

NEUES DSG: AUFTRAGSDATENBEARBEITUNG

Datenbearbeitungen im Auftrag des verantwortlichen Unternehmens sind in der Praxis häufig anzutreffen. Eine **Auftragsdatenbearbeitung** liegt vor, wenn die Bearbeitung von Personendaten durch das Unternehmen an externe Dienstleister wie Webhoster, Treuhandunternehmen oder den IT-Support übertragen wird. Im revDSG wurde die Auftragsdatenbearbeitung erstmals explizit geregelt (Begriffsbestimmung in Art. 5 lit. k revDSG).

Ein Auftragsdatenbearbeiter darf die Daten nur so bearbeiten, wie dies die Verantwortliche (sprich das Unternehmen) auch dürfte. Der Auftragsdatenbearbeiter muss die Bearbeitungsgrundsätze des Gesetzes erfüllen und die Datensicherheit jederzeit gewährleisten. Zudem darf er die Datenbearbeitung nur mit vorgängiger Genehmigung der Verantwortlichen an einen Subunternehmer übertragen. Um den Anforderungen des Datenschutzgesetzes gerecht zu werden, wird zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer typischerweise ein **Auftragsdatenbearbeitungsvertrag (ADV)** abgeschlossen

Abgrenzung der Rollen

Beispiele

Auftragsbearbeitung gegeben: Sie bedienen sich beim Newsletter-Versand eines externen E-Mail Automatisierungsservices. In diesem Fall sind Sie Verantwortlicher, der die personenbezogenen Kundendaten für den Newsletter-Versand an den Auftragsdatenbearbeiter übergibt.

Auftragsdatenbearbeitung gegeben: Sie ziehen für die Lohnabwicklung ihrer Mitarbeitenden einen Treuhänder bei. In diesem Fall sind Sie ein Verantwortlicher, der personenbezogene Mitarbeiterdaten zwecks Lohnbuchhaltung an den Auftragsdatenbearbeiter übergibt.

Auftragsdatenbearbeitung nicht gegeben: Elektriker, welcher von einem Vermieter die Kontaktangaben der Mieter eines Mehrfamilienhauses erhält, um dort vom Vermieter beauftragte Installationen durchzuführen. Hier ist - trotz Vorliegen von Personendaten - die Datenweitergabe lediglich ein Mittel zum Zweck und nicht Bestandteil der Hauptleistung.

Auftragsdatenbearbeitung nicht gegeben: Eine Innenarchitektin gestaltet ein Büro um. Dazu erhält sie einen Grundriss zur Ansicht. Da es sich hier nicht um personenbezogene Daten handelt, liegt keine Auftragsdatenbearbeitung vor.

Ob die Personendaten lediglich im Auftrag des Verantwortlichen bearbeitet werden, ist **in der Praxis nicht immer einfach zu beantworten**. Mit der sog. Schwerpunkttheorie wird entschieden, ob die Datenbearbeitung ein Kernelement der Leistung oder lediglich ein ungewolltes Beiwerk darstellt (siehe dazu Swico Q&A zum revDSG, Kapitel 3.1).

Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Auftragsbearbeitung (Art. 9 revDSG)

- Sorgfältige Auswahl des Auftragsdatenbearbeiters bei vertraglicher Übertragung durch den Verantwortlichen (hinreichende Garantien, z.B. Zertifizierung).
- Es sind auch gesetzliche Fälle der Übertragung denkbar (z.B. nach Fernmeldegesetz).
- Auftragnehmer ist an Weisungen und Kontrolle des Auftraggebers gebunden.
- Kein Vorliegen einer gesetzlichen oder vertraglichen Geheimhaltungspflicht, welche die Übertragung verbietet.
- Auftragsdatenverarbeitungsvertrag in Textform (d.h. auch elektronisch), der die gesetzlichen Vorgaben erfüllt.
- Sub-Auftragsverarbeiter bedürfen der Genehmigung durch den Verantwortlichen.

Die Vorgaben für die Auftragsdatenbearbeitung wurden im Vergleich zum alten DSG verschärft. Beispielsweise müssen Sub-Auftragsverarbeiter genehmigt werden. Doch gehen diese Vorgaben insgesamt weniger weit als jene der Datenschutzgrundverordnung der EU (DSGVO).

Der Auftragsdatenverarbeitungsvertrag (ADV)

Art. 9 revDSG sieht mitunter vor, dass das Verhältnis zwischen dem Verantwortlichen und dem Auftragsdatenbearbeiter in einem Vertrag geregelt werden muss. Im Unterschied zur DSGVO wird aber in der Schweiz kein Mindestinhalt für diesen Vertrag vorgeschrieben. Es ist möglich, eine solche Regelung als Bestandteil eines übergeordneten Vertragsverhältnisses oder in AGB zu integrieren. In der Praxis haben sich jedoch eigenständige Dokumente mit dem Titel «Auftragsdatenverarbeitung», kurz ADV, etabliert (siehe dazu Swico Q&A zum revDSG, Kapitel 3.4).

Prüfung der bestehenden und neuen ADV nötig

Im Hinblick auf das Inkrafttreten des revDSG ist die Prüfung der bestehenden und neuen ADV auf Konformität insbesondere mit Art. 9 revDSG hin nötig. Falls Sie bereits einen ADV nach Art. 28 DSGVO haben, genügt dieser, falls er ebenso auf das Schweizer DSG verweist.

Werden die Voraussetzungen von Art. 9 revDSG vorsätzlich verletzt, so droht dem Verantwortlichen neu eine **Busse** von bis zu CHF 250'000.-. Verantwortliche haben somit jedes Interesse, den Auftragsbearbeiter entsprechend zur Einhaltung der Vorgaben zu verpflichten.

Detailliertere Informationen zur Auftragsdatenbearbeitung finden sich im Swico Q&A zum revDSG, Kapitel 3.

Für Rückfragen:

Ivette Djonova

SWICO

Head Legal & Public Affairs

Direkt: +41 44 446 90 89