

Datenschutz-Berater

Praxiskommentar Auftragsverarbeitung

Kommentierung der Artikel 4 Nr. 8, 28 und
29 DSGVO

Dr. Paul Voigt

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8005-1982-8

dfv' Mediengruppe

© 2025 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Mainzer Landstr. 251, 60326 Frankfurt am Main, buchverlag@ruw.de

www.ruw.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Druck: WIRMACHENDRUCK GmbH, Backnang

Printed in Germany

Inhaltsverzeichnis

A. Vorwort und Einleitung	1
B. Kommentierung zu Art. 4 Nr. 8.	3
I. Gesetzestext	3
II. Bedeutung der Norm	3
III. Hinweise für den Anwender	3
IV. Allgemeines	4
1. Regelungszweck	4
2. Normadressaten	4
3. Systematik	4
4. Entstehungsgeschichte	5
a) Bisherige europäische Vorgaben	5
b) Bisherige nationale Vorgaben	6
V. Inhalt der Regelung	6
1. „Privilegierungswirkung“ auch unter der DSGVO? ..	6
2. „im Auftrag“	9
a) Kriterien zur Abgrenzung von Verantwortlichkeit und Auftragsverarbeitung	10
(1) Abgrenzungsfrage 1: Handelt der Auftragnehmer ausschließlich nach den Weisungen des Auftraggebers?	10
(2) Abgrenzungsfrage 2: Ist es dem Auftragnehmer untersagt, die übermittelten Daten mit eigenen Datenbeständen zusammenzu- führen?	11
(3) Abgrenzungsfrage 3: Darf der Auftragnehmer die Daten ausschließlich zu den vom Auftrag- geber vorgegebenen Zwecken nutzen?	11
(4) Abgrenzungsfrage 4: Obliegt die Sicherstel- lung der Rechtmäßigkeit der Datenverarbei- tung im Wesentlichen dem Auftraggeber?	11
(5) Abgrenzungsfrage 5: Fehlt es zwischen dem Auftragnehmer und den Betroffenen an einer direkten Vertragsbeziehung und tritt somit lediglich der Auftraggeber im eigenen Namen gegenüber den Betroffenen auf?	12

Inhaltsverzeichnis

b) Fallgruppen	12
3. Verarbeiten	13
4. Drittstaaten	13
C. Kommentierung zu Artikel 28	17
I. Gesetzestext	17
II. Bedeutung der Norm	20
III. Hinweise für den Anwender	21
IV. Allgemeines	23
1. Regelungszweck	23
2. Normadressaten	24
3. Systematik	24
4. Entstehungsgeschichte	25
a) Frühere europäische Vorgaben	25
b) Frühere nationale Vorgaben	25
c) Verhandlungen zur DSGVO	26
V. Anwendungsvoraussetzungen	27
1. Einordnung von Einzelfällen	28
a) Cloud Computing	28
b) Rechenzentrum	29
c) Homeoffice	29
d) Transportdienstleistungen	29
e) Wartung/Fernwartung	30
2. Anforderungen an die Auswahl (Abs. 1)	32
3. Weitere Auftragsverarbeiter (Abs. 2 und 4)	34
a) Grundlagen	34
b) Formanforderungen	36
4. Grundlage der Auftragsverarbeitung	37
a) Inhalt der Vereinbarung	38
(1) Inhaltliche Anforderungen (Abs. 3)	38
(2) Vertragsgegenstand (Abs. 3 S. 1)	38
b) Weitere Mindestinhalte der Vereinbarung	40
(1) Weisungsgebundenheit (Abs. 3 S. 2 lit. a)	40
(2) Vertraulichkeitsverpflichtung (Abs. 3 S. 2 lit. b)	42
(3) Schutzmaßnahmen gemäß Art. 32 (Abs. 3 S. 2 lit. c)	43
(4) Weitere Auftragsverarbeiter (Abs. 3 S. 2 lit. d)	45

Inhaltsverzeichnis

(5) Unterstützung bei Betroffenenrechten (Abs. 3 S. 2 lit. e)	45
(6) Unterstützung bei Art. 32 – 36 (Abs. 3 S. 2 lit. f)	46
(7) Umgang mit Daten nach Beendigung der Verarbeitung (Abs. 3 S. 2 lit. g)	46
(8) Unterstützung zur Nachweiserbringung (Abs. 3 S. 2 lit. h)	47
c) Informationspflichten (Abs. 3 UAbs. 2)	49
5. Weitere Auftragsverarbeiter (Abs. 4)	50
6. Faktoren für hinreichende Garantien (Abs. 5)	51
7. Standardvertragsklauseln zur Auftragsverarbeitung (Abs. 6 – 8)	52
a) Verfahren der Kommission	52
b) Verschiedene Sets an Standardvertragsklauseln	53
(1) Standardvertragsklauseln zwischen Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern	53
(2) Standardvertragsklauseln für internationale Datentransfers	55
c) Sonstige Vereinbarungsmuster	56
8. Formvorschriften (Abs. 9)	57
9. Auftragsverarbeiter als Verantwortlicher (Abs. 10)	59
VI. Umsetzung in die Praxis	60
1. Rechtsfolgen bei Verstößen	60
2. Sanktionen	61
3. Rechtsschutz	61
D. Kommentierung zu Artikel 29	63
I. Gesetzestext	63
II. Bedeutung der Norm	63
III. Hinweise für den Anwender	63
IV. Allgemeines	64
1. Regelungszweck	64
2. Normadressaten	64
3. Systematik	65
4. Entstehungsgeschichte	66
a) Frühere europäische Vorgaben	66
b) Frühere nationale Vorgaben	66

Inhaltsverzeichnis

c) Verhandlungen zur DSGVO.....	67
V. Inhalt der Norm	68
1. Weisungsunterworfenen Personen.....	68
a) Auftragsverarbeiter.....	68
b) Dem Verantwortlichen unterstellte Personen.....	68
c) Dem Auftragsverarbeiter unterstellte Personen ...	69
2. Zugang zu personenbezogenen Daten.....	69
3. Sicherstellung der Weisungsbindung	70
VI. Weisung	71
VII. Grenzen der Weisungsbindung.....	72
VIII. Rechtsfolgen.....	72
IX. Sanktionen	74
E. Checklisten und Musterverträge.....	75
I. Checkliste zur Auswahl des richtigen Auftragsverarbeiters	76
II. Checkliste zur Auswahl des richtigen Auftragsverarbeitungsvertrags	82
III. Checkliste Anforderungen an einen Auftragsverarbeitungsvertrag.....	86
IV. Kurzform eines Auftragsverarbeitungsvertrags	89
1. Deutschsprachiges Muster:.....	89
2. Englischsprachiges Muster:.....	94
V. Standardvertragsklauseln für Auftragsverarbeitungsverhältnisse innerhalb der Europäischen Union.....	98
VI. Muster und Checklisten zum Download	118
F. Literaturverzeichnis	119
I. Stellungnahmen von Behörden.....	119
1. Europäische Behörden.....	119
2. Deutsche Behörden	119
3. Nationale Behörden aus anderen EU-Staaten	121
II. Literatur	121

A. Vorwort und Einleitung

Die Auftragsverarbeitung umfasst eine ganze Bandbreite unterschiedlicher wirtschaftlicher Konstellationen, die alle denselben einheitlichen Regeln der DSGVO unterfallen. Die datenschutzrechtlichen Regeln für die Auftragsverarbeitung sind daher von erheblicher praktischer Bedeutung.

Die rechtlichen Voraussetzungen einer Auftragsverarbeitung werden in Artikel 4 Nr. 8 DSGVO festgelegt. In Artikel 28 DSGVO finden sich Vorgaben zur Ausgestaltung des Auftragsverarbeitungsverhältnisses, und in Artikel 29 DSGVO wird die Weisungsgebundenheit des Auftragsverarbeiters zusätzlich gesetzlich fixiert. Diese drei wesentlichen Vorschriften der Auftragsverarbeitung werden in diesem Kommentar umfassend gewürdigt.

Abgerundet wird der Kommentar mit einem Kapitel zur praktischen Umsetzung und Einhaltung der DSGVO-Vorgaben bezüglich der Auftragsverarbeitung. Dort befinden sich drei Checklisten: Eine Checkliste für die Auswahl des richtigen Auftragsverarbeiters, eine zur Auswahl des richtigen Auftragsverarbeitungsvertrags sowie eine Checkliste zur Überprüfung eines fremden Auftragsverarbeitungsvertrags. Außerdem enthält dieses Kapitel verschiedene (teils kommentierte) Muster für Auftragsverarbeitungsverträge.

Mein Dank gilt Rudi Kramer, der vor einigen Jahren einmal die Ursprungsversion der Kommentierung erstellt hat, die Grundlage und Inspiration für diesen Kommentar war. Daneben danke ich Max Harttrumpf und Julian Pusch, ohne die die Erstellung dieses Kommentars nicht möglich gewesen wäre.

Feedback ist jederzeit herzlich willkommen!

Berlin, März 2025

Paul Voigt

B. Kommentierung zu Art. 4 Nr. 8

Rechtslage veröffentlicht hat², lebt das von der Art. 29-Datenschutzgruppe entwickelte Begriffsverständnis grundsätzlich fort.

b) *Bisherige nationale Vorgaben*

- 12 Das BDSG a.F. enthielt keine eigenständige Definition des Begriffs des Auftragsverarbeiters. Allerdings setzte § 11 BDSG a.F. den Auftragsverarbeiter voraus. Nach § 11 Abs. 1 BDSG a.F. blieb der Auftraggeber für die Einhaltung des Datenschutzes verantwortlich, wenn die personenbezogenen Daten durch andere Stellen „im Auftrag“ erhoben, verarbeitet oder genutzt wurden. § 11 Abs. 2 BDSG a.F. schrieb dann vor, dass ein solcher Auftrag schriftlich zu erteilen war.
- 13 Ferner gab § 3 Abs. 8 Satz 3 BDSG a.F. vor, dass Stellen, die personenbezogene Daten im Auftrag erheben, verarbeiten oder nutzen, dann nicht „Dritte“ waren, wenn dies innerhalb der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes geschah. Da im deutschen Recht der Begriff der „Übermittlung“ als das Bekanntgeben von personenbezogenen Daten an einen „Dritten“ definiert wurde (vgl. § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG a.F.), ging die herrschende Meinung früher davon aus, dass bei Auftragsverarbeitern innerhalb der EU/des EWR keine „Übermittlung“ vorlag und somit keine weitere Rechtsgrundlage für diesen Verarbeitungsvorgang erforderlich war.³

V. Inhalt der Regelung

1. „Privilegierungswirkung“ auch unter der DSGVO?

- 14 Bei der Anwendung des BDSG a.F. ging man überwiegend davon aus, dass die Weitergabe der personenbezogenen Daten an den Auftragneh-

2 *EDSA*, Leitlinien 07/2020 zu den Begriffen „Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“ in der DSGVO, Version 2.0, Stand: 07.07.2021, https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-10/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_final_de.pdf (abgerufen am 11.02.2025).

3 Zur Auftragsverarbeitung mit Drittland-Auftragsverarbeitern unter dem BDSG a.F. siehe *Weber/Voigt*, ZD 2011, 74.

mer einer Auftragsverarbeitung keines eigenen Erlaubnistatbestandes bedürfe.

Begründet wurde diese Ansicht mit einem Umkehrschluss zu der Definition des „Dritten“ in § 3 Abs. 8 S. 3 BDSG a. F.: *„Dritte sind nicht der Betroffene sowie Personen und Stellen, die im Inland, in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum personenbezogene Daten im Auftrag erheben, verarbeiten oder nutzen.“* Des Weiteren konnte diese Meinung durch die Definition des „Übermittels“ in § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG a. F. gestützt werden. Nach § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG a. F. war Übermitteln das Bekanntgeben gespeicherter oder durch Datenverarbeitung gewonnener personenbezogener Daten an einen Dritten in der Weise, dass a) die Daten an den Dritten weitergegeben wurden oder b) der Dritte zur Einsicht oder zum Abruf bereitgehaltene Daten einsah oder abrief. Aus dem Zusammenspiel dieser beiden Definitionen konnte abgeleitet werden, dass die Beauftragung eines Auftragsdatenverarbeiters keine Übermittlung an einen Dritten sei und somit keines weiteren Erlaubnistatbestandes bedürfe.⁴ In der Literatur wurde insoweit von der „Privilegierung der Auftragsdatenverarbeitung“ gesprochen.⁵ 15

Nach Art. 4 Nr. 10 ist der Auftragsverarbeiter ebenfalls nicht „Dritter“. 16 Dagegen ist der Begriff des „Übermittels“ nicht mehr gesondert definiert, sondern findet sich als ein Beispiel der „Verarbeitung“ in Art. 4 Nr. 2 wieder. Aus diesem Grund ist teilweise problematisiert worden, ob die Übermittlung von personenbezogenen Daten nunmehr (auch innerhalb der EU/des EWR) einer gesonderten Rechtsgrundlage bedürfe.⁶ Es handelt sich offenbar um eine sehr vom deutschen Recht geprägte Diskussion; andere Mitgliedstaaten kennen die Problematik nicht.⁷ Auch der EDSA geht davon aus, dass die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung gemäß Art. 6 sowie ggf. Art. 9 DSGVO aus der Tätigkeit des Verantwortlichen abgeleitet werde.⁸ Dies kann man damit be-

4 *Gola/Schomerus*, § 3 Rn. 34, BeckOK Datenschutzrecht/*Schild*, 23. Edition 1.2.2018, § 3 Rn. 135; *Auernhammer/Thomale* 5. Auflage 2017, § 11 Rn. 25.

5 *Eckhardt/Kramer* DuD 2013, 287, 291; kritisch: *Petri* ZD 2015, 305, 306.

6 *Piltz*, Post vom 10.05.2016; *Koós/Englisch*, ZD 2014, 276, 284.

7 So auch *Ehmann/Selmayr/Bertermann/Peintinger*, Art. 28 Rn. 8.

8 *EDSA*, Leitlinien 07/2020, Version 2.0, Rn. 80.

B. Kommentierung zu Art. 4 Nr. 8

gründen, dass die Einbindung des Dienstleisters kein eigenständiger Akt der Datenverarbeitung ist, sondern Teil der Verarbeitungshandlungen des Auftraggebers (des Verantwortlichen) gem. Art. 4 Nr. 2.⁹ Ist die Verarbeitung der Daten durch den Verantwortlichen nach Art. 6 Abs. 1 rechtmäßig, erstreckt sich diese Rechtmäßigkeit auch auf den Auftragsverarbeiter nach Maßgabe der Art. 28 und 29.¹⁰ Der Auftragsverarbeiter steht im Lager des Verantwortlichen, ist mithin sein „verlängerter Arm“¹¹. Dafür spricht auch, dass der Auftragsverarbeiter keine Entscheidungshoheit über Mittel und Zwecke der Verarbeitung hat und nur strikt weisungsgebunden verarbeiten kann (vgl. Art. 29).¹² Allerdings bleibt der Auftragsverarbeiter nach Ansicht des EDSA auch dann Auftragsverarbeiter, wenn er zwar Einfluss auf die Gestaltungsspielräume in der Umsetzung hat, aber dem Auftraggeber ein ausreichendes Maß an rechtlicher und/oder tatsächlicher Kontrolle auf die endgültige Entscheidung zusteht, wie personenbezogene Daten verarbeitet werden.¹³ Im Ergebnis gehen auch die deutschen Aufsichtsbehörden davon aus, dass die Weitergabe personenbezogener Daten an den Auftragsverarbeiter sowie die anschließende Datenverarbeitung durch diesen keiner weiteren Rechtsgrundlage bedürfen.¹⁴ Dies entspricht zudem der ganz herrschenden Auffassung in der Literatur.¹⁵

⁹ *Härtig*, ITRB 2016, 137, 139.

¹⁰ *Härtig*, ITRB 2016, 137, 139.

¹¹ *Paal/Pauly/Martini*, Art. 28 Rn. 2.

¹² *Gola/Heckmann*, Art. 4 Rn. 87.

¹³ *EDSA*, Leitlinien 07/2020, Version 2.0, Rn. 83 f.

¹⁴ *DSK*, Kurzpapier Nr. 13, S. 2; *BayLfD*, Orientierungshilfe Auftragsverarbeitung, S. 7; für eine ausführliche Übersicht über den Meinungsstand siehe *Voigt*, Die räumliche Anwendbarkeit der EU Datenschutz-Grundverordnung auf Auftragsverarbeiter im Drittland, S. 13 ff.

¹⁵ *Kühling/Buchner/Hartung*, Art. 28 Rn. 15 ff.; *Paal/Pauly/Martini*, Art. 28 Rn. 8a; *Ehmann/Selmayr/Bertermann/Peintinger*, Art. 28 Rn. 7; *Taeger/Gabel/Gabel/Lutz*, Art. 28 Rn. 11 m. w. N.; *von dem Bussche/Voigt*, Konzerndatenschutz, S. 196 ff.

V. Inhalt der Regelung

Es besteht demgegenüber auch kein besonderer Schutzbedarf der betroffenen Personen.¹⁶ Auch der Erlaubnisvorbehalt nach Art. 6 Abs. 1 bezieht sich nur auf die Weitergabe an Dritte.¹⁷ 17

Würde man dagegen eine eigenständige Rechtsgrundlage für die Übermittlung an den Auftragsverarbeiter fordern, wäre eine Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 im Regelfall nicht möglich bzw. sie würde die ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person gem. Art 9 Abs. 2 lit. a erfordern. Für diese Fälle wäre ein Rückgriff auf Art. 6 Abs. 1 lit. f nicht möglich. 18

2. „im Auftrag“

Ein wesentliches Tatbestandsmerkmal für die Einstufung als Auftragsverarbeiter ist die Verarbeitung „im Auftrag“. Sie ist also abhängig von einer nachvollziehbaren Beauftragung durch einen Verantwortlichen (= Auftraggeber). Der Inhalt der Beauftragung ergibt sich aus Art. 28. Insbesondere müssen sich aus der Beauftragung die Art und der Zweck der Verarbeitung ergeben. Zentrales Element der Auftragsverarbeitung ist die Weisungsabhängigkeit des Auftragsverarbeiters (vgl. Art. 28 Abs. 3 lit. a und 10 sowie Art. 29). Die Initiative zur Verarbeitung geht vom Auftraggeber aus, der auch die Vorgaben für die Beendigung vorgibt (Art. 28 Abs. 3 lit. g). Die Aufsichtsbehörden konkretisieren den „Auftrag“ so, dass der Verantwortliche über die Zwecke und wesentlichen Mittel der Verarbeitung entscheidet.¹⁸ Für die Auswahl unwesentlicher Mittel, d. h. der konkreten technischen und organisatorischen Umsetzung der Weisungen, kann auch dem Auftragsverarbeiter ein Ermessen zukommen.¹⁹ 19

Die Abgrenzung zu anderen Dienstleistungen, die durch einen Auftragnehmer erbracht werden, jedoch keine Auftragsverarbeitung sind, 20

16 *Schmitz/von Dall 'Armi*, ZD 2016, 427, 429; *Gola/Heckmann*, Art. 4 Rn. 90; *Simitis/Hornung/Spiecker* gen. *Döhmman/Petri*, Art. 28 Rn. 11; *Härting*, ITRB 2016, 137, 139.

17 *Albrecht/Jotzo*, S. 97; *Eckhardt*, CCZ, 2017, 111, 113; *Gola*, K&R, 2017, 145, 148 f.

18 *EDSA*, Leitlinien 07/2020, Rn. 80.

19 *EDSA*, Leitlinien 07/2020, Rn. 80.