

**„Datenschutzrechtliche Grundlagen bei
Auftragsdatenverarbeitung/Outsourcing
in der öffentlichen Verwaltung“**

Spezielle Landesregelungen sind zu berücksichtigen.

I. Problemaufriss

Kostendruck, Rationalisierung der Arbeitsabläufe, Effizienzsteigerung und Nutzung moderner Technologien haben zur Konsequenz, dass immer mehr Verwaltungen dazu übergehen, einen Teil der bislang von ihnen durchgeführten Tätigkeiten nicht mehr selbst vorzunehmen, sondern auf Dritte (andere öffentliche Stellen oder private Anbieter) zu übertragen. Dies wird häufig mit dem etwas schillernden Begriff „Outsourcing“ umschrieben. Vergleichbare Effekte treten ein, wenn mehrere öffentliche Stellen gemeinsam Projekte betreiben, etwa kommunale Servicebüros. Auch eGovernment-Projekte erfordern vielfach entsprechende Aufgabenübertragungen.

Dabei stellt sich die Frage, wie der damit verbundene Austausch personenbezogener Daten rechtlich eingeordnet werden kann.

In der Regel wird auf § 11 BDSG bzw. vergleichbare Vorschriften in den Landesdatenschutzgesetzen verwiesen und der jeweilige Vorgang als Datenverarbeitung im Auftrag qualifiziert. Dies hat den Vorteil, dass nach den Begriffsdefinitionen des BDSG keine datenschutzrechtlich relevante Übermittlung der entsprechenden personenbezogenen Daten vorliegt, da Übermittlung i. S. d. § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG die Bekanntgabe personenbezogener Daten an einen Dritten voraussetzt und der Auftragnehmer nach § 3 Abs. 8 Satz 3 BDSG nicht Dritter ist. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Datenübermittlung brauchen deswegen nicht eingehalten zu werden und es gibt für die uneingeschränkte Datenweitergabe scheinbar keine rechtlichen Hindernisse. Deswegen ist eine ausufernde Anwendung des § 11 BDSG und entsprechender Vorschriften im Landesrecht festzustellen. Um die Anwendung einzugrenzen, ist in der Kommentarliteratur zu § 11 BDSG der Begriff der „Funktionsübertra-

gung“ entwickelt worden. Liegt eine solche vor, soll die Anwendung des § 11 BDSG ausgeschlossen sein, so dass in diesen Fällen eine Datenweitergabe nur im Rahmen der gesetzlichen Übermittlungsvorschriften möglich ist.

Allerdings lässt sich nicht eindeutig definieren, wann von einer Funktionsübertragung in diesem Sinne auszugehen ist. Deswegen bleibt die Abgrenzung zur Datenverarbeitung im Auftrag unscharf und eröffnet unverändert weite Interpretationsspielräume, die je nach Interessenlage auch entsprechend genutzt werden.

In diesem Zusammenhang spielt auch die Schutzfunktion der gesetzlichen Regelungen zur Auftragsdatenverarbeitung eine Rolle. § 11 BDSG und die entsprechenden Vorschriften im Landesrecht sollen sicherstellen, dass den Betroffenen gegenüber die Stelle in der datenschutzrechtlichen Verantwortung bleibt, die ihre personenbezogenen Daten ursprünglich erhoben, verarbeitet oder genutzt oder dies zumindest veranlasst hat. Die verantwortliche Stelle soll sich ihrer Verantwortung nicht dadurch entledigen können, dass sie die Datenverarbeitung auslagert. Nur wenn sie diese weiterhin den Betroffenen gegenüber rechtlich verantworten muss, wird sie ihrerseits bei Auswahl, rechtlicher Ausgestaltung des Auftragsverhältnisses und bei der Kontrolle die erforderliche Sorgfalt walten lassen, um für die Betroffenen den größtmöglichen Datenschutz zu gewährleisten. In den Fällen, in denen nach den bisherigen Definitionen § 11 BDSG nicht zur Anwendung kommt, kann damit eine Verschlechterung der datenschutzrechtlichen Position der Betroffenen verbunden sein. Eine weite Auslegung des § 11 BDSG bzw. der entsprechenden Landesregelungen könnte deswegen im Einzelfall durchaus auch im Interesse der Betroffenen liegen, etwa weil so in Fällen, die nach den gängigen Interpretationen eindeutig als Funktionsübertragung zu werten wären, die datenschutzrechtliche Verantwortung beim Auftraggeber verbliebe.

Ausgehend vom Gesetzestext, seiner Entstehungsgeschichte und von den vom Gesetzgeber verfolgten Zwecken wird im Folgenden deswegen ein neuer Ansatz für die datenschutzrechtliche Bewertung von Auftragsdatenverarbeitung und Outsourcing entwickelt.

II. Regelungsinhalt des § 11 BDSG (und entsprechender Landesregelungen)

Grundsätzlich ist im deutschen Datenschutzrecht die Zulässigkeit der Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen mit der Erfüllung der zugrunde liegenden Aufgabe verbunden (vgl. z. B. § 13 Abs. 1, § 14 Abs. 1 BDSG). Personenbezogene Daten dürfen von diesen erhoben, gespeichert, verändert oder genutzt werden, wenn deren Kenntnis und Verarbeitung zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der verantwortlichen Stelle liegenden Aufgaben erforderlich ist. Insoweit liegen inhaltliche Verantwortung für die Aufgabenerfüllung und Verantwortung für die damit verbundene Datenverarbeitung in der gleichen Hand.

§ 11 BDSG (vergleichbares gilt für die entsprechenden Landesregelungen) bezieht sich nach seinem Wortlaut, insbesondere aber auch nach seiner Entstehungsgeschichte auf die Fälle, in denen die Abwicklung der Datenverarbeitung auf einen Dritten (Auftragnehmer) übertragen wird, während die inhaltliche Verantwortung für die Aufgabenerfüllung beim Auftraggeber verbleibt. Dieser hat nach § 11 Abs. 1 BDSG auch weiterhin die Verantwortung für die Einhaltung des Datenschutzes zu tragen.

Mit dieser Regelung, die ursprünglich als Datenverarbeitung für fremde Zwecke betrachtet wurde, sollte sichergestellt werden, dass die datenschutzrechtliche Verantwortung und die inhaltliche Verantwortung nicht auseinander fallen, sondern in einer Hand beim Auftraggeber verbleiben. Niemand sollte sich durch die Auslagerung des Datenverarbeitungsprozesses seiner datenschutzrechtlichen Verpflichtungen entledigen können. Obwohl danach der Anwendungsbereich des § 11 BDSG eigentlich relativ eng abgegrenzt war, ist eine ständig wachsende Tendenz festzustellen, ihn sehr weit auszulegen. Dies geschieht vor allem dadurch, dass das Auftragsverhältnis, das der Anwendung des § 11 BDSG zugrunde liegt, nicht nur auf die Datenverarbeitung im engen, technischen Sinn bezogen wird, sondern stillschweigend auch auf eine inhaltliche Aufgabenübertragung. Danach soll es genügen, einem Dritten den Auftrag zu erteilen, bestimmte Aufgaben auch inhaltlich wahrzunehmen, um von einer rechtmäßigen Auftragsdatenverarbeitung i. S. d. § 11 BDSG ausgehen zu können. Diese Norm mutiert so zu einer allgemeinen Rechtsgrundlage für Outsourcing und Aufgabenübertragung auf Dritte, obwohl sie von Wortlaut und Zweck her eine ganz andere Fallgestaltung regeln soll. Dadurch entstehen

auch die unübersehbaren Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Auftragsdatenverarbeitung und „Funktionsübertragung“. Deswegen erscheint es erforderlich, § 11 BDSG auf seinen ursprünglichen Regelungsgehalt zurückzuführen und ausschließlich als Rechtsgrundlage für Aufträge zur Datenverarbeitung zu verstehen. Für eine inhaltliche Aufgabenverlagerung kann § 11 BDSG danach niemals eine rechtliche Grundlage sein.

III. Aufgabenübertragung/Outsourcing

Für die unterschiedlichen Formen der Zusammenarbeit zwischen unterschiedlichen Verwaltungen oder zwischen Verwaltung und nicht-öffentlichen Stellen lassen sich danach datenschutzrechtlich folgende Fallgruppen unterscheiden:

1. Übermittlung

Erfolgt die Übertragung personenbezogener Daten zwischen zwei Stellen im Rahmen und zur Erfüllung ihrer eigenen Aufgaben, handelt es sich datenschutzrechtlich um eine typische Übermittlung, deren Voraussetzungen z. B. für öffentliche Stellen u. a. in den §§ 15 und 16 BDSG geregelt sind. Diese Fälle werden im folgenden nicht weiter behandelt.

Beispiele:

- Datenübermittlung der Meldebehörden an den Suchdienst des Deutschen Roten Kreuzes
- Datenübermittlung der Katasterämter an Banken
- Datenaustausch zwischen Ausländerzentralregister und Ausländerbehörden

2. Auslagerung der Datenverarbeitung

Bedient sich eine öffentliche Stelle einer anderen öffentlichen oder nicht-öffentlichen Stelle zur rein technischen Abwicklung der für ihre Aufgabenerfüllung erforderlichen Datenverarbeitung, ist dies der typische Fall der Datenverarbeitung im Auftrag, wie sie z. B. in § 11 BDSG geregelt ist (s. o. unter II.). Gemeint sind hier die Fälle, in denen sich der erteilte Auftrag nur auf die Durchführung der eigentlichen technischen Abwicklung der Datenverarbeitung nach einem vorgegebenen Algorithmus bezieht. Nicht hierunter fällt hingegen die Übertragung solcher Aufgaben oder Teilaufgaben, bei denen nicht alle vorzunehmen-

den Verarbeitungsschritte von vornherein festgelegt sind, z. B. wenn die Bearbeitung eines Antrages der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe bedarf und eine algorithmische Lösung auf der Ebene der reinen technischen Abwicklung nicht gegeben ist. Auch die Weisungen des Auftraggebers im Sinne des § 11 Abs. 3 BDSG (oder vergleichbarer Landesregelungen) beziehen sich auf die Datenverarbeitung selbst und nicht etwa auf eine inhaltliche Aufgabenerledigung.

Beispiele:

- Nutzung externer Rechenzentren oder externer Speicherkapazität, sofern ausschließlich rechentechnische Vorgänge nach vorgegebenem Algorithmus ausgelagert werden
- Fernwartung (u. U. aber abweichende Länderregelungen)
- Entsorgung von Datenträgern
- Virtuelle Poststelle (soweit nur die Technik ausgelagert ist)

3. *Auslagerung von Aufgaben*

Immer häufiger sind aber die Fälle, in denen durch Outsourcing, Schaffung gemeinsamer Institutionen verschiedener verantwortlicher Stellen, eGovernment-Projekte etc. Aufgaben oder auch nur Teilbereiche der Aufgabenerfüllung inhaltlich auf eine andere öffentliche oder nicht-öffentliche Stelle übertragen werden und die damit verbundene elektronische Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten nur Annex zur eigentlichen Aufgabenverlagerung ist. Dabei wird der Begriff der „Aufgabe“, an den die datenschutzrechtlichen Bestimmungen anknüpfen, soweit ersichtlich nirgendwo weiter definiert oder näher erläutert. Für die folgenden Ausführungen wird als „Aufgabe“ jede nach allgemeiner Auffassung eine Einheit bildende funktionale Tätigkeit der Verwaltung verstanden, die von anderen Tätigkeitsbereichen abgrenzbar und für die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten erforderlich ist, wie z. B. Festsetzung und Einzug von Gebühren, Eingabenbearbeitung, Führung von öffentlichen Registern etc. Angesichts der verfassungsrechtlich geforderten Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) kann eine funktionale Tätigkeit nur durch den Gesetz- und Verordnungsgeber (bzw. durch ein nach Landesrecht befugtes Organ oder das Vertretungsorgan einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, z. B. einer Gemeinde oder einer Hochschule) zu einer Aufgabe gemacht werden, wobei damit gleichzei-

tig der Umfang der funktionalen Tätigkeit begrenzt und die zuständige Stelle bestimmt wird.

Soll die inhaltliche Wahrnehmung von Aufgaben in diesem Sinne vollständig oder in Teilbereichen auf andere Stellen übertragen werden, scheiden als rechtliche Grundlage hierfür § 11 BDSG oder die vergleichbaren Landesregelungen aus, auch wenn der Auftragnehmer keinen eigenen Entscheidungsspielraum hat und bei der inhaltlichen Auftragsbefreiung vollständig von Weisungen des Auftraggebers abhängig ist. Da – wie oben dargelegt – die Zuständigkeit für die Aufgabenerfüllung durch Rechtsvorschrift in der Regel eindeutig definiert ist, kann die auf die bloße Datenverarbeitung als Hilfsfunktion zur Aufgabenerfüllung gerichtete Vorschrift des § 11 BDSG diese Festlegung nicht ändern. Voraussetzung ist vielmehr, dass eine solche Aufgabenverlagerung auf anderer rechtlicher Grundlage zulässig oder rechtlich möglich ist. Dies können u. a. gesetzliche Regelungen, Satzungen, Verwaltungsvereinbarungen oder vertragliche Regelungen sein, soweit diese ihrerseits die Grenzen beachten, die sich aus dem Grundgesetz, der Staatsorganisation oder anderen gesetzlichen Vorschriften ergeben. Dies ist keine datenschutzrechtliche Frage, die datenschutzrechtliche Norm des § 11 BDSG (und vergleichbarer Länderregelungen) kann aber ihrerseits nicht Grundlage für staatsorganisationsrechtliche Entscheidungen sein.

Im Einzelnen sind folgende Fallgestaltungen denkbar.

- a. Wird eine Aufgabe vollständig von einer Stelle in die Zuständigkeit einer anderen Stelle übergeleitet, gehen sowohl die inhaltliche wie die datenschutzrechtliche Verantwortung auf die neue Stelle über. Als Rechtsgrundlage für eine solche Aufgabenübertragung kommen im öffentlichen Bereich entweder gesetzliche Regelungen oder Organisationserlasse der jeweils zuständigen obersten Behörden in Betracht. Datenschutzrechtlich ist dies in der Regel kein Problem, da grundsätzlich die Zulässigkeit der Datenverarbeitung mit der Erfüllung der zugrunde liegenden Aufgabe verbunden ist. Kommt es zu einer Zuständigkeitsverlagerung bei der Aufgabe, verliert die bisherige Stelle ihre Berechtigung zur entsprechenden Datenverarbeitung und die neue Stelle erwirbt sie zusammen mit der Zuständigkeit für die Aufgabe. Die entsprechenden Datenbestände bei der bisherigen Stelle sind, soweit für die künftige Aufgabenerfüllung erforderlich, nach den

einschlägigen Vorschriften an die neue Stelle zu übermitteln und im Übrigen zu löschen. Dies ist kein Anwendungsfall des § 11 BDSG oder von vergleichbaren Landesregelungen.

Beispiele:

- Zentrale Bearbeitung von Reisekostenabrechnungen für mehrere Dienststellen
- Zentralisierte Festsetzung von Dienstbezügen für die Beschäftigten mehrerer Dienststellen
- Privatisierung von Staatsaufgaben auf gesetzlicher Grundlage

b. Bleibt die öffentliche Stelle grundsätzlich Träger der Aufgabe und benutzt sie zu ihrer Erfüllung Dritte, so ist hierin zunächst zu prüfen, ob und in welchem Umfang dies zulässig ist. Dabei ist zum Einen zu berücksichtigen, ob es sich um eine andere öffentliche Stelle oder um einen privaten Anbieter handelt, und zum anderen, ob es um hoheitliche Tätigkeit, öffentliche Aufgaben nicht-hoheitlicher Art oder rein fiskalisches Handeln geht.

aa. Hoheitliche Tätigkeiten können ohne gesetzliche Regelung (Beleihung) nicht von privaten Stellen ausgeübt werden. Eine öffentliche Stelle kann auch nicht von sich aus einen Teil ihrer hoheitlichen Aufgaben von einer anderen öffentlichen Stelle wahrnehmen lassen. Im Bereich der Hoheitsverwaltung bedarf es dazu immer eines formalen Aktes auf gesetzlicher Grundlage.

Beispiele:

- Bearbeitung von Beihilfeangelegenheiten (vgl. OVG NRW, Urteil vom 21.04.2005 – 1 A 265/04)
- Privatisierung des Maßregelvollzuges
- Parkraumbewirtschaftung (hinsichtlich einer vollständigen Verlagerung, der Feststellung von Ordnungswidrigkeiten oder der Gebührenfestsetzung)

bb. Öffentliche Aufgaben nicht-hoheitlicher Art können grundsätzlich ganz oder teilweise auch von privaten oder anderen öffentlichen Stellen durchgeführt werden, etwa auf ge-

gesetzlicher oder vertraglicher Grundlage oder – bei unselbstständigen Hilfstätigkeiten – auch durch Verwaltungshelfer. Aber auch hier bedarf es einer klaren rechtlichen Basis.

Beispiele:

- Callcenter mit bloßer Weiterleitungsfunktion
- Virtuelle Poststelle (inhaltliche Bearbeitung)
- Betriebsführungsgesellschaften von Zweckverbänden (ohne Übertragung hoheitlicher Befugnisse)
- Parkraumbewirtschaftung (nur Abrechnung)

cc. Bei rein fiskalischem Handeln können durch einfachen Vertrag Dritte mit bestimmten Aufgaben betraut werden.

Beispiele:

- Verwaltung von Liegenschaften
- Betreiben einer Stadtgärtnerei

Sind von einer verantwortlichen Stelle nach alledem im Rahmen ihrer Aufgaben, deren Trägerin sie bleibt, einzelne Tätigkeiten oder Teilaufgaben zulässigerweise und in rechtlich einwandfreier Form auf andere öffentliche oder private Stellen zur Erfüllung übertragen worden, kann die damit verbundene Datenverarbeitung parallel dazu nach § 11 BDSG (oder vergleichbaren Landesregelungen) übertragen und abgewickelt werden, selbst wenn der Auftragnehmer im Rahmen seines Auftrages auch inhaltlich eigenverantwortlich tätig wird. Dabei muss selbstverständlich eindeutig festgelegt sein, welche Stelle für welche Tätigkeit inhaltlich verantwortlich ist, um eine Verwischung der Verantwortlichkeiten in jedem Falle zu vermeiden. Damit bleibt auch in diesen Fällen der gesetzlich gewollte Schutz der Betroffenen erhalten, die sich hinsichtlich des Datenschutzes und ihrer Betroffenenrechte weiterhin ausschließlich an die verantwortliche Stelle wenden können, die ihrerseits für die Einhaltung des Datenschutzes verantwortlich bleibt. Eine solche Konstruktion wahrt auf der einen Seite für die Betroffenen die datenschutzrechtlichen Vorteile, die mit der Anwendung des § 11 BDSG und der vergleichbaren Landesregelungen verbunden sind, verhindert aber zugleich, dass die rein datenschutzrechtlichen Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung als allgemeine Rechtsgrundlage für Aufgabenübertragung und Outsourcing in der öffentlichen Verwaltung herangezogen werden.

IV. Sonderfälle

1. *Sozialdaten*

Für Sozialdaten gelten grundsätzlich die gleichen Prinzipien, allerdings sind die Sonderregelungen des § 80 SGB X zu beachten.

2. *Besondere Arten von Daten*

Soweit besondere Arten von personenbezogenen Daten (§ 3 Abs. 9 BDSG) in zulässiger Weise erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, können sie auch Gegenstand einer Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG sein, wenn die Voraussetzungen im Übrigen erfüllt sind.

3. *Berufsgeheimnisse/Besondere Amtsgeheimnisse*

Personenbezogene Daten, bei denen es sich um Berufs- oder besondere Amtsgeheimnisse handelt, unterliegen insoweit den hierfür geltenden Spezialvorschriften. Dem ist bei der Prüfung, ob eine inhaltliche Übertragung von Aufgaben oder Teilaufgaben zulässig ist, Rechnung zu tragen. Eine Offenbarung etwa von Informationen, die dem Patientengeheimnis unterliegen, ist durch § 11 BDSG nicht gedeckt.

4. *Aufgabenverlagerung ins Ausland*

Sofern es sich um eine Aufgabenverlagerung in Mitgliedsstaaten der Europäischen Union oder Vertragsstaaten im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sowie der Organe der EU handelt, gelten grundsätzlich keine Besonderheiten hinsichtlich einer Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG, da insoweit gem. § 3 Abs. 8 Satz 3 BDSG vor dem Hintergrund der EU-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG eine ausdrückliche Gleichstellung erfolgt. Hinsichtlich einer Übertragung inhaltlicher (Teil-)Aufgaben auf Grundlage eines Rechtsaktes sind allerdings (ebenso wie zwischen Bund und Ländern im Inland) die jeweiligen Hoheitsgrenzen zu beachten. So ist es dem nationalen Gesetzgeber mangels Zuständigkeit nicht ohne Weiteres möglich, eine Stelle in einem anderen Mitgliedsstaat der EU mit der inhaltlichen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zu betrauen.

Soll eine Stelle außerhalb von EU/EWR beauftragt werden, ist diese in jedem Falle als Dritter zu bezeichnen; eine Datenverarbeitung im Auf-

trag kommt daher von vornherein nicht in Betracht. Deshalb kommen zu den Einschränkungen bei der Verlagerung der inhaltlichen Aufgabenerledigung ins Ausland auch noch erhebliche Beschränkungen bei der Verlagerung der rein technischen Datenverarbeitung hinzu: Mangels Anwendbarkeit von § 11 BDSG bedarf es einer Übermittlungsbefugnis nach den §§ 4b, 4c BDSG.

V. Ergebnis

Die Auslegung des § 11 BDSG (bzw. vergleichbarer Landesregelungen) ergibt, dass dieser ausschließlich die Übertragung der Datenverarbeitung im technischen Sinne (s. o. III.2) auf einen Dritten regelt und nicht Rechtsgrundlage für eine inhaltliche Aufgabenübertragung sein kann. Soweit inhaltlich eine Zuständigkeitsverlagerung (ganz oder teilweise) auf private oder öffentliche Stellen außerhalb der zuständigen Stelle erfolgt, richtet sich deren Zulässigkeit nach den verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Vorgaben des Verwaltungsorganisationsrechts. Ist danach eine inhaltliche Verlagerung von Tätigkeiten zulässig und in der jeweils rechtlich gebotenen Form vorgenommen worden, können für die damit verbundene Datenverarbeitung § 11 BDSG (oder vergleichbare Landesregelungen) als Grundlage herangezogen und so die Schutzwirkungen dieser Norm für die Betroffenen erhalten werden. Die zuständige Datenschutzaufsicht hat in diesen Fällen nicht nur zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 11 BDSG erfüllt sind, sondern auch, ob die inhaltliche Aufgabenübertragung zulässig ist, da dies Voraussetzung für die Anwendung des § 11 BDSG ist.