

**Mustervertragsanlage zur
Auftragsdatenverarbeitung**

Anlage [xxx] zum Vertrag vom [xxx]

Auftragsdatenverarbeitung

Präambel

Diese Anlage konkretisiert die datenschutzrechtlichen Verpflichtungen der Vertragsparteien, die sich aus der im **Dienstvertrag/Werkvertrag (Hauptvertrag)** in seinen Einzelheiten beschriebenen Auftragsdatenverarbeitung ergeben. Sie findet Anwendung auf alle Tätigkeiten, bei denen Mitarbeiter des Auftragnehmers oder durch den Auftragnehmer beauftragte Dritte mit personenbezogenen Daten des Auftraggebers in Berührung kommen können.

§ 1 Definitionen:

(1) Personenbezogene Daten

Personenbezogene Daten sind Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person.

(2) Datenverarbeitung im Auftrag

Datenverarbeitung im Auftrag ist die Speicherung, Veränderung, Übermittlung, Sperrung oder Löschung personenbezogener Daten durch den Auftragnehmer im Auftrag des Auftraggebers.

(3) Weisung*

Eine Weisung erfolgt regelmäßig durch die Leistungsbeschreibung im Hauptvertrag, sie kann vom Auftraggeber jederzeit bei Bedarf in schriftlicher Form durch eine einzelne Weisung geändert, ergänzt oder ersetzt werden (Einzelweisung).

§ 2 Regelungsgegenstand

Der Auftragnehmer verarbeitet personenbezogene Daten im Auftrag des Auftraggebers. Dies umfasst Tätigkeiten, die in der Leistungsbeschreibung konkretisiert sind. Der Auftraggeber ist im Rahmen dieses Vertrages für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen der Datenschutzgesetze, insbesondere für die Rechtmäßigkeit der Datenweitergabe an den Auftragnehmer sowie für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung allein verantwortlich.

§ 3 Pflichten des Auftragnehmers

(1) Der Auftragnehmer darf Daten nur im Rahmen der Weisungen des Auftraggebers erheben, verarbeiten oder nutzen.

(2) Der Auftragnehmer sichert in seinem Verantwortungsbereich die Umsetzung und Einhaltung der vereinbarten allgemeinen und technischen und organisatorischen Maßnahmen entsprechend § 9 Bundesdatenschutzgesetz zu. Insbesondere wird der

Auftragnehmer seine innerbetriebliche Organisation so gestalten, dass sie den besonderen Anforderungen des Datenschutzes gerecht wird. Er wird technische und organisatorische Maßnahmen zur angemessenen Sicherung der Daten des Auftraggebers vor Missbrauch und Verlust treffen, die den Forderungen des Bundesdatenschutzgesetzes entsprechen. Dies beinhaltet insbesondere

- Unbefugten den Zutritt zu Datenverarbeitungsanlagen, mit denen die personenbezogenen Daten verarbeitet und genutzt werden, zu verwehren (Zutrittskontrolle),
- zu verhindern, dass Datenverarbeitungssysteme von Unbefugten genutzt werden können (Zugangskontrolle),
- dafür Sorge zu tragen, dass die zur Benutzung eines Datenverarbeitungssystems Berechtigten ausschließlich auf die ihrer Zugriffsberechtigung unterliegenden Daten zugreifen können, und dass personenbezogene Daten bei der Verarbeitung, Nutzung und nach der Speicherung nicht unbefugt gelesen, kopiert, verändert oder entfernt werden können (Zugriffskontrolle),
- dafür Sorge zu tragen, dass personenbezogene Daten bei der elektronischen Übertragung oder während ihres Transports oder ihrer Speicherung auf Datenträger nicht unbefugt gelesen, kopiert, verändert oder entfernt werden können, und dass überprüft und festgestellt werden kann, an welche Stellen eine Übermittlung personenbezogener Daten durch Einrichtungen zur Datenübertragung vorgesehen ist (Weitergabekontrolle),
- dafür Sorge zu tragen, dass nachträglich geprüft und festgestellt werden kann, ob und von wem personenbezogene Daten in Datenverarbeitungssysteme eingegeben, verändert oder entfernt worden sind (Eingabekontrolle),
- dafür Sorge zu tragen, dass personenbezogene Daten, die im Auftrag verarbeitet werden, nur entsprechend den Weisungen des Auftraggebers verarbeitet werden können (Auftragskontrolle),
- dafür Sorge zu tragen, dass personenbezogene Daten gegen zufällige Zerstörung oder Verlust geschützt sind (Verfügbarkeitskontrolle),
- dafür Sorge zu tragen, dass zu unterschiedlichen Zwecken erhobene Daten getrennt verarbeitet werden können (Trennungskontrolle).

(3) Der Auftragnehmer stellt dem Auftraggeber auf dessen Wunsch ein umfassendes und aktuelles Datenschutz- und Sicherheitskonzept für diese Auftragsdatenverarbeitung zur Verfügung*.

(4) Der Auftragnehmer stellt dem Auftraggeber die für die Übersicht nach § 4g Abs. 2 S.1 BDSG notwendigen Angaben zur Verfügung.

(5) Der Auftragnehmer stellt sicher, dass die mit der Verarbeitung der Daten des Auftraggebers befassten Mitarbeiter gemäß § 5 Bundesdatenschutzgesetz (Datengeheimnis) verpflichtet und in die Schutzbestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes eingewiesen worden sind.

(6) Der Auftragnehmer teilt dem Auftraggeber die Kontaktdaten des betrieblichen Datenschutzbeauftragten mit.

(7) Der Auftragnehmer unterrichtet den Auftraggeber umgehend bei schwerwiegenden Störungen des Betriebsablaufes, bei Verdacht auf Datenschutzverletzungen oder andere Unregelmäßigkeiten bei der Verarbeitung der Daten des Auftraggebers.

(8) Aufträge an Subunternehmer dürfen nur mit schriftlicher Genehmigung des Auftraggebers vergeben werden.

(9) Überlassene Datenträger sowie sämtliche hiervon gefertigten Kopien oder Reproduktionen verbleiben im Eigentum des Auftraggebers. Der Auftragnehmer hat diese sorgfältig zu verwahren, so dass sie Dritten nicht zugänglich sind. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, dem Auftraggeber jederzeit Auskünfte zu erteilen, soweit seine Daten und Unterlagen betroffen sind. Die datenschutzkonforme Vernichtung von Test- und Ausschussmaterial übernimmt der Auftragnehmer auf Grund einer Einzelbeauftragung durch den Auftraggeber. In besonderen, vom Auftraggeber zu bestimmenden Fällen erfolgt eine Aufbewahrung bzw. Übergabe.

§ 4 Pflichten des Auftraggebers

(1) Die Pflicht zur Führung des öffentlichen Verzeichnisses (Jedermannverzeichnis) gem. § 4g Abs.2 S.2 BDSG liegt beim Auftraggeber.

(2) Dieser ist auch verpflichtet, den Auftragnehmer über etwaige Mängel unverzüglich und vollständig zu unterrichten.

Opt. (3) Erteilt der Auftraggeber Einzelweisungen, die über die Anforderungen des BDSG hinausgehen, sind die dadurch begründeten Kosten vom Auftraggeber zu tragen.*

§ 5 Anfragen Betroffener an den Auftraggeber*

Ist der Auftraggeber aufgrund geltender Datenschutzgesetze gegenüber einer Einzelperson verpflichtet, Auskünfte zur Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten dieser Person zu geben, wird der Auftragnehmer den Auftraggeber dabei unterstützen, diese Informationen bereit zu stellen, vorausgesetzt:

- der Auftraggeber hat den Auftragnehmer hierzu schriftlich aufgefordert und
- der Auftraggeber erstattet dem Auftragnehmer die durch diese Unterstützung entstandenen Kosten.

§ 6 Kontrollrecht*

Der Auftraggeber kann sich nach Anmeldung zu Prüfzwecken in den Betriebsstätten zu den üblichen Geschäftszeiten ohne Störung des Betriebsablaufs von der Angemessenheit der Maßnahmen zur Einhaltung der technischen und organisatorischen Erfordernisse der für die Auftragsdatenverarbeitung einschlägigen Datenschutzgesetze überzeugen.

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, dem Auftraggeber auf schriftliche Anforderung innerhalb einer angemessenen Frist alle Auskünfte zu geben, die zur Durchführung einer umfassenden Auftragskontrolle erforderlich sind.

§ 7 Subunternehmer*

Alt. 1:

(1) Der Auftraggeber ist damit einverstanden, dass der Auftragnehmer zur Erfüllung seiner vertraglich vereinbarten Leistungen verbundene Unternehmen des Auftraggebers zur Leistungserfüllung heranzieht bzw. Unternehmen mit Leistungen unterbeauftragt.

Alt. 2:

(1) Die vertraglich vereinbarten Leistungen bzw. die **nachfolgend beschriebenen Leistungsteile** werden unter Einschaltung eines Subunternehmers durchgeführt, nämlich

(Name und Anschrift des Subunternehmers)

(2)* Wenn Subunternehmer durch den Auftragnehmer eingeschaltet werden, so werden die vertraglichen Vereinbarungen so gestaltet, dass sie den Anforderungen zu Vertraulichkeit, Datenschutz und Datensicherheit zwischen den Vertragspartnern dieses Vertrages entsprechen. Dem Auftraggeber sind Kontroll- und Überprüfungsrechte entsprechend § 6 einzuräumen. Ebenso ist der Auftraggeber berechtigt, auf schriftliche Anforderung vom Auftragnehmer Auskunft über den wesentlichen Vertragsinhalt und die Umsetzung der datenschutzrelevanten Verpflichtungen des Unterauftragnehmers zu erhalten, erforderlichenfalls auch durch Einsicht in die relevanten Vertragsunterlagen.

§ 8 Sonstiges, Allgemeines*

(1) Sollten die Daten des Auftraggebers beim Auftragnehmer durch Pfändung oder Beschlagnahme, durch ein Insolvenz- oder Vergleichsverfahren oder durch sonstige Ereignisse oder Maßnahmen Dritter gefährdet werden, so hat der Auftragnehmer den Auftraggeber unverzüglich darüber zu informieren. Der Auftragnehmer wird alle in diesem Zusammenhang Verantwortlichen unverzüglich darüber informieren, dass die Hoheit an den Daten beim Auftraggeber liegt.

(2) Änderungen und Ergänzungen dieser Anlage und aller ihrer Bestandteile - einschließlich etwaiger Zusicherungen des Auftragnehmers - bedürfen einer schriftlichen Vereinbarung und des ausdrücklichen Hinweises darauf, dass es sich um eine Änderung bzw. Ergänzung dieser Bedingungen handelt. Dies gilt auch für den Verzicht auf dieses Formerfordernis.

(3) Es gilt deutsches Recht.

(Ort, Datum)

(Unterschrift [Auftraggeber])

(Ort, Datum)

(Unterschrift [Auftragnehmer])

! Bitte beachten Sie:

In einigen Teilen der Anlage sind alternative Formulierungen, Optionen und durch den Anbieter auszufüllende Felder enthalten. Im Text sind diese Stellen optisch hervorgehoben. Die alternativen Formulierungen sind in zwei Spalten nebeneinander aufgeführt, Optionen sind grau, Formulierungen mit Raum für individuelle Angaben sind gelb hinterlegt.

Um den Hintergrund der jeweils möglichen Formulierungen oder auch die Gründe für eine vorgegebene Erwägung zu erläutern, finden sich in den „**Begleitenden Hinweisen**“ zu vielen Regelungen Ausführungen. Textpassagen in der Anlage, zu denen sich in den „Begleitenden Hinweisen“ solche Erläuterungen finden, sind mit einem hochgestellten, roten Sternchen (*) gekennzeichnet. Dem Anwender wird empfohlen, bei der Verwendung der Anlage immer auch die begleitenden Hinweise zu lesen.

Begleitende Hinweise zur der Anlage Auftragsdatenverarbeitung

Wann liegt eine Auftragsdatenverarbeitung vor?

Die Auslagerung von Datenverarbeitungsprozessen oder deren Übertragung auf eine unternehmensfremde Stelle ist für viele Unternehmen eine wichtige Möglichkeit, externes Know-how nutzen und gleichzeitig Kosten sparen zu können. Nicht jede Konstellation, in der ein Unternehmen sich eines Dritten zur Datenverarbeitung bedient, stellt zugleich eine Auftragsdatenverarbeitung dar. Die Frage, ob eine solche vorliegt, ist jedoch von erheblicher Bedeutung, denn das Bundesdatenschutzgesetz stellt an die Parteien einer Auftragsdatenverarbeitung (Auftraggeber und Auftragnehmer) sowie an die Datenverarbeitung besondere Anforderungen.

Immer dann, wenn von der Übertragung einer Aufgabe auf eine andere, rechtliche Einheit auch personenbezogene Daten betroffen sind, sind daher die Fragen zu stellen:

Ist die Verarbeitung personenbezogener Daten das wesentliche Element der Aufgabenübertragung auf eine andere rechtliche Einheit? Hat die datenverarbeitende Stelle eine Hilfs- oder Unterstützungsfunktion?

Sind diese Fragen zu bejahen, wird eine Auftragsdatenverarbeitung vorliegen. Spielt die Datenverarbeitung hingegen nur eine untergeordnete Rolle bei der Aufgabenübertragung, kann z.B. eine Funktionsübertragung vorliegen. Bei der Auftragsdatenverarbeitung werden Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung für die Erfüllung der Aufgaben und Geschäftszwecke der verantwortlichen Stelle ausgelagert. Der Auftragnehmer hat dementsprechend eine Hilfsfunktion, er leistet dem Auftraggeber in einer oder mehreren Phasen der Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung weisungsgebundene Unterstützung. Er wird gleichsam als „verlängerter Arm“ des Auftraggebers tätig, weil keine Aufgabe in ihrer Vollständigkeit, sondern lediglich ihre technische Ausführung übertragen wird. Werden die den Verarbeitungsvorgängen zugrunde liegenden Aufgaben oder Geschäftszwecke ganz oder teilweise (mit) abgegeben oder erfüllt der Datenverarbeiter überwiegend eigene Geschäftszwecke, dann liegt eine Funktionsübertragung vor und der Datenverarbeiter wird selbst zur verantwortlichen Stelle.

Auftragsdatenverarbeitung ist auch zwischen den verschiedenen rechtlichen Einheiten innerhalb eines Konzerns möglich.

Bei der Beantwortung der Frage, ob der Auftragnehmer lediglich eine Hilfsfunktion und daher eine Auftragsdatenverarbeitung vorliegt, können die folgenden **Kriterien** helfen. Für das Vorliegen einer Auftragsdatenverarbeitung spricht es, wenn

- dem Datenverarbeitenden die Entscheidungsbefugnis über die Daten fehlt.
- der Datenverarbeitende mit der Datenverarbeitung ganz oder teilweise fremde Geschäftszwecken verfolgt.
- der Datenverarbeitende einem ausdrücklichen Nutzungsverbot unterliegt.
- der Datenverarbeitende nur mit Daten umgeht, die ihm der Auftraggeber zur Verfügung stellt.

- der Auftrag auf die praktisch-technische Durchführung einer Datenverarbeitung gerichtet ist, die aber nach außen hin vom Auftraggeber vertreten wird.
- der Auftrag so ausgestaltet ist, dass der Datenverarbeitende nicht zu den von der Datenverarbeitung Betroffenen in Kontakt tritt.
- der Datenverarbeitende in keinerlei vertraglichen Beziehungen zu den von der Datenverarbeitung Betroffenen steht.
- es für den Datenverarbeitenden schwierig oder unmöglich ist, einen Bezug der Daten zu den von der Verarbeitung betroffenen Personen herzustellen (Pseudonymisierung durch Kontonummer, Personalnummer etc.)

Eine Auftragsdatenverarbeitung liegt zum **Beispiel** regelmäßig vor bei:

- externer Datenhaltung, insbesondere beim teilweisen oder gesamten Outsourcing eines Rechenzentrums
- Zugriff auf personenbezogene Daten vor Ort beim Auftraggeber
- Papier-/Aktenvernichtung, Vernichtung von Datenträgern
- manueller oder elektronischer Archivierungsservice
- Kundenservice, Telefonmarketing und anderen Formen des Direktmarketings, soweit nicht vom Unternehmen selbst durchgeführt.

Eine Auftragsdatenverarbeitung kann im Rechtssinn aber auch vorliegen, ohne dass die Parteien die externe Verarbeitung von Daten vereinbaren oder eine solche Verarbeitung überhaupt wollen. Denn die Neufassung des BDSG (21. August 2002, BGBl. I S.3322) legt in § 11 Abs. 5 BDSG fest, dass die Vorschriften zur Auftragsdatenverarbeitung auch dann zur Anwendung kommen, wenn die **Prüfung oder Wartung automatisierter Verfahren oder von Datenverarbeitungsanlagen** durch andere Stellen im Auftrag vorgenommen wird und dabei ein Zugriff auf personenbezogene Daten nicht ausgeschlossen werden kann.

In der Konsequenz führt das dazu, dass bei vielen Dienstleistungen der ITK-Branche die gesetzlichen Anforderungen an eine Auftragsdatenverarbeitung zu beachten sind. Betroffen sind zum Beispiel

- Installation und Wartung von Netzwerken, Hardware (incl. Telekommunikationsanlagen) sowie Pflege von Software u.a. (Betriebssysteme, Middleware, Anwendungen),
- Parametrisieren von Software,
- Programmentwicklungen, Programmanpassungen bzw. -umstellungen, Fehlersuche und Tests,
- Durchführung von Migrationen im Produktivsystem,

Ohne Belang ist, ob die Wartungsmaßnahmen vor Ort oder per Fernwartung durchgeführt werden (Remote - Zugriff des Auftragnehmers auf personenbezogene Daten beim Auftraggeber)

wenn dabei ein Zugriff auf personenbezogene Daten nicht ausgeschlossen werden kann.

Wenn Sie Zweifel haben, wie die Aufgabenübertragung richtig einzuordnen ist, sollten Sie sich unbedingt an den Datenschutzbeauftragten Ihres Unternehmens wenden.

Konsequenzen einer Auftragsdatenverarbeitung

Liegt eine Auftragsdatenverarbeitung vor, so ist nicht der Auftragnehmer für die Einhaltung der gesetzlichen Datenschutzvorschriften verantwortlich, diese Verantwortlichkeit verbleibt vielmehr beim Auftraggeber, § 11 BDSG. Dementsprechend ist der Auftraggeber nicht nur verpflichtet, den Auftragnehmer sorgfältig auszuwählen, sondern er hat sich auch selber von der Einhaltung der Datenschutzbestimmungen (§§ 5, 9, 11 BDSG) zu überzeugen. Der Auftragnehmer muss seinerseits intern sicherstellen, dass die Datenerhebung, -verarbeitung bzw. -nutzung nur nach den durch den Auftraggeber festgelegten Weisungen erfolgt und die technischen und organisatorischen Maßnahmen (gemäß der Anlage zu § 9 BDSG) eingehalten werden. Seine Mitarbeiter sind auf das Datengeheimnis zu verpflichten.

Der Umsetzung dieser Anforderungen soll die vorliegende Anlage dienen, die zugleich noch weitere, im Zusammenhang der Auftragsdatenverarbeitung häufig auftauchende Fragen, regelt.

Erläuterungen zu den Regelungen der Anlage

Anwendungsbereich:

Die Anlage kann im Zusammenhang mit allen Verträgen Verwendung finden, die innerhalb Deutschlands oder zwischen einem deutschen Unternehmen und einem Unternehmen der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union bzw. des Europäischen Wirtschaftsraums geschlossen werden. Aufgrund der Umsetzung der EU-Richtlinie zum Datenschutz (95/46/EG) wird keine Unterscheidung mehr getroffen zwischen einer Datenverarbeitung in Deutschland oder in einem Staat innerhalb der EU bzw. des EWR. In allen anderen Fällen liegt aber eine Datenübermittlung in ein sog. Drittland vor, die nur unter bestimmten, engen Voraussetzungen erlaubt ist.

Diese **Vertragsanlage** findet ausschließlich Anwendung für die Datenverarbeitungsphasen Erhebung, Speicherung, Veränderung, Übermittlung, Sperrung, Nutzung und Löschung.

Hauptvertrag und Anlage (§ 1 Abs. 3)

Im Hauptvertrag, der in aller Regel ein Dienst- oder Werkvertrag sein wird, ist in allen Einzelheiten die Leistung des Auftragnehmers beschrieben, aus der sich das Vorliegen einer Auftragsdatenverarbeitung ergibt. Der Hauptvertrag und insbesondere die dortige Leistungsbeschreibung stellen auch den Rahmen bzw. die Grundlage für die Weisungen des Auftraggebers dar. Die Weisungen des Auftraggebers an den Auftragnehmer dienen der Sicherstellung der ordnungsgemäßen und datenschutzgerechten Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung. In § 11 Abs. 3 BDSG ist festgelegt, dass der Auftragnehmer die Daten „nur im Rahmen der Weisungen des Auftraggebers erheben, verarbeiten oder nutzen“ darf. Das korrespondiert mit der rechtlichen Wertung des BDSG (vgl. § 11 Abs. 1), dass der Auftraggeber bei der Auftragsdatenverarbeitung verantwortlich für den Datenschutz bleibt.

Beachten Sie bitte den Grundsatz der **Datenvermeidung** und **Datensparsamkeit**. Die Planung, Gestaltung und Auswahl informationstechnischer Produkte und Verfahren haben sich an dem Ziel auszurichten, so wenig personenbezogene Daten wie möglich zu erheben und weiter zu verarbeiten, § 3a BDSG.

Der Auftragnehmer muss dementsprechend sicherstellen, dass die Datenerhebung, -verarbeitung bzw. -nutzung nur nach den festgelegten Weisungen erfolgt und die technischen und organisatorischen Maßnahmen gemäß der Anlage eingehalten werden.

§ 3 Abs. 3, § 4 Abs. 3. Kosten

Im Hauptvertrag sollte unbedingt eine Regelung enthalten sein, die die grundsätzliche Kostenverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer klärt. Diese Regelung könnte zum Beispiel die Kosten, die für ein umfassendes Datenschutz- und Datensicherheitskonzept oder für eine über die gesetzlichen Anforderungen (BDSG, vgl. auch § 3 Abs. 2 der Anlage) hinausgehende Weisung anfallen, dem Auftraggeber auferlegen. Regelt der Hauptvertrag diese Fragen, sind die beiden Klauseln überflüssig (aber nicht schädlich). Für den Fall, dass der Hauptvertrag dies nicht regelt, sollten die vorgeschlagenen Formulierungen jedoch in der Anlage bleiben und § 4 Abs. 3 um die Worte ergänzt werden „...und dessen Kosten...“.

§ 5 Anfragen Betroffener

Die Person, deren Daten verarbeitet werden (sog. Betroffener, § 3 Abs. 1 BDSG), kann seine Rechte (Auskunft, Berichtigung, Löschung und Sperrung, vgl. §§ 6, 19 f, 34 f BDSG) gegenüber seinem Vertragspartner oder gegenüber dem Unternehmen geltend machen, mit dem er in Beziehung steht. Bei einer Auftragsdatenverarbeitung bleibt daher der Auftraggeber Adressat dieser Ansprüche. Dies hat zur Folge, dass ein Verfahren zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer festgelegt werden muss, das sicherstellt, den Rechten der Betroffenen nachkommen zu können. Die Verantwortung hierfür und auch die entstehenden Kosten trägt der Auftraggeber.

Der Vertrag ist im Einzelfall aufgabenspezifisch anzupassen. Soweit **spezialgesetzliche Regelungen** für die Daten, die im Auftrag verarbeitet werden, Anwendung finden, ist zunächst zu prüfen, ob eine Auftragsdatenverarbeitung zulässig ist. Ggf. sind die spezialgesetzlichen Regelungen bei der Vertragsgestaltung (z.B. Beihilfe-, Personal-, Sozial- und Gesundheitsdaten zu berücksichtigen).

§ 6 Kontrollrecht

In § 3 Absatz 2 der vorliegenden Anlage sind die gesetzlich geforderten Maßnahmen nach § 9 BDSG wiedergegeben. Diese Maßnahmen unterliegen dem Kontrollrecht des Auftraggebers im Rahmen der Auftragskontrolle durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten (oder sonstige Vertreter des Auftraggebers).

§ 7 Subunternehmer

§ 7 Absatz 1

Für einzelne Tätigkeitsbereiche der Erhebung, Verarbeitung bzw. Nutzung kann es notwendig sein, Unterauftragnehmer einzuschalten (z. B. Delegation von Arbeiten auf Ausweichrechenzentren in Fällen von Überkapazitäten oder Zusammenbrüchen). Zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer sollte daher die Zulässigkeit oder Nichtzulässigkeit bestehender und zukünftiger Unterauftragsverhältnisse geregelt werden. Daneben ist ggf. festzulegen, ob dem Auftragnehmer grundsätzlich das Recht zugesprochen werden soll,

künftige Unterauftragsverhältnisse abzuschließen und welche Auswirkungen das auf die Beteiligten der Auftragsdatenverarbeitung haben wird. Die in § 7 vorgeschlagene Regelung ist daher optional. Sie steht im Zusammenhang mit § 3 Abs. 7 der Anlage und bietet zwei alternative Regelungsvorschläge. Möglichkeit 1 gewährleistet eine umfassende Abdeckung der erforderlichen Zustimmung; Möglichkeit 2 sollte daher nur dann verwendet werden, wenn der Auftraggeber dies ausdrücklich wünscht.

§ 7 Absatz 2

Absatz 2 ist für beide Alternativen anzufügen, d.h. für Möglichkeit 1 und 2.

Weitere Punkte, deren Regelung (ggf. im Hauptvertrag) sinnvoll sein kann:

- Zeitpunkt, Ort und Berechtigung/Verpflichtung zur Anlieferung bzw. Abholung der Datenträger (Daten, Programme, vorgenommene Auswertungen bzw. Arbeitsergebnisse)
- Transport-/Versendungs-/Aufbewahrungsformen von Datenträgern
- Art und Dauer der Aufbewahrung der Datenträger beim Auftragnehmer (auch für den Fall der Beendigung des Auftragsverhältnisses)
- Zeitpunkt und Art der Vernichtung manueller Datenträger und von Ausschuss- oder Testmaterial
- Maßnahmen bei Verlust oder Beschädigung von Datenträgern
- Zeitpunkt und Maßnahmen zur Löschung von Ein-/Ausgabedateien beim Auftragnehmer
- Festlegung der Verfügungsberechtigten
- Vertragsstrafenregelung, bei der unabhängig von Schadensersatzleistungen eine Vertragsstrafe in anteiliger Höhe des Auftragswertes zu leisten ist
- Ausschluss eines Zurückbehaltungsrechts des Auftragnehmers an Daten und Datenträgern bei Beendigung des Auftragsverhältnisses

Laufzeit und Kündigungsregelung

Diese ergeben sich regelmäßig aus den entsprechenden Regelungen des Hauptvertrags, eine eigene Regelung zu Laufzeit und Kündigung ist in der Anlage daher nur erforderlich, wenn der zugrunde liegende Vertrag keine Regelung dazu enthält. Zu beachten ist, dass das Datengeheimnis auch nach Beendigung der Tätigkeit fortbesteht, § 5 BDSG.

Schadensersatz:

Regelungen zum Schadensersatz wird regelmäßig der Hauptvertrag enthalten. Unter Beachtung und Abwägung der Interessen der Vertragspartner können Höchstgrenzen einzelfallbezogen aufgenommen werden, die sich auch auf die Haftung aus § 7 BDSG beziehen. Soll gleichwohl auch in die Anlage eine Regelung zur Haftung aufgenommen werden, sollte diese sich an der Regelung des Hauptvertrages orientieren.

§ 7 BDSG Satz 1 bestimmt:

„Fügt eine verantwortliche Stelle dem Betroffenen durch eine nach diesem Gesetz oder nach anderen Vorschriften über den Datenschutz unzulässige oder unrichtige Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung seiner personenbezogenen Daten einen Schaden zu, ist sie oder ihr Träger dem Betroffenen zum Schadensersatz verpflichtet.“

Satz 2 dieser Vorschrift sieht aber eine Entlastungsmöglichkeit vor:

„Die Ersatzpflicht entfällt, soweit die verantwortliche Stelle die nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt beachtet hat.“

Verantwortliche Stelle ist bei der Auftragsdatenverarbeitung der Auftraggeber, vgl. oben, der Auftraggeber muss also nachweisen, dass er seinen Pflichten aus der Auftragsdatenverarbeitung nachgekommen ist. Die Beschreibungen der Maßnahmen nach § 9 BDSG (vgl. § 3 Abs. 2) kann für den Auftraggeber bei der Beweisführung gegenüber dem Betroffenen hilfreich sein, da diese Maßnahmen eine Art gesetzlichen Mindeststandard der gebotenen Sorgfalt darstellen.

Diese Mustervertragsanlage ist die dritte Publikation des **BITKOM Arbeitskreises Datenschutz**, der sich im Herbst 2001 konstituiert hat. Der Arbeitskreis besteht aus Experten der BITKOM-Mitgliedsfirmen und befasst sich mit aktuellen Themen und datenschutzspezifischen Aspekten der Informations- und Kommunikationstechnik.

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (**BITKOM**) vertritt 1.300 Unternehmen, davon gut 700 als Direktmitglieder, mit ca. 120 Mrd. Euro Umsatz und etwa 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Produzenten von Endgeräten und Infrastruktursystemen sowie Anbieter von Software, Dienstleistungen, neuen Medien und Content. Mehr als 500 Direktmitglieder gehören dem Mittelstand an. BITKOM setzt sich insbesondere für eine Verbesserung der ordnungsrechtlichen Rahmenbedingungen in Deutschland, für eine Modernisierung des Bildungssystems und für die Entwicklung der Informationsgesellschaft ein.

