

# Outsourcing-Fallstricke vermeiden

**Auch im Personalbereich ist der Trend zur Vergabe von Wartungsaufgaben der Soft- und Hardware an externe Dienstleister anhaltend. Diese agieren dann als Auftragnehmer im Rahmen einer sogenannten Auftragsdatenverarbeitung (ADV), wenn dabei der Zugriff auf personenbezogene Daten des Kunden nicht ausgeschlossen werden kann.**

Gesetzlich geregelt ist diese Vorschrift in § 11 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Ein Unternehmen (Auftraggeber) beauftragt für die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten eine andere Stelle (Auftragnehmer). Geschieht dies in einem sehr „engen“ weisungsgebundenen Auftragsverhältnis, und sind weitere formale Erfordernisse eingehalten, so bleibt der Auftraggeber weiter „Herr der Daten“. ER ist für den Datenverarbeitungsprozess im Gesamten verantwortlich. Bedeutet aber auch: ER ist die für die Einhaltung der Datenschutzvorschriften verantwortliche Stelle, und ihm gegenüber sind beispielsweise auch Betroffenenrechte geltend zu machen.

## Auf was muss der Auftraggeber dabei achten?

Mit der beim Auftraggeber verbliebenen Datenhoheit und Datenverantwortung fungiert der Auftragnehmer als „verlängerter Arm“, und ist hinsichtlich Art und Umfang der Datenverarbeitung vollständig abhängig vom Auftraggeber. In der Vorstellung des Gesetzgebers befinden sich die Daten somit immer im Einflussbereich des Auftraggebers, eine Datenübermittlung im Sinne des BDSG findet damit nicht statt. Und: Betroffene müssen in die Verarbeitung Ihrer Daten daher auch nicht einwilligen!

Es ist nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber an diese Form der Datenverarbeitung enge Regeln/Anforderungen geknüpft hat:

- „Der Auftragnehmer ist unter besonderer Berücksichtigung der Eignung der von ihm getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen sorgfältig auszuwählen.“
- Der Auftrag ist schriftlich zu erteilen, wobei die Inhalte und Rahmenbedingungen des Auftragsverhältnisses in zehn detaillierten Punkten zu regeln sind (zum Beispiel als Zusatzvereinbarungen zum Haupt-/Rahmenvertrag).
- „Der Auftraggeber hat sich vor Beginn der Datenverarbeitung und sodann regelmäßig von der Einhaltung der beim Auftragnehmer getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen zu überzeugen. Das Ergebnis ist zu dokumentieren.“
- „Der Auftragnehmer darf die Daten nur im Rahmen der Weisungen des Auftraggebers erheben, verarbeiten oder nutzen.“

Werden diese formalen Vorgaben nicht beachtet, handelt es sich um Datenschutzverstöße, die mit einer Geldbuße geahndet werden können.

## In der Praxis zeigen sich viele Schwierigkeiten in der Abwicklung und in der Phase der Vorab-Beauftragung

- Die vom Gesetzgeber erwarteten Prozessschritte der Erteilung eines solchen Auftrags werden nicht eingehalten. Manchmal können sie auch nicht berücksichtigt werden, da Auftragsverhältnisse schon „seit Zeiten“ bestehen. In einem solchen Fall muss die datenschutzkonforme Beurteilung des Auftragnehmers aber zeitnah nachgeholt werden.
- Die Vorab-Überprüfung des Auftragnehmers, speziell dessen technische und organisatorischen Maßnahmen, wird durch den Auftragnehmer unzureichend unterstützt. Dabei müssen diese Überprüfungen nicht zwingend beim Auftragnehmer vor Ort erfolgen. Seiner Informationspflicht kann der Auftragnehmer auch durch Dokumentation eigener oder externer Audits, oder durch Vorlage einer Datenschutzzertifizierung nachkommen.

## Inwieweit ergeben sich für den Auftragnehmer dennoch oder gerade deshalb Marktchancen?

„Der“ E-Recruiting-Dienstleister erfüllt seinen originären Geschäftszweck immer als Auftragnehmer innerhalb einer ADV. Insofern erscheint es nur logische Konsequenz den Datenschutz-Einführungsprozess mit einem Datenschutzaudit hinsichtlich § 11 BDSG „Auftragsdatenverarbeiter als Auftragnehmer“ abzuschließen. Das erworbene Zertifikat kann bei Ausschreibungsverfahren das berühmte „Zünglein an der Waage“ sein, um die Auftragserteilung zu erhalten. In der Zertifizierung als Auftragnehmer im Rahmen einer ADV kann ein echter Wettbewerbsvorteil liegen. Die Investition in Datenschutz zahlt sich in einem solchen Falle nachhaltig aus.

Autor: **THORSTEN JORDAN** ist Geschäftsführer der eknowvation GmbH und als Datenschutzberater tätig ([www.eknowvation.de](http://www.eknowvation.de))

