

## Kategorie Auftragsdatenverarbeitung als Auftraggeber

### Den Aufwand bei der Auftragsdatenverarbeitung als Auftraggeber spürbar verringern

**Zusammenfassung:** Nehmen Auftraggeber ihre gesetzlichen Pflichten im Zusammenhang mit der Auftragsdatenverarbeitung ernst, darf der entstehende Aufwand nicht unterschätzt werden. Insbesondere, wenn Auftragnehmer ausgewählt werden, die mit dieser Frage nicht vertraut sind, kommt es zu ärgerlichen Zusatzarbeiten. Daher sollte schon bei der Auswahl des potenziellen Auftragnehmers darauf geachtet werden, dass dieser die erforderlichen Überprüfungen deutlich unterstützt. Dadurch kann beim Outsourcen von Dienstleistungen der Prüfaufwand bei der Auftragsdatenverarbeitung grundsätzlich deutlich reduziert werden.

**Situation:** Outsourcing von Unternehmensaufgaben an externe Dienstleister erfolgt heute in allen Unternehmen, insbesondere im Rahmen der IT und bei speziellen Verwaltungsaufgaben wie beispielsweise der Steuerberatung. Beim Outsourcing kann es sich um Datenverarbeitung im Auftrag oder um Funktionsübertragung handeln. Die Datenverarbeitung im Auftrag hat der Gesetzgeber privilegiert. Der Auftraggeber benötigt für die Weiterleitung der Daten an den ADV-Dienstleister keine zusätzlich eigene Rechtsgrundlage mehr. Dafür muss er den Auftragnehmer sorgfältig auswählen und einen schriftlichen Vertrag mit im Gesetz genannten Mindestinhalten abschließen. Vor der ersten Beauftragung muss eine Prüfung des Auftragnehmers erfolgen, die sodann regelmäßig vorzunehmen ist. Die Prüfungen sind zu dokumentieren.

**Umsetzung lässt sehr zu wünschen übrig:** Insbesondere kleinere Unternehmen haben diese Pflichten aktuell nicht oder nur unzureichend im Blickfeld. Derzeit entsprechen schätzungsweise erst 10 - 15% aller ADV-Verhältnisse den gesetzlichen Vorgaben. Nachdem die Aufsichtsbehörden jetzt jedoch ernst machen und für unvollständige oder nicht vorhandene Vereinbarungen über Auftragsdatenverarbeitung Bußgelder erheben, dürfte sich das schon bald ändern.

**Anforderungen an technisch und organisatorische Maßnahmen definieren:** Da die so genannten technischen und organisatorischen Maßnahmen (TOMs) das Kernstück der Auftragsdatenverarbeitung darstellen, kommt auch der Auftraggeber nicht umhin, die von ihm im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt geforderten TOMs zu definieren. Häufig findet sich in der Praxis ein Mischmasch aus Allgemeinplätzen und abgeschriebenen TOMs aus anderen Projekten, die den gravierenden Nachteil haben, dass sie so wenig spezifisch sind, dass die gesetzlichen Pflichten rund um die Auftragsdatenverarbeitung zwar in formaler Hinsicht als erfüllt erscheinen, dies inhaltlich jedoch nicht sind. Das war übrigens erst vor kurzem Anlass für ein Bußgeld in fünfstelliger

Höhe für ein Unternehmen, das die Anforderungen an die ADV zwar in groben Zügen formal, inhaltlich jedoch nicht erfüllt hatte. Diese TOMs können dann bei der Anbietersauswahl entweder mitgeschickt werden (als Anforderung), oder zum Vergleich mit den eingehenden Angeboten herangezogen werden.

**Prüfaufwand nicht zu unterschätzen:** Der für den Auftraggeber entstehende Prüfaufwand darf keinesfalls unterschätzt werden. Zwar schreibt der Gesetzgeber nicht fest, in welcher Form die Prüfungen erfolgen müssen. Die Aufsichtsbehörden vertreten jedoch zunehmend die Auffassung, dass die Prüfungen nicht in jedem Fall nur aus der Ferne durchgeführt werden dürfen. Eine Vor-Ort-Überprüfung zumindest alle paar Jahre ist daher grundsätzlich erforderlich. Wenn keine durch unabhängige Dritte erstellte objektive Unterlagen als Beleg für erfolgte Prüfungen vorliegen, ist der Auftraggeber gezwungen, vor Ort zu überprüfen, ob die vertraglich festgelegten Bestimmungen auch umgesetzt werden.

**Wirtschaftliches Risiko:** Normalerweise sind Unternehmen geneigt, bei mehreren Anbietern den mit dem günstigsten Preis-Leistungs-Verhältnis auszuwählen. Das ist hinsichtlich der Auftragsdatenverarbeitung auch dann richtig, wenn der Prüfaufwand einbezogen wurde. Mangels Kenntnis um die Prüfpflicht ist das jedoch nicht immer gegeben. Daher müssen Unternehmen schon bei der Beschaffung der Leistung darauf achten, dass die Prüfpflicht vom Auftragnehmer ernst genommen wird. Hat dieser schon entsprechende Vorkehrungen getroffen, etwa indem er sich durch eine unabhängig Stelle hinsichtlich der ADV begutachten lässt, und liegen hierüber aussagefähige Unterlagen vor, dann darf der Auftraggeber davon ausgehen, dass der spätere Prüfaufwand überschaubar bleibt. Andernfalls besteht ein nicht zu unterschätzendes wirtschaftliches Risiko, da nicht vorausgesehen werden kann, welche Aufwendungen tatsächlich entstehen werden, wenn die gesetzlichen Pflichten aus der Auftragsdatenverarbeitung ernst genommen werden.

**Schon bei der Ausschreibung oder Anbieterauswahl berücksichtigen:** Auftraggeber sollten daher schon bei der Ausschreibung bzw. der Anbieterauswahl darauf achten, dass die potenziellen Auftragnehmer mit der Auftragsdatenverarbeitung vertraut sind. Im Idealfall verfügen sie über eine eigene §-11-Zertifizierung, mit der die Prüfanforderungen des Auftraggebers durch eine unabhängige Prüfung erfüllt werden. Nur so kann der spätere Prüfaufwand wirksam eingegrenzt werden. Hier ist nicht immer der billigste Anbieter auch der mit dem günstigsten Preis-Leistungs-Verhältnis. Im Zweifelsfall sollte der Datenschutzbeauftragte hinzugezogen werden, der den tatsächlichen Aufwand leichter abschätzen kann.

**Einkauf muss die Anforderungen kennen:** Kennt der Einkauf die Anforderungen an die Auftragsdatenverarbeitung sowie an die Funktionsübertragung, ist die Wahrscheinlichkeit ungleich größer, dass der Prüfaufwand im Zusammenhang mit der Auftragsdatenverarbeitung im überschaubaren Rahmen bleibt. Hier bietet es sich an, dass der Datenschutzbeauftragte entsprechende Schulungsmaßnahmen durchführt oder zumindest entsprechende Unterlagen zur Verfügung stellt.

**Erheblicher Aufwand für Auftraggeber:** Bei Vor-Ort-Audits durch Auftraggeber werden auf beiden Seiten erhebliche Ressourcen gebunden. Beim Auftraggeber muss ein fachkundiger Auditor anwesend sein. Dies ist in vielen Fällen ein externer Spezialist. Weiter müssen die Projektverantwortlichen anwesend sein, denn nur so kann eine fachkundige Begleitung des Auditors erfolgen. Selbst wenn es sich nicht um einen externen sondern um einen internen Auditor handeln sollte, kann nicht in jedem Fall davon ausgegangen werden, dass dieser alle erforderlichen Projektdetails, vor allem die vertraglich vereinbarten Einzelheiten, kennt. Zudem müssen der Datenschutzbeauftragte und gegebenenfalls auch der IT-Sicherheitsbeauftragte des Auftraggebers mit vor Ort sein. Beim Auftragnehmer entsteht ein vergleichbarer Aufwand, so dass schnell mehrere Arbeitstage zusammenkommen. Dazu kommen Reise- und gegebenenfalls Unterbringungskosten. Rasch

summiert sich der Aufwand für Überprüfungen vor Ort auf mehrere Tausend Euro.

#### Handlungsempfehlungen:

1. Im Unternehmen muss ein Überblick über alle Verträge vorliegen, bei denen es sich um Auftragsdatenverarbeitung handelt. Hier ist zu prüfen, inwieweit die gesetzlichen Pflichten eingehalten werden.
2. Für neue Projekte muss der Einkauf bzw. die beschaffende Stelle im Unternehmen über die gesetzlichen Anforderungen an die Auftragsdatenverarbeitung Bescheid wissen.
3. Für neue Projekte, die an Dritte vergeben werden, müssen die vom Auftragnehmer zu erbringenden technischen und organisatorischen Maßnahmen definiert werden.
4. Schon bei der Ausschreibung bzw. der Auswahl der in Frage kommenden Auftragnehmer muss das Thema Auftragsdatenverarbeitung und die Begleitung durch den Auftragnehmer bei der Umsetzung der Prüfpflicht angesprochen werden.
5. Für die Auswahl der potenziellen Dienstleister gilt, dass eine Übersicht über deren wahres Preis-Leistungs-Verhältnis erst vollständig ist, wenn der faktische Prüfaufwand (oder das drohende Bußgeld) einberechnet wurde.
6. Werden Auftragnehmer bevorzugt, die hier eine wesentliche Unterstützung leisten können, beispielsweise, indem sie über eine aussagefähige §-11-Zertifizierung verfügen, kann der Prüfaufwand deutlich reduziert werden.
7. In diesem Fall ist abzuwägen, ob ein eventuell höherer Preis beim Auftragnehmer durch die möglichen Einsparungen beim Prüfaufwand gerechtfertigt ist.

Eberhard Häcker, Ens Dorf