aufgabe, die von einem Steuerberater übernommen wird, erfolge daher nach den Bestimmungen des insofern zwingenden Berufsrechts und gestatte keinen Platz für spezielle Weisungen durch den Mandanten als Auftraggeber.

10.2 Aufgabenbezogene Betrachtung

Demgegenüber hat sich der LDI NRW dahingehend geäußert, dass stets eine Betrachtung im Einzelfall erforderlich sei, ob die konkret übernommene Tätigkeit dem Art. 28 DS-GVO zuzuordnen sei. Da die reine Lohn- und Gehaltsabrechnung auch von anderen Stellen wie gewerblichen Lohnbüros übernommen werden könne und damit nicht zum ureigenen Kreis der Aufgaben eines Steuerberaters gehöre, handele es sich um eine prinzipiell weisungsgebundene Tätigkeit. In dieser Konstellation besitze auch der Steuerberater keine eigene Entscheidungskompetenz (mehr)

²¹ Siehe https://www.lida.bayern.de/media/FAQ_Steuerberater_keine_ADV.pdf (letzter Abruf: 8.1.2019).

über die Verarbeitung der Daten, sondern sei vielmehr an die Vorgaben des ihn beauftragenden Unternehmens gebunden.²²

Im Gegensatz zum BayLDA geht diese Ansicht davon aus, dass ein rechtliches „Zerlegen“ der übertragenen Aufgaben in der Weise möglich und geboten sei, dass einige Teile (wie z. B. die Lohnabrechnung) als Auftragsverarbeitung wahrgenommen werden, während andere Teile wiederum (z. B. die Prüfung eines Jahresabschlusses) dem Berufsrecht unterfallen sollen. Lediglich solche Tätigkeiten, die zur „klassischen Steuerberatung“ gehören, seien nicht als Auftragsverarbeitung anzusehen.

10.3 Bewertung

Die Meinung des LDI NRW orientiert sich stark an der Vorschrift des Art. 28 DS-GVO und nimmt eine daran angelehnte Betrachtung vor. Der Vorteil dieser „datenschutzrechtlich eigenen“ Auslegung von Tätigkeiten der Steuerberater (die konsequent übertragen für alle sonstigen Berufsgeheimnisträger ebenso gelten müsste) ist sicher darin zu sehen, dass dem Charakter der Grundverordnung und ihrer unmittelbaren Geltung am ehesten entsprochen wird. Schließlich würden auf diese Weise alle Datenverarbeiter – egal, ob (zusätzlich bzw. parallel) einer beruflichen Spezialregelung unterliegend – gleichbehandelt. Dies würde auch

²² Siehe https://www.lidi.nrw.de/mainmenu_Aktuelles/Inhalt/Datenverarbeitung-in-der-Steuerberatung/Datenverarbeitung-in-der-Steuerberatung.html (letzter Abruf: 8.1.2019).

Sachbuch



A. Ternès, H.-P. Hagemes
Die Digitalisierung frisst ihre User
 Der digitale Wahnsinn und wie Sie ihn beherrschen
 2018, XII, 313 S., 85 Abb. Brosch.
 € (D) 19,99 | € (A) 20,55 | *sFr 21,00
 ISBN 978-3-658-21360-2 (Print)
 € 14,99 | *sFr 16,50
 ISBN 978-3-658-21361-9 (eBook)

- Anleitung zum Überleben in der digitalen Welt
- Unterhaltsame Darstellung der Folgen der Digitalisierung
- Bewegen Sie sich endlich sicher durch die Smart New World

Ihre Vorteile in unserem Online Shop:

Über 280.000 Titel aus allen Fachgebieten | eBooks sind auf allen Endgeräten nutzbar |
 Kostenloser Versand für Printbücher weltweit

€ (D) sind gebundene Ladenpreise in Deutschland und enthalten 7 % für Printprodukte bzw. 19 % MwSt. für elektronische Produkte. € (A) sind gebundene Ladenpreise in Österreich und enthalten 10 % für Printprodukte bzw. 20 % MwSt. für elektronische Produkte. Die mit * gekennzeichneten Preise sind unverbindliche Preisempfehlungen und enthalten die landesübliche MwSt. Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten.

Jetzt bestellen auf springer.com/digital oder in Ihrer Buchhandlung

Part of **SPRINGER NATURE**

der Zielrichtung des Art. 1 Abs. 2 DS-GVO zu einem umfassenden und gleichwertigen Schutz der betroffenen Personen gerecht.

Die Argumentation des LDA Bayern hingegen betrachtet die Tätigkeit der Steuerberater als einheitlich gesetzlich geregelt, so dass eine Aufteilung in Auftragsverarbeitungs-relevante Aspekte und berufsrechtliche Aufgaben nicht statthaft sei. Hinsichtlich der Frage, ob dadurch nicht der Schutz der dahinterstehenden Personen gefährdet wird, ist zu differenzieren. Ginge es vorliegend um zwingende Vorschriften, z. B. um die Einhaltung von technisch-organisatorischen Maßnahmen wie verschlüsselte Speicherung oder bestimmte Passwort-Vorgaben, könnte die Entscheidung dafür oder dagegen unmittelbare Auswirkung auf die Rechte und Freiheiten der Einzelnen mit sich bringen. Hier jedoch liegt der Fall anders.

Zum einen ist die Weisungsabhängigkeit bei der Gesamtbetrachtung aller Umstände ohnehin wenig „kriegsentscheidend“.²³ Es ist daher vertretbar, dieses Unterscheidungsmerkmal im Rahmen von Art. 28 DS-GVO restriktiv auszulegen, um eine Kollision mit der Regelung in § 57 Abs. 1 StBerG zu vermeiden. Ungeachtet dieser Überlegung ist damit allein noch kein erhöhtes datenschutzrechtliches Risiko verbunden, würde man die Auslagerung an Steuerberater nicht als Auftragsverarbeitung ansehen. Es fiel zwar seitens des beauftragenden Unternehmens die Möglichkeit, konkrete Weisungen zu erteilen, weg. Ein konkreter rechtlicher Nachteil geht damit jedoch pauschal nicht einher. Schließlich muss auch der Verantwortliche (erst recht) für die Einhaltung des Datenschutzes sorgen.

Mit den Vorschriften im StBerG hat der Gesetzgeber spezifische Regelungen zum Umfang der Tätigkeiten eines Steuerbersers erlassen. Insbesondere hat er damit eine Aussage getroffen, welche Dienste zulässigerweise erbracht werden dürfen, so dass keine Interessenkollision vorliegt. Insbesondere geben § 57 Abs. 3, 4 StBerG Anhaltspunkte dafür, dass es sich insgesamt um abschließende Regelungen handelt. Die hier genannten Tätigkeiten umschreiben folglich das gesetzliche Leitbild vom Beruf des Steuerbersers.

Aus der vorgenannten Gesamtbetrachtung der Umstände ist nicht ersichtlich, dass die reine Übernahme der Lohn- und Gehaltsabrechnung einen Konflikt zu den berufsrechtlichen Normen darstellt. Demgegenüber ergibt sich weder unmittelbar aus Art. 28 DS-GVO noch aus weiteren Rechtsgedanken des Datenschutzes die Erforderlichkeit zum Abschluss eines Auftragsverarbeitungsvertrages mit dem Steuerberater. Es wäre auch sachwidrig anzunehmen, dass Steuerberser diese Aufgabe nicht übernehmen dürften, bloß weil es auch andere (privatwirtschaftliche) Stellen gibt, die solche Dienste erbringen. Aus diesen Gründen ist der Ansicht des LDA Bayern, nach der die Tätigkeit des

Steuerbersers einheitlich und abschließend gesetzlich geregelt ist, der Vorzug zu geben.

11 Fazit

Die Auftragsverarbeitung bereitet in der Praxis teilweise nach wie vor große Abgrenzungsschwierigkeiten. Dabei ist vor allem zu beachten, dass – ungeachtet der Regelung in Art. 29 DS-GVO – nicht die Befugnis zum Erteilen von Weisungen allein ausschlaggebend ist. Es sind zahlreiche weitere Faktoren mit einzubeziehen, um einen Sachverhalt korrekt bewerten zu können. Dabei können auch aufgrund der in vielen Fällen wortgleichen Übernahme von einzelnen Begriffen aus der abgelösten Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG einige der bekannten Rechtsgedanken und Auslegungshilfen aus dem Zeitraum vor dem 25. Mai 2018 herangezogen werden.

In Bezug auf die sog. Funktionsübertragung bleibt allerdings festzuhalten, dass diese Hilfskonstruktion überholt ist und, da sie keinerlei rechtlichen Gewinn bei der Subsumtion unter Art. 28 DS-GVO bietet, getrost in den rechtlichen Ruhestand verabschiedet werden kann. Für die Bestimmung, ob ein Sachverhalt eine Auftragsverarbeitung darstellt, ist im Sinne der Schwerpunkttheorie zu fragen, ob bei der in Rede stehenden Dienstleistung die Datenverarbeitung im Vordergrund steht bzw. sie zumindest einen wichtigen (Kern-)Bestandteil ausmacht. Ist dies erfüllt, tritt Art. 28 DS-GVO mit seinem gesamten Pflichtenkatalog auf den Plan.

Die Privilegierungswirkung bei der Auslagerung von Tätigkeiten bleibt unverändert erhalten, so dass keine ergänzende Rechtsgrundlage aus dem Katalog des Art. 6 DS-GVO zu fordern ist, um Aufgaben im Rahmen eines Auftragsvertragsverhältnisses an einen Dienstleister zu übertragen.

Speziell für die Einschaltung eines Steuerbersers ist derzeit umstritten, wie diese datenschutzrechtlich einzuordnen ist. Während eine Ansicht davon ausgeht, dass die Aufteilung in einerseits AV-relevante Aufgaben und andererseits in solche zur „klassischen Steuerberatung“ geboten sei, stützt sich die gegensätzliche Ansicht darauf, dass die zugrundeliegende Tätigkeit einheitlich und abschließend durch das Berufsrecht – in diesem Fall das Steuerberatungsgesetz (StBerG) – geregelt ist.

Orientiert an Sinn und Zweck, sowohl die Datenschutz-Grundverordnung als auch das jeweilige spezielle Berufsrecht betreffend, ist der zweiten Ansicht zu folgen, wonach Steuerberser als eigenständige Verantwortliche agieren, und zwar unabhängig von der Aufgabe, die sie im Einzelfall übernehmen. Das gilt auch und gerade, wenn sie „nur“ für Unternehmen die Lohn- und Gehaltsabrechnung von deren Mitarbeiter als Dienst erbringen.

²³ Vgl. oben Ziffer 6.