

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden – ein Echo des BITKOM

22.04.2008

Seite 1

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. vertritt mehr als 1.100 Unternehmen, davon 850 Direktmitglieder mit etwa 135 Milliarden Euro Umsatz und 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Anbieter von Software, IT-Services und Telekommunikationsdiensten, Hersteller von Hardware und Consumer Electronics sowie Unternehmen der digitalen Medien. Der BITKOM setzt sich insbesondere für bessere ordnungspolitische Rahmenbedingungen, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine innovationsorientierte Wirtschaftspolitik ein.

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation und
neue Medien e.V.

Albrechtstraße 10 A
10117 Berlin-Mitte
Tel. +49. 30. 27576-0
Fax +49. 30. 27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org

Ansprechpartner

Dr. Kai Kuhlmann
Bereichsleiter Recht
Tel. +49. 30. 27576-131
Fax +49. 30. 27576-139
k.kuhlmann@bitkom.org

Präsident

Prof. Dr. Dr. h. c. mult.
August-Wilhelm Scheer

Hauptgeschäftsführer

Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 2

Inhalt	Seite
1.1	Gegenstand der vorliegenden Publikation 4
1.2	Gliederung der vorliegenden Punkte 4
1.3	Blickwinkel für die vorliegende Publikation 4
2	Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung..... 4
2.1	Fallgruppe A 5
2.1.1	Konstellation 5
2.1.2	Besonderheit 5
2.1.3	Bewertung des Düsseldorfer Kreises 5
2.1.4	Hohe Relevanz der Fallgruppe A 5
2.1.5	Fehlende Berücksichtigung von Binding Corporate Rules 6
2.1.6	Fehlende Berücksichtigung einer Safe-Harbour-Zertifizierung..... 6
2.1.7	Kein Beitritt des Unterauftragnehmers zu bestehenden Verträgen 6
2.1.8	Kein direkter Vertragsschluss des Unterauftragnehmers mit dem Auftraggeber 7
2.1.9	Vermeidung eines erhöhten Verwaltungsaufwands 7
2.1.10	Lösungsvorschlag des BITKOM 7
2.1.11	Beispiel: Kundenzufriedenheitsumfrage 8
2.1.12	Beispiel: Zentrale Personalverwaltungsdatenbank 8
2.2	Fallgruppe B 10
2.2.1	Konstellation 10
2.2.2	Besonderheit 10
2.2.3	Bewertung des Düsseldorfer Kreises 10
2.2.4	Systematischer Vergleich mit Fallgruppe A 10
2.2.5	Unrichtige Betrachtung des Verhältnisses Auftraggeber – Auftragnehmer..... 11
2.2.6	Ungenügende Berücksichtigung insbesondere der §§ 4b, 4c, 11 BDSG 11
2.2.7	Lösungsvorschlag des BITKOM 12
2.3	Fallgruppe C 12
2.3.1	Konstellation 12
2.3.2	Besonderheit 12
2.3.3	Bewertung des Düsseldorfer Kreises 12
2.3.4	Systematischer Vergleich mit den Fallgruppen A und B 13
2.3.5	Notwendigkeit vertraglicher Regelungen im Unterauftragsverhältnis 13
2.3.6	Lösungsvorschlag des BITKOM 13
2.4	Fallgruppe D 14
2.4.1	Konstellation 14
2.4.2	Besonderheit 14
2.4.3	Bewertung des Düsseldorfer Kreises 14
2.4.4	Systematischer Vergleich mit den Fallgruppen A mit C 14
2.4.5	Verhältnis zwischen Importeur und Dienstleister 15
2.4.6	Lösungsvorschlag des BITKOM 15
2.4.7	Beispiel: Betriebsteilveräußerung 15

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 3

2.5	Fallgruppe E	16
2.5.1	Konstellation	16
2.5.2	Besonderheit	16
2.5.3	Bewertung des Düsseldorfer Kreises	16
2.5.4	Systematischer Vergleich mit Fallgruppe D	16
2.5.5	Verhältnis zum Konzept des Beitritts zu Auftragsdatenverarbeitungsverträgen	16
2.5.6	Lösungsvorschlag des BITKOM	17
2.6	Fallgruppen F bis I	17
2.6.1	Konstellationen der Fallgruppen F mit H	17
2.6.2	Konstellation der Fallgruppe I	17
2.6.3	Bewertung des BITKOM	17
3	Abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden	18
3.1	Positionen I.1 bis einschließlich I.3	18
3.2	Position I.4	18
3.3	Position I.5	18
3.4	Position II.1	18
3.5	Position II.2	19
3.6	Position II.3	20
3.7	Position II.4	20
3.8	Position II.5	21
3.9	Position III.1	21
3.10	Position III.2	21
3.11	Positionen III.3 und III.4	21
3.12	Position III.5	22
4	Zusammenfassung und Ausblick.....	22
5	BITKOM Arbeitskreis Datenschutz.....	23

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 4

1 Einführung und Übersicht

1.1 Gegenstand der vorliegenden Publikation

Der Düsseldorfer Kreis hat unter dem 19. April 2007 eine Reihe von Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung zusammengefasst und eine Handreichung zu ihrer rechtlichen Bewertung sowie eine abgestimmte Position der Aufsichtsbehörden veröffentlicht. Der Arbeitskreis Datenschutz des BITKOM begrüßt die strukturierte Darstellung des Düsseldorfer Kreises und das Vorhaben, den Unternehmen brauchbare Leitfäden für die internationale Auftragsdatenverarbeitung im Alltag an die Hand zu geben. Die Handreichung und das Positionspapier sind bei Erscheinen dieser Publikation annähernd ein Jahr verfügbar; der BITKOM nimmt dies zum Anlass, die Erfahrungen aus der Praxis mit den Empfehlungen der Handreichung abzugleichen und Verbesserungsvorschläge sowie Änderungen in die Diskussion zu bringen. In diesem Sinne soll die vorliegende Publikation ein Echo aus der Wirtschaft auf die Vorschläge des Düsseldorfer Kreises sein.

1.2 Gliederung der vorliegenden Punkte

Die vorliegende Publikation gliedert sich in zwei Hauptteile: das Echo auf die Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung (Abschnitt 2) und das Echo auf die abgestimmte Position der Aufsichtsbehörden (Abschnitt 3). Innerhalb beider Abschnitte folgt die Publikation der Gliederung des Düsseldorfer Kreises, soweit nicht solche Erwägungen vorangestellt wurden, die für mehrere Fallgruppen gleichermaßen gelten.

1.3 Blickwinkel für die vorliegende Publikation

Der BITKOM berücksichtigt in der vorliegenden Publikation sowohl Gesichtspunkte des Mitarbeiter- als auch des Kundendatenschutzes, wobei sich aus der Natur einzelner Fallgruppen eine besondere Gewichtung ergeben kann.

2 Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung

Der Düsseldorfer Kreis hat seiner Handreichung zutreffend die Konstellationen zu Grunde gelegt, die für die Wirtschaft relevant sind. Vielfach werden in der Handreichung für diese Konstellationen Lösungsvorschläge entwickelt, die aus der Sicht der Wirtschaft sach- und interessensgerecht sind. Zudem enthält die Handreichung viele für die Wirtschaft wichtige und wertvolle Klarstellungen hinsichtlich der möglichen Vorgehensweisen.

Manche Lösungsvorschläge sind jedoch in ihrer jetzigen Form nicht praxisgerecht, da sie elementare Belange der Wirtschaft nicht beachten und wichtige datenschutzrechtliche Instrumente wie das Safe Harbour-Abkommen und Binding Corporate Rules oder vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten wie die Zustimmungspflicht zur Vergabe von Unteraufträgen nicht einbeziehen. Darüber hinaus sind die Lösungsvorschläge des Düsseldorfer Kreises nach Ansicht des BITKOM zum Teil nicht frei von Wertungswidersprüchen und systematischen Unstimmigkeiten.

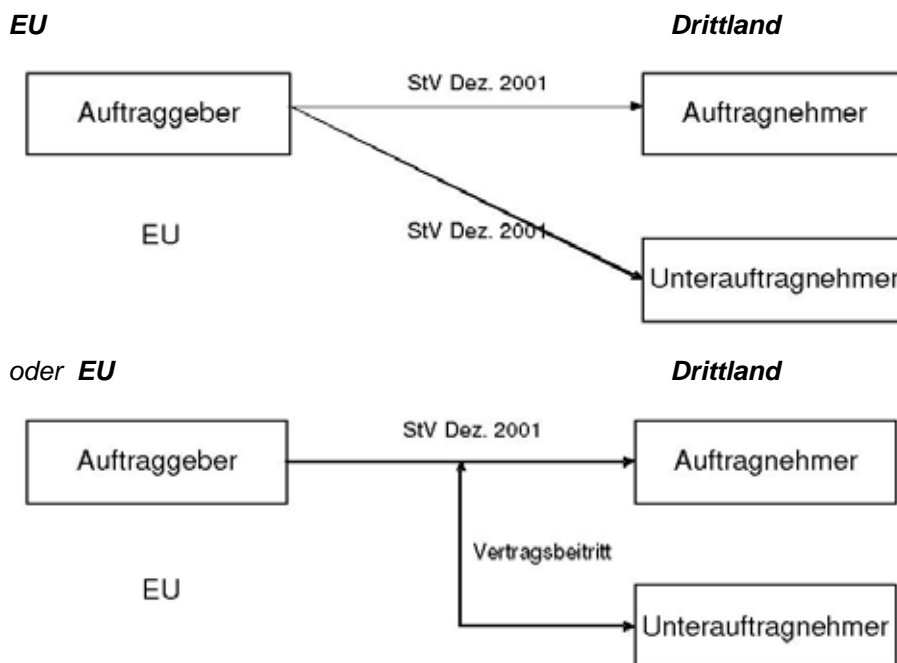
Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 5

In den folgenden Abschnitten werden die Vor- und Nachteile der Lösungsvorschläge des Düsseldorfer Kreises sowie die Sicht der Wirtschaft für jede Fallgruppe gesondert dargelegt und anhand von Beispielen verdeutlicht.

2.1 Fallgruppe A



2.1.1 Konstellation

Der Auftraggeber ist in der EU/dem EWR ansässig, während der Auftragnehmer und der von ihm beauftragte Unterauftragnehmer im Drittland ansässig sind.

2.1.2 Besonderheit

Die Pflichten des Auftragnehmers sind an den Unterauftragnehmer „weiterzuleiten“.

2.1.3 Bewertung des Düsseldorfer Kreises

Der Auftraggeber hat einen weiteren "Drittstaatenvertrag" mit dem Unterauftragnehmer zu schließen, oder der Unterauftragnehmer muss dem Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer beitreten.

2.1.4 Hohe Relevanz der Fallgruppe A

Der BITKOM hält die Fallgruppe A für eine der wichtigsten Fallgruppen, sowohl für Mitarbeiterdaten als auch für sonstige Daten. Beispiele für die Fallgruppe A sind die Nutzung externer Anbieter für Bewerbungsportale, Kundenzufriedenheitsumfragen und allgemein die Speicherung und Verarbeitung personenbezogener Daten durch Dienstleister, jeweils im Auftrag von Konzernobergesellschaften oder Daten übertragen ist, und die in Drittstaaten sitzen.

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 6

Ein durch die Standardvertragsklauseln bestimmtes Datenschutzniveau ist dabei zu fordern, doch stimmt der BITKOM mit den Folgerungen, die der Düsseldorfer Kreis aus der Ausgangslage zieht, nicht überein.

2.1.5 Fehlende Berücksichtigung von Binding Corporate Rules

Etwa vorhandene Binding Corporate Rules finden in der Handreichung keine Beachtung. Es fehlt vor allem die Klarstellung, dass bei bestehenden Binding Corporate Rules die dargestellten Vertragsverhältnisse nur an den Außengrenzen des Anwendungsbereichs der Binding Corporate Rules relevant werden können. Diese Klarstellung ist auch wegen der schematischen Bezugnahme auf die Ansässigkeit einer Vertragspartei wichtig.

2.1.6 Fehlende Berücksichtigung einer Safe-Harbour-Zertifizierung

Auftragnehmer und Unterauftragnehmer können, wenn sie in den USA ansässig sind, nach dem Safe-Harbour-Programm zertifiziert sein. In diesem Fall sind Standardvertragsklauseln nicht erforderlich, falls die Zertifizierung die spezifische Art der Datenverarbeitung abdeckt. Der Auftragsdatenverarbeitungsvertrag muss die Pflicht vorsehen, die Zertifizierung nach Safe Harbour während der gesamten Vertragslaufzeit aufrechtzuerhalten und Änderungen an diesem Status dem Auftraggeber unaufgefordert mitzuteilen.

2.1.7 Kein Beitritt des Unterauftragnehmers zu bestehenden Verträgen

Selbst für die Konstellation, dass keine Safe-Harbour-Zertifizierung und keine Binding Corporate Rules vorliegen, teilt der BITKOM nicht die Auffassung des Düsseldorfer Kreises, nach der der Unterauftragnehmer dem Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer beitreten oder mit dem Auftraggeber einen Auftragsdatenverarbeitungsvertrag auf Basis der Standard-Vertragsklauseln abschließen muss.

Der Beitritt würde es erforderlich machen, dem Unterauftragnehmer wenigstens die Standardvertragsklauseln als Bestandteile des Vertrags zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber offenzulegen, jedoch dürfte dies in den seltensten Fällen genügen, da der Unterauftragnehmer ein berechtigtes Interesse haben wird, den gesamten Vertrag zu kennen, dem er beitreten soll, schon, um nicht unabsichtlich ihm unbekanntes aber relevanten Klauseln zuzustimmen, die auch ein Vertrag auf Basis der Standard-Vertragsklauseln über diese hinaus enthalten kann. Damit müssten Auftragnehmer und Auftraggeber auch Regelungen wie Preise und Service-Level offen legen. In der Praxis werden aber sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer ein erhebliches Interesse daran haben, dass solche individuellen und höchst vertrauenswürdigen Vereinbarungen geheim bleiben, da es sich teilweise um wesentliche wettbewerbsrelevante Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt; deswegen wird in der Regel die Geheimhaltung vereinbart. Der Beitritt des Unterauftragnehmers wäre letztlich ein „blinder“ Beitritt, der von keinem Unterauftragnehmer verlangt werden kann und nicht praktikabel ist.

Offenbar kommt der Düsseldorfer Kreis v. a. deshalb zu seinem Ergebnis, weil es keine Standardverträge „Auftragnehmer zu Unterauftragnehmer“ gibt. Der BITKOM hält diesen Ansatz aber für zu formalistisch und nicht durch die Interessenlage der

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 7

Betroffenen geboten. Wesentlich ist die Umsetzung materieller Vorgaben des Vertrages; die Betroffenen würden auch dann angemessen geschützt, wenn der Auftragnehmer unter Verwendung eines Controller-to-Processor-Textes mit dem Unterauftragnehmer vereinbart, dass die nach dem Vertrag dem Controller zustehenden Rechte auch und insbesondere vom Auftraggeber in der EU ausgeübt werden können.

2.1.8 Kein direkter Vertragsschluss des Unterauftragnehmers mit dem Auftraggeber

Auch ein direkter Vertragsschluss zwischen Auftraggeber und Unterauftragnehmer ist verfehlt, da dieser der Systematik des Auftragsdatenverhältnisses zuwider laufen würde. Wesen eines Unterauftragsverhältnisses ist es, dass der Auftraggeber des Hauptvertrages nur begrenzt in die Gestaltung der Unteraufträge eingreifen darf, und dass jedes Eingreifen eine Verringerung der Haftung des Auftragnehmers zur Folge hätte, an der kein Auftraggeber interessiert sein kann. So wird ein Auftragnehmer zu Recht die Haftungsfreistellung für alle Schäden verlangen, die der Unterauftragnehmer verschuldet und die der Auftraggeber vermöge seines Vertrages mit dem Unterauftragnehmer direkt liquidieren kann. Im Übrigen gelten die unter 2.1.7 dargestellten Erwägungen (dort letzter Absatz) in gleicher Weise auch hier.

2.1.9 Vermeidung eines erhöhten Verwaltungsaufwands

Der Beitritt und ein direkter Vertragsschluss würden auch den Verwaltungsaufwand erheblich erhöhen; man denke an Fälle, in denen sich eine Konzernobergesellschaft als Auftragsdatenverarbeiter für den Konzern einer Vielzahl von Unterauftragnehmern bedient – nicht nur müssten alle Gesellschaften in den Ländern Auftragsdatenverarbeitungsverträge schließen, sie alle müssten auch mit allen Unterauftragnehmern entsprechende Verträge oder Beitrittsverträge schließen. Am Beispiel des Alcatel-Lucent-Konzerns mit mehreren hundert operativen Gesellschaften weltweit lässt sich ermessen, dass diese Gestaltung praktisch nicht umgesetzt werden kann.

2.1.10 Lösungsvorschlag des BITKOM

Der BITKOM hält es für wesentlich sinnvoller, jene Steuerinstrumente anzuwenden, die heute schon von vielen Unternehmen angewendet werden, nämlich die Zustimmungspflicht zur Vergabe von Unteraufträgen und den Vorbehalt, die Zustimmung nur zu erteilen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Der Abschluss der Standardvertragsklauseln zwischen Auftragnehmer und Unterauftragnehmer, deren Anlagen dem Hauptvertrag entsprechen, muss eine solche Voraussetzung sein. Bei der Verwendung unterschiedlicher Wege zur Sicherstellung eines angemessenen Datenschutzniveaus, z.B. wenn der Unterauftragnehmer Safe-Harbour zertifiziert ist, ist im Einzelfall zu prüfen, ob das jeweils gewährleistete Schutzniveau deckungsgleich ist. Der Auftraggeber muss sich ein Prüfrecht dafür einräumen lassen, dass die Standardvertragsklauseln wirklich vereinbart sind und eingehalten werden, und er muss dieses Prüfrecht auch ausüben.

Die vorstehend dargestellte Lösung vermeidet nicht nur unerwünschte Eingriffe in das Auftragsdatenverhältnis; sie stellt auch ein durchgehendes

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 8

Schutzniveau auf Basis der Standardvertragsklauseln sicher, und sie schafft das Instrumentarium zur Überwachung der Einhaltung der Vereinbarungen. Gleichzeitig vermeidet sie alle dargestellten Nachteile und sollte daher die Standard-Lösung für solche Fallgruppen sein.

2.1.11 Beispiel: Kundenzufriedenheitsumfrage

Das folgende Beispiel für Kundenzufriedenheitsumfragen soll zeigen, dass das BITKOM-Modell sachgerecht ist. Eine Gesellschaft mit Sitz in der EU beauftragt ein Marketingunternehmen in einem Drittland, z.B. Australien, mit der Durchführung von Telefoninterviews, durch die bei weltweit verteilten Endkunden die Zufriedenheit mit einem neuen Produkt des Unternehmens und mögliche Verbesserungsvorschläge ermittelt werden sollen. Es sei unterstellt, dass eine notwendige Zustimmung der Endkunden zur telefonischen Ansprache vorliegt, die sich aber nicht konkret auf Datenflüsse in Drittländer bezieht. Der Vertrag über die Durchführung beinhaltet Vorgaben zur Durchführung der Umfrage und zur Auswertung und Gewichtung von Antworten, die als Geschäftsgeheimnisse einzustufen sind; er integriert die Standardvertragsklauseln zur Auftragsdatenverarbeitung. Der Auftraggeber stellt die Kundendaten dem australischen Auftragnehmer zur Verfügung; dieser nimmt später die Auswertung der weltweit durchgeführten Befragungen entgegen. Das Marketingunternehmen beauftragt in allen betroffenen Ländern Call Center mit der Durchführung der Umfrage und stellt diesen neben dem Fragenkatalog die Daten der im Land jeweils anzusprechenden Kunden bereit. Soweit die Call Center in EU-/EWR-Staaten angesiedelt sind, siehe unten Fallgruppe C.

Ein Beitritt aller Call Center in Drittstaaten zum Hauptvertrag scheitert bereits am Geheimhaltungsbedürfnis des Auftraggebers. Ein direkter Vertragsschluss zwischen dem Auftraggeber und allen Call Centern ist schon aufgrund der Vielzahl von Verträgen nicht praktikabel, hat doch der Auftraggeber gerade das Interesse, die administrative Abwicklung solcher Befragungen auszulagern und die Expertise des Auftragnehmers zu nutzen.

Demgegenüber erschiene es formalistisch, einen materiellen Unterschied für den Schutz der Betroffenen daraus herleiten zu wollen, dass der Vertragstext von einer Controller-to-Processor-Situation ausgeht, die zwischen Auftragnehmer und Unterauftragnehmer nicht vorliegt, wenn sichergestellt ist, dass die materiellen Regelungen zum Schutz der personenbezogenen Daten jeweils entlang der Vertragskette eingehalten werden und ggf. der Auftragnehmer und die Unterauftragnehmer das insoweit abweichende Rollenverständnis in einer Nebenabrede klarstellen.

2.1.12 Beispiel: Zentrale Personalverwaltungsdatenbank

Die Eignung des Lösungsvorschlages aus 2.1.10 lässt sich auch anhand des Beispiels einer weltweiten Personaldatenbank zeigen.

Gegeben sei der Fall, dass die Konzernobergesellschaft eines Unternehmens in der EU sitzt und zentral eine Personalverwaltungsdatenbank betreibt, in der die Personaldaten aller Mitarbeiter des Unternehmens weltweit erfasst, jedoch nur den

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 9

entsprechend Berechtigten der 650 einzelnen Gesellschaften und bestimmten besonders Berechtigten gesellschaftsübergreifend zugänglich sind. Die Konzernobergesellschaft ist für alle Konzerngesellschaften der Auftragsdatenverarbeiter. Die Konzerngesellschaften haben miteinander Datentransferverträge unter Einbeziehung der Standard-Vertragsklauseln und mit der Konzernobergesellschaft Auftragsdatenverarbeitungsverträge, ebenfalls unter Einbeziehung der Standard-Vertragsklauseln, geschlossen, um die Übermittlung zu eigenen Zwecken „end-to-end“ zu sichern. Die Konzernobergesellschaft bediene sich nun eines externen Dienstleisters zur Errichtung eines Bewerbungsportals für externe und interne Stellenausschreibungen; dieses sei mit der Personalverwaltungsdatenbank verknüpft. Der externe Dienstleister sei in den USA tätig und nicht Safe-Harbour-zertifiziert. Der externe Dienstleister kann schon praktisch nicht den Auftragsdatenverarbeitungsverträgen von 650 Gesellschaften beitreten. Ein Beitritt würde auch Informationen über die innere Struktur der Zusammenarbeit der Konzerngesellschaften offenlegen, die einem externen Dienstleister keinesfalls zugänglich gemacht werden dürfen, und die auch, etwa bei der Festlegung interner Zugriffsrechte, für den Dienstleister bedeutungslos sind.

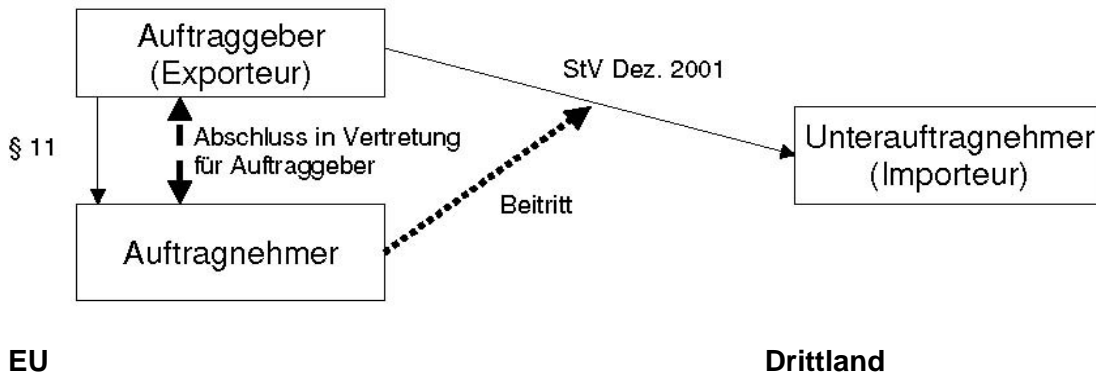
Vielmehr wird die Konzernobergesellschaft einen Auftragsdatenverarbeitungsvertrag unter Einbeziehung der Standardvertragsklauseln mit dem externen Dienstleister schließen, und die Konzerngesellschaften können die Einhaltung desselben auditieren. Da die Konzernobergesellschaft vertraglich verpflichtet ist, das Schutzniveau der Auftragsdatenverarbeitungsverträge, das sich am höchsten Standard orientiert, auch auf Unterauftragnehmer anzuwenden, ist sichergestellt, dass das Datenschutzniveau gewahrt bleibt.

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 10

2.2 Fallgruppe B



2.2.1 Konstellation

Der Auftraggeber und der Auftragnehmer sind in der EU/EWR ansässig. Es wird ein Unterauftragnehmer im Drittland eingeschaltet, der die Daten vom Auftragnehmer erhält.

2.2.2 Besonderheit

Der Abschluss eines Standardvertrags zwischen Auftragnehmer in der EU/EWR und dem Unterauftragnehmer im Drittland ist nicht sachgerecht, weil der Auftragnehmer (anders als der Datenexporteur in den Standardverträgen) nicht verantwortliche Stelle ist. Der Auftragnehmer hat dann selbst keine vertraglichen Rechte oder Pflichten.

2.2.3 Bewertung des Düsseldorfer Kreises

Der Auftraggeber ist als Datenexporteur i.S.d. §§ 4b, 4c BDSG einzustufen, der Unterauftragnehmer als Datenimporteur. Beide müssen daher Vertragsparteien des Standardvertrages vom Dezember 2001 sein. Ein Beitritt des Auftragnehmers in der EU/dem EWR zum Vertrag ist jedenfalls sinnvoll.

2.2.4 Systematischer Vergleich mit Fallgruppe A

Allein der Unterschied, dass nur der Unterauftragnehmer im Drittland sitzt, rechtfertigt keine so unterschiedliche Betrachtung, wie sie der Düsseldorfer Kreis anstellt. Dies gilt insbesondere für die Stellvertreterrolle des Auftragnehmers, bei der nicht ersichtlich ist, warum sie der Düsseldorfer Kreis nicht auch in Fallgruppe A angenommen hat. Der BITKOM vertritt die Auffassung, dass ein Vertragsschluss auch in Stellvertretung gegenüber dem unter 2.1.10 dargelegten Lösungsansatz nicht zurücktreten müsste, er kann jedoch nicht erkennen, warum hier eine Stellvertretung statthaft sein soll, dort hingegen nicht. Dies vor allem vor dem Hintergrund der allgemeinen zivil- und handelsrechtlichen Regelungen zur Stellvertretung, die für solche Fälle nicht differenzieren.

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 11

Nicht berücksichtigt wird auch der Umstand, dass Unternehmen mit der Einräumung rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht in aller Regel sehr zurückhaltend umgehen; sollen dabei Beschränkungen im Innenverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer wirksam werden, so müssen sie dem Unterauftragnehmer zur Kenntnis gebracht werden. Der BITKOM hält auch in dieser Konstellation die oben unter 2.1.10 zu Fallgruppe A dargelegte Möglichkeit für angemessen, dass der Auftragnehmer unter Verwendung des Controller-to-Processor-Standardvertragsmusters mit dem Unterauftragnehmer ergänzend vereinbart, dass die dem Controller zustehenden Rechte in jedem Fall auch dem Auftraggeber in der EU/dem EWR zustehen sollen.

Aus Praxissicht begrüßt der BITKOM die klarstellenden Erläuterungen des Düsseldorfer Kreises, nach denen in keinem Fall eine Genehmigungspflicht nach § 4 Abs. 2 BDSG besteht. Jedoch ist nur schwer nachvollziehbar, warum ein Beitritt des Auftragnehmers zum dargestellten Vertrag zwischen Auftraggeber und Unterauftragnehmer jedenfalls sinnvoll sein soll. Ist - nach Ansicht des Düsseldorfer Kreises - der Abschluss des Standardvertrages vom Dezember 2001 zwischen dem Auftraggeber als Exporteur und dem Unterauftragnehmer als Importeur notwendig, so sollte damit die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit erfasst sein. Eines Beitritts des Auftragnehmers bedürfte es dann nicht mehr. Dies wird im Übrigen durch die vom Düsseldorfer Kreis selbst geäußerte Rechtsmeinung gestützt, nach der der Auftragnehmer selbst keinerlei vertragliche Rechte oder Pflichten hat. Bedarf es aber keines Beitritts und hat der Auftragnehmer keine eigenen Rechte oder Pflichten, ist ein Beitritt des Auftragnehmers auch nicht sinnvoll.

Darüber hinaus ergäbe sich auch in diesem Fall das bereits oben unter 2.1.7 dargelegte Problem der Einsicht in Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

2.2.5 Unrichtige Betrachtung des Verhältnisses Auftraggeber – Auftragnehmer

Die (ohne nähere Begründung dargelegte) Auffassung des Düsseldorfer Kreises, der Auftragnehmer habe selbst keine vertraglichen Rechte oder Pflichten, teilt der BITKOM nicht. Auch als in der EU/dem EWR ansässiger Auftragsdatenverarbeiter unterliegt der Auftragnehmer (neben den Regelungen des Auftragsdatenverarbeitungsvertrages) den gesetzlichen Vorschriften für Auftragsdatenverarbeiter. Soweit er sich zur Erfüllung seiner Vertragspflichten eines Dritten bedient, besteht kein grundsätzlicher Unterschied zur Fallgruppe A.

2.2.6 Ungenügende Berücksichtigung insbesondere der §§ 4b, 4c, 11 BDSG

Die §§ 4b Abs. 3, 4c BDSG sollten bei der Beurteilung stärker berücksichtigt werden. Zwar trifft die Bewertung zu, dass der Auftraggeber als Datenexporteur tätig wird. Dem Gesetz und insbesondere den §§ 4b, 4c und 11 BDSG lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass der Auftraggeber die datenschutzgerechte Auftragsdatenverarbeitung nicht auch durch eine der unter 2.1.10 dargestellten Vertragsgestaltungen sicherstellen dürfte.

Zudem bringt der Vorschlag des Düsseldorfer Kreises alle Nachteile mit sich, die bereits zu Fallgruppe A ausführlich dargelegt wurden. Für die Berücksichtigung einer Safe-Harbour-Zertifizierung gilt entsprechendes.

Stellungnahme

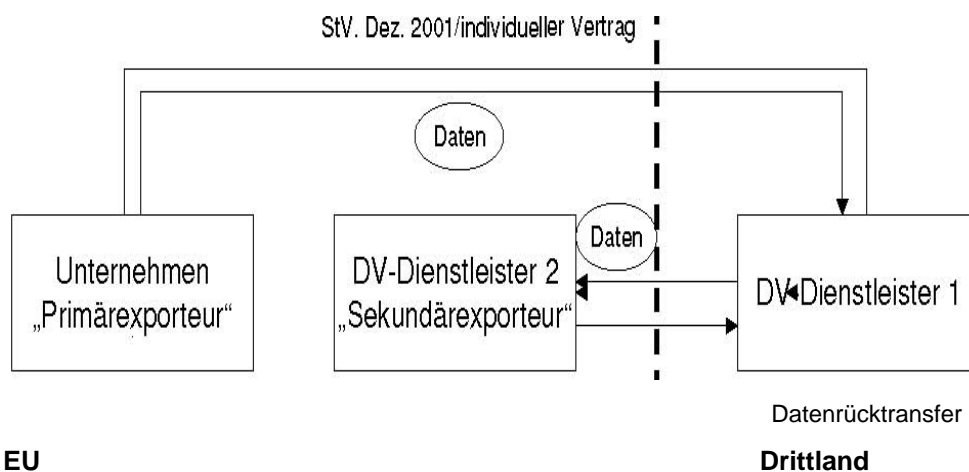
Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 12

2.2.7 Lösungsvorschlag des BITKOM

Wenn der Unterauftragnehmer Safe-Harbour zertifiziert ist, müssen die Standardvertragsklauseln nicht vereinbart werden. Der Auftraggeber muss jedoch auch dann Kontrollrechte haben und insbesondere über einen etwaigen Fortfall der Safe-Harbour-Zertifizierung unverzüglich unterrichtet werden. Im Übrigen gilt der unter 2.1.10 (zu Fallgruppe A) dargelegte Lösungsvorschlag des BITKOM einschließlich der Beispiele (2.1.11 und 2.1.12) auch hier.

2.3 Fallgruppe C



EU

Drittland

2.3.1 Konstellation

Ein in der EU/dem EWR ansässiges Unternehmen beauftragt einen im Drittstaat ansässigen DV-Dienstleister mit der Verarbeitung personenbezogener Daten und schließt mit diesem den Standardvertrag vom Dezember 2001 (Controller-Processor) oder einen entsprechenden individuellen Vertrag. Der DV-Dienstleister im Drittstaat schaltet einen DV-Dienstleister in der EU/EWR ein, welcher die Daten nach Erledigung des Auftrags an das Unternehmen im Drittstaat (rück-)transferiert.

2.3.2 Besonderheit

Der Dienstleister in der EU (DV-Dienstleister 2) erhält Daten vom DV-Dienstleister im Drittland (DV-Dienstleister 1). Ein Vertrag besteht nur zwischen dem Unternehmen und dem DV-Dienstleister 1.

2.3.3 Bewertung des Düsseldorfer Kreises

Es besteht keine Notwendigkeit einer eigenständigen vertraglichen Regelung nach § 4 c Abs. 2 BDSG zwischen dem EU-/EWR-Dienstleister und dem Drittland-Unternehmen. Ein Beitritt des EU-/EWR-Dienstleisters zum "Drittstaatenvertrag" ist jedenfalls sinnvoll.

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 13

2.3.4 Systematischer Vergleich mit den Fallgruppen A und B

Der BITKOM schließt sich der Bewertung des Düsseldorfer Kreises an, soweit sie nicht einen Beitritt des EU/EWR-Dienstleisters zum Hauptvertrag vorsieht. Es gelten dieselben Argumente wie unter 2.1.6 und 2.1.10.

2.3.5 Notwendigkeit vertraglicher Regelungen im Unterauftragsverhältnis

Der BITKOM geht davon aus, dass zwischen DV-Dienstleister 1 und DV-Dienstleister 2 entgegen der Darstellung des Düsseldorfer Kreises vertragliche Abreden bestehen werden. In diesem Rahmen sollten auch die Datenschutzregeln aus dem Hauptvertrag selbst einbezogen werden. Würde in dem Vertrag zwischen den DV-Dienstleistern 1 und 2 keine Regelung getroffen, so könnte der DV-Dienstleister 2 die Datenverarbeitung möglicherweise außerhalb der Grenzen des Hauptvertrages, wenn auch innerhalb der gesetzlichen Grenzen (die ihm das Recht des Mitgliedstaates als Auftragsdatenverarbeiter setzt), ausführen. Es wäre nämlich nicht sichergestellt, dass der DV-Dienstleister 2 über den DV-Dienstleister 1 in ausreichendem Umfang Kenntnis über Herkunft und Schutzzumfang der übermittelten Daten erlangt.

2.3.6 Lösungsvorschlag des BITKOM

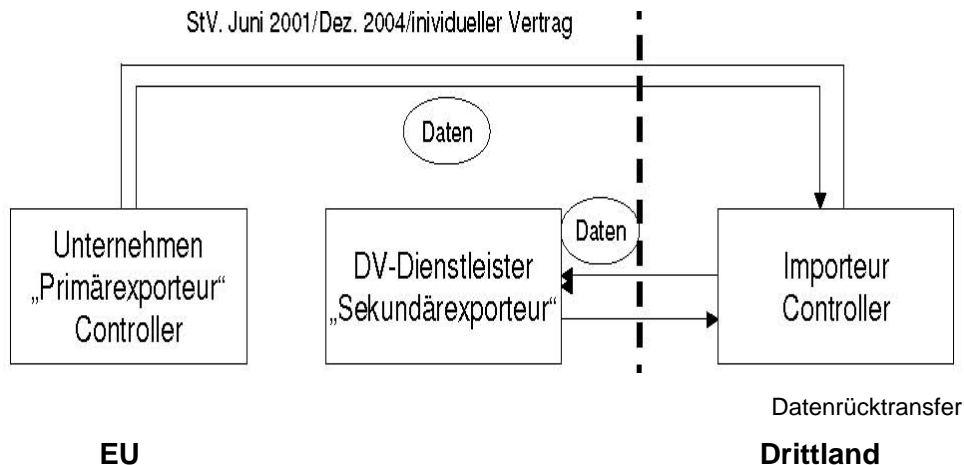
Der Lösungsvorschlag entspricht 2.1.10 einschließlich der Beispiele (2.1.11 und 2.1.12). Die Einbeziehung kann nach Ansicht des BITKOM als individueller Vertrag geschehen; eine Verwendung von Standardverträgen ist nicht zwingend.

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 14

2.4 Fallgruppe D



2.4.1 Konstellation

Ein in der EU/dem EWR ansässiges Unternehmen übermittelt Daten an ein Unternehmen im Drittstaat und schließt mit diesem den Standardvertrag vom Juni 2001 oder Dezember 2004 (Controller-Controller) oder einen entsprechenden, individuellen Vertrag. Das Unternehmen im Drittstaat schaltet einen DV-Dienstleister in der EU/EWR ein, welcher die Daten nach Erledigung des Auftrags an das Unternehmen im Drittstaat (rück-)transferiert.

2.4.2 Besonderheit

Es besteht nur ein Vertragsverhältnis zwischen dem Controller in der EU und dem Controller im Drittland.

2.4.3 Bewertung des Düsseldorfer Kreises

Es besteht (wie bei Fallgruppe C) keine Notwendigkeit einer eigenständigen vertraglichen Regelung nach § 4c Abs. 2 BDSG zwischen dem EU-/EWR-Dienstleister und dem Drittlandunternehmen. Ein Beitritt zum "Drittstaatenvertrag" ist jedenfalls sinnvoll.

2.4.4 Systematischer Vergleich mit den Fallgruppen A mit C

Fallgruppe D unterscheidet sich von den Fallgruppen A mit C grundlegend dadurch, dass das Unternehmen im Drittland als Controller die Verantwortung für die Einhaltung von datenschutzrechtlichen Vorgaben trägt. Diese Vorgaben ergeben sich vor allem aus dem nationalen Recht des betroffenen Drittlandes; daneben aus den Bestimmungen der Standardverträge und in begrenztem Umfang als Anforderungen an den Dienstleister in seiner Rolle als Auftragsdatenverarbeiter.

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 15

2.4.5 Verhältnis zwischen Importeur und Dienstleister

Der Dienstleister wird im Auftrag einer verantwortlichen Stelle tätig, die im Drittland angesiedelt ist. Die datenschutzrechtliche Verantwortung ist daher vom Importeur/Controller wahrzunehmen; das exportierende Unternehmen ist nicht mehr involviert. Offen bleibt aus Sicht des BITKOM, warum ein Beitritt des Dienstleisters zum Vertrag zwischen den beiden Controllern sinnvoll sein soll. Sofern dem Importeur vertraglich Verpflichtungen obliegen wird er diese in eigener Verantwortung an den Dienstleister weitergeben müssen; das kann nach Sicht des BITKOM aber auch in anderer Form als durch einen Beitritt (zu den Nachteilen der Beitrittslösung vgl. vorstehend) geschehen, z.B. durch Berücksichtigung im Vertrag zwischen Importeur und Dienstleister.

2.4.6 Lösungsvorschlag des BITKOM

Der BITKOM schließt sich der Auffassung des Düsseldorfer Kreises an, soweit nicht der Beitritt zum Standardvertrag empfohlen wird.

2.4.7 Beispiel: Betriebsteilveräußerung

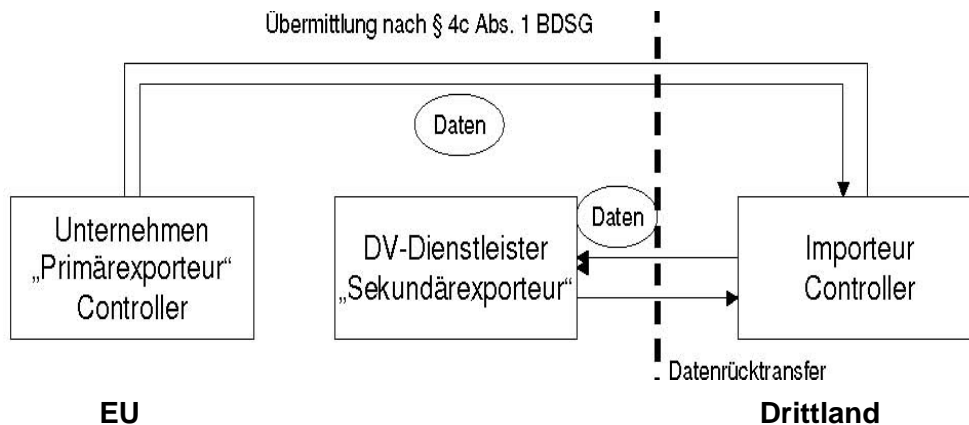
Dass der Lösungsvorschlag des BITKOM praxisgerecht ist, zeigt das Beispiel der Veräußerung eines Betriebsteils an einen Erwerber im Drittland, bei dem personenbezogene Daten der Kunden mit übertragen werden. Der Erwerber lässt die Daten dann durch einen in der EU tätigen Dienstleister verarbeiten. Im Vertrag mit dem DV-Dienstleister wird der Importeur für den erforderlichen Schutz von Daten Sorge tragen, weil er zum einen selbst ein wesentliches Interesse am Schutz der Daten seiner Kunden (aus seiner Sicht Geschäftsgeheimnisse) hat, zum anderen, um Verpflichtungen zu erfüllen, die ihm aus dem Vertrag mit dem Veräußerer und aufgrund des anwendbaren nationalen Rechts ggf. obliegen. Ein Beitritt zum Standardvertrag ist jedoch nicht praxisgerecht, weil Einzelheiten der vertraglichen Beziehung zwischen Veräußerer und Erwerber hinsichtlich des Erwerbs vertraulich behandeln wollen und diese in großen Teilen für den DV-Dienstleister auch nicht relevant sein werden. Im Übrigen wird ein Beitritt u.U. auch nicht ausreichen, weil der Standardvertrag keine Rücksicht auf das nationale Recht im Staat des Importeurs nimmt. Darüber hinaus können Anforderungen an eine DV-Dienstleistung ganz anders gelagert sein als die Anforderungen an die Übermittlung von Daten zur Abwicklung unterschiedlichster Rechtsgeschäfte zwischen Exporteur und Importeur. Hierfür bietet sich vielmehr stets ein individueller Vertrag an.

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 16

2.5 Fallgruppe E



2.5.1 Konstellation

Wie in Fallgruppe D, aber zwischen dem in der EU/dem EWR ansässigen Unternehmen und dem Unternehmen im Drittstaat wird kein "Drittstaaten-Vertrag" gemäß § 4c Abs. 2 BDSG abgeschlossen, weil eine der Katalogausnahmen des § 4c Abs. 1 BDSG gegeben ist.

2.5.2 Besonderheit

Es besteht nur ein Vertragsverhältnis zwischen dem Controller in der EU und dem Controller im Drittland.

2.5.3 Bewertung des Düsseldorfer Kreises

Es besteht (wie bei Fallgruppen C und D) keine Notwendigkeit einer eigenständigen vertraglichen Regelung zwischen dem EU-/EWR-Dienstleister und dem Drittlandunternehmen.

2.5.4 Systematischer Vergleich mit Fallgruppe D

Der BITKOM schließt sich der Auffassung des Düsseldorfer Kreises an.

2.5.5 Verhältnis zum Konzept des Beitritts zu Auftragsdatenverarbeitungsverträgen

Auch in Fallgruppe E wird der Importeur ggf. mit dem Dienstleister einen individuellen Vertrag schließen, um seinem nationalen Recht und seinen Interessen zum Schutz der Daten (seiner Geschäftsgeheimnisse) Genüge zu tun. Die Situation ist insoweit vergleichbar mit Fallgruppe D; dies zeigt, dass der Vorschlag eines Beitritts in der gesamten Handreichung nicht hinreichend begründet ist und dass seine Wirkungen nicht hinreichend bedacht sind: auch bei Fallgruppe D ist die vorgeschlagene Beitrittslösung entbehrlich, so wie bei Fallgruppe E ohne Nachteil auf sie verzichtet

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 17

werden kann - und muss, weil es ja keinen Vertrag gibt, zu dem ein Beitritt denkbar wäre.

2.5.6 Lösungsvorschlag des BITKOM

Der BITKOM sieht für Fallgruppe E keinen Regelungsbedarf, der nicht durch das jeweilige nationale Recht und Eigeninteressen des Importeurs vorgegeben wäre oder der Umsetzung der Anforderungen an den Auftragsdatenverarbeiter dient (unter der Voraussetzung der §§ 1 Abs. 5 Satz 2, 11 BDSG).

2.6 Fallgruppen F bis I

2.6.1 Konstellationen der Fallgruppen F mit H

Die Fallgruppen F mit H haben gemeinsam, dass der DV-Dienstleister nur für die von ihm durchgeführte Datenverarbeitung verantwortlich ist, § 11 i.V.m. § 9 BDSG, Art. 17 Europäische Datenschutzrichtlinie). Im Übrigen bleibt der Auftraggeber im Drittland selbst verantwortlich. Er ist Adressat der übrigen Vorschriften des BDSG. Der DV-Dienstleister hat selbst keine Verantwortung im Sinne der §§ 4b, 4c BDSG. U.U. trifft ihn aber eine "Remonstrationspflicht". Bezüglich der selbst erhobenen Daten muss er eine summarische Plausibilitätsprüfung vornehmen.

2.6.2 Konstellation der Fallgruppe I

In Fallgruppe I ist der Anwendungsbereich des BDSG ist nicht eröffnet, weil wegen der Verschlüsselung der Daten kein Personenbezug gegeben ist.

2.6.3 Bewertung des BITKOM

Die Bewertungen der Fallgruppen F mit I und die hieraus entwickelte Empfehlung des Düsseldorfer Kreises erscheinen dem BITKOM interessen- und sachgerecht.

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 18

3 Abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

3.1 Positionen I.1 bis einschließlich I.3

Der BITKOM stimmt den Positionen I.1 mit I.3 des Düsseldorfer Kreises zu.

3.2 Position I.4

Der BITKOM hält die Position I.4, die nicht näher begründet wird, für zu allgemein. Es bleibt trotz des Bezuges auf ein Protokoll einer anderen Sitzung in der Überschrift offen, in welchen Fallkonstellationen Standardverträge oder Garantieerklärungen erforderlich sein sollen, und worauf sich dann die Garantien nach Ansicht des Düsseldorfer Kreises erstrecken müssten.

3.3 Position I.5

Der BITKOM unterstützt die Auffassung, dass Zulässigkeitsprüfungen auf der "1.Stufe" nicht mit solchen Anforderungen vermischt werden dürfen, die bei der Übermittlung in Staaten außerhalb der EU und des EWR (auf der "2. Stufe") relevant werden. Nur in Ausnahmefällen wird eine Weitergabe von Daten in solche Staaten schon die Abwägung auf der ersten Stufe beeinflussen, so wenn sich der zuständigen Stelle aufdrängen muss, dass die Daten ohne die Gewährleistung eines angemessenen Schutzniveaus und ohne Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes in Drittstaaten übermittelt werden oder implizit eine Zweckänderung erfolgt.

Gerade in dem unter 2.1.12 genannten Beispiel der Personaldatenbank ist davon auszugehen, dass zwischen den beteiligten Unternehmen Vereinbarungen geschlossen sind, die den Abruf von Personaldaten durch andere als die Gesellschaft regeln, bei der die betroffenen Arbeitnehmer beschäftigt sind. Einen Hinweis, dass ein Standardvertrag für Controller-Controller-Übermittlungen nicht die Rechtfertigung für eine Übermittlung personenbezogener Daten schlechthin ist, sondern lediglich eine Voraussetzung für die Übermittlung personenbezogener Daten ins Drittland zu schaffen vermag, hielte der BITKOM demgegenüber für hilfreich.

3.4 Position II.1

Der Düsseldorfer Kreis vertritt die Auffassung, dass Betriebsvereinbarungen im Drittland durch „Unterwerfungserklärung“ verbindlich werden. Der BITKOM tritt dieser Position nachdrücklich entgegen, da sie an mehreren systematischen Missverständnissen leidet und nicht interessengerecht ist. Zwar kann eine Betriebsvereinbarung Rechtsgrundlage für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten sein, jedoch nur, soweit die persönliche und sachliche Regelungskompetenz von Arbeitgeber und Betriebsverfassungsorganen reicht.

Die Durchführung einer Betriebsvereinbarung obliegt dem Arbeitgeber, und er hat, nötigenfalls durch entsprechende vertragliche Regelungen, sicherzustellen, dass eine Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten den Anforderungen einer anwendbaren Betriebsvereinbarung entspricht. Diese Regelung ist dem jeweiligen Vertrag vorbehalten, nicht einer Unterwerfung unter eine Betriebsvereinbarung. Die Unterwerfung verbindet unzulässig zwei völlig

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 19

verschiedene Regelungsinstrumente, die nicht in der geschilderten Weise miteinander vermischt werden dürfen.

Die strikte Trennung beider Regelungsinstrumente ist auch deswegen erforderlich, weil in der Praxis eine Betriebsvereinbarung häufig aus vielerlei Gründen geändert wird, ohne dass sich hieraus Auswirkungen auf die Übermittlung und Verarbeitung personenbezogener Daten ergeben müssen. Eine Unterwerfung wäre nach jeder Änderung zu wiederholen, einerlei, ob die Änderung überhaupt entsprechende Auswirkungen hat. Aus diesen Gründen vertritt der BITKOM die Auffassung, dass Position II.1 wie folgt formuliert sein müsste: „Die Verbindlichkeit von Betriebsvereinbarungen im Drittland wird durch sie umsetzende vertragliche Regelungen mit dem Datenimporteur hergestellt“.

3.5 Position II.2

Der Düsseldorfer Kreis vertritt die Auffassung, dass der sog. „alternative Standardvertrag“ für Arbeitnehmerdaten grundsätzlich nicht geeignet sei. Der BITKOM ist der Auffassung, dass schwer wiegende gemeinschaftsrechtliche Bedenken gegen diese Position bestehen, die in der Diskussion bislang nicht ausgeräumt werden konnten.

Es ist zu bedenken, dass die EU-Kommission in der fraglichen Entscheidung eine solche Wertung der neuen Standard-Vertragsklauseln, insbesondere eine Einschränkung ihres Anwendungsbereichs, ausdrücklich nicht vorgenommen hat. Hieraus ergibt sich, dass eine solche Einschränkung auch in den Mitgliedsstaaten nicht gewollt ist, dass vielmehr die Kommission die Klauseln auch für Arbeitnehmerdaten als angemessen ansieht. Eine Einschränkung des Anwendungsbereiches einer unmittelbar verbindlichen Kommissions-Entscheidung liegt außerhalb der Kompetenz von Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten.

Der Düsseldorfer Kreis begründet seine Auffassung damit, dass Einschränkungen einzelner Elemente (namentlich der Haftung und der Auskunftspflicht des Datenexporteurs) vorliegen würden. Der BITKOM vermisst eine ins Einzelne gehende Begründung dieser Ansicht; schon der herangezogene Vergleichsmaßstab bleibt unklar, auch behauptete Wertungswidersprüche werden nicht deutlich. Der Düsseldorfer Kreis berücksichtigt auch nicht hinreichend, dass es sich bei den Standardverträgen um in sich jeweils ausgewogene Instrumente handelt, bei denen einzelnen Elementen unterschiedliches Gewicht zukommen kann. Der in Position II.3 enthaltene Verweis auf Art. 2 der Entscheidungen ist im Licht von Art. 1 und des Erwägungsgrundes 6 auszulegen, die klar bestimmen, dass die Mitgliedstaaten die Vertragsklauseln als angemessene Garantien anerkennen müssen, so dass für nationale Regelungen nur dann Raum bleibt, wenn sie nicht von der Kommissionsentscheidung erfasst sind.

Im Übrigen ist aus Sicht des BITKOM auch zu berücksichtigen, dass nach der Richtlinie 94/46/EG ein "angemessenes" und nicht ein "mindestens so strenges" Schutzniveau bestehen muss und daher nicht jedes Zurückbleiben des Schutzes im Zielland durch erhöhte Anforderungen auf der ersten Stufe kompensiert werden muss.

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 20

Der BITKOM sieht daher die gesamte Position II.2 als nicht aufrechtzuerhalten und unter den Gesichtspunkten der Chancengleichheit und der Wettbewerbsgleichheit in den Mitgliedsstaaten sogar für sehr nachteilig an. Der BITKOM spricht sich daher für eine Streichung dieser Position aus.

3.6 Position II.3

Der BITKOM stimmt der Position II.3 zu, soweit das Nebeneinander der ersten und zweiten Stufe angesprochen ist. Bezüglich der vom Düsseldorfer Kreis gesehenen Wertungswidersprüche verweisen wir auf unsere Ausführungen zu Position II.2.

3.7 Position II.4

In Position II.4 vertritt der Düsseldorfer Kreis die Auffassung, dass bei „Änderung eines Standardvertrages, die eindeutig zugunsten des Betroffenen ausfällt, [...] u.U. keine Genehmigungspflicht nach § 4c Abs. 2 BDSG“ bestehe, was durch Rückfrage bei der zuständigen Aufsichtsbehörde zu klären sei.

Die Position ist nach Ansicht des BITKOM wegen ihrer unbestimmten Formulierung und wegen des Fehlens jeglicher Kriterien für die Praxis kaum hilfreich. Der Formulierung lässt sich im Ergebnis nur entnehmen, dass die Aufsichtsbehörde im Einzelfall davon absehen kann, eine Genehmigung für genehmigungspflichtige Änderungen an den Standardvertragsklauseln für erforderlich zu halten. In welchen Fällen das sein kann und von welchen Voraussetzungen das abhängt, bleibt jedoch offen. Eine Orientierung oder Rechtssicherheit für die verantwortlichen Stellen kann auf diese Weise nicht erreicht werden.

Nach den Kommissionsentscheidungen zur Einführung der Standardvertragsklauseln gilt, dass die Klauseln nicht geändert werden und Klauseln aus unterschiedlichen Verträgen nicht kombiniert werden dürfen. Eine Ergänzung durch „geschäftsbetonte“ Klauseln sollte jedoch nicht verhindert werden, wie Erwägungsgrund 5 zeigt. Daraus wird deutlich, dass die Standardvertragsklauseln im Kern unverändert bleiben sollen, um eine Herabsetzung des Datenschutzniveaus zu verhindern; „geänderte“ Klauseln können daher den Anspruch, dass durch sie angemessene Garantien etabliert werden, für sich nicht mehr in Anspruch nehmen. Zugleich werden ohne weiteres ergänzende Klauseln mit oder ohne Bezug zum Datenschutz, so auch das Einbetten in umfassendere Vertragswerke, für zulässig gehalten, solange es dabei nicht zu Widersprüchen zu den Standardvertragsklauseln kommt.

In der Praxis würde die Position der Aufsichtsbehörden die verantwortlichen Stellen weiterhin dazu zwingen, bei Änderungen Genehmigungsanträge zu stellen, weil es kaum möglich wäre, eine Leitlinie dafür zu entwickeln, wann eine Änderung für Betroffene eindeutig positiv ist, da zu viele Konstellationen denkbar sind.

Aus Sicht des BITKOM ist es vorzugswürdig, das Genehmigungsverfahren für echte Änderungen unberührt zu lassen und klarzustellen, dass bei Ergänzungen der Klauseln der Verwender die Widerspruchsfreiheit zu gewährleisten hat, unter dieser Prämisse aber auch weiterhin den Anspruch erheben kann, dass durch die Standardvertragsklauseln angemessene Garantien etabliert werden. Die

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 21

Entscheidung, ob es sich um widerspruchsfreie Ergänzungen handelt, obliegen der verantwortlichen Stelle (vgl. § 4b BDSG).

3.8 Position II.5

BITKOM stimmt dieser Position nicht zu, weil die FAQs zum Safe-Harbour-Programm eine offiziell anerkannte Auslegungshilfe für die Regelungen des Programms sind und nicht bloß „deklaratorischen Charakter“ haben. Nach unwidersprochener Darstellung der US-Seite sind die FAQs auch mit der Kommission abgestimmt. Für die –arbeitsrechtlich und nicht datenschutzrechtlich zu beurteilende - Aussage des Düsseldorfer Kreises, wonach die Unternehmen die „Darlegungslast“ für „Arbeitnehmerrechte“ tragen, besteht daher kein Raum.

3.9 Position III.1

Der BITKOM stimmt der abgestimmten Position III.1 in weiten Teilen zu. Allerdings ist es aus Sicht des BITKOM wünschenswert, eine Klarstellung zum Anwendungsbereich und zur Verweisung auf die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes einzufügen. Dazu ist klarzustellen, dass die Tatbestandsmerkmale der einzelnen Regelungen des BDSG erfüllt sein müssen und § 1 Abs. 5 S. 2 nicht isoliert betrachtet werden darf. Im Falle der Auftragsdatenverarbeitung (durch einen Auftragnehmer in Deutschland) sind nur §§ 11 i.V.m. 5, 9, 43 und 44 BDSG anwendbar, jedoch nicht die §§ 27 ff. BDSG.

3.10 Position III.2

Der BITKOM stimmt der Position III.2 zu und weist ergänzend auf die hier ebenfalls heranzuziehenden Rechtsgedanken aus den Regelungen über den Auftragsvertrag i.S.v. §§ 662 ff. BGB hin. Insbesondere erscheinen die Regelungen über die Auskunft- und Rechenschaftspflicht (§ 666 BGB) sowie die Herausgabepflicht (§ 667 BGB) von Bedeutung; letzteres vor allem, weil der Auftragnehmer zur Herausgabe dessen an den Auftraggeber verpflichtet ist, was er zur Durchführung des Auftrags oder daraus erlangt hat. Der BITKOM schlägt vor, auf diese Rechtsgedanken hinzuweisen.

3.11 Positionen III.3 und III.4

Aus den oben in 3.9. dargestellten Gründen kann der BITKOM auch bei den Positionen III.3 und III.4 nicht nachvollziehen, warum der Düsseldorfer Kreis die §§ 28 ff. BDSG für anwendbar hält, die er selbst in seiner „Handreichung“ bei den entsprechenden Konstellation nicht heranzieht. Aus Sicht des BITKOM ist bereits der sachliche Anwendungsbereich der genannten Regelungen nicht eröffnet. Es ist kein „Dritter“ im Sinne der genannten Regelungen vorhanden, so dass auch eine „Übermittlung“ im rechtlichen Sinne nicht stattfindet. Eine „Übermittlung“ im rein technischen Sinne kann aber nicht gemeint sein. Werden beispielsweise Verlagerungsentscheidungen durch einen Arbeitgeber im Drittland getroffen, so gelten hierfür die §§ 28 ff. BDSG gerade nicht, da es an einem Anknüpfungspunkt im Geltungsbereich des BDSG fehlt. Anwendbar sind hingegen der § 11 i.V.m. insbesondere den §§ 5, 9, 43 und 44 BDSG, worauf aus Sicht des BITKOM hinzuweisen ist.

Stellungnahme

Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung und abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden

Seite 22

Hinsichtlich der qualifizierten Demonstration fehlt es für den BITKOM an einem Hinweis, dass deren Anforderungen nicht überspannt werden dürfen, und dass in aller Regel nicht mehr als eine summarische Prüfung wird verlangt werden können. Drängt sich ein Verstoß nicht geradezu auf, so kann auch eine tiefer gehende Prüfung nicht Gegenstand der Prüfpflichten im Rahmen der qualifizierten Remonstrations sein.

3.12 Position III.5

Der BITKOM teilt die Auffassung, dass deutsches Recht nicht anwendbar ist, weil aus Sicht des Auftragnehmers in der geschilderten Konstellation keine personenbezogenen Daten vorliegen.

4 Zusammenfassung und Ausblick

Der BITKOM begrüßt die Initiative des Düsseldorfer Kreises, den Rechtsanwendern praktische Ratschläge an die Hand zu geben, um in wiederkehrenden Situationen der Unternehmenspraxis einheitlich vorgehen zu können. Die hochkomplexen datenschutzrechtlichen Voraussetzungen in den unterschiedlichen Konstellationen der internationalen Auftragsdatenverarbeitung stellen für die betroffenen Unternehmen eine tägliche Herausforderung dar.

Viele der Lösungsvorschläge, die der Düsseldorfer Kreis entwickelt hat, kann der BITKOM aus seiner Sicht und aus der praktischen Erfahrung der Mitglieder heraus bestätigen und unterstützen. Wo nach unserer Erfahrung eine andere Bewertung vorzunehmen oder eine andere Vorgehensweise erforderlich ist, haben wir in dem „Echo“ auf die Vorschläge des Düsseldorfer Kreises diese alternativen Lösungen aufgezeigt und (zum Teil) mit Beispielen unterlegt.

Den Verfassern des Dokuments ist daran gelegen, die Meinung des Düsseldorfer Kreises zu den alternativen Lösungen zu erfahren. Für etwaige Nachfragen zu den im Echo dargelegten Ideen des BITKOM stehen sie gerne zur Verfügung.

In diesem Sinne würden wir uns freuen, wenn der Düsseldorfer Kreis das vorliegende Dokument als Einladung zum gegenseitigen Austausch und als Beginn eines Dialogs versteht.

An dieser Publikation haben insbesondere mitgewirkt:

Markus Stamm	Alcatel-Lucent Deutschland AG	mstamm@alcatel-lucent.com
Florian Thoma	Siemens AG	florian.thoma@siemens.com
Markus Frowein	o2 Germany GmbH & Co. oHG	markus.frowein@o2.com
Dr. Kai Kuhlmann	BITKOM e.V.	k.kuhlmann@bitkom.org

5 BITKOM Arbeitskreis Datenschutz

Datenschutz ist ein wichtiger Akzeptanzfaktor der Informationsgesellschaft. Seine rechtliche Gestaltung beeinflusst die Entwicklung einer modernen Wirtschaft. Er ist der entscheidende Vertrauensfaktor, der es ermöglicht, in der Informationsgesellschaft personenbezogene Daten zu erheben, zu verarbeiten und zu nutzen. Insbesondere beim elektronischen Handel und der elektronischen Verwaltung kann Datenschutz das notwendige Vertrauen in die elektronische Kommunikation schaffen und verbreiteten Befürchtungen vor Missbrauch entgegenwirken. Ein moderner und technikadäquater Datenschutz ist damit auch ein bedeutender Wettbewerbsvorteil und Standortfaktor.

Dem trägt das bisherige Datenschutzrecht in Deutschland nur bedingt Rechnung. Es ist auch nach seiner Novellierung immer noch zu sehr auf das Konzept der räumlich abgegrenzten Datenverarbeitung fixiert, nimmt neue Formen personenbezogener Daten und deren Verarbeitung nur ungenügend auf und berücksichtigt nicht ausreichend die Chancen neuer Techniken der Datenverarbeitung. Darüber hinaus ist es in seinen Formulierungen häufig widersprüchlich und durch seine Normierung in Hunderten von speziellen Gesetzen unübersichtlich und schwer zu handhaben.

Für die BITKOM-Mitglieder ist nicht nur die datenschutzrechtliche Einbettung ihrer Geschäftsmodelle von täglicher Relevanz, sondern auch die Fragen des unternehmensinternen Datenschutzes. Der Umgang mit Mitarbeiterdaten, die Nutzung moderner Kommunikationsmittel am Arbeitsplatz und der konzerninterne Datenaustausch stellen die Unternehmen vor vielfältige Herausforderungen.

Aufgaben und Ziele

- BITKOM fordert ein datenschutzrechtliches Regelwerk, das am Wert und den Erfordernissen eines modernen Datenschutzes ausgerichtet ist.
- Der Arbeitskreis dient zum einen dem Informations- und Wissensaustausch der BITKOM-Mitglieder, zum anderen unterhält und fördert der Arbeitskreis den Kontakt zu den auf öffentlicher und staatlicher Seite verantwortlichen Entscheidungsträgern.

Aktivitäten

- Erarbeitung von Stellungnahmen zu aktuellen datenschutzrechtlichen Gesetzgebungsverfahren und Problemen.

- Aktive Beteiligung an den im Bereich Datenschutz erforderlichen Änderungen.
- Zusammenarbeit mit benachbarten BITKOM Gremien, insbesondere aus dem Bereich der Medienpolitik
- Entwicklung vertraglicher Lösungskonzepte für die Datenverarbeitung.
- Erstellung von Publikationen und Praxishilfen
- Veranstaltung von Workshops
- Kritische Begleitung der Rechtsentwicklung im Bereich Datenschutz

Themen (Auswahl)

- Datenschutzaudit (-Gesetz) und Gütesiegel
- Auftragsdatenverarbeitung
- Customer Relation Management
- Nutzung von Internet und Email am Arbeitsplatz
- Datentransfer in Drittländer
- Betrieblicher Datenschutz
- RFID
- VoIP
- Schulungstools
- Arbeitnehmerdatenschutz
- BDSG in der Fassung vom 15.11.2006
- Zweite Stufe der Novellierung des BDSG
- Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, 97/66/EG
- Neufassung der Richtlinie 97/66/EG
- Evaluation der Richtlinie 95/46/EG
- Umsetzung der Richtlinie 02/58/EG

Vorsitzende:



Ulrike Schroth,
T-Systems Enterprise Services GmbH

Stellvertretender Vorsitzender:

Ralf Maruhn, Nokia GmbH

Ihr Ansprechpartner bei BITKOM:

Dr. Kai Kuhlmann

 030/27576-131  030/27576-139
 k.kuhlmann@bitkom.org