

Kurzgutachten zu der Fragestellung:

Stehen der Aufforderung des Auftraggebers an den Auftragnehmer, dass dieser die Fachkunde seiner Beschäftigten im Rahmen der Beauftragung nachweist, datenschutzrechtliche Bedenken entgegen?

I. Ausgangssituation

1. Pflichten des Auftraggebers

Im Rahmen der Beauftragung von Fremdfirmen treffen den Auftraggeber jeweils unterschiedliche Pflichten. Unter anderem hat er dafür Sorge zu tragen, dass hinsichtlich der Beauftragung nur die Firmen Arbeitsleistungen ausführen dürfen, die für diese Tätigkeit ausreichende Qualifikationen der Beschäftigten belegen können und dieses auch dem Auftraggeber rechtsverbindlich zusichern. Der § 13 Abs. 1 der Betriebssicherheitsverordnung (BetrSichV) verlangt zweifelsfrei:

(1) Beabsichtigt der Arbeitgeber, in seinem Betrieb Arbeiten durch eine betriebsfremde Person (Auftragnehmer) durchführen zu lassen, so darf er dafür nur solche Auftragnehmer heranziehen, die über die für die geplanten Arbeiten erforderliche Fachkunde verfügen. Der Arbeitgeber als Auftraggeber hat die Auftragnehmer, die ihrerseits Arbeitgeber sind, über die von seinen Arbeitsmitteln ausgehenden Gefährdungen und über spezifische Verhaltensregeln zu informieren. Der Auftragnehmer hat den Auftraggeber und andere Arbeitgeber über Gefährdungen durch seine Arbeiten für Beschäftigte des Auftraggebers und anderer Arbeitgeber zu informieren.

Als fachkundig im Sinne der BetrSichV gilt gemäß § 2 Abs. 5 BetrSichV:

(5) Fachkundig ist, wer zur Ausübung einer in dieser Verordnung bestimmten Aufgabe über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügt. Die Anforderungen an die Fachkunde sind abhängig von der jeweiligen Art der Aufgabe. Zu den Anforderungen zählen eine entsprechende Berufsausbildung, Berufserfahrung oder eine zeitnah ausgeübte entsprechende berufliche Tätigkeit. Die Fachkenntnisse sind durch Teilnahme an Schulungen auf aktuellem Stand zu halten.

Bezüglich der Beauftragung zur Erbringung von Instandhaltungsleistungen fordert § 10 Abs. 2 BetrSichV unmissverständlich:

(2) Der Arbeitgeber hat Instandhaltungsmaßnahmen auf der Grundlage einer Gefährdungsbeurteilung sicher durchführen zu lassen und dabei die Betriebsanleitung des Herstellers zu berücksichtigen.

Instandhaltungsmaßnahmen dürfen nur von fachkundigen, beauftragten und unterwiesenen Beschäftigten oder von sonstigen für die Durchführung der Instandhaltungsarbeiten geeigneten Auftragnehmern mit vergleichbarer Qualifikation durchgeführt werden.

Damit steht fest, dass der Auftraggeber im Rahmen der ihm gesetzlich auferlegten Pflichten gerichtstauglich und zweifelsfrei den Nachweis dafür zu erbringen hat, dass die von ihm beauftragten Fremdfirmen und deren Personal fachkundig sind und diese Fachkenntnisse auch dem aktuellen Stand der Technik entsprechen.

2. Pflichten des Auftragnehmers (aus datenschutzrechtlicher Sicht)

Der Auftragnehmer ist Arbeitgeber seiner Beschäftigten. Die Beschäftigten sind natürliche Personen und somit auch **betroffene Personen** im Sinne des Art. 4 Nr. 1 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO). Die Angaben in der Gestalt der Fachkunde-/Qualifikationsnachweise sind **personenbezogene Daten** im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DSGVO, da es sich hier um Informationen handelt, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Die **Verarbeitung** (Art. 6 Abs. 1 DSGVO) dieser Daten erfolgt durch das Erheben und das Speichern dieser Informationen auf Seiten des Auftraggebers, der damit die Erfüllung der ihm obliegenden Einholung der Qualifikationsnachweise belegt. Damit steht fest, dass die Abfrage der Qualifikationen/der Fachkunde durch den Auftraggeber Regulationsgegenstand der datenschutzrechtlichen Verpflichtungen des Auftragnehmers als **Verantwortlichen** im Sinne des Art. 5 Abs. 2 DSGVO betreffen.

II. Juristische Würdigung

Stünden die Pflichten des Arbeitgebers als datenschutzrechtlich Verantwortlichem nunmehr in einem unlöslichen Widerspruch zu den, dem Auftraggeber obliegenden Informationsbeschaffungspflichten, so wäre eine derartige Ausgangslage rechtlich nicht haltbar, da entweder der Arbeitgeber (als Auftragnehmer) einen Rechtsverstoß in der Weitergabe personenbezogener Daten begehen müsste oder aber der Auftraggeber gezwungen wäre, die ihm obliegenden Pflichten zum Nachweis der Fachkunde der beauftragten Firmen widerrechtlich unerfüllt zu lassen.

Um die Frage nach der Rechtmäßigkeit, also der Vereinbarkeit des Datenschutzes auf der einen Seite und der Informationspflichten auf der anderen Seite zu beantworten, bedarf es zunächst einer kurzen Übersicht über das Datenschutzrecht.

1. BDSG (Bundesdatenschutzgesetz) / DSGVO

Die europäischen und der deutsche Gesetzgeber haben das Datenschutzrecht auf neue rechtliche Grundlagen gestellt. Ab dem 25. Mai 2018 gilt die EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO); gleichzeitig tritt das neue Bundesdatenschutzgesetz (BDSG n.F.) in Kraft.

Die neuen Rechtsgrundlagen stellen keinen Paradigmenwechsel dar. Viele Grundsätze der DSGVO gab es schon in der EU-Datenschutzrichtlinie von 1995, die durch das bisher geltende BDSG a.F. umgesetzt wurde. Dazu gehören u.a. die Datenvermeidung und Datensparsamkeit, die Zweckbindung der Datenverarbeitung und das grundsätzliche Verbot der Datenverarbeitung mit Erlaubnisvorbehalt. Die Unterschiede zwischen dem neuen und dem bisherigen Recht liegen vor allem in einer erheblich gesteigerten Dokumentations- und Nachweis-pflicht ("Accountability") sowie in der Verschärfung des Haftungsregimes und der Erhöhung des Bußgeldrahmens. Außerdem weitet die DSGVO den Datenschutz in gewissen Konstellationen auf Datenverarbeitungen auch außerhalb der EU aus.¹

2. Artikel 5 Datenschutzgrundverordnung

Im Absatz 1 des Art. 5 der DSGVO werden die grundsätzlichen Vorgaben für die Legitimität, also die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung der personenbezogenen Daten geregelt.

Als Übersicht² werden diese nachstehend dargestellt:

Grundsatz	Erläuterung
Rechtmäßigkeit	eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung existiert
Treu und Glauben	redlich, anständig („fair use“)
Transparenz	durch ausreichende Information ist die Verarbeitung für die betroffene Person nachvollziehbar
Zweckbindung	festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke, bei der Erhebung festgelegt
Datenminimierung	Verarbeitung auf das zweckgebundene Maß beschränkt
Richtigkeit	Daten müssen sachlich richtig sein
Speicherbegrenzung	frühestmögliche Löschung nach Wegfall der zweckgebundenen Erforderlichkeit der Speicherung
Integrität und Vertraulichkeit	Schutz vor unbefugter oder unrechtmäßiger Verarbeitung, Verlust, Schädigung

In Absatz 2 des Art. 5 DSGVO wird gefordert, dass der Verantwortliche für die Einhaltung der Anforderungen des Absatzes 1 verantwortlich ist und die Einhaltung der Grundsätze der Legitimität als ihm obliegende Rechenschaftspflicht nachzuweisen hat.

¹ Institut der Wirtschaftsprüfer, Fragen und Antworten zu der EU Datenschutz-Grundverordnung und dem neuen Bundesdatenschutzgesetz vom 8.3.2018, zu Vorbemerkung,

² Schulz, Karsten; Lehrbeauftragter FH Dortmund, EU-DSGVO – Schulung 2019

3. Artikel 6 Abs. 1 DSGVO

Zu Art. 6 Abs. 1 DSGVO werden die Bedingungen genannt, die einzuhalten sind, damit eine Verarbeitung rechtmäßig ist. Es genügt, wenn eine der dort genannten Bedingungen erfüllt ist. Konkret ist eine Bedingung bezogen auf die dem Gutachten zugrundeliegende Fragestellung bereits dann erfüllt, wenn die Beschäftigten gegenüber dem Arbeitgeber freiwillig und auf einen konkreten Fall bezogen im Rahmen einer mündlichen oder elektronischen oder schriftlichen Erklärung ihr Einverständnis zur Weitergabe und damit zur Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten gegeben haben:

„die betroffene Person hat ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben“ (Art. 6 Abs. 1 Buchstabe a DSGVO).

Eine weitere Bedingung die die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung gem. Art. 6 Abs. 1 DSGVO erfüllt ist in dem Umstand zu erkennen, dass „die Verarbeitung ist zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich, der der Verantwortliche unterliegt“ (Art. 6 Abs. 1 Buchstabe c DSGVO).

Hieraus folgt, dass auf der Seite des Auftragnehmers zwischen diesem und den Beschäftigten eine innerbetriebliche grundsätzliche Regelung zur Weitergabe der personenbezogenen Daten hinsichtlich der Weitergabe der Informationen zur Qualifikation getroffen werden muss, die dann auf den jeweiligen Einzelfall zwischen dem Auftragnehmer und dessen Beschäftigten konkret durch den Letztgenannten zu bestätigen ist. Der betriebliche Datenschutzbeauftragte ist mit dem Entwurf einer entsprechenden Regelung zu beauftragen, damit die innerbetrieblichen Abläufe den datenschutz-rechtlichen Erfordernissen entsprechen.

Als zweite Konsequenz ergibt sich aus den obigen Darstellungen zur Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten der Beschäftigten, dass zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer die Wahrung der Grundsätze gemäß Art. 5 Abs. 1 DSGVO verbindlich verabredet wird, um auch insoweit den datenschutzrechtlichen Erfordernissen zu entsprechen.

III. Ergebnis

- Die im Zusammenhang mit der Überprüfung der Fachkunde und Qualifikation der Beschäftigten des beauftragten Auftragnehmers gegebenen Anforderungen der Arbeitsschutzvorschriften stehen nicht in einem unlösbaren Widerspruch zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen, die der Auftragnehmer als Verantwortlicher nach DSGVO gegenüber seinen eigenen Beschäftigten zu erfüllen hat.
- Der Auftragnehmer ist als Arbeitgeber seiner eigenen Beschäftigten verpflichtet die Beschäftigten über die Weitergabe der jeweiligen personenbezogenen Daten an den Auftraggeber zu informieren und im Idealfall mit diesem darüber ein Einverständnis zu erzielen. Gelingt dieses nicht, so hat der Auftragnehmer über dessen Datenschutzbeauftragten und im Rahmen einer entsprechenden Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 35 DSGVO) eine Risikobeurteilung bzgl. der Weitergabe von

personenbezogenen Daten, die im Zusammenhang mit der beruflichen Qualifikation der Beschäftigten stehen, vorzunehmen und hierüber den Auftraggeber im Versagensfall der Weitergabe von Informationen in Kenntnis zu setzen, damit dieser wiederum seinerseits eigenständig darüber entscheiden kann ob er den Auftragnehmer gleichwohl beauftragt.

- Der Auftragnehmer ist bei der Weitergabe der personenbezogenen Daten der Beschäftigten an die Rechtmäßigkeitsvorgaben der Art. 5 und 6 DSGVO gebunden.
- Die Verarbeitung der weitergegebenen personenbezogenen Daten erfordert eine verbindliche Regelung zwischen den Vertragsparteien, die ebenfalls die Rechtmäßigkeitsvorgaben der Art. 5 und 6 DSGVO einhalten.

IV. Muster einer Verpflichtungserklärung zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer

Verpflichtungserklärung zur Wahrung der Vertraulichkeit bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit einem Auftragsverhältnis (Fremdfirmenbeauftragung)

Die auftraggebende

Firma XYZ.....

hat im Rahmen der ihr obliegenden arbeitsschutzrechtlichen Pflichten den Nachweis dafür zu erbringen, dass die Beschäftigten der auftragnehmenden

Firma ABC.....

über die für die Tätigkeit erforderliche Fachkunde/Qualifikation verfügt. Im Gegenzug obliegt es der Auftragnehmerin die personenbezogenen Daten ihrer Beschäftigten weitestgehend und rechtskonform zu schützen.

Aufgrund dieser wechselseitigen Aufgabenstellung verpflichtet sich die Auftraggeberin zur Wahrung der Vertraulichkeit bei den personenbezogenen Daten nach Art. 5 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 4 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), soweit ihr seitens der Auftragnehmerin im Rahmen der Beauftragung Zugang zu den Daten verschafft und sie hiervon Kenntnis erlangt hat. Es ist der Auftraggeberin ausdrücklich untersagt unbefugt personenbezogene Daten zu verarbeiten. Diese Verpflichtung besteht auch nach Beendigung der Beauftragung/ Ausführung der Tätigkeiten fort.