

Conrad Sebastian Conrad

Freelancer als Auftragsverarbeiter?

Einschätzung im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung

Viele Agenturen und StartUps setzen mittlerweile auf Freelancer, die zum Beispiel Webseiten oder Softwarelösungen entwickeln und die Arbeiten mitgestalten. Teilweise werden die Freiberufler nur projektbezogen eingesetzt, nicht selten sind sie aber auch über einen langen Zeitraum für ein Unternehmen tätig und gehören damit zum Team. Häufig fehlt es an klaren Regelungen zu deren Tätigkeit. Die Realität wirft daher im Rahmen der Datenverarbeitung eine Vielzahl datenschutzrechtlicher Fragen auf, die im Folgenden näher aufgezeigt werden.

1 Einleitung

In einigen Branchen ist es längst üblich, dass Freelancer¹ bzw. Freiberufler bei unterschiedlichen Projekten einbezogen werden und kurzfristig (oder langfristig) die Arbeit im Verlag oder einer Agentur unterstützen. Dies können Redakteure, Programmierer oder auch Webentwickler sein. Die Unternehmen können sich auf diese Weise vorübergehende Unterstützung einkaufen, ohne neue Mitarbeiter einstellen bzw. einarbeiten zu müssen und sparen sich auf diese Weise häufig die Anschaffung und Einrichtung eines entsprechenden Arbeitsplatzes.

Mit dieser Flexibilität am Arbeitsmarkt gehen jedoch datenschutzrechtliche Bedenken einher, wenn solche externen „Mitarbeiter“ Zugriff auf personenbezogene Daten in bestimmten Systemen/Datenbanken der Agentur oder deren Kunden haben (können) und somit eine Datenverarbeitung im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung außerhalb der Räumlichkeiten oder Infrastruktur des Unternehmens stattfindet.

Unter Umständen sind deshalb datenschutzrechtliche Vereinbarungen zu schließen und technisch-organisatorische Maßnahmen zu treffen,² um eine zulässige sowie sichere Datenverarbeitung zu gewährleisten und insgesamt die datenschutzrechtlichen Bestimmungen einzuhalten.

¹ Zum Begriff „Freelancer“ (englisch für „freier Mitarbeiter“ oder Freischaffender); *Maties*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, § 37 Arbeitsrechtliche Bezüge, Rn. 33.

² Sowohl der Verantwortliche als auch der Auftragsverarbeiter sind nach Art. 32 Abs. 1 DS-GVO dazu verpflichtet, angemessene technische und organisatorische Maßnahmen zum Schutz personenbezogener Daten zu treffen; *Piltz*, in: *Gola*, Art. 32 DS-GVO Rn. 7; *Wennemann*, DuD 2018, S. 174 (174 ff.).



Conrad Sebastian Conrad

Justiziar – datenschutz nord GmbH

E-Mail: cconrad@datenschutz-nord.de

2 Datenschutzrechtliche Einordnung

Um eine datenschutzrechtliche Einschätzung vornehmen zu können, gilt es zunächst zu klären, welche datenschutzrechtliche Rolle ein „Freelancer“ bzw. Freiberufler einnehmen könnte und welche Anforderungen hieraus erwachsen. Ungeachtet arbeitsrechtlichen Konsequenzen (beispielsweise bei der sog. „Scheinselbstständigkeit“) gilt es, die Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung und etwaige Rechtsgrundlagen zu prüfen. Der Freelancer könnte als Mitarbeiter des Verantwortlichen oder aber als externer Selbstständiger oder externer Dienstleister einzuordnen sein. Dabei können bereits Nuancen im Workflow für eine unterschiedliche datenschutzrechtliche Bewertung ausschlaggebend sein.

Die Datenverarbeitung des Mitarbeiters wird dem Arbeitgeber als Verantwortlicher im Sinne von Art. 4 Nr. 7 DS-GVO zugerechnet. Denn dieser entscheidet über die „Mittel und Zwecke der Datenverarbeitung“, wie es sich unter anderem aus dem Weisungsrecht des Arbeitgebers und dem Arbeitsvertrag ergibt. Ist der Freelancer als solcher oder als Firma eigenständig tätig, in dem er selbst dadurch die Mittel und Zwecke der Datenverarbeitung festlegt, dass er beispielsweise den Arbeitsort, die Arbeitszeiten und auch die eingesetzten Systeme selbst bestimmt, so gilt dieser grundsätzlich ebenso als „Verantwortlicher“ nach Art. 4 Nr. 7 DS-GVO.

Gleichwohl kommt eine Auftragsverarbeitung in Betracht, wenn sich der Freelancer als externer Dienstleister oder Selbstständiger nach Art. 28 DS-GVO unter die Weisung des Verantwortlichen stellt und bezogen auf einen Auftrag bzw. eine zuvor klar definierte Datenverarbeitung die Rolle des Auftragsverarbeiters einnimmt. Hiermit soll die arbeitsteilige Erledigung von Verarbeitungsprozessen erleichtert werden, indem durch die normative Privilegierung der Auftragsverarbeiter nicht als Dritter im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung gilt.³ Dies kann durch einen entsprechenden Vertrag über die Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DS-GVO ausgestaltet werden.

Ferner hat der Ordnungsgeber in Art. 29 DS-GVO noch eine weitere Rolle definiert, die externe Mitarbeiter unter „Aufsicht“

³ *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 28 DS-GVO Rn. 8 f.

des Verantwortlichen erfassen und privilegieren sollen, was primär auf solche freien Mitarbeiter oder Berater Anwendung findet, die nicht einem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeiterverhältnis⁴ unterfallen.⁵ Auf diese Weise soll erreicht werden, dass die Datenverarbeitung durch diese Personen weiterhin dem Unternehmen als Verantwortlichen zuzurechnen ist, dem sie unterstellt sind. Die Regelung dient einerseits dem Schutz der betroffenen Person, andererseits soll eine unkontrollierte und unkontrollierbare Weitergabe und Verwendung der Daten verhindert werden.⁶ Diese Personen wären dann kein Dritter nach Art. 4 Nr. 10 DS-GVO. Entscheidend hierfür ist allerdings, dass die Person fachlich der Organisation (also dem Unternehmen) angebunden ist.⁷

3 Sonderfall: IT-Support und Fernwartung

Vor diesem Hintergrund ist die Auftragsverarbeitung nach der Datenschutz-Grundverordnung einer näheren Betrachtung zu unterziehen.⁸

Bei der Fernwartung bzw. dem IT-Support, die ein häufig anzutreffender Anwendungsfall in Bezug auf die Arbeit von Freelancern sein kann, wird hingegen seit Jahren bereits eine solche Auftragsverarbeitung angenommen, wenn schon ein etwaiger Zugriff auf personenbezogenen Daten des Verantwortlichen besteht.⁹ Eine Klarstellung vom Gesetzgeber, dass die Auftragsverarbeitung bereits auf die Fälle der möglichen Kenntnisnahme auf personenbezogene Daten im Wege der Prüfung und Wartung automatisierter Verfahren oder Datenverarbeitungsanlagen anzuwenden ist,¹⁰ wie es nach dem früheren Recht in § 11 Abs. 5 BDSG-alt (a.F.) verankert worden war, sucht man in der Datenschutz-Grundverordnung vergebens. Die deutschen Aufsichtsbehörden haben diese Fallkonstellation der Auftragsverarbeitung jedoch mit dem Kurzpapier Nr. 13 der DSK klargestellt.¹¹

Allerdings ist eine Auftragsverarbeitung dann nicht gegeben, wenn eine fremde Fachleistung in Anspruch genommen wird, die selbst angesichts gesetzlicher Bestimmungen eine Verantwortlichkeit (z. B. als Berufsgeheimnisträger) begründet, wie es sich bei Steuerberatern, Rechtsanwälten oder Ärzten datenschutzrechtlich gestaltet.¹² Technische Arbeitsleistungen von Systementwicklern oder IT-Administratoren wie auch die Reparatur oder Wartung von Soft-/Hardware dürfte in der Regel nicht hierunter fallen.

4 Abgrenzungskriterien

Für die datenschutzrechtliche Einordnung des Freelancers gilt es demzufolge entsprechende Abgrenzungskriterien zu entwickeln.

Maßgeblich ist die Weisungsgebundenheit und im Hinblick auf Art. 29 DS-GVO außerdem die Aufsicht bzw. Kontrolle des Verantwortlichen gegenüber dem Freelancer. An dessen Eigenverantwortlichkeit knüpfen die denkbaren Szenarien an.

Gibt der Verantwortliche dem beauftragten Freelancer den Arbeitsort vor, soll dieser beispielsweise in den Räumlichkeiten des Verantwortlichen zusammen mit dessen Mitarbeitern in einem Projektteam arbeiten und dabei ein vom Verantwortlichen gestelltes Arbeitsgerät mit definierten Zugangsdaten aus dem Active Directory des Unternehmens nutzen, so wäre dieser ähnlich wie ein Mitarbeiter zu behandeln. Würde der Freiberufler also tagtäglich nach festen Arbeitszeiten im Büro des Verantwortlichen agieren, wäre die Eigenverantwortlichkeit auf ein Mindestmaß beschränkt.

Wird dem Freelancer dabei weiterhin eine gewisse Eigenständigkeit eingeräumt, arbeitet dieser ohne Vorgaben zu Präsenzzeiten im Büro oder nutzt er dabei seine eigene Hardware mit eigenen Systemen, die jedoch im Netzwerk des Unternehmens eingegliedert sind, und bleibt daher eine bestimmte Aufsicht durch den Verantwortlichen bestehen, indem der Freelancer regelmäßige Reports über den Stand des Projekts abliefern und stets Einblick in die Arbeit (Entwicklung) gewähren soll, könnte die Regelung aus Art. 29 DS-GVO greifen. Der Freelancer müsste die Daten auf Weisung des Verantwortlichen in dessen Verantwortungssphäre¹³ verarbeiten und auf das Datengeheimnis hin verpflichtet werden, ein umfassender Vertrag, wie beispielsweise nach Art. 28 DS-GVO wäre nicht zu fordern.

Ist der Freelancer frei in der Bestimmung von Arbeitsort und -zeiten, da dieser von Zuhause oder einem frei gewählten Ort aus die verabredeten Aufgaben übernimmt und nur in regelmäßigen Abständen in Austausch mit dem Unternehmen steht, spricht dies gegen die Einordnung als Mitarbeiter und lässt nach den Maßstäben aus Art. 28 Abs. 10 DS-GVO eine eigene Verantwortlichkeit vermuten.¹⁴ Dann wäre der Freelancer selbst Verantwortlicher. Diese Situation kann aber auch aus einem „Auftragsverarbeiter-Exzess“ resultieren, wenn der ursprünglich als „Subdienstleister“ eingestellte Freelancer sich einseitig zum Entscheider aufschwingt und – entgegen den Vorgaben – selbst die Mittel und Zwecke der Verarbeitung bestimmt.¹⁵

Konträr hierzu liegt die Annahme eines weisungsgebunden agierenden Dienstleisters nahe und könnte folglich eine Auftragsverarbeitung begründen, wenn der Freelancer ohne Aufsicht (frei von Vorgaben zu Ort und Zeit) klar definierte Aufgaben übernimmt und für dessen Umsetzung einsteht. Bereits aus der Natur der Support- und Wartungstätigkeiten, die auf Weisung in eindeutig geregelten Situationen (z. B. Systemfehler, Ausfälle) erfolgen und wenig Kreativität des Freelancers erlauben, könnte sich die Auftragsverarbeitung ergeben. Analyse-, Reparatur- oder Wartungstätigen wie auch die Aktenvernichtung sind diesbezüglich zu benennen, die auf ein klar festgelegtes Ergebnis (bspw. die Wiederherstellung des funktionsfähigen Zustandes oder die Ko-

4 Siehe hierzu *Öztürk*, DuD 2019, S. 143.

5 *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 29 DS-GVO Rn. 13; Es wird aber eine Rechtsbeziehung zum Verantwortlichen / Auftragsverarbeiter gefordert, *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Art. 29 DS-GVO Rn. 10.

6 Im alten Recht fand sich diese Interessenslage in § 5 und § 11 Abs. 3, S. 1 BDSG a.F. wieder, die auf Art. 16 der Datenschutz-Richtlinie beruhten, siehe hierzu: *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Art. 29 DS-GVO Rn. 2ff.; Vgl. *Spoerr*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Art. 29 DS-GVO Rn. 3.

7 *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 29 DS-GVO Rn. 13.

8 Siehe hierzu weitere Beiträge aus diesem Heft.

9 Dies lässt auch die weite Definition des Begriffs „Verarbeitung“ in Art. 4 Nr. 2 DS-GVO vermuten.

10 Vgl. *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 28 DS-GVO Rn. 53.

11 Kurzpapier 13 der DSK vom 16.1.2018, S. 3; https://www.lida.bayern.de/media/dsk_kpnr_13_auftragsverarbeitung.pdf (letzter Abruf: 6.1.2019).

12 Siehe hierzu auch *Bleckmann*, DuD 2019, S. 137 und *Seiter*, DuD 2019, S. 127.

13 *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Art. 29 DS-GVO Rn. 10.

14 Vgl. *Grzeszick/Rauber*, ZD 2018, S. 560 (562).

15 *Eckhardt*, CCZ 2017, S. 116.

pie bzw. Vernichtung von Daten) abzielen. In diesem Fall ist ein Vertragsschluss nach Art. 28 Abs. 3 DS-GVO angezeigt.

5 Datenschutzrechtliche Folgen

Die skizzierten Fallgruppen begründen unterschiedliche datenschutzrechtliche Folgen:

Wird der Freelancer gem. Art. 29 DS-GVO bei der Datenverarbeitung privilegiert, ist dieser hiernach auf das Datengeheimnis zu verpflichten und in eine sichere IT-Infrastruktur der Agentur einzugliedern. Auch er untersteht somit dem Weisungsvorbehalt des Verantwortlichen,¹⁶ der als solcher nach den gesetzlichen Bestimmungen haftet. Sanktionen gegen den freien Mitarbeiter sollen wohl nur eingeschränkt möglich sein.¹⁷

Im Falle der Annahme einer Auftragsverarbeitung müsste mit dem Freelancer als externer Dienstleister hingegen ein entsprechender Vertrag nach Art. 28 DS-GVO geschlossen werden.¹⁸ Aus diesem können sich Kontrollrechte des Verantwortlichen ergeben, die bis hin zur Überprüfung der privaten Räumlichkeiten des Freelancers und der IT-Sicherheit der Geräte reichen. Denn die technisch-organisatorischen Maßnahmen¹⁹ sind dann vom Auftragsverarbeiter ebenso zu treffen und der Dokumentation bzw. Überprüfung des Verantwortlichen zugänglich zu machen.²⁰ Wird der Freelancer zum Beispiel bei einem Kundenprojekt einer Agentur eingesetzt und kann somit auf personenbezogene Daten des Kunden zugreifen, wäre der Freelancer als Unterauftragnehmer anzuführen. Der Kunde als Verantwortlicher müsste beim Wechsel von Freelancern nach Art. 28 Abs. 2 DS-GVO zustimmen (oder dürfte dem nicht widersprechen) und könnte sich sogar ein Durchgriffsrecht beim Audit einräumen lassen.²¹ Denkbar wäre sogar ein Verbot vom Einsatz weiterer Auftragsverarbeiter.²² Sowohl für den Freelancer in der Funktion des „Unterauftragnehmers“²³ als auch für die Agentur als Auftragnehmer bei diesem Kundenprojekt wäre diese Konstellation daher unter Umständen unvorteilhaft. Zum einen wäre der schnelle Einsatz oder Wechsel von Freelancern bei dem Projekt nicht möglich, zum anderen müssten die Freelancer ihrerseits eine angemessene IT-Sicherheit der betroffenen Systeme vorweisen und ggfs. dem Kunden vorlegen können. Mithin besteht auch der Lösch- bzw. Her-

ausgabeanspruch der Daten des Verantwortlichen gegenüber dem Freelancer.

Ist der Freelancer aus den bereits genannten Aspekten selbst Verantwortlicher im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung, haftet er für Verstöße in der eigenen Sphäre, müsste aber ebenso die datenschutzrechtlichen Bestimmungen vollumfänglich einhalten. Hierzu zählt unter anderem die Umsetzung der Informationspflichten sowie Betroffenenrechte, wie auch die Gewährleistung einer sicheren Datenverarbeitung. Werden besondere Kategorien personenbezogener Daten in einem größeren Ausmaß verarbeitet, könnte sogar die Vornahme einer Datenschutz-Folgenabschätzung, wie auch die Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten beim Freelancer als juristische Person in Betracht kommen. Die Rechtsgrundlage der Datenübermittlung würde sich aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO ergeben.

Denkbar wäre zuletzt noch die gemeinsame Verantwortlichkeit nach Art. 26 DS-GVO, die jüngst vermehrt konstruiert wird²⁴ und sich auch aus der zunehmenden Abhängigkeit technischer Systeme bzw. Dienstleister ergeben kann.²⁵

6 Fazit

Eine Privilegierung aus Art. 29 DS-GVO ist ohne Weiteres zu erreichen und bietet sowohl dem Freiberufler als auch der Agentur als Verantwortlichen ausreichend Rechtssicherheit. Wird jedoch der Freiberufler nur als Auftragsverarbeiter gem. Art. 28 DS-GVO im Hinblick auf eine zuvor eindeutig definierte und vertraglich geregelte Aufgabe tätig, ergeben sich für die Vertragsparteien die Rechte und Pflichten aus Art. 28 DS-GVO bzw. Art. 32 DS-GVO. Mitunter ist dies für beide Seiten nachteilig, zum Beispiel bei der kurzfristigen Arbeit an Kundenprojekten der Agentur, wenn dadurch der Freelancer als ein weiterer Auftragsverarbeiter (Unterauftragnehmer) einzubeziehen und von der Zustimmung des Kunden abhängig ist.

Sofern ein Freelancer eine gewisse Eigenständigkeit durch die freie Wahl von Arbeitsort und -zeit²⁶ besitzt und individuelle, nicht zuvor definierte Eigenleistungen vollbringt – oder aber dieses entgegen den Willen des Verantwortlichen durch einen „Auftragsverarbeiter-Exzess“ erzielt, scheidet eine Auftragsverarbeitung aus und führt zur Annahme einer eigenen Verantwortlichkeit. Diese „Freiheit“ bürdet jedoch dem Freelancer erhebliche datenschutzrechtliche Pflichten auf, die in der Praxis zumeist nicht ausreichend umgesetzt werden (können) oder aber dessen Arbeitsweise erschwert.

16 Ingold, in: Sydow, Art 29 DSGVO Rn. 5.

17 Vgl. Petri, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Art. 29 DS-GVO Rn. 21.

18 Seiter, DuD 2019, S. 127 (in diesem Heft).

19 Mehr dazu: Wennemann, DuD 2018, S. 174 (174 ff.).

20 Hartung, in: Kühling/Buchner, Art. 28 DS-GVO Rn. 71.

21 Vgl. Klug, in: Gola, Art. 28 DS-GVO Rn. 13 f.

22 Eckhardt, CCZ 2017, S. 114.

23 Nun lediglich als „weiterer Auftragsverarbeiter“ in Art. 28 Abs. 2 DS-GVO bezeichnet.

24 Vgl. Kartheuser/Nabulsi, MMR 2018, S. 717 (719 f.).

25 Vgl. Conrad, K&R 2018, S. 743 (743 f.).

26 Siehe oben unter Ziffer 2.