

Sind Softwaredienstleister Auftragsverarbeiter im Sinne der DSGVO?

In der Praxis kann beobachtet werden, dass Softwaredienstleister dem Generalverdacht unterliegen, als Auftragsverarbeiter¹ im Sinne der DSGVO qualifiziert zu werden. Ob diese Annahme tatsächlich zutreffend ist, lesen Sie in diesem Artikel.

Ohne Zweifel sind Softwaredienstleister in vielen Fällen als Auftragsverarbeiter zu qualifizieren. Bereits das Datenschutzgesetz 1978 hatte Softwaredienstleister im Auge, als es davon sprach, dass Dienstleister² Rechtsträger sind, deren „wesentlicher Inhalt die automationsunterstützte Verarbeitung...(von) Daten ist“. Doch – um die Lieblingsfloskel von Juristen zu bedienen – es kommt auf den Einzelfall an. **Nicht jeder Softwaredienstleister ist ein Auftragsverarbeiter!**

Für die Qualifikation als Auftragsverarbeiter ist es nach dem Gesetzeswortlaut³ maßgeblich, dass **dieser im Auftrag** des Verantwortlichen personenbezogene Daten verarbeitet. Freilich ist so gut wie jede Geschäftsbeziehung mit einem Austausch von personenbezogenen Daten verbunden, sei es etwa, um eine Rechnung zu erstellen oder mit einem Ansprechpartner⁴ in Kontakt zu treten. Das heißt aber nicht, dass jede Geschäftsbeziehung den Abschluss eines Auftragsverarbeitervertrags nach Art 28 DSGVO bedingt. Ein Auftragsverarbeiter im Sinne der DSGVO ist ein Geschäftspartner vielmehr erst dann, wenn seine Leistung im **Kern⁵ geradezu dadurch charakterisiert** ist, personenbezogene Daten zu verarbeiten. Ist die Datenverarbeitung eine „bloße“ „Begleiterscheinung“ zur eigentlichen Dienstleistung, liegt unseres Erachtens kein Auftragsverarbeiterverhältnis vor.

¹ Vgl Art 4 Z 8 DSGVO.

² Vgl § 3 Abs Z 4 DSG 1978. Anmerkung: Der Terminus „Dienstleister“ wurde mit Anwendbarkeit der Datenschutzgrundverordnung („DSGVO“) durch den „Auftragsverarbeiter“ verdrängt.

² Vgl *Tretzmüller*, Wann muss ein Auftragsverarbeitervertrag nach Art 28 DSGVO abgeschlossen werden?, *Dako* 1/2019; ähnlich *Kotschy*, Datenschutz, RdW 2018/367, 482; FAQ Abgrenzung Auftragsverarbeitung, Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht vom 20.7.2018.

³ Vgl Art 4 Z 8 DSGVO.

⁴ Aufgrund des zunehmenden praktischen Einsatzes von künstlicher Intelligenz muss mittlerweile konkretisiert werden: Einem *menschlichen* Ansprechpartner.

⁵ Vgl *Tretzmüller*, Wann muss ein Auftragsverarbeitervertrag nach Art 28 DSGVO abgeschlossen werden?, *Dako* 1/2019; ähnlich *Kotschy*, Datenschutz, RdW 2018/367, 482; FAQ Abgrenzung Auftragsverarbeitung, Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht vom 20.7.2018.

TT, April 2019

Ausdrücklich soll nochmals darauf hingewiesen werden, dass im Zentrum des Auftrags die Verarbeitung *personenbezogener* Daten gelegen ist. Werden demnach beispielsweise primär Daten ausgewertet, die Maschinen (**Smart Machines**) „zuzuordnen“ sind, wird in der Regel kein Auftragsverarbeiterverhältnis vorliegen. Auch bei **technischen Wartungen** werden regelmäßig personenbezogene Daten nur peripher verarbeitet, weshalb ein Auftragsverarbeiterverhältnis regelmäßig zu verneinen ist.⁶ Liegt hingegen die Verarbeitung von personenbezogenen Daten sehr wohl im Fokus, muss differenziert werden, was die konkrete Dienstleistung des Softwareunternehmens darstellt:

Verkauft⁷ das Softwareunternehmen eine **Standardsoftware**, oder stellt es auf Basis eines Werkvertrages eine **Individualsoftware** für den Auftraggeber her, ohne im Anschluss auch die Wartung zu übernehmen, liegt regelmäßig kein Auftragsverarbeiterverhältnis vor, weil gar keine personenbezogene Daten verarbeitet werden.⁸ Bei cloudbasierten **Software-as-a-Service-Verträgen** liegt hingegen ein Auftragsverarbeiterverhältnis regelmäßig schon vor. Dies deshalb, weil im Gegensatz zum oben genannten Fall, das Softwareunternehmen die personenbezogenen Daten speichert und somit verarbeitet⁹ im Sinne der DSGVO.¹⁰ Auch Dienstleister, die **Backup-Sicherungsspeicherungen** vornehmen, sind aus selbigem Grund als Auftragsverarbeiter zu qualifizieren.¹¹ Generell werden **Webapplikationen** in der Regel den Abschluss eines Auftragsverarbeitervertrages bedingen.

Die genannten Beispiele verdeutlichen einen wesentlichen Unterschied. Im Falle der bloßen Zurverfügungstellung der Software werden die personenbezogenen Daten auf *eigenen Servern* gehostet. Wenn, im Gegensatz dazu, die personenbezogenen Daten auf *externen Servern* gespeichert werden, spricht dies für die Notwendigkeit eines Auftragsverarbeitervertrages. Ein tatsächlicher, inhaltlicher Zugriff des Cloud-Betreibers ist aus diesem Grund gar nicht notwendig.

Schwierig zu beurteilen sind – praktisch sehr häufige – Outsourcing-Modelle, bei welchen die personenbezogenen Daten zwar auf dem eigenen Server *on premise* gespeichert

⁶ Hunzinger/Sassenberg, Notwendigkeit einer Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung bei Telekommunikationsdiensten?, CR 3/2019, Rz 29.

⁷ Vgl RS0108702.

⁸ Freilich kann im Zuge der Implementierungsphase der Abschluss einer Geheimhaltungsverpflichtung („NDA“) zweckmäßig sein.

⁹ Vgl Art 4 Z 2 5. Fall DSGVO.

¹⁰ Vgl Datenschutzkonferenz Kurzpapier zur Auftragsverarbeitung; Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, FAQ Abgrenzung Auftragsverarbeitung vom 20.7.2018.

¹¹ Vgl Datenschutzkonferenz Kurzpapier zur Auftragsverarbeitung; Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, FAQ Abgrenzung Auftragsverarbeitung vom 20.7.2018; Tretzmüller, Wann muss ein Auftragsverarbeitervertrag nach Art 28 DSGVO abgeschlossen werden?, Dako 1/2019, 7.

TT, April 2019

werden, das Softwareunternehmen aber etwa im Zuge von **Wartungsdienstleistungen** über einen **Fernzugang** „Einblicke“ erlangen kann.¹² Die herrschende Lehre vertritt hier die Ansicht, dass bei **externem Support (Fernwartung, Remote-Zugriff)** ein Auftragsverarbeiterverhältnis vorliegt, wenn bei diesen Tätigkeiten ein **Zugriff** auf personenbezogene Daten **nicht ausgeschlossen werden kann**.¹³ Sollte daher vereinbart sein, dass ein Fernzugang nur bei ständiger Anwesenheit eines Mitarbeiters des Verantwortlichen möglich ist, dann sprechen unseres Erachtens gute Argumente dafür, ein Auftragsverarbeiterverhältnis zu verneinen:

Zusammenfassend sollten daher folgende Aspekte geprüft werden:

- Liegt der **Kern** der Dienstleistung in der Verarbeitung **personenbezogener** Daten?
- **Wo** werden die Daten **gehostet**?
- Handelt es sich um eine **Webapplikation**?
- Ist sichergestellt, dass das Softwareunternehmen keine Möglichkeit hat, im Wege eines **Fernzugangs** Daten auszulesen, abzufragen, zu verwenden, zu löschen oder sonst wie zu verarbeiten?

¹² In diesem Zusammenhang soll darauf hingewiesen werden, dass Fernwartungstechnologien mittlerweile auch als SaaS-Lösung angeboten werden, was in diesem Fall für den Abschluss eines Auftragsverarbeitervertrags sprechen würde vgl *Bär/Schlede*, Fernwartung für die Großen, IT Administrator 4/19, 24.

¹³ Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, FAQ Abgrenzung Auftragsverarbeitung vom 20.7.2018; *Geuer/Reinisch*, Abgrenzungsfragen zur Zusammenarbeit der verschiedenen Akteure der Datenschutz-Grundverordnung, *jusIT2018*, 103; *Tretzmüller*, Wann muss ein Auftragsverarbeitervertrag nach Art 28 DSGVO abgeschlossen werden?, *Dako* 1/2019, 7.

TT, April 2019

Zur Kanzlei

Wir sind seit 1.1.2017 Ihre Experten für die Themen, die Unternehmen im 21. Jahrhundert bewegen: Datenschutzrecht, IT-Softwarevertragsrecht, Urheberrecht, Arbeitsverfassungsrecht und Vertragsrecht

Zum Autor:

Dr. Tobias Tretzmüller, LL.M. ist Rechtsanwalt in ständiger Kooperation mit der Knyrim Trieb Rechtsanwälte OG, Wien. E-Mail: tt@kt.at. Er berät und vertritt Unternehmen in den Bereichen des Datenschutzrechts, Urheberrechts, IT-Rechts und streitigen Behörden- und Zivilverfahren. Regelmäßige Vortrags- und Veröffentlichungstätigkeit (ua imh speaker of the year 2017, 2018; Jahrbuch Datenschutzrecht 2017).

