DERRA, MEYER & PARTNER
Rechtsanwälte PartGmbB

Gutachterliche Stellungnahme

zu Änderungen der Stellung des Datenschutzbeauftragten durch die Datenschutz-Grundverordnung

im Auftrag des

Berufsverbands der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (BvD) e.V.
Budapester Straße 31
10787 Berlin

erstellt durch

Derra, Meyer & Partner Rechtsanwälte PartGmbB

unter Mitwirkung der Rechtsanwälte

Stefan Eßer
Konrad Menz
Prof. Dr. jur. Jürgen Meyer
Christiane Schrader-Kurz
Nils Steffen

www.derra.eu

Vorbemerkung

Die nachfolgende gutachterliche Stellungnahme (im Folgenden: „Gutachten“) basiert auf den mit der Auftragserteilung am 27.02.2017 festgelegten Rahmenbedingungen. Diese haben in mehreren Erörterungen mit dem Auftraggeber noch eine inhaltliche Ergänzung hinsichtlich des Aufbaus des Gutachtens erfahren.

Entsprechend der Auftragserteilung haben die Verfasser der gutachterlichen Stellungnahme <u>nur</u> die durch den Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (BvD) e.V. vorgegebenen Fragestellungen beantwortet. Auf mit der Fragestellung mittelbar oder unmittelbar verbundene Folgeerwägungen wurde deshalb nicht eingegangen.

Die Ausarbeitung stützt sich dabei auf die zum 25.05.2016 in Kraft getretene und ab dem 25.05.2018 unmittelbar anzuwendende Datenschutz-Grundverordnung und das am 12. Mai 2017 vom Bundesrat (und zuvor vom Bundestag) verabschiedete Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz-EU (DSAnpUG-EU; im Folgenden: „AnpassungsG“). Durch das AnpassungsG wurde in Art. 1 AnpassungsG ein neues Bundesdatenschutzgesetz verabschiedet (im Folgenden: „BDSG-neu“), auch wenn der vorangegangene Entwurf des DSAnpUG-EU Kritik seitens der EU-Kommission erfahren hatte. Das BDSG-neu wird nach Unterzeichnung durch den Bundespräsidenten und Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt am 25.05.2018 in Kraft treten.

Das Bundesdatenschutzgesetz in seiner aktuell geltenden Fassung wird in diesem Gutachten mit BDSG ohne Zusatz abgekürzt.

In diesem Gutachten wurde die zum Stichtag des 30.06.2017 geltende Gesetzeslage, sowie die bis zu diesem Datum erschienene Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt. Durch Änderung der Gesetzeslage oder gerichtliche Entscheidungen mag sich künftig eine abweichende Beurteilung ergeben. Die Literatur zu den mit der Datenschutz-Grundverordnung einhergehenden Neuerungen und Veränderungen ist gerade erst dabei, teilweise zu entstehen und die auch in diesem Gutachten aufgeworfenen Rechtsfragen differenziert zu betrachten. Eine abschließende und allumfassende Beantwortung der in diesem Gutachten enthaltenen Rechtsfragen kann daher nicht garantiert werden.

Die Ausführungen beschränken sich auf den Datenschutzbeauftragten im nicht-öffentlichen Bereich. Soweit in diesem Gutachten von „dem Datenschutzbeauftragten“ die Rede sein wird, sind damit sowohl weibliche als auch männliche Datenschutzbeauftragte gemeint. Die alleinige Verwendung der männlichen Form erfolgt ausschließlich aus Gründen der besseren Lesbarkeit.

Dies vorangestellt, ist der strukturelle Aufbau des Gutachtens wie folgt wiederzugeben:

- Inhaltsverzeichnis
- Literaturverzeichnis
- Praxisorientierte Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse
- Detaillierte Beantwortung der vorgegebenen Fragestellungen
- Anlagen (Handlungstipps, Bestellungsurkunde Muster (alt), Beratervertrag Muster (alt)

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Vorbemerkung **2**

Inhaltsverzeichnis **3**

Literaturverzeichnis **7**

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse **10**

Gutachterliche Stellungnahme

1. Stellung des Datenschutzbeauftragten in der DS-GVO aus arbeitsrechtlicher Sicht **11**

1.1 Arbeitsrechtliche Bewertung von Alt-Fällen in Bezug auf den internen Datenschutzbeauftragten **11**

1.1.1 Frage: „Endet eine bereits vor dem Inkrafttreten der DS-GVO erfolgte Bestellung automatisch mit dem Inkrafttreten der DS-GVO?“ 12

1.1.2 Frage: „Endet eine bereits vor dem Inkrafttreten der DS-GVO erfolgte Anstellung automatisch mit dem Inkrafttreten der DS-GVO?“ 14

1.1.3 Frage: „Gilt der unter dem BDSG bestehende Kündigungsschutz für Alt-Fälle auch unter der DS-GVO fort oder gelten nur die neuen Regelungen der DS-GVO?“ 15

1.1.3.1 Frage: „Kann bei einer Bestellung während der Geltung des BDSG angenommen werden, dass die alte BDSG-Regelung in den Vertrag „incorporiert“ wurde, sodass der alte gesetzliche Schutz vertraglich fortbesteht, auch wenn die BDSG-Regelung nicht mehr anwendbar ist.“ 19

1.1.4 Frage: „Stellt das Inkrafttreten der DS-GVO einen Grund zur Abberufung dar, 20

1.1.4.1 Frage: … wenn nach der DS-GVO keine Benennungspflicht mehr besteht?“ 20

1.1.4.2 Frage: „… auch wenn unter der DS-GVO eine Benennungspflicht besteht?“ 23

1.1.5 Frage: „Stellt das Inkrafttreten der DS-GVO einen außerordentlichen oder ordentlichen Grund zur Kündigung des Anstellungsverhältnisses dar, 24

1.1.5.1 Frage: … wenn nach der DS-GVO keine Benennungspflicht mehr besteht?“ 24

1.1.5.2 Frage: „… auch wenn unter der DS-GVO eine Benennungspflicht besteht? 25

1.2 Vertragliche Stellung des externen Datenschutzbeauftragten in Bezug auf Bestellungen vor dem Anwendungsbeginn der DS-GVO 25

1.2.1 Frage: „Endet eine bereits vor dem Inkrafttreten der DS-GVO erfolgte Bestellung automatisch mit dem Inkrafttreten der DS-GVO?“ 26

1.2.2 Frage: „Endet eine bereits vor dem Inkrafttreten der DS-GVO erfolgte Beauftragung automatisch mit dem Inkrafttreten der DS-GVO?“ 28

1.2.3 Frage: „Stellt das Inkrafttreten der DS-GVO einen Grund zur Abberufung dar, 29

1.2.3.1 Frage: … wenn nach der DS-GVO keine Benennungspflicht mehr besteht?“ 29

1.2.3.2 Frage: „… auch wenn unter der DS-GVO eine Benennungspflicht besteht?“ 29

1.2.4 Frage: „Stellt das Inkrafttreten der DS-GVO einen außerordentlichen oder ordentlichen Grund zur Kündigung des Vertrags dar, 30

1.2.4.1 Frage: … wenn nach der DS-GVO keine Benennungspflicht mehr besteht?“ 30

1.2.4.2 Frage: „… auch wenn unter der DS-GVO eine Benennungspflicht besteht?“ 30

1.3 Schutz des benannten Datenschutzbeauftragten in der DS-GVO 31

1.3.0 Vorbemerkung zu 1.3.1: Grundlagen zur zivilrechtlichen Haftung des Datenschutzbeauftragten 33

1.3.0.1 Haftung des Datenschutzbeauftragten bei Nichtverhinderung eines Datenschutzverstoßes im Unternehmen 38

1.3.0.1.1 Überwachungs- und Handlungssystem der Datenschutz-Grundverordnung 39

1.3.0.1.2 Rechtsstellung des Datenschutzbeauftragten 43

1.3.0.1.3 „Überwachen“ 44

1.3.0.2 Ergebnis 46

1.3.1 Frage: „Unter welchen Voraussetzungen haftet der angestellte, benannte *Datenschutzbeauftragte?*“ 46

1.3.2 Frage: „Unter welchen Voraussetzungen haftet der externe (Dienstvertrag), benannte Datenschutzbeauftragte?“ 51

1.3.3 Frage: „Datenschutzbeauftragte obliegt es die Einhaltung der DS-GVO zu überwachen. Ist eine Haftung bei Sanktionen falls mangelnde Überwachung stattgefunden hat vorstellbar? Was sind die Voraussetzungen dafür?“ 53

1.3.4 Frage: „Kommen vertragliche Haftungsbegrenzungen in Betracht?“ 55

1.4 Annex-Fragen 56

1.4.1 Frage: „Gibt es Unterschiede in Bezug auf interne (angestellte) und externe (siehe Vertragsmuster) Datenschutzbeauftragte?“ 57

1.4.2 Frage: „Kommen konkludente Bestellungen durch Fortführung der Tätigkeit in Betracht?“ 57

2. Strafrechtliche Stellung des Datenschutzbeauftragten nach der DS-GVO 58

2.1 Vorfragen zur DS-GVO 58

2.1.1 Frage: „Trifft den Datenschutzbeauftragten eine Pflicht, sich Kenntnis von datenschutzrelevanten Vorgängen zu verschaffen?“ 58

2.1.2 Frage: „Trifft den Datenschutzbeauftragten eine Pflicht, die Umsetzung seiner Hinweise/Vorgaben zu überwachen oder gar diese sicherzustellen?“ 59

2.1.3 Frage: „Trifft den Datenschutzbeauftragten für seine Tätigkeit die Pflicht eine Datenschutzorganisation neben der, welche das Unternehmen (vgl. Artt. 5, 12, 24 DS-GVO) aufzubauen hat.“ 60

2.2 Strafrechtliche Verantwortlichkeit 60

2.2.1 Frage: „Kann für den benannten Datenschutzbeauftragten eine strafrechtliche Verantwortung in Betracht kommen?“ 61

2.2.2 Frage: „Bestehen für den benannten Datenschutzbeauftragten aus der DS-GVO Sanktionen? Welche seiner Pflichten sind unmittelbar durch die DS-GVO sanktioniert?“ 64

2.2.3 Frage: „Trifft den benannten Datenschutzbeauftragten eine generelle Pflicht zur Verhinderung von Datenschutzverstößen im Unternehmen?“ 67

2.2.4 Frage: „Trifft den benannten Datenschutzbeauftragten eine Pflicht zur Verhinderung von bestimmten Datenschutzverstößen im Unternehmen?“ 68

2.2.5 Frage: „Kontrollaufgaben sind eine der wesentlichen formulierten Pflichten für Datenschutzbeauftragte. Können sich durch mangelnde Kontrolle im Unternehmen direkt Sanktionen ergeben?“ 68

2.2.6 Frage: „Trifft den benannten Datenschutzbeauftragten eine Pflicht zur Verhinderung von Datenschutzverstößen im Unternehmen, wenn er zuvor auf die Rechtswidrigkeit hingewiesen hat?“ 69

2.2.7 Frage: „Besteht ein Unterschied, ob der Datenschutzbeauftragte ein Angestellter des Unternehmens ist oder externe Dienstleister.“ 69

2.3 Delegierte Aufgaben 69

2.3.1 Frage: „Ist für die strafrechtliche Verantwortlichkeit zwischen einerseits originären Aufgaben des Datenschutzbeauftragten und andererseits kraft Delegation übernommenen Pflichten zu unterscheiden?“ 69

2.3.2 Frage: „Wann ergibt sich für den Datenschutzbeauftragten bei delegierten Aufgaben eine strafrechtliche Verantwortung? Ist die Ausgestaltung der Aufgabendelegation hierfür relevant?“ 70

Anlage 1 – Handlungstipps

Anlage 2 – Bestellungsurkunde Muster (alt – nicht zu verwenden)

Anlage 3 – Beratungsvertrag Muster (alt – nicht zu verwenden)

Literaturverzeichnis

Albrecht, Jan Philipp; Jotzo, Florian, Das neue Datenschutzrecht der EU, Nomos Verlagsgesellschaft, 2017

Behling, Thorsten, ZIP 2017, 697 – 706, „Die datenschutzrechtliche Compliance – Verantwortung der Geschäftsleitung“

Bergt, Matthias in: Kühling, Jürgen (Hrsg.); Buchner, Benedikt (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung: DS-GVO, Verlag C.H. Beck OHG, 2017

Bongers, Frank; Krupna, Karsten, ZD 2013, 594 – 599, „Haftungsrisiken des internen Datenschutzbeauftragten – Zivilrechtliche Haftung, Bußgelder und Strafen“

Eisele, Jörg in: Rotsch, Thomas (Hrsg.), Criminal Compliance, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015

Ettig, Diana; Bausewein, Christoph in: Wybitul, Tim (Hrsg.), Handbuch EU-Datenschutz-Grundverordnung, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2017

Franzen, Martin in: Müller-Glöge, Rudi (Hrsg.); Preis, Ulrich (Hrsg.); Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Auflage, Verlag C.H. Beck OHG, 2017

Gola, Peter; Brink, Stefan in Boecken, Winfried (Hrsg.); Düwell, Franz Josef (Hrsg.); Diller, Martin (Hrsg.); Hanau, Hans (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht, Band 1, Nomos Verlagsgesellschaft, 2016

Gola, Peter; Klug, Christoph; Körffer, Barbara in: BDSG: Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck OHG, 2015

Gola, Peter; Klug, Christoph, NJW 2007, 118 – 122, „Neuregelungen zur Bestellung betrieblicher Datenschutzbeauftragter“

Grüneberg, Christian in Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Auflage, Verlag C.H. Beck OHG, 2017

Hamann, Christian, BB 2017, 1090 – 1097, „Europäische Datenschutz-Grundverordnung – neue Organisationspflichten für Unternehmen“

Heberlein, Horst in: Ehmann, Eugen (Hrsg.); Selmayr, Martin (Hrsg.), DS-GVO - Datenschutz-Grundverordnung, Verlag C.H. Beck OHG, 2017

Heermann, Peter W. in: Henssler, Martin (Red.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 6, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck OHG, 2012

Herbst, Tobias in: Kühling, Jürgen (Hrsg.); Buchner, Benedikt (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung: DS-GVO, Verlag C.H. Beck OHG, 2017

Hesse, Dirk in: Henssler, Martin (Red.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 6, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck OHG, 2012

Jaspers, Andreas; Reif, Yvette, RDV 2016, 61 – 68, „Der Datenschutzbeauftragte nach der Datenschutz-Grundverordnung: Bestellpflicht, Rechtsstellung und Aufgaben“

Klug, Christoph, ZD 2016, 315 - 319, „Der Datenschutzbeauftragte in der EU Maßgaben der Datenschutzgrundverordnung“

Kort, Michael, ZD 2017, 3 – 6, „Was ändert sich für Datenschutzbeauftragte, Aufsichtsbehörden und Betriebsrat mit der DS-GVO? Die zukünftige Rolle der Institutionen rund um den Beschäftigtendatenschutz“

Kühling, Jürgen; Martini, Mario, EuZW 2016, 448 – 454, „Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?“

Lepperhoff, Niels; Müthlein, Thomas, Leitfaden zur Datenschutz-Grundverordnung, Datakontext, 2017

Marschall, Kevin, ZD 2014, 66 – 71, „Strafrechtliche Haftungsrisiken des betrieblichen Datenschutzbeauftragten? Notwendige Handlungsempfehlungen“

Marschall, Kevin; Müller, Pinkas, ZD 2016, 415 – 420, „Der Datenschutzbeauftragte im Unternehmen zwischen BDSG und DS-GVO - Bestellung, Rolle, Aufgaben und Anforderungen im Fokus europäischer Veränderungen“

Nemitz, Paul in: Ehmann, Eugen (Hrsg.); Selmayr, Martin (Hrsg.), DS-GVO - Datenschutz-Grundverordnung, Verlag C.H. Beck OHG, 2017

Oetker, Hartmut in: Krüger, Wolfgang (Red.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, 7. Auflage, Verlag C.H. Beck OHG, 2016

Paal, Boris P.(Hrsg.); Pauly, Daniel (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung: DS-GVO, Verlag C.H. Beck OHG, 2017

Piltz, Carlo, K&R 2016, 709 – 715, „Die Datenschutz-Grundverordnung – Teil 3: Rechte und Pflichten des Verantwortlichen und Auftragsverarbeiters“

Roßnagel, Alexander, MMR 2015, 359 – 264, „Der Anwendungsvorrang der eIDAS-Verordnung - Welche Regelungen des deutschen Rechts sind weiterhin für elektronische Signaturen anwendbar?“

Sachs, Andreas; Kranig, Thomas; Gierschmann, Markus, Datenschutz-Compliance nach der DS-GVO: Handlungshilfe für Verantwortliche inklusive Prüffragen für Aufsichtsbehörden, Bundesanzeiger Verlag, 2017

Schantz, Peter, NJW 2016, 1841 - 1847, „Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht“

Schneider, Jochen, Datenschutz nach der Datenschutz-Grundverordnung, Verlag C.H. Beck OHG, 2017

Simitis, Spiros (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, 2014

Thode, Jan-Christoph, CR 2016, 714 – 721, „Die neuen Compliance-Pflichten nach der Datenschutz-Grundverordnung“

Von dem Bussche, Axel Freiherr in: Plath, Kai-Uwe (Hrsg.), BDSG DS-GVO: Kommentar zum BDSG und zur DSGVO sowie den Danteschutzbestimmungen des TMG und TKG, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016

Wybitul, Tim, CCZ 2016, 194 – 198, „Welche Folgen hat die EU-Datenschutz-Grundverordnung für Compliance?“

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse:

- Unter der Geltung des aktuellen Bundesdatenschutzgesetzes bestellte Datenschutzbeauftragte bleiben auch nach Wirksamwerden der Datenschutz-Grundverordnung grundsätzlich im Amt. Die Bestellungen bleiben als Benennungen wirksam; allerdings gilt ab 25.05.18 unmittelbar die Datenschutz-Grundverordnung.

- Auch die Arbeitsverträge der internen Datenschutzbeauftragten enden nicht automatisch mit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung.

- Die Voraussetzungen der Pflichtbestellung eines Datenschutzbeauftragten und auch des Kündigungsschutzes sowie des Schutzes gegen Abberufung und Benachteiligung sind in der Datenschutz-Grundverordnung anders geregelt als im aktuell geltenden Bundesdatenschutzgesetz, welches ab Wirksamwerden der Datenschutz-Grundverordnung nicht mehr anzuwenden sein wird. Die Regelungen zum Kündigungsschutz und zur Pflichtbestellung bleiben aber nach Verabschiedung des BDSG-neu weitgehend in einer an die Datenschutz-Grundverordnung angepassten Form erhalten.

- Weder die Bestellung bzw. Benennung des externen Datenschutzbeauftragten, noch seine Beauftragung enden automatisch, weil dies weder im Gesetz, noch in dem vorgelegten Vertragsmuster vorgesehen ist.

- Den Datenschutzbeauftragten trifft keine generelle Pflicht zur Verhinderung von Datenschutzverstößen im Unternehmen. Er überwacht die datenschutzrechtliche Organisationsstruktur des Unternehmens und berichtet über seine Erkenntnisse gegenüber dem obersten Management. Die Intensität seiner Berichterstattung hat hierbei einem risikobasierten Ansatz zu folgen. Ein aktives Eingreifen zur Beseitigung oder Verhinderung einzelner Verstöße liegt hingegen in Ermangelung entsprechender Weisungsbefugnisse nicht im Pflichtenkreis des Datenschutzbeauftragten.

- Der externe Datenschutzbeauftragte haftet nicht für jeden Datenschutzverstoß im Unternehmen. Er haftet nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen für schuldhafte Verletzungen einer Pflicht, ohne dass ihm eine Haftungsprivilegierung – wie dies bei einem internen Datenschutzbeauftragten der Fall ist – zu Gute kommt.

- Eine unmittelbare sanktionsrechtliche Verantwortlichkeit des Datenschutzbeauftragten nach Art. 83 DS-GVO ergibt sich nicht. Eine solche ergibt sich auch nicht aus einer Garantenstellung im Rahmen einer Beauftragung (anders als für den Compliance-Officer), sofern sich seine Aufgaben nach den originären Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung ausrichten. Eine Garantenstellung kann sich aber dann ergeben, wenn dem Datenschutzbeauftragten im Wege der Delegation weitere Pflichten und Befugnisse übertragen werden.

1. Stellung des Datenschutzbeauftragten in der DS-GVO aus arbeitsrechtlicher Sicht

Erläuterung des Fragestellers: *„Bei internen Datenschutzbeauftragten ist gegebenenfalls zwischen dem Anstellungsverhältnis und der Bestellung als betrieblicher Datenschutzbeauftragten zu unterscheiden. Ebenfalls ist zu berücksichtigen, dass interne – also angestellte – Datenschutzbeauftragte häufig nur einen Teil ihrer Arbeitszeit auf die Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter verwenden und daneben im Unternehmen (hauptsächlich) andere Aufgaben als Angestellte wahrnehmen."*

1.1 Arbeitsrechtliche Bewertung von Alt-Fällen in Bezug auf den internen Datenschutzbeauftragten

Im Zuge der Anfertigung dieses Gutachtens haben wir zunächst geprüft, welche Folgen das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits bestellte interne Datenschutzbeauftragte haben wird. Unter internen Datenschutzbeauftragten sind solche Datenschutzbeauftragte zu verstehen, die bei einem Unternehmen angestellt sind. Sie sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes in der Regel als Arbeitnehmer zu betrachten.[1] Der betriebliche Datenschutzbeauftragte ist ein Kernelement der Datenschutz-Grundverordnung.[2]

Ferner ist nach den Regelungen des aktuell geltenden Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) und auch nach den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung sowie des am 12. Mai 2017 vom Bundesrat (und zuvor vom Bundestag) verabschiedeten DSAnpUG-EU bei der Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten zwischen dem Grundverhältnis und dem Bestellungsverhältnis zu differenzieren. Durch das AnpassungsG wurde das BDSG-neu beschlossen, welches das BDSG ersetzen wird und die maßgeblichen nationalen Regelungen zum Datenschutzbeauftragten enthält. Die einseitige Bestellung zum Beauftragten für den Datenschutz ist von der vertraglichen Grundlage zu trennen, aufgrund derer der Beauftragte sich schuldrechtlich verpflichtet, die Aufgabe des Datenschutzbeauftragten zu übernehmen. Bei einem Arbeitnehmer ist das Grundverhältnis regelmäßig das Arbeitsverhältnis. Stimmt der Arbeitnehmer seiner Bestellung zu, erweitern sich mit der Bestellung für den Zeitraum seiner Bestellung auch die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten. Gleichwohl ist zwischen den beiden Rechtsverhältnissen zu differenzieren.[3]

Die Datenschutz-Grundverordnung ist am 25.05.2016, dem 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union, in Kraft getreten (Art. 99 Abs. 1 DS-GVO). Sie gilt aber erst nach Ablauf von 2 Jahren nach Inkrafttreten, also ab dem 25.05.2018 (Art. 99 Abs. 2 DS-GVO). Die Ausführungen in diesem Gutachten betreffen in Bezug auf die Datenschutz-Grundverordnung den Rechtszustand ab Geltungsbeginn der Datenschutz-Grundverordnung.

[1] Franzen in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Auflage 2017, § 4 f BDSG, Rn. 8
[2] Heberlein in Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 37 Rn. 1
[3] so bereits BAG, Urt. v. 13.3.2007 – 9 AZR 612/05

1.1.1 Frage: *„Endet eine bereits vor dem Inkrafttreten der DS-GVO erfolgte Bestellung automatisch mit dem Inkrafttreten der DS-GVO?“*

Durch die Datenschutz-Grundverordnung wird auch die Rechtsfigur des Datenschutzbeauftragten, die bislang ihre rechtliche Grundlage in § 4 f BDSG gefunden hat, auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt. Mit der Datenschutz-Grundverordnung hat der europäische Gesetzgeber den bislang im Wesentlichen in Deutschland bekannten Datenschutzbeauftragten adaptiert und entschieden, dass unter den Voraussetzungen des Artikels 37 Abs. 1 DS-GVO zwingend ein Datenschutzbeauftragter zu bestellen ist. Nach den Erwägungsgründen zur Verordnung „sollte der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter bei der Überwachung der internen Einhaltung der Bestimmungen dieser Verordnung von einer weiteren Person, die über Fachwissen auf dem Gebiet des Datenschutzrechtes und der Datenschutzverfahren verfügt, unterstützt werden“.[4]

Eine EU-Verordnung besitzt nach Artikel 288 Abs. 2 Satz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise des Europäischen Union (AEUV) allgemeine Geltung. Dies bedeutet, dass sie unmittelbar anwendbar ist und unmittelbare Rechtswirkungen zeitigt. Sie ist nach Artikel 288 Abs. 2 Satz 2 AEUV in all ihren Teilen verbindlich, ohne dass es hierfür eines nationalen Umsetzungsaktes in jedem Mitgliedsstaat bedürfte. Eine europäische Verordnung ist mithin unmittelbar verbindlich für Unionsbürger und staatliche Stellen.[5]

Besteht zwischen nationalen Gesetzen der einzelnen Mitgliedsstaaten und den Regelungen einer EU-Verordnung ein Widerspruch, so genießt die EU-Verordnung Vorrang. Die jeweiligen nationalen Gesetze sind nicht unwirksam. Die EU-Verordnung wird jedoch vorrangig angewandt. Die ihr widersprechende nationale Regelung – beispielsweise ein deutsches Gesetz – darf nicht angewendet werden. Der Anwendungsvorrang ist eine „ungeschriebene Norm des primären Unionsrechtes“.[6]

Vor dem Hintergrund der skizzierten Bedeutung und Regelungswirkung einer EU-Verordnung ist also zu prüfen, ob das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung dazu führt, dass die Rechtsfigur des Datenschutzbeauftragten dergestalt auf eine neue Grundlage gestellt wird, dass ab Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung sämtliche Ämter von Datenschutzbeauftragten, die aufgrund § 4 f BDSG bestellt worden sind, enden müssen. Ggf. könnten die Ämter der Datenschutzbeauftragten auch nur für eine sogenannte „juristische Sekunde“ enden und dann unter den Voraussetzungen der Datenschutz-Grundverordnung und des BDSG-neu wieder „aufleben“.

Wesentlich für die Beantwortung der Frage ist die rechtliche Einordnung der Bestellung des Datenschutzbeauftragten. Das Bundesdatenschutzgesetz verwendet seit jeher den Begriff der Bestellung für die Bestimmung eines Datenschutzbeauftragten in einem Unternehmen oder Betrieb. Das BDSG-neu spricht demgegenüber in § 5 Abs. 1 bzw. § 38 Abs. 1 von der „Benennung“ des Datenschutzbeauftragten. Es entspricht insoweit in seiner Terminologie der Datenschutz-Grundverordnung, die ebenfalls nicht von einer Bestellung, sondern von der

[4] Erwägungsgrund 97 zur Verordnung EU 2016/679
[5] Roßnagel, MMR 2015, 359
[6] Roßnagel, aaO; BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83

Benennung des Datenschutzbeauftragten spricht (Artikel 37 Abs. 1 DS-GVO). Trotz der unterschiedlichen Begriffe ist indes davon auszugehen, dass der europarechtliche Begriff der Benennung dem bisher in Deutschland verwendeten Begriff der Bestellung entspricht. In der von den Autoren dieses Gutachtens eingesehenen Rechtsprechung und Literatur findet sich jedenfalls keine Ansicht, die dahingehend zu verstehen ist, dass die Benennung des Datenschutzbeauftragten einen anderen Rechtsakt darstellt als die bisher übliche Bestellung. Es wird im Gegenteil in aller Regel nicht zwischen den beiden Begriffen differenziert. Beide Begriffe werden oftmals deckungsgleich verwendet.[7]

Damit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass die veränderte Terminologie der Datenschutz-Grundverordnung und des BDSG-neu nicht dazu führt, dass eine Bestellung als solche auf Grundlage der unmittelbar geltenden Datenschutz-Grundverordnung nicht mehr Bestand haben soll.

Auch die Veränderung der rechtlichen Grundlagen der Bestellung/Benennung des Datenschutzbeauftragten dürfte nach Ansicht der Autoren dieses Gutachtens nicht zu einem automatischen Ende der unter der Geltung des derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetzes erfolgten Bestellungen führen. Hierfür spricht insbesondere, dass die automatische Beendigung des Amtes des Datenschutzbeauftragten bislang vollkommen unbekannt ist. Selbst im Falle des Wegfalles der gesetzlichen Voraussetzung einer Pflichtbestellung wird in der insoweit maßgeblichen Literatur davon ausgegangen, dass lediglich ein Grund für die Abberufung des Datenschutzbeauftragten vorliegt, nicht jedoch eine Beendigung des Amtes kraft Gesetzes. Es bedurfte auch unter Geltung des BDSG sowohl zur Klarstellung der arbeitsrechtlichen Situation als auch zur Klärung des Status des Datenschutzbeauftragten eines expliziten Widerrufes. Eine solche Erklärung des Arbeitgebers dürfte auch künftig erforderlich sein, weil immer auch eine „freiwillige“ Bestellung/Benennung eines Datenschutzbeauftragten möglich bleibt.[8] An dieser Einschätzung ändert auch die Rechtsprechung zur Beendigung des Amtes des Datenschutzbeauftragten im Falle des Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB nichts[9]. Der Betriebsübergang stellt einen Sonderfall dar, bei dem Arbeitsverhältnisse aus gesetzlichen Gründen auf einen neuen Betriebsinhaber übergehen, ohne dass es einer ausdrücklichen Absprache zwischen den Arbeitnehmern und dem Betriebserwerber bedürfte. Er ist mit der hier zu prüfenden Konstellation einer Änderung der gesetzlichen Grundlagen nicht zu vergleichen.

Im Gegensatz zu § 4 f Abs. 1 BDSG sehen die Datenschutz-Grundverordnung und auch das BDSG-neu (§§ 5, 38) kein Formerfordernis für die Benennung des Datenschutzbeauftragten vor. Zukünftig kann also die Benennung/Bestellung des Datenschutzbeauftragten auch mündlich erfolgen; Schriftlichkeit ist nicht mehr erforderlich. Es ist jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit dringend zu empfehlen, auch künftig Benennungen schriftlich vorzunehmen.[10]

---

[7] so spricht von dem Bussche in Plath BDSG DS-GVO, 2. Auflage, Artikel 37 Rn. 2, auch bezüglich der Datenschutz-Grundverordnung von einer Pflicht zur Bestellung

[8] Gola/Klug, NJW 2007, 118, 119

[9] LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 15.10.2013 – 3 Sa 567/14

[10] Heberlein in Ehmann/Selmayr, aaO, Art. 37, Rn. 17; Lepperhoff/Müthlein, Leitfaden zur DS-GVO, 2017, S. 82

Es verbleibt jedenfalls für die Benennung dabei, dass ein irgendwie gearteter Benennungsakt erfolgen muss, zumal Artikel 37 Abs. 7 DS-GVO vorsieht, dass der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter die Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten veröffentlicht und diese Daten der Aufsichtsbehörde mitzuteilen hat.

Die Tatsache, dass die Datenschutz-Grundverordnung in Artikel 38 Abs. 3 ausdrücklich von „abberufen" – also einer Abberufung – spricht, deckt die von den Autoren dieses Gutachtens geäußerte Rechtsansicht, dass ein automatisches Ende des Amtes des Datenschutzbeauftragten durch das Inkrafttreten und das Wirksamwerden der Datenschutz-Grundverordnung nicht herbeigeführt werden dürfte. Der europäische Gesetzgeber geht nach dem Wortlaut von Artikel 38 Abs. 3 DS-GVO nämlich selbst davon aus, dass das Amt des benannten Datenschutzbeauftragten mit einer weiteren Rechtshandlung des Verantwortlichen zu beenden ist, nämlich der Abberufung.

Spiegelbildlich zum Erfordernis der Benennung wird es auch zukünftig beim Erfordernis des Widerrufes der Benennung (Abberufung) verbleiben. Ein „automatisches" Ende des Amtes des Datenschutzbeauftragten kann nach Einschätzung der Autoren dieses Gutachtens rechtsdogmatisch nicht begründet werden. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass – ebenfalls spiegelbildlich zum nicht mehr bestehenden Formerfordernis bei der Bestellung – die Abberufung des Datenschutzbeauftragten künftig formlos, also auch mündlich, erfolgen kann. Der Verantwortliche wird eine Abberufung in der Regel schriftlich vollziehen, um diese nötigenfalls beweisen zu können. Denkbar ist aber auch, dass eine mündliche Abberufung unter Zeugen erfolgt. Insoweit ist es auch für die Abberufung aus Gründen der Rechtssicherheit ratsam, die Schriftlichkeit als Formerfordernis zwischen Verantwortlichem und Datenschutzbeauftragtem vertraglich zu vereinbaren.

Eine entsprechende Mitteilung an die Aufsichtsbehörde muss in jedem Falle zusätzlich erfolgen; dies ergibt sich im Umkehrschluss aus der Mitteilungspflicht gemäß Art. 37 Abs. 7 DS-GVO.

Die Frage ist damit auf Grundlage der obigen Ausführungen so zu beantworten, dass eine bereits vor dem Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung erfolgte Bestellung nicht mit dem Inkrafttreten/Wirksamwerden der Datenschutz-Grundverordnung automatisch endet.

1.1.2 Frage: *„Endet eine bereits vor dem Inkrafttreten der DS-GVO erfolgte Anstellung automatisch mit dem Inkrafttreten der DS-GVO?"*

Ein wesentliches Grundprinzip des deutschen Arbeitsrechts ist, dass ein Arbeits- bzw. Anstellungsverhältnis nicht automatisch enden kann. Ausnahme in diesem Zusammenhang ist ein wirksam befristetes Arbeitsverhältnis, welches durch bloßen Zeitablauf endet. Alle sonstigen (unbefristeten) Arbeitsverhältnisse enden ausschließlich durch Kündigung oder Abschluss eines Auflösungsvertrages.

Gemäß § 623 BGB bedarf die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag zudem zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.

Ein automatisches Ende des Arbeitsverhältnisses eines Datenschutzbeauftragten mit dem Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung ist damit grundsätzlich ausgeschlossen.

Die Regelung des § 623 BGB wird auch durch die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung nicht beeinträchtigt oder unanwendbar. Trotz der oben dargelegten vorrangigen Anwendung der Regelungen einer EU-Verordnung ist zu beachten, dass die Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Arbeitsrechtes ausschließlich bei den Mitgliedsstaaten liegt. § 623 BGB normiert ein arbeitsrechtliches Grundprinzip in Deutschland. Es ist daher ausgeschlossen, dass dieses Grundprinzip durch die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung beseitigt oder nicht anwendbar wird.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich dem Wortlaut der Datenschutz-Grundverordnung nicht entnehmen lässt, dass die arbeitsrechtlichen Vorschriften der einzelnen Mitgliedsstaaten auf die Arbeitsverhältnisse der internen Datenschutzbeauftragten nicht angewendet werden sollen. Die Datenschutz-Grundverordnung enthält keinerlei Regelungen zu den Arbeitsverhältnissen der Datenschutzbeauftragten und steht damit im Einklang mit den Regelungen des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Artikel 3 bis 6 AEUV).

1.1.3 Frage: *„Gilt der unter dem BDSG bestehende Kündigungsschutz für Alt-Fälle auch unter der DS-GVO fort oder gelten nur die neuen Regelungen der DS-GVO?*“

Auch zum Zwecke der Beantwortung dieser Frage ist der in diesem Gutachten zu beachtende „Dreiklang“ zwischen dem zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Gutachtens geltenden Bundesdatenschutzgesetz, der Datenschutz-Grundverordnung und dem BDSG-neu zu berücksichtigen.

Das Bundesdatenschutzgesetz in seiner zum Zeitpunkt der Anfertigung dieses Gutachtens geltenden Fassung normiert den bekannt weitreichenden Kündigungsschutz für interne Datenschutzbeauftragte. Diesen Kündigungsschutz haben jedoch nur Datenschutzbeauftragte, für die eine Bestellpflicht besteht (§ 4 f Abs. 3 S.5 BDSG). Insbesondere aus § 4 f Abs. 3 BDSG ergibt sich ein im europäischen Vergleich äußerst weitgehender Kündigungsschutz sowie Schutz gegen benachteiligende Maßnahmen des Arbeitgebers. Die Regelungen in § 4 f Abs. 3 BDSG sind – pauschalierend ausgedrückt – an dem Schutz von Betriebsräten nach dem Betriebsverfassungsgesetz orientiert. Grundsätzlich ist ein interner Datenschutzbeauftragter nicht den Weisungen der verantwortlichen Stelle, also in der Regel des Arbeitgebers, unterworfen, soweit die Ausübung des Amtes des Datenschutzbeauftragten betroffen ist. Ferner darf der Datenschutzbeauftragte wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht benachteiligt werden. Die Bestellung zum Datenschutzbeauftragten kann in entsprechender Anwendung von § 626 BGB widerrufen werden. Gleiches gilt für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, die ebenfalls nur zulässig ist, wenn Tatsachen vorliegen, welche die verantwortliche Stelle zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem

Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Nach der Abberufung als Beauftragter für den Datenschutz genießt der Datenschutzbeauftragte für ein Jahr sogenannten „nachlaufenden“ Schutz gegen die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Demgegenüber enthält die Datenschutz-Grundverordnung einen ihrem Wortlaut nach zunächst deutlich geringeren Schutz des Datenschutzbeauftragten. Während das deutsche Recht bisher dadurch geprägt ist, dass die Unabhängigkeit des betrieblichen Datenschutzbeauftragten durch einen Schutz seiner Person gewährleistet ist, der sich an den Schutz betriebsverfassungsrechtlicher Funktionsträger wie etwa Betriebsratsmitglieder anlehnt, ist dies in der Datenschutz-Grundverordnung nicht in dem selben Maße der Fall. [11]

Die Vorschriften zum Schutz des Datenschutzbeauftragten finden sich in der Regelung des Artikels 38 Abs. 3 DS-GVO. Danach stellen der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter sicher, „dass der Datenschutzbeauftragte bei der Erfüllung seiner Aufgaben keine Weisungen bezüglich der Ausübung dieser Aufgaben erhält“. Ferner darf der Datenschutzbeauftragte von dem Verantwortlichen „wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht abberufen oder benachteiligt“ werden.

Zwar sieht die Datenschutz-Grundverordnung in Artikel 38 Schutzmechanismen zur Sicherstellung der Unabhängigkeit des betrieblichen Datenschutzbeauftragten vor, nämlich im Hinblick auf dessen Weisungsfreiheit und Schutz vor Abberufung. Aber die Datenschutz-Grundverordnung enthält darüber hinaus keinen den Regelungen des derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetzes vergleichbaren Schutz des betrieblichen Datenschutzbeauftragten, um dessen Unabhängigkeit zu gewährleisten.[12] Insbesondere kennt die Datenschutz-Grundverordnung ihrem reinen Wortlaut nach keinen Kündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten.

Wie bereits oben dargelegt, genießt die Datenschutz-Grundverordnung als EU-Verordnung im Sinne von Artikel 288 AEUV Anwendungsvorrang vor den nationalen Gesetzen.

Die Kompetenz der Europäischen Union zum Erlass der Datenschutz-Grundverordnung ergibt sich insbesondere aus Artikel 16 AEUV. Nach Artikel 16 Abs. 2 AEUV erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union sowie durch die Mitgliedsstaaten im Rahmen der Ausübung von Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, und über den freien Datenverkehr. Im Hinblick auf die Tatsache, dass die Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Arbeitsrechtes aufgrund der Regelungen der Verträge der Europäischen Union, insbesondere des AEUV, ausschließlich bei den Mitgliedsstaaten liegt, könnte man Überlegungen anstellen, ob durch die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung der weitgehende Kündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte nach derzeit geltendem Bundesdatenschutzgesetz überhaupt beseitigt werden kann. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass die Rechtsfigur des Datenschutzbeauftragten

[11] Kort, ZD 2017, 3
[12] Kort, aaO

eindeutig in die Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union gemäß Artikel 16 AEUV fällt. Dementsprechend dürften auch wesentliche Regelungen, die mit seinen Aufgaben und seiner Stellung verbunden sind, in die Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union fallen. Andernfalls wäre eine strukturierte und in den einzelnen zugewiesenen Themenfeldern vollständige Gesetzgebung durch die Europäische Union kaum möglich. Es ist auch zu bedenken, dass der Schutz des Datenschutzbeauftragten nicht um seiner selbst willen besteht, sondern sowohl nach der Regelung des Bundesdatenschutzgesetzes als auch nach den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung dazu dient, die jeweiligen Zwecke der gesetzlichen Regelungen zu erreichen und zu sichern.[13]

Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem BDSG-neu eine gesetzliche Regelung verabschiedet, um sein nationales Recht an die Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung anzupassen. Der Gesetzestext sieht einen über die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung (Artikel 38) hinausgehenden Schutz des Datenschutzbeauftragten gegen Abberufung und Kündigung vor, der sehr stark an die Regelungen des derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetzes angelehnt ist.

§ 6 Abs. 4 BDSG-neu sieht vor, dass die Abberufung des Datenschutzbeauftragten nur in entsprechender Anwendung des § 626 BGB zulässig ist. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, welche die öffentliche Stelle zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Nach dem Ende der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Jahres unzulässig, es sei denn, dass die öffentliche Stelle zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt ist. § 6 Abs. 4 BDSG-neu gilt gemäß § 38 Abs. 2 BDSG-neu auch für Datenschutzbeauftragte nichtöffentlicher Stellen, jedoch nur wenn die Benennung verpflichtend ist.

Gegenüber den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung enthält das BDSG-neu mithin eine deutliche Erweiterung des Schutzes des Datenschutzbeauftragten gegen Abberufung und Kündigung. Insoweit scheint der deutsche Gesetzgeber von der Möglichkeit, den Schutz des betrieblichen Datenschutzbeauftragten weiterhin an dem Schutz betriebsverfassungsrechtlicher Funktionsträger wie Betriebsratsmitgliedern zu orientieren, Gebrauch zu machen.[14]

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass das BDSG-neu einen Schutz des Datenschutzbeauftragten gegen Kündigung und Abberufung vorsieht, der dem des derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetzes entspricht.

Der „neue“ Kündigungsschutz nach BDSG-neu wird aber erst ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen nationalen gesetzlichen Regelung (25.05.2018) gelten.

Insoweit ist zu klären, wie die Änderungen der gesetzlichen Regelungen zeitlich und regelungstechnisch einzuordnen sind. Hierzu gilt Folgendes:

[13] siehe auch von dem Bussche in Plath, BDSG DS-GVO, 2. Auflage, Artikel 38 Rn. 9
[14] Kort ZD 2017, 3, 4

- Unter der Datenschutz-Grundverordnung gilt zunächst ein im Vergleich zum bisherigen Bundesdatenschutzgesetz (§ 4 f BDSG) geringerer Schutz des Datenschutzbeauftragten gegen Abberufung und Kündigung. Der Datenschutzbeauftragte darf nach den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung wegen der pflichtgemäßen Wahrnehmung seiner Aufgaben nach Artikel 38 DS-GVO nicht benachteiligt werden. Auch eine Abberufung „wegen der Erfüllung seiner Aufgaben" ist nicht zulässig. Im Umkehrschluss sollte demnach davon ausgegangen werden, dass eine Abberufung oder eine ordentliche wie außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses des internen Datenschutzbeauftragten aus anderen Gründen grundsätzlich jederzeit möglich ist, wie etwa bei Vorliegen wirtschaftlicher oder betriebsbedingter Gründe.[15]

  Auch wenn der Zweck des Artikels 38 DS-GVO sicherlich einen Umgehungsschutz gebietet, also die Unwirksamkeit einer Abberufung oder Kündigung, wenn andere Gründe nur vorgeschoben werden,[16] stellt der Wortlaut von Artikel 38 DS-GVO auch bei einer weitgehenden Auslegung anhand von Sinn und Zweck der Vorschrift einen im Vergleich zum derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetz deutlich verminderten Kündigungsschutz dar. Dieser gilt ab Wirksamwerden der Datenschutz-Grundverordnung, so dass allein unter Berücksichtigung der Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung betriebsbedingte Kündigungen von Datenschutzbeauftragten wegen des Wegfalls der Bestellpflicht (ebenfalls nur nach DS-GVO) denkbar wären. Hier ist aber – was im Weiteren noch darzulegen sein wird – das BDSG-neu für eine praxisrelevante Betrachtung unbedingt zu berücksichtigen.

- Ein allgemeines Prinzip, wonach ein in der Vergangenheit aufgrund früherer gesetzlicher Regelung einmal erworbener Kündigungsschutz auch in der Zukunft weiter gelten muss, besteht nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts nicht. Auch verfassungsrechtliche Prinzipien oder Grundrechte, wie das Grundrecht auf Berufsfreiheit aus Artikel 12 GG oder der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz aus Artikel 3 GG führen nicht dazu, dass bereits bestellte Datenschutzbeauftragte aufgrund des durch die Einführung der Datenschutz-Grundverordnung wegfallenden Kündigungsschutzes eine Art „gesetzlich nachlaufenden" Kündigungsschutz nach den früheren bzw. nicht mehr anwendbaren Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes genießen.[17]

- Der nationale deutsche Gesetzgeber wird mit dem BDSG-neu zum 25.05.2018 eine gesetzliche Regelung in Kraft setzen, die zu einem Kündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten führt, der demjenigen des derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetzes entspricht. Dies ist im Übrigen auch äußerst begrüßenswert, weil eine weisungsfreie und unabhängige Aufgabenerledigung durch einen angestellten Datenschutzbeauftragten letztlich nur dann konstruktiv denkbar ist, wenn der Datenschutzbeauftragte einen weitgehenden Kündigungsschutz genießt. Ähnlich wie Mitglieder eines Betriebsrates müssen auch Datenschutzbeauftragte im Unternehmen Funktionen übernehmen, die im Einzelfall im Widerstreit mit den unmittelbaren Interessen des

[15] von dem Bussche in Plath BDSG DS-GVO 2. Auflage, Artikel 38, DS-GVO Rn 10
[16] von dem Bussche, aaO
[17] vgl. auch BAG, Urt. v. 21.9.2006 – 2 AZR 840/05; BVerfG, Beschl. v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87

Arbeitgebers stehen. Die benannten Personen müssen mithin vor Maßnahmen geschützt werden, mit denen der mit den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung verfolgte Zweck gefährdet werden könnte. Insoweit ist die Tätigkeit eines Datenschutzbeauftragten ohne umfassenden Kündigungsschutz praktisch nicht denkbar. Auch praktische Erwägungen stützen diese Ansicht. Der zweifellos auch nach dem Wortlaut der Datenschutz-Grundverordnung erforderliche Umgehungsschutz (s.o.) kann in der Praxis am ehesten und am unproblematischsten erreicht werden, wenn es weiterhin einen weitgehenden Kündigungsschutz gibt. Diese Ansicht wird vom nationalen Gesetzgeber geteilt, auch wenn es gelegentlich Stimmen gibt, die den Kündigungsschutz des BDSG-neu verringern und es beim reinen Wortlaut der Datenschutz-Grundverordnung belassen wollten.[18]

- Die beschlossenen Regelungen der §§ 5, 6, 38 BDSG-neu werden gemeinsam mit Wirksamwerden der Datenschutz-Grundverordnung am 25.05.2018 in Kraft treten. Danach besteht auch künftig ein Schutz des Datenschutzbeauftragten, der dem bisher nach dem Bundesdatenschutzgesetz geltenden Schutz vor Abberufung und Kündigung entspricht. Selbst wenn man von dem in der Rechtslehre gelegentlich herangezogenen Konstrukt einer sog. „juristischen Sekunde“ ausginge, in der der alte Kündigungsschutz nach dem derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetz entfiele und der neue nach der Datenschutz-Grundverordnung und dem BDSG-neu in Kraft träte, wäre nicht von einem auch nur zeitweisen Wegfall des Kündigungsschutzes für bereits unter dem derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetz bestellte Datenschutzbeauftragte auszugehen. Hieran ändert weder die Tatsache etwas, dass sich eine andere Terminologie ergibt (Benennung anstatt Bestellung) noch der Umstand, dass in einer Vielzahl von Arbeitsverträgen oder Bestellungsurkunden auf die Regelungen im derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetz, insbesondere auf § 4 f BDSG, Bezug genommen wird.

Auf Grundlage der obigen Ausführungen ist die Frage also so zu beantworten, dass der unter dem Bundesdatenschutzgesetz bestehende Kündigungsschutz für Alt-Fälle unter der Datenschutz-Grundverordnung nicht fort gilt. Die Datenschutz-Grundverordnung beinhaltet eigene Schutzvorschriften des Datenschutzbeauftragten, jedoch keinen expliziten Kündigungsschutz (Art. 38 DS-GVO). Der deutsche Gesetzgeber wird mit dem BDSG-neu einen weitergehenden Kündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte auch unter der Geltung der Datenschutz-Grundverordnung einführen. Dieser wird auch für Alt-Fälle gelten.

1.1.3.1 Frage: *„Kann bei einer Bestellung während der Geltung des BDSG angenommen werden, dass die alte BDSG-Regelung in den Vertrag „incorporiert“ wurde, sodass der alte gesetzliche Schutz vertraglich fortbesteht, auch wenn die BDSG-Regelung nicht mehr anwendbar ist*.“

Nach den obigen Ausführungen dürfte auf Grundlage des BDSG-neu eine Diskussion über die Einbeziehung des Kündigungsschutzes nach dem derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetz aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung nicht erforderlich sein. Gleichwohl sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass eine Einbeziehung gesetzlicher Regelungen in den Inhalt

[18] Stellungnahme BDA zum AnpassungsG-E vom 14.03.2017, Seite 7

eines Vertragsverhältnisses, beispielsweise eines Arbeitsvertrages, allenfalls in Ausnahmefällen vorgekommen sein wird. Denn dies bedürfte einer expliziten Vereinbarung der gesetzlichen Kündigungsvorschriften. Nicht ausreichend hierfür wären Verweise auf gesetzliche Vorschriften, wie etwa eine Vereinbarung, nach welcher der Arbeitnehmer zum „Datenschutzbeauftragten gemäß § 4 f BDSG bestellt wird".

Für die vertragliche Vereinbarung eines sich aus dem Gesetz ergebenden Kündigungsschutzes muss aus dem Vertrag selbst ersichtlich sein, dass Kündigungsschutzregelungen des § 4 f Abs. 3 BDSG auch dann gelten sollen, wenn das Gesetz selbst nicht mehr anwendbar ist. Ein reiner Verweis auf Paragraphen oder Vorschriften genügt nicht. Vielmehr muss erkennbar sein, dass der Kündigungsschutz unabhängig von den gesetzlichen Regelungen in jedem Falle für die Parteien gelten soll. Hier bedarf es also eines entsprechenden ausdrücklichen Übereinkommens der Parteien im Text des Arbeitsvertrages. Eine solche Übereinkunft der Parteien dürfte es in den seltensten Fällen geben.

Wie bereits oben dargelegt, führen auch keine verfassungsrechtlichen Grundsätze oder die Grundrechte nach dem Grundgesetz dazu, dass ein früherer Kündigungsschutz im Falle einer gesetzlichen Neuregelung fort gilt.

Ein Automatismus, wonach der ursprüngliche Kündigungsschutz nach dem Bundesdatenschutzgesetz als vertraglich vereinbartes Kündigungsrecht über den Vertrag des Datenschutzbeauftragten fortwirkt, besteht nicht. Eine ‚Incorporation' ist in aller Regel nicht anzunehmen.

1.1.4 Frage: *„Stellt das Inkrafttreten der DS-GVO einen Grund zur Abberufung dar*,

1.1.4.1 Frage: *… wenn nach der DS-GVO keine Benennungspflicht mehr besteht?"*

Auch die Frage danach, ob der Status eines Datenschutzbeauftragten in datenschutzrechtlicher oder arbeitsrechtlicher Hinsicht (dazu mehr unter 1.1.5) mit der Einführung der Datenschutz-Grundverordnung durch einen Akt des Verantwortlichen bzw. des Arbeitgebers verändert wird oder verändert werden kann, ist grundsätzlich anhand des bereits mehrfach genannten „Dreiklangs" des derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetzes, der Datenschutz-Grundverordnung und des kürzlich verabschiedeten BDSG-neu zu beurteilen.

Die Autoren dieses Gutachtens und wohl auch die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Lehre gehen davon aus, dass – wenn nicht die Voraussetzungen des § 626 BGB vorliegen – ein Grund zur Abberufung eines Datenschutzbeauftragten nur dann in Betracht kommen kann, wenn sich die gesetzlichen Voraussetzungen für die Pflichtbestellung eines Datenschutzbeauftragten verändert haben. Es muss mithin ein Fall denkbar sein, in dem nach bisheriger Rechtslage die Verpflichtung zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten bestand, die aber durch die neue Rechtslage, insbesondere das Wirksamwerden der Datenschutz-Grundverordnung, nicht mehr existiert. Insoweit sind zunächst die Voraussetzungen für die Pflichtbestellung eines Datenschutzbeauftragten nach der Datenschutz-Grundverordnung in Verbindung mit dem BDSG-neu darzulegen.

Der Vollständigkeit halber möchten wir an dieser Stelle noch einmal ansprechen, dass das Amt des Datenschutzbeauftragten sowohl nach der bisherigen Rechtslage als auch nach den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung davon abhängt, dass der jeweilige Datenschutzbeauftragte bestellt (nach alter Diktion) oder benannt (nach neuer Diktion) wird. Genauso verhält es sich letztlich mit der Beendigung des Amtes. Wie bereits oben dargelegt, geht auch die Datenschutz-Grundverordnung in ihrem Artikel 38 Abs. 3 davon aus, dass ein Datenschutzbeauftragter abberufen werden muss. Der denkbare Ansatz, dass das Amt des Datenschutzbeauftragten praktisch von Gesetzes wegen wegfällt, wenn die Voraussetzungen für die Pflichternennung eines Datenschutzbeauftragten aufgrund einer Gesetzesänderung wegfallen, kann insoweit nicht zutreffend sein.[19]

Nach der Regelung des derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetzes ist die Schwelle für die Pflicht von Unternehmen, einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten einzusetzen, niedrig angesetzt (§ 4 f BDSG). Es reicht bereits, dass mehr als 9 Personen ständig mit der automatisierten Datenverarbeitung beschäftigt sind oder Verarbeitungen vorliegen, die einer Vorabkontrolle unterliegen.[20]

Demgegenüber verändert die Datenschutz-Grundverordnung die Kriterien für die Pflicht zur Einsetzung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten zunächst in nicht unerheblicher Weise. An die Stelle des im Bundesdatenschutzgesetz vorgesehenen Schwellenwertes für das Eingreifen einer Bestellpflicht bei über 9 Personen im Unternehmen, die ständig mit der automatisierten Datenverarbeitung im Unternehmen beschäftigt sind, tritt nunmehr die Regelung in Artikel 37 Abs. 1 DS-GVO. Danach besteht eine Pflicht zur Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten zunächst nur, wenn das Unternehmen im Hinblick auf die Datenverarbeitung risikoträchtige Kernaktivitäten (sog. „core activities“) verfolgt (Art. 37 Abs. 1 lit. b und lit. c DS-GVO)[21]. Eine umfassende Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten besteht gemäß Artikel 37 Abs. 1 lit. a DS-GVO nur für die Verarbeitung der Daten durch eine Behörde oder eine öffentliche Stelle mit Ausnahme von Gerichten, die im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit handeln.

Die Datenschutz-Grundverordnung verfolgt also anders als das derzeit geltende Bundesdatenschutzgesetz einen rein risikobezogenen Ansatz.[22] Es kommt nicht auf den Umfang der Datenverarbeitung und insbesondere auch nicht darauf an, wie viele Personen im Unternehmen mit Datenverarbeitung befasst sind. Es liegt aufgrund der unterschiedlichen Ansätze des Bundesdatenschutzgesetzes und der Datenschutz-Grundverordnung nach Einschätzung der Autoren dieses Gutachtens geradezu auf der Hand, dass eine praktikable Regelung zur Klärung der Rechtslage sowie der Voraussetzungen für die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten erfolgen muss. Diese Möglichkeit sieht die Datenschutz-Grundverordnung tatsächlich auch vor (Artikel 37 Abs. 4 DS-GVO) und der deutsche Gesetzgeber hat davon in dem BDSG-neu Gebrauch gemacht.

[19] LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 15.10.2013 – 3 Sa 567/14 stützt nach diesseitiger Einschätzung diese Rechtsansicht, weil auch dort der Status des Datenschutzbeauftragten an einen Bestellungsakt des Verantwortlichen/Arbeitgebers geknüpft wird (vgl. Nr. 36 der Urteilsgründe).
[20] Kort ZD 2017, 3
[21] Heberlein in Ehmann/Selmayr, aaO, Art. 37, Rn. 10
[22] Schneider, Datenschutz nach der Datenschutz-Grundverordnung, S. 190

Die Tatsache, dass den nationalen Gesetzgebern in Artikel 37 Abs. 4 DS-GVO ausdrücklich das Recht eingeräumt wird, die Voraussetzungen für die Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten selbständig zu definieren, hat in der juristischen Diskussion eine Klärung der Frage, ob eine Erweiterung oder Neudefinition der Voraussetzungen der Bestellungspflicht aufgrund des Anwendungsvorranges der EU-Verordnung zulässig sein kann, erübrigt. Gleichwohl ist zu prüfen, ob die Regelungen des BDSG-neu mit denen der Datenschutz-Grundverordnung im Einklang stehen. Denn die Regelungen des BDSG-neu dürften nicht angewendet werden, wenn sie im Widerspruch zu den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung stünden, wobei diese Bewertung immer auch vor dem Hintergrund der Ermächtigungsgrundlage in Artikel 37 Abs. 4 DS-GVO zu betrachten ist.

Die Autoren dieses Gutachtens gehen nicht davon aus, dass die Regelung des BDSG-neu in Widerspruch zum Regelungsgehalt der Datenschutz-Grundverordnung steht. Zwar konnten die Regelungen des derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetzes nicht einfach in das BDSG-neu übernommen werden, weil eine Harmonisierung der Regelungen dringend geboten ist (s.o). Gleichwohl hat der deutsche Gesetzgeber mit dem BDSG-neu den letztlich im Sinne der Rechtsklarheit begrüßenswerten Versuch unternommen, sich von den schwer handhabbaren Kriterien zur Bestellungspflicht aus Artikel 37 Abs. 1 lit. b und lit. c DS-GVO zu entfernen.

Nach den Regelungen des BDSG-neu für nichtöffentliche Unternehmen (§ 38 Abs. 1 BDSG-neu) benennen der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter einen Datenschutzbeauftragten, soweit sie in der Regel mindestens 10 Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigen. Nehmen der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter Verarbeitungen vor, die einer Datenschutz-Folgenabschätzung nach Artikel 35 DS-GVO unterliegen, oder verarbeiten sie personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zwecke der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung, haben sie unabhängig von der Zahl der mit der Verarbeitung beschäftigten Personen einen Datenschutzbeauftragten zu benennen. Der Text des BDSG-neu entspricht damit letztlich den bisherigen Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes. Der Schwellenwert der mit der Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigten Mitarbeiter beträgt trotz des leicht abgewandelten Wortlautes weiterhin 10.

Klarstellend sei darauf hingewiesen, dass nach dem Verständnis der Autoren dieses Gutachtens der Begriff ‚Beschäftigung' nicht im Sinne der sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigung zu verstehen sein dürfte. Der Schwellenwert wird daher erreicht, wenn überhaupt eine Anzahl von Personen, die den Schwellenwert erreicht, mit der Datenverarbeitung befasst wird, unabhängig von deren sozialversicherungsrechtlicher Einstufung.

Anstatt der im derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetz genannten Vorabkontrolle sieht das BDSG-neu eine Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten bei Verarbeitungen vor, die einer Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Artikel 35 DS-GVO unterliegen. Dies ist in sich systemgerecht. Die Vorabkontrolle ist in der Datenschutz-Grundverordnung durch die Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Artikel 35 DS-GVO ersetzt worden.

Konsequenz der insoweit nach Einschätzung der Autoren dieses Gutachtens in vollem Umfang anzuwendenden Regelungen des BDSG-neu dürfte sein, dass eine Fallkonstellation, bei der nach bisherigem Recht ein Datenschutzbeauftragter verpflichtend zu bestellen war und diese Verpflichtung nun durch das neue Recht wegfällt, kaum denkbar ist. § 38 Abs. 1 BDSG-neu knüpft an die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes an. Artikel 37 Abs. 1 lit b und lit. c DS-GVO enthält darüber hinausgehende Regelungen, die in Zukunft durchaus Fragen dahingehend aufwerfen können, ob aufgrund der Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung noch weitergehende Bestellpflichten als bisher bestehen. Die Voraussetzungen für die bereits unter der Geltung des bisherigen Rechts bestellten Datenschutzbeauftragten haben sich jedoch nicht verändert. Deshalb dürfte auch kein Grund bestehen, auf Basis der neuen Rechtslage einen Datenschutzbeauftragten abzuberufen.

Die Frage ist also dahingehend zu beantworten, dass die neue Rechtslage nach Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung und des BDSG-neu keine Verringerung der Benennungspflichten beinhaltet. Insoweit stellt das Inkrafttreten und das Wirksamwerden der Datenschutz-Grundverordnung keinen Grund zur Abberufung eines Datenschutzbeauftragten dar.

Sollte das BDSG-neu jedoch nicht in der jetzt vorliegenden Fassung in Kraft treten, so sind durchaus Fälle denkbar, in denen bei Wegfall der bisherigen Voraussetzungen einer Pflichtbestellung ein Grund zur Abberufung bestehen könnte.

1.1.4.2 Frage: *„… auch wenn unter der DS-GVO eine Benennungspflicht besteht?“*

Diese Frage ist so zu beantworten wie die vorherige, allerdings mit der Maßgabe, dass auch im Falle des Ausbleibens des BDSG-neu das Wirksamwerden der Datenschutz-Grundverordnung keinen Grund für die Abberufung eines Datenschutzbeauftragten darstellen könnte, wenn für ihn auch nach den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung eine Benennungspflicht besteht.

Denkbar wäre an dieser Stelle allenfalls die theoretische Diskussion der Frage, ob das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung und des BDSG-neu für einen „logischen Moment“ zum Wegfall der Voraussetzungen der Pflichtbestellung eines Datenschutzbeauftragten oder gar zu einem Wegfall der rechtlichen Grundlagen für bereits bestellte Datenschutzbeauftragte führen könnte. Letztlich ist es für die Autoren dieses Gutachtens nicht denkbar, dass allein aufgrund der Änderung der Rechtsgrundlagen sämtliche Grundlagen für bereits bestellte Datenschutzbeauftragte entfallen könnten. Dies wäre insbesondere mit dem Sinn und Zweck der Datenschutz-Grundverordnung nicht in Einklang zu bringen. Das wesentliche Ziel der Datenschutz-Grundverordnung ist der Schutz der Betroffenen vor der unsachgemäßen und ungerechtfertigten Verarbeitung ihrer Daten. Würde man allein aufgrund der Tatsache, dass sich die rechtlichen Grundlagen für die Rechtsfigur des Datenschutzbeauftragten fortan primär aus der Datenschutz-Grundverordnung ergeben, den Verantwortlichen ein Recht zur außerordentlichen Abberufung von nach altem Recht bestellten Datenschutzbeauftragten einräumen, so würde diese Zielsetzung in hohem Maße gefährdet.

1.1.5 Frage: *„Stellt das Inkrafttreten der DS-GVO einen außerordentlichen oder ordentlichen Grund zur Kündigung des Anstellungsverhältnisses dar,*

1.1.5.1 Frage: *… wenn nach der DS-GVO keine Benennungspflicht mehr besteht?*"

Im Rahmen dieses Gutachtens ist bereits ausgeführt worden, dass das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung aufgrund der Regelung von § 623 BGB in keinem Falle zu einem „automatischen" Ende des Anstellungs- bzw. Arbeitsverhältnisses eines angestellten Datenschutzbeauftragten führen kann (1.1.2). Auch das von dem Arbeitsverhältnis des internen Datenschutzbeauftragten streng zu trennende Statusverhältnis endet sowohl nach der bisherigen Rechtslage als auch nach den Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung keinesfalls automatisch oder aufgrund einer gesetzlichen Regelung, sondern immer nur aufgrund eines einseitigen Gestaltungsaktes, nämlich der Abberufung des Datenschutzbeauftragten (vgl. Artikel 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO).

Unter der Prämisse, dass das BDSG-neu zum 25.05.18 in Kraft treten wird, ist nach Einschätzung der Autoren dieses Gutachtens keine Fallkonstellation denkbar, bei der nach derzeit geltendem Recht eine Bestellpflicht besteht, die aufgrund der neuen Rechtslage entfallen würde. Ein aufgrund des Inkrafttretens der Datenschutz-Grundverordnung bestehendes Kündigungsrecht könnte allenfalls damit begründet werden, dass ein Fall vorliegt, bei dem aufgrund der neuen Rechtslage keine Bestellpflicht bzw. Benennungspflicht mehr bestünde. Aufgrund des vom deutschen Gesetzgeber vorgelegten BDSG-neu ist dies jedoch – wie bereits mehrfach dargelegt – kaum denkbar. Aus diesen Gründen stellt das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung keinen außerordentlichen oder ordentlichen Grund zur Kündigung des Anstellungsverhältnisses des internen Datenschutzbeauftragten dar, wenn nach der Datenschutz-Grundverordnung keine Benennungspflicht mehr besteht.

Analog zu den obigen Ausführungen unter 1.1.3 ist allerdings darauf hinzuweisen, dass eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Datenschutzbeauftragten aus wirtschaftlichen oder betriebsbedingten Gründen durchaus in Betracht kommen könnte, wenn das BDSG-neu unerwartet nicht in Kraft treten sollte und nach der Datenschutz-Grundverordnung keine Bestellungspflicht mehr bestehen würde.

Hier wäre allerdings zwischen Datenschutzbeauftragten, die während ihrer gesamten Arbeitszeit als solche tätig sind, und solchen, die nur einen Teil ihrer Arbeitszeit auf die Tätigkeit als Datenschutzbeauftragte verwenden, zu unterscheiden. Bei Datenschutzbeauftragten in Vollzeittätigkeit würde sich bei Wegfall der Bestellpflicht eine betriebsbedingte Kündigung leichter rechtfertigen lassen, als bei den Teilzeit-Datenschutzbeauftragten, bei denen noch umfassend dargelegt werden müsste, dass ihr gesamter Arbeitsplatz aufgrund der Rechtsänderung weggefallen ist.

Die Frage ist also so zu beantworten, dass das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung keinen Grund für die ordentliche oder außerordentliche Kündigung des Datenschutzbeauftragten darstellt, wenn das BDSG-neu wie erwartet ist Kraft treten wird.

Anderenfalls könnten wegen des teilweisen Wegfalls der Benennungspflicht durchaus betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen werden.

1.1.5.2 Frage: „*… auch wenn unter der DS-GVO eine Benennungspflicht besteht?*“

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die obigen Ausführungen, insbesondere unter 1.1.5.1 verwiesen. Denkbar wäre allenfalls, dass das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung einen Grund zur Kündigung des Anstellungsverhältnisses des internen Datenschutzbeauftragten darstellt, wenn aufgrund der Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung in Verbindung mit dem BDSG-neu eine bisher bestehende Benennungspflicht (bzw. Bestellpflicht) beseitigt würde. Dies ist jedoch, wie bereits mehrfach herausgearbeitet, nicht anzunehmen.

Aus diesem Grunde stellt das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung auch dann keinen außerordentlichen oder ordentlichen Grund zur Kündigung des Anstellungsverhältnisses des internen Datenschutzbeauftragten dar, wenn unter der Datenschutz-Grundverordnung eine Benennungspflicht besteht. Eine andere Einschätzung würde sich auch dann nicht ergeben, wenn das BDSG-neu nicht in Kraft treten würde.

1.2 Vertragliche Stellung des externen Datenschutzbeauftragten in Bezug auf Bestellungen vor dem Anwendungsbeginn der DS-GVO

Erläuterung des Fragestellers: „*Der Auftraggeber stellt ein Beispiel eines typischen Vertrags zur Bestellung eines externen – also nicht angestellten – Datenschutzbeauftragten zur Verfügung. Dieses Beispiel dient dem Ersteller als Referenz für die Beantwortung der Fragen.*“

Externe Datenschutzbeauftragte sind solche Datenschutzbeauftragte, die nicht innerhalb eines Unternehmens selbst tätig sind. In der Datenschutz-Grundverordnung ist neben internen auch der externe Datenschutzbeauftragte vorgesehen. Dies ergibt sich aus der Formulierung des Art. 37 Abs. 6 DS-GVO. Danach kann der Datenschutzbeauftragte Beschäftigter des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters sein *„oder seine Aufgaben auf der Grundlage eines Dienstleistungsvertrags erfüllen“*.

Bei der Beauftragung eines Datenschutzbeauftragten sind – wie bereits unter Ziffer 1.1.1 ausgeführt – das Grundverhältnis der Tätigkeit und das Bestellungsverhältnis zu differenzieren. Anders als bei einem internen Datenschutzbeauftragten ist das Grundverhältnis bei einem externen Datenschutzbeauftragten der Beratungsvertrag. Dieser ist rechtlich gesehen von der Bestellung unabhängig.[23] Das heißt, es gibt zwei unterschiedliche Aspekte, die zu betrachten sind. Diese sind auf der einen Seite die Bestellungen nach dem Bundesdatenschutzgesetz bzw. Benennungen nach der Datenschutz-Grundverordnung und auf der anderen Seite der zivilrechtliche Vertrag, welcher der Bestellung / Benennung zu Grunde liegt. Liegt nur eine Bestellung / Benennung eines externen Datenschutzbeauftragten vor, so

[23] Erwägungsgrund 97 DS-GVO a.E

ist gleichwohl ein zivilrechtlicher Beratungsvertrag stillschweigend mit abgeschlossen worden. Umgekehrt ist mit Abschluss des zivilrechtlichen Beratungsvertrages jedoch noch keine Bestellung / Benennung erfolgt, da es hierfür stets eines gesonderten Aktes bedarf. Selbst dann, wenn eine Benennung nach der Datenschutz-Grundverordnung bereits wörtlich erfolgen kann.[24]

Die Ausübung der Tätigkeit des betrieblichen Datenschutzbeauftragten wurde unter Geltung des Bundesdatenschutzgesetzes als entgeltliche Geschäftsbesorgung betrachtet. Ein solcher Vertrag ist dadurch gekennzeichnet, dass sich der Dienstleister dazu verpflichtet, eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen auszuführen.[25]

Zwar geht die Datenschutz-Grundverordnung bei der Beauftragung eines externen Datenschutzbeauftragten ihrem Wortlaut nach von einem Dienstvertrag aus, gleichwohl wird hier ein Geschäftsbesorgungsvertrag vorliegen. Dies ergibt sich aus den Aufgaben des externen Datenschutzbeauftragten. Die in Art. 39 DS-GVO geregelten Aufgaben beschreiben eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art im fremden Interesse. Es bleibt also auch nach Geltung der Datenschutz-Grundverordnung dabei, dass für die Beauftragung eines externen Datenschutzbeauftragten die Bestimmungen der §§ 675, 662 ff., 611 ff. BGB anzuwenden sind. Nichtsdestotrotz ist anzumerken, dass einzig erforderlicher Akt die Bestellung bzw. Benennung des Datenschutzbeauftragten ist. Vieles spricht dafür, dass die Zustimmung des zu bestellenden bzw. zu benennenden Datenschutzbeauftragten notwendige Wirksamkeitsvoraussetzung[26] ist. Es ist in jedem Fall anzuraten, diese einzuholen.

1.2.1 Frage: *„Endet eine bereits vor dem Inkrafttreten der DS-GVO erfolgte Bestellung automatisch mit dem Inkrafttreten der DS-GVO?“*

Vorweg ist klarzustellen, dass die folgenden Ausführungen nur dann gelten, wenn in dem Grundverhältnis des Beratungsvertrages keine Modifikationen vereinbart wurden. Die nachfolgenden Ausführungen gelten also nur dann, wenn entweder kein modifizierender Beratungsvertrag geschlossen wurde, oder das zur Verfügung gestellte Muster eines Beratungsvertrages verwendet wurde.

Zur Frage, ob eine bereits vor dem Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung erfolgte Bestellung automatisch mit dem Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung endet, kann im Wesentlichen auf Ziffer 1.1.1 dieses Gutachtens verwiesen werden, denn die rechtliche Grundlage für die Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten ist unabhängig davon, ob dieser ein interner oder externer Datenschutzbeauftragter ist. In beiden Fällen ist die Bestellung der Rechtsakt, durch den die Stellung des Datenschutzbeauftragten begründet wird. Die veränderte Terminologie, statt einer Bestellung von einer Benennung zu sprechen, führt in der rechtlichen Bewertung nach obigen Ausführungen nicht

[24] Jaspers/Reif RDV 2016, 61, 62 f
[25] Heermann in MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 675 Rn. 3
[26] So, aus dem Schriftformerfordernis der Bestellung herleitend, Simitis Bundesdatenschutzgesetz, 8. Auflage 2014, § 4f Rd-Nr. 57.

dazu, dass eine Bestellung als solche auf Grundlage der unmittelbar geltenden Datenschutz-Grundverordnung nicht mehr Bestand haben soll und automatisch endet.

Im Bundesdatenschutzgesetz wurde unter Berücksichtigung des Benachteiligungsverbots i.V.m. der Weisungsfreiheit gemäß § 4f Abs. 3 S. 2 und 3 BDSG eine generelle Befristung der Bestellung überwiegend abgelehnt und diese als grundsätzlich unbefristet angesehen.[27]

Nach den geltenden Bestimmungen der Datenschutz-Grundverordnung ist die Benennung eines Datenschutzbeauftragten nach den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung ebenfalls als grundsätzlich unbefristet anzusehen. Denn diese geht gemäß ihrem Wortlaut in Art. 37 Abs. 6 DS-GVO davon aus, dass der Benennung schon ein (unbefristetes) Arbeitsverhältnis zu Grunde liegen kann. Die Möglichkeit einer befristeten Benennung wird hierdurch zwar nicht ausgeschlossen, jedoch bedeutet es zunächst einmal eine unbefristete Benennung.[28]

Nach Ansicht der Autoren dieses Gutachtens führt die Bestellung / Benennung eines externen Datenschutzbeauftragten nicht zu einem automatischen Ende der unter dem bisherigen Bundesdatenschutzgesetz erfolgten Bestellungen, da – wie bereits ausgeführt – eine automatische Beendigung des Amtes des Datenschutzbeauftragten den gesetzlichen Bestimmungen unbekannt ist. Eine Beendigung des Amtes kraft Gesetzes war weder im Bundesdatenschutzgesetz vorgesehen noch ist diese in der Datenschutz-Grundverordnung oder im AnpassungsG bzw. BDSG-neu vorgesehen.

Etwas anderes kann dann gelten, wenn etwas Abweichendes vertraglich geregelt wird. Aus dem vorgelegten Muster einer Bestellungsurkunde über die Bestellung eines externen Datenschutzbeauftragten[29] ergibt sich, dass die Bestellung eine Folge der Vereinbarungen im Beratungsvertrag ist und automatisch mit der Beendigung dieses Vertrages enden soll.[30] Die Bestimmung ist so auszulegen, dass andere automatische, zivilrechtlich vereinbarte Beendigungsmöglichkeiten, nicht vorgesehen sind. Eine automatische Beendigung der Bestellung aus anderem Grund als durch Beendigung des zugrunde liegenden Beratungsvertrages ist nicht ersichtlich. Auf die Frage einer automatischen Beendigung der Beauftragung wird im Folgenden unter Ziffer 1.2.2. eingegangen.

Eine bereits vor Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung erfolgte Bestellung endet nicht automatisch mit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung.

[27] Vgl. Beschluss des Düsseldorfer Kreis vom 24./25.11.2010, S. 2
[28] Ebenso Marschall/Müller ZD 2016, 415, 416
[29] Im Folgenden „Bestellungsurkunde“
[30] Vgl. Abs. 5 der Bestellungsurkunde

1.2.2 Frage: *„Endet eine bereits vor dem Inkrafttreten der DS-GVO erfolgte Beauftragung automatisch mit dem Inkrafttreten der DS-GVO?"*

Grundsätzlich richtet sich die Beendigung des zivilrechtlichen Vertrages sowohl nach dem Beratungsvertrag, welcher der Beauftragung stets zu Grunde liegt, als auch nach den gesetzlichen Kündigungsregelungen des Dienstleistungsrechts.

Aufgrund dessen finden die Vorschriften zur Beendigung eines Dienstverhältnisses gemäß §§ 620 ff. BGB Anwendung. Denn, wie bereits eingangs unter Ziffer 1.2 ausgeführt, stellt die Ausübung der Tätigkeit des betrieblichen Beauftragten für den Datenschutz eine entgeltliche Geschäftsbesorgung dar und somit ein gemischtes Vertragsverhältnis aus Dienstvertrag und Auftrag, wobei gemäß § 675 Abs. 1 BGB die Bestimmung zum Widerruf des Auftrags nicht anwendbar ist, denn § 671 BGB findet keine Anwendung.

Nach § 620 Abs. 1, Abs. 2 BGB endet der Auftrag entweder durch Zeitablauf oder durch Erreichen des vorab vereinbarten Vertragszwecks. Die Änderung der Rechtsgrundlage zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten mit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung stellt jedoch keine originäre Befristung dar. Dies ergibt sich bereits aus dem allgemeinen Grundsatz des § 620 Abs. 1 BGB, wonach ein Dauerschuldverhältnis mit dem Ablauf der Zeit endet, für die es eingegangen ist.[31] Gemeint ist also eine im Voraus vereinbarte Befristung des Vertrages. Eine Befristung liegt nicht dadurch vor, dass sich die Rechtsgrundlage für die Bestellung / Benennung des Datenschutzbeauftragten ändert.

Auch die Erreichung des Vertragszwecks kann nicht darin gesehen werden, dass sich die Rechtslage entsprechend ändert. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf das unter Ziffer 1.1.1 sowie Ziffer 1.2.1 Gesagte verwiesen. Der Geschäftszweck der Beauftragung des Datenschutzbeauftragten wird nicht durch Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung erreicht. Zu trennen ist gedanklich zwischen der Erreichung des Zwecks und dem Wegfall des Zwecks. Bei ersterem ist das von vornherein festgelegte Ziel des Auftrags erreicht, beim Wegfall ist das Ziel zwar nicht erreicht, jedoch soll es auf Grund einer besonderen Änderung der Gegebenheiten auch nicht mehr erreicht werden.

Vorliegend ist der Zweck der Beauftragung nach § 1 des vorgelegten Musters eines Beratungsvertrages[32] die Wahrnehmung der Funktion des betrieblichen Datenschutzbeauftragten im Sinne von § 4f Abs. 1 BDSG. Dieser bleibt auch nach Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung bestehen. Derselbe Zweck würde auch ohne gesonderte vertragliche Regelung bestehen, da sich der Zweck der Beauftragung eines externen Datenschutzbeauftragten ohne Weiteres § 4f Abs. 1 BDSG entnehmen lässt. Auch hier würde der Zweck der Beauftragung nicht durch Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung erreicht.

Eine automatische gesetzliche Beendigung der Beauftragung ist weder im Bundesdatenschutzgesetz noch in der Datenschutz-Grundverordnung oder den § 620 ff. BGB geregelt, sodass nach Auffassung der Bearbeiter dieses Gutachtens eine bereits vor dem Inkrafttreten

[31] Hesse in MünchKomm BGB, 6. Auflage 2012, § 620 Rn. 1
[32] Im Folgenden „Beratungsvertrag"

der Datenschutz-Grundverordnung erfolgte Beauftragung nicht automatisch mit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung endet.

In Betracht kommt ein Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB, wenn mit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung die Benennungspflicht eines Datenschutzbeauftragten wegfällt. Denn in diesem Fall ändert sich die Prämisse grundlegend, unter welcher der Beratungsvertrag geschlossen wurde. Jedoch ist Rechtsfolge hiervon nicht die automatische Beendigung des Beratungsvertrages.

Eine vor Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung erfolgte Beauftragung eines externen Datenschutzbeauftragten endet nicht automatisch mit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung.

1.2.3 Frage: *„Stellt das Inkrafttreten der DS-GVO einen Grund zur Abberufung dar,*

1.2.3.1 Frage: *… wenn nach der DS-GVO keine Benennungspflicht mehr besteht?*"

Diese Frage ist bereits im Rahmen der Ausführungen zu Ziffer 1.1.4.1 beantwortet worden. Die Bestellung / Benennung des Datenschutzbeauftragten unterscheidet – wie dies bereits in diesem Gutachten festgestellt wurde – nicht zwischen internen und externen Datenschutzbeauftragten, sodass die obigen Ausführungen auch für den externen Datenschutzbeauftragten gelten. Die Bestellung / Benennung ist – wie bereits ausgeführt – denklogisch von der Beauftragung des externen Datenschutzbeauftragten zu trennen.

Nach Ansicht der Autoren dieses Gutachtens kommt ein Grund zur Abberufung eines Datenschutzbeauftragten nur dann in Betracht, wenn sich die gesetzlichen Voraussetzungen für die Pflichtbestellung eines Datenschutzbeauftragten verändert haben und eine Bestellungspflicht nicht mehr existiert. Dies ist nach Auffassung der Autoren dieses Gutachtens jedoch mit Blick auf AnpassungsG und BDSG-neu nicht der Fall.

Im Ergebnis stellt das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung keinen Grund zur Abberufung eines externen Datenschutzbeauftragten dar, wenn nach der Datenschutz-Grundverordnung keine Benennungspflicht mehr besteht.

1.2.3.2 Frage: *„… auch wenn unter der DS-GVO eine Benennungspflicht besteht?*"

Auch diese Frage wurde im Rahmen der Ausführungen zu Ziffer 1.1.4.1 sowie Ziffer 1.1.4.2 beantwortet. Ein Grund zur Abberufung des externen Datenschutzbeauftragten durch das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung liegt nach der Auffassung der Autoren dieses Gutachtens nicht vor, auch wenn eine Benennungspflicht besteht.

Die Frage ist daher wie die Frage 1.2.3.1 zu beantworten, allerdings mit der Maßgabe, dass – auch wenn das BDSG-neu nicht in Kraft treten sollte – das Wirksamwerden der Datenschutz-Grundverordnung keinen Grund für eine Abberufung des externen

Datenschutzbeauftragten darstellen könnte, wenn für ihn auch nach den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung eine Benennungspflicht besteht.

1.2.4 **Frage:** *„Stellt das Inkrafttreten der DS-GVO einen außerordentlichen oder ordentlichen Grund zur Kündigung des Vertrags dar,*

1.2.4.1 Frage: *… wenn nach der DS-GVO keine Benennungspflicht mehr besteht?"*

In der vorangestellten Bearbeitung ist bereits festgestellt worden, dass das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung aufgrund der Regelung in § 620 BGB nicht zu einer automatischen Beendigung der Beauftragung des externen Datenschutzbeauftragten führen kann. Dasselbe gilt für das Statusverhältnis der Bestellung / Benennung. Auch dieses endet nicht automatisch oder aufgrund einer gesetzlichen Regelung. Es bedarf vielmehr stets der Abberufung als einseitigen Gestaltungsakt gemäß Art. 38 Abs. 3 S. 2 DS-GVO.

Für eine Kündigung des Beratungsvertrages gilt § 621 BGB, sofern nichts anderes vertraglich vereinbart und die Regelung dadurch abbedungen ist. In dem vorgelegten Beratungsvertrag ist eine Laufzeit geregelt, sodass die Kündigungsvorschrift des § 621 BGB keine Anwendung findet. Die Kündigung richtet sich in der vorliegenden Betrachtung nach den vertraglichen Vereinbarungen. In dem Beratungsvertrag ist in § 8 eine Vertragslaufzeit von zwei Jahren mitsamt einer automatischen Verlängerung um zwei Jahre geregelt, sofern vorab keine Kündigung erfolgt. Eine ordentliche Kündigung ist somit nur in diesem Rahmen möglich.

Ein aufgrund des Inkrafttretens der Datenschutz-Grundverordnung bestehendes Kündigungsrecht könnte allenfalls damit begründet werden, dass ein Fall vorliegt, bei dem aufgrund der dann neuen Rechtslage keine Bestellpflicht bzw. Benennungspflicht mehr bestünde. Aufgrund des nun verabschiedeten BDSG-neu ist dies jedoch – wie bereits mehrfach dargelegt – kaum denkbar.

Im Ergebnis stellt das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung keinen außerordentlichen oder ordentlichen Grund zur Kündigung des Beratungsvertrages des externen Datenschutzbeauftragten dar, wenn nach der Datenschutz-Grundverordnung keine Benennungspflicht mehr besteht.

1.2.4.2 Frage: *„… auch wenn unter der DS-GVO eine Benennungspflicht besteht?"*

Diese Frage wurde bereits im Rahmen der Ausführungen zu Ziffer 1.2.4.1 beantwortet. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Denkbar wäre allenfalls, dass das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung einen Grund zur Kündigung des Beratungsvertrages mit dem externen Datenschutzbeauftragten darstellt, wenn aufgrund der Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung in Verbindung mit dem BDSG-neu eine bisher bestehende Pflicht zur Bestellung / Benennung wegfallen würde. Dies ist jedoch, wie bereits mehrfach angesprochen, nicht anzunehmen.

Aus genanntem Grund stellt das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung auch dann keinen außerordentlichen oder ordentlichen Grund zur Kündigung des Beratungsvertrages des externen Datenschutzbeauftragten dar, wenn unter der Datenschutz-Grundverordnung eine Benennungspflicht besteht.

1.3 Schutz des benannten Datenschutzbeauftragten in der DS-GVO

Frage: *„Stellt die Regelung in Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO einen Kündigungsschutz für den angestellten, benannten Datenschutzbeauftragten dar? (Auch in Verbindung mit ErwG 97 letzter Satz.)"*

Die Datenschutz-Grundverordnung enthält ihrem Wortlaut nach einen deutlich geringeren Schutz des angestellten Datenschutzbeauftragten vor Sanktionen durch den Arbeitgeber als die Regelungen des derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetzes oder des BDSG-neu.

Artikel 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO sieht vor, dass der Datenschutzbeauftragte von dem Verantwortlichen oder dem Auftragsdatenverarbeiter „wegen der Erfüllung seiner Aufgaben" nicht abberufen oder benachteiligt werden darf.

In den Erwägungsgründen (ErwG 97) zur Datenschutz-Grundverordnung hat der europäische Gesetzgeber insbesondere festgehalten, dass Datenschutzbeauftragte unabhängig davon, ob es sich bei ihnen um Beschäftigte des Verantwortlichen handelt oder nicht, „ihre Pflichten und Aufgaben in vollständiger Unabhängigkeit ausüben können".

Einen Kündigungsschutz für den Datenschutzbeauftragten sieht die Datenschutz-Grundverordnung mithin nach ihrem reinen Wortlaut nicht vor.[33] Es wird im Text der Datenschutz-Grundverordnung lediglich ein Schutz vor Abberufung sowie ein allgemeines Benachteiligungsverbot festgehalten. Wie bereits ausgeführt, ist hinsichtlich der rechtlichen Einordnung des Datenschutzbeauftragten zwischen dessen Status (Benennung/Abberufung) und dem Grundverhältnis seiner Tätigkeit (Arbeitsverhältnis/Geschäftsbesorgungsvertrag) zu differenzieren. Allerdings wird in weiten Teilen der Literatur die Ansicht vertreten, dass ein (arbeitsrechtlich) gekündigter Datenschutzbeauftragter, der noch nicht abberufen worden ist, seine Aufgaben als Datenschutzbeauftragter kaum mehr sinnvoll erfüllen könne.[34] Aus diesem Grunde wird in der juristischen Literatur die Ansicht vertreten, dass die oben genannte Formulierung von Artikel 38 Abs. 3 DS-GVO so zu verstehen ist, dass nicht nur eine Abberufung und anderweitige Benachteiligung, sondern auch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des benannten Datenschutzbeauftragten „wegen der Erfüllung seiner Aufgaben" nicht zulässig sein soll.[35]

[33] Ehmann/Selmayr, aaO, Art. 37, Rn. 14; Ettig/Bausewein in Wybitul, Handbuch EU-DS-GVO, Art. 38 Rn. 21
[34] Bergt in Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung Kommentar, 2017, Artikel 38 Rn. 32; ähnlich wohl auch von dem Bussche in Plath, BDSG DS-GVO, Artikel 38 Rn. 10 f
[35] Bergt in Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung Kommentar, 2017, Artikel 38 Rn. 33

Wie bereits ausgeführt, enthält demgegenüber das BDSG-neu Regelungen zum Kündigungsschutz des benannten Datenschutzbeauftragten. Generell ist insoweit festzuhalten, dass die benannten Datenschutzbeauftragten, die gleichzeitig Arbeitnehmer des Verantwortlichen sind, nur dann gekündigt werden können, wenn Tatsachen vorliegen, welche die öffentliche Stelle (§ 6 BDSG-neu) oder den Verantwortlichen (§ 38 Abs. 2 BDSG-neu) zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Dieser besondere Kündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten gilt bei nicht-öffentlichen Stellen nur, wenn die Benennung eines Datenschutzbeauftragten verpflichtend ist (§ 38 Abs. 2 BDSG-neu). Die Regelungen des BDSG-neu orientieren sich damit sehr stark an den Regelungen des derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetzes. Auch nach Ende der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Jahres unzulässig, es sei denn, dass die öffentliche Stelle bzw. der Verantwortliche zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt ist (sog. nachlaufender Kündigungsschutz)[36].

Im Ergebnis bedeutet dies, dass sich aus der Datenschutz-Grundverordnung und insbesondere auch aus Artikel 38 Abs. 3 DS-GVO sowie ErwG 97 ergibt, dass Datenschutzbeauftragte allenfalls einen begrenzten Kündigungsschutz genießen, der nach dem insoweit klaren Wortlaut von Artikel 38 Abs. 3 DS-GVO darauf beschränkt ist, dass der Datenschutzbeauftragte nicht „wegen der Erfüllung seiner Aufgaben“ gekündigt werden darf. Andere Kündigungsgründe, etwa betriebsbedingte Kündigungsgründe oder Kündigungsgründe, die in der Person des Datenschutzbeauftragten begründet sind, sind vom Kündigungsschutz der Datenschutz-Grundverordnung nicht umfasst.

Bei näherer Betrachtung erweist sich der in der Datenschutz-Grundverordnung normierte Schutz des Datenschutzbeauftragten gegen Kündigungen des Arbeitgebers damit als relativ schwach. Es muss bezweifelt werden, dass ein Datenschutzbeauftragter, der lediglich über die Regelung in Artikel 38 Abs. 3 DS-GVO geschützt ist, in der Lage ist, seine Tätigkeit in der von der Datenschutz-Grundverordnung selbst geforderten Unabhängigkeit auszuüben. Insoweit könnte man unter Bezugnahme auf ErwG 97 den Versuch unternehmen, den Kündigungsschutz aus Artikel 38 Abs. 3 DS-GVO über seinen bloßen Wortlaut hinaus auszudehnen. Eine derartige „Weiterentwicklung“ des Kündigungsschutzes aufgrund des Sinn und Zwecks der Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung stünde auch nicht in einem allzu eklatanten Widerspruch zu den allgemeinen juristischen Auslegungsregelungen, weil gerade im Recht der Europäischen Union die sogenannte teleologische Auslegung, also diejenige nach Sinn und Zweck einer gesetzlichen Regelung, besondere Bedeutung hat. Teilweise wird der teleologischen Auslegung im Rahmen des Europarechtes „überragendes Gewicht“ eingeräumt.[37] Ausgehend von der Auslegung anhand des Sinn und Zwecks einer Regelung hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) des Öfteren auch auf den sogenannten Effektivitätsgrundsatz (effet utile) zurückgegriffen. Hierbei hat er regelmäßig diejenige Auslegung vorgezogen, die eine möglichst weitreichende praktische Wirksamkeit der europäischen Regeln verspricht.[38] Allerdings ist klar darauf zu verweisen, dass jegliche Auslegung der Datenschutz-Grundverordnung ihre Grenzen in den Regelungen zur Gesetz-

[36] Bergt, aaO
[37] Albrecht/Jotzo, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 1 Rn. 30
[38] Albrecht/Jotzo, aaO, Teil 1 Rn. 31

gebungskompetenz der Union und der Mitgliedsstaaten findet. Die Befugnis zur Regelung des materiellen Arbeitsrechts liegt bei den einzelnen Mitgliedsstaaten, so dass es am Ende auf nationale Regelungen wie das BDSG-neu ankommen wird.[39]

Die Frage ist daher wie folgt zu beantworten:

Es lässt sich mit guten europarechtlichen Argumenten die Ansicht vertreten, dass Artikel 38 Abs. 3 DS-GVO über seinen bloßen Wortlaut hinaus einen weitgehenden Kündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten normiert. Dies steht insbesondere im Einklang mit den Ausführungen des europäischen Gesetzgebers in ErwG 97. Fraglich ist allerdings, welche Reichweite dieser „ausgedehnte" Kündigungsschutz haben sollte. Hier fehlen konkrete Anhaltspunkte und lassen sich auch nicht den Erwägungsgründen oder den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung selbst entnehmen. Es verbleibt mithin bei der (sicheren) Einschätzung, dass die Datenschutz-Grundverordnung einen ihrem Wortlaut nach schwachen Kündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte normiert, der allerdings – wegen der damit einhergehenden Rechtssicherheit sicherlich begrüßenswert – durch die Regelungen des BDSG-neu konkretisiert und erweitert wird. Dass die Regelungen des BDSG-neu zum Kündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten europarechtskonform sein dürften, ergibt sich nach Einschätzung der Autoren dieses Gutachtens insbesondere auch aus den Erwägungsgründen zur Datenschutz-Grundverordnung sowie dem Umstand, dass eine effektive Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten nur möglich sein dürfte, wenn konkret handhabbare Schutzvorschriften bestehen.

1.3.0 Vorbemerkung zu 1.3.1: Grundlagen zur zivilrechtlichen Haftung des Datenschutzbeauftragten

Für die Beantwortung der Frage nach einer zivilrechtlichen Haftung ist zum besseren Verständnis zunächst die Grundlage für eine solche darzustellen. Diese Aspekte wirken sich dann spiegelbildlich auch auf die Möglichkeiten für eine Haftungsbegrenzung, die Gegenstand der Frage 1.3.4 ist, aus.

Vertiefter Betrachtung bedarf vor dem Hintergrund der aktuellen Situation die Haftung des Datenschutzbeauftragten durch Unterlassen. Dies wird unter Ziffer 1.3.0.1 unter Berücksichtigung der Gesamtumstände, die sich aus der Datenschutz-Grundverordnung ergeben (siehe Ziffer 1.3.0.1.1), dargestellt.

Vor die Klammer gezogen werden nachfolgend die Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung dargestellt, da diese für die Begründung und Ausfüllung der Haftung des Datenschutzbeauftragten – unabhängig ob intern oder extern – gleichermaßen gelten. Die einzelnen Voraussetzungen führen bei Vorliegen insgesamt zu einer Haftung.

[39] Lepperhoff/Müthlein, Leitfaden zur Datenschutz-Grundverordnung, 2017, S. 85

Voraussetzung einer Haftung ist das Vorliegen einer schuldhaften Pflichtverletzung durch entweder ein aktives Handeln oder ein Unterlassen, wodurch ein kausaler Schaden entstanden sein muss.

➢ **Pflichtverletzung**

Voraussetzung einer Haftung des externen, benannten Datenschutzbeauftragten ist die Verletzung einer Leistungspflicht. Auf diese wird im Nachfolgenden daher vertieft einzugehen sein. Denn ohne eine Leistungspflicht wird keine Pflichtverletzung vorliegen und ohne eine Pflichtverletzung keine Haftung. Eine Pflichtverletzung kann auch in einem Unterlassen bestehen. Dies allerdings erst, wenn auch eine Handlungspflicht des Datenschutzbeauftragten vorliegt, eine Handlung jedoch ausbleibt. So etwa bei einem Nichtverhindern eines Datenschutzverstoßes im Rahmen des Überwachens, wenn eine Handlungspflicht vorläge. Die Datenschutz-Grundverordnung geht von ihrer Gesetzesstruktur und Systematik von einem Überwachungs- und Handlungssystem aus. In dieses System ist der Begriff des Überwachens in einer Gesamtbetrachtung zu integrieren. Denn eine isolierte Betrachtung des Begriffs übersieht grundlegende Punkte, die zu einer abweichen Bewertung führen.

Nachfolgend sind die möglichen Pflichtverletzungen des Datenschutzbeauftragten aufgeführt:

- **Pflichtverletzung in Gestalt von: Verletzung einer Vertragspflicht**

  Verstößt der Datenschutzbeauftragte gegen seine originären vertraglichen Pflichten, bspw. indem er Geheimnisse des auftraggebenden Unternehmens verrät, wird regelmäßig eine Pflichtverletzung gegeben sein. Dies ist insoweit eindeutig und wird in diesem Gutachten nur noch kurz mit Blick auf die strafrechtliche Relevanz behandelt (vgl. Exkurs nach Frage 2.2.1).

  Eine Verletzung einer Vertragspflicht kann auch dann vorliegen, wenn in dem Beratungsvertrag eine weitergehende Handlungspflicht des Datenschutzbeauftragten vereinbart wird, etwa wenn ihm auch ein Weisungsrecht zugestanden wird.

  Es ist zu trennen zwischen vertraglichen Pflichten und gesetzlichen Pflichten des Datenschutzbeauftragten. Allein letztere sind Gegenstand dieses Gutachtens.

- **Pflichtverletzung in Gestalt von: Datenschutzverstoß durch den Datenschutzbeauftragten**

  Der Datenschutzbeauftragte kann, wie jeder andere Handelnde in einem Unternehmen auch, selbst gegen Datenschutzbestimmungen verstoßen, etwa wenn er personenbezogene Daten ohne Einwilligung des Betroffenen an einen Dritten weitergibt.

- **Pflichtverletzung in Gestalt von: Verletzung einer gesetzlichen Aufgabe nach Art. 39 DS-GVO (durch aktives Handeln)**

  Nach Art. 39 Abs. 1 lit. a DS-GVO obliegt dem Datenschutzbeauftragten die Unterrichtung und Beratung des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters und der Beschäftigten, die Verarbeitungen durchführen, hinsichtlich ihrer Pflichten. Nach Art. 39 Abs. 1 lit. c DS-GVO hat er die Pflicht der Beratung im Zusammenhang mit der Datenschutz-Folgenabschätzung. Daneben obliegt ihm laut Art. 39 Abs. 1 lit. d DS-GVO auch die Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde, nach Art. 39 Abs. 1 lit. e DS-GVO ist er ebenfalls Anlaufstelle für die Aufsichtsbehörde in mit der Verarbeitung zusammenhängenden Fragen.

  Wird eine der genannten Bedingungen fehlerhaft vorgenommen, etwa wenn der Datenschutzbeauftragte im Rahmen der Beratung falsche Auskünfte gegenüber dem Verantwortlichen tätigt, wird regelmäßig ebenfalls eine Pflichtverletzung anzunehmen sein.

- **Pflichtverletzung in Gestalt von: Nichtverhinderung einer Datenschutzverletzung im Unternehmen**

  Eine Pflichtverletzung kann auch vorliegen, wenn jemand eine Handlung unterlässt, obwohl er hierzu verpflichtet ist. Unterlassen setzt stets eine Handlungspflicht voraus, sei es – wie oben ausgeführt – aus Vertrag oder aus den gesetzlichen Aufgaben, die dem Datenschutzbeauftragten zugewiesen sind.

  Für den Datenschutzbeauftragten besteht keine – irgendwie geartete – Pflicht per se zur Verhinderung von Datenschutzverstößen.

  Nach Art. 39 Abs. 1 lit. b DS-GVO obliegt dem Datenschutzbeauftragten, unabhängig ob intern oder extern, Folgendes:

  > *„Überwachung der Einhaltung dieser Verordnung, anderer Datenschutzvorschriften der Union bzw. der Mitgliedsstaaten sowie der Strategien des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters für den Schutz personenbezogener Daten einschließlich der Zuweisung von Zuständigkeiten, der Sensibilisierung und Schulung der an den Verarbeitungsvorgängen beteiligten Mitarbeiter und der diesbezüglichen Überprüfungen*“.

  Hieraus kann sich auf den ersten Blick eine Verhinderungspflicht ergeben. Der Begriff des Überwachens ist in der DS-GVO nicht selbst geregelt[40], doch ist er ausschlaggebend für die Frage, ob und wann eine Pflichtverletzung des Datenschutzbeauftragten vorliegt.

[40] So auch Marschall/Müller ZD 2016, 416, 418

Exkurs zur alten Rechtslage des bisher geltenden Bundesdatenschutzgesetzes:

Bisher war im Bundesdatenschutzgesetz in § 4g Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 BDSG ebenfalls geregelt, dass der Datenschutzbeauftragte die ordnungsgemäße Anwendung der Datenverarbeitungsprogramme überwacht, mit deren Hilfe personenbezogene Daten verarbeitet werden sollen. Die Überwachung der ordnungsgemäßen Anwendung der Datenverarbeitungsprogramme gehört nach dem Bundesdatenschutzgesetz zu den Schwerpunkten der Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten. Die Überwachung stellt eine begleitende Kontrolle dar, durch die verhindert werden soll, dass es überhaupt zu gesetzeswidriger Verarbeitung personenbezogener Daten kommt.[41] Der Datenschutzbeauftragte ist verpflichtet, die bereits eingeführten oder erst geplanten Verarbeitungsprogramme auf ihre Vereinbarkeit mit den Anforderungen des Datenschutzes zu überprüfen und dies an den Verantwortlichen zu berichten. Er ist jedoch nicht zur Darlegung verpflichtet, wie sich die aus seiner Sicht erforderlichen Korrekturen im Einzelnen realisieren lassen.[42] Das bedeutet, dass sich die Überwachung im Sinne des Bundesdatenschutzgesetz darauf beschränkt, bestehende oder geplante Verarbeitungsprogramme auf ihre Vereinbarkeit mit dem Datenschutzrecht zu kontrollieren, jedoch nicht konkrete Änderungen in dem bestehenden oder geplanten Programm vorzunehmen oder auch nur vorzuschlagen. Die Verantwortung für den Datenschutz obliegt nach dem Bundesdatenschutzgesetz der nach §§ 2, 3 Abs. 7 BDSG verantwortlichen Stelle und damit im nicht-öffentlichen Bereich der Geschäftsführung des jeweiligen datenverarbeitenden Unternehmens. Dies bedeutet, dass die Aufgabe des Datenschutzbeauftragten zur Überwachung mit einem Bericht an die Geschäftsführung endet.

Eine Auslegung der Datenschutz-Grundverordnung anhand dieses Verständnisses ist natürlich nicht möglich. Die Datenschutz-Grundverordnung ist als unionsrechtliche Verordnung aus sich selbst heraus auszulegen und nicht aus dem Blickwinkel eines nationalen Vorgängergesetzes.[43] Dies gilt selbst vor dem Hintergrund, dass erkennbar das Bundesdatenschutzgesetz für die Regelungen in Artt. 37 bis 39 DS-GVO Pate stand.

Abweichend von den Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes geht die Datenschutz-Grundverordnung von ihrer Gesetzesstruktur von einem Überwachungs- und Handlungssystem aus. Das bedeutet, dass der Begriff des Überwachens dem Datenschutzbeauftragten möglicher Weise zusätzliche Pflichten auferlegt, die auch ein Handeln durch ihn selbst erfordern.

Sollte sich aus der Formulierung „Überwachen“ eine Handlungspflicht ergeben, dann kann eine Pflichtverletzung bestehen, wenn eine erforderliche Handlung unterbleibt. Auf die Frage der Überwachungspflicht wird im Folgenden unter Ziffer 1.3.0.1.3 vertieft eingegangen, wobei diese für das Gesamtverständnis nicht isoliert betrachtet werden kann, sondern zuvor auch die Organisation unter Ziffer 1.3.0.1.1 darzustellen und sodann ableitend einzubeziehen ist.

[41] Gola/Schomerus, BDSG, 12. Auflage 2015, § 4g BDSG Rn. 18
[42] Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, 8. Auflage 2014, § 4g Rd-Nr. 46
[43] Roßnagel MMR 2015, 359

- **Verschulden**

Für eine Haftungsbegründung ist eine schuldhafte Pflichtverletzung erforderlich. Grundsätzlich haftet jeder für Vorsatz und Fahrlässigkeit, wenn keine gesetzlichen Haftungsprivilegien ersichtlich sind.[44] Dies gilt auch für den externen Datenschutzbeauftragten, nicht jedoch für den internen, wie unter Ziffer 1.3.1 auszuführen sein wird. Das Verschulden muss im Bezug auf die jeweilige Pflichtverletzung vorliegen.

Art. 39 Abs. 2 DS-GVO wird nicht als Haftungsprivilegierung anzusehen sein. Die Vorschrift soll die Art und Weise der Aufgabenerfüllung nach Art. 39 Abs. 1 DS-GVO regeln und bestimmt, dass der Datenschutzbeauftragte bei der Erfüllung seiner Aufgaben gebührend Rechnung tragen muss.[45] Auch aus den für den externen Datenschutzbeauftragten relevanten gesetzlichen Vorschriften der §§ 675, 611 ff. BGB ergeben sich keine Haftungsprivilegierungen. Sonstige gesetzliche Haftungsprivilegien sind nicht ersichtlich.

Vorsatz ist das Wissen und Wollen der Pflichtverletzung. Dafür reicht es bereits aus, wenn die Pflichtverletzung erkannt und diese billigend in Kauf genommen wird. Für ein Verschulden bei einer Unterlassungshandlung bedeutet dies, dass die Handlungspflicht erkannt, jedoch ignoriert wird.

Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, vgl. § 276 Abs. 2 BGB. Anders als im Strafrecht wird kein subjektiver, sondern ein objektiver Maßstab angewendet.

Es kommt daher für die vom Datenschutzbeauftragten zu wahrende erforderliche Sorgfalt darauf an, welcher Sorgfaltsmaßstab auf ihn anzuwenden ist. Als Maßstab wird in der Regel darauf abgestellt, welches Maß an Umsicht und Sorgfalt ein besonnener und gewissenhafter Angehöriger des in Betracht kommenden Verkehrskreises in der konkreten Situation beachtet hätte.[46] Der objektive Maßstab wird aufgrund der Anforderungen festzulegen sein, welche die Datenschutz-Grundverordnung in Art. 37 Abs. 5 DS-GVO anspricht, nämlich die besondere berufliche Qualifikation und das Fachwissen des Datenschutzbeauftragten. Hier werden auch die entsprechenden Leitbilder des Datenschutzbeauftragten in die Bewertung mit einfließen.[47]

Dazu muss die Pflichtverletzung für den Datenschutzbeauftragten vorhersehbar gewesen sein. Es genügt hierbei die allgemeine Vorhersehbarkeit eines schädigenden Erfolgs, der konkrete Ablauf braucht in seinen Einzelheiten nicht vorhersehbar zu sein.[48]

Daraus folgt bereits an dieser Stelle, dass der im Folgenden vor allem relevante Verschuldensmaßstab „Fahrlässigkeit“ nicht als fester Begriff gesehen werden kann. Er hängt insbesondere davon ab, welche Sorgfalt von einem Datenschutzbeauftragten verobjektiviert

[44] Grüneberg in Palandt, 76. Auflage 2016, § 276 BGB Rn. 1
[45] Paal in Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2017, Art. 39 DS-GVO Rn. 2
[46] Grüneberg in Palandt, 76. Auflage 2016, § 276 BGB Rn. 17
[47] BvD, Das berufliche Leitbild des Datenschutzbeauftragten, 3. Aufl. 2016
[48] Grüneberg in Palandt, 76. Auflage 2016, § 276 BGB Rn. 20

erwartet werden kann. Deshalb kann sich im vorliegenden Fall der Leistungsinhalt im Rahmen des Verschuldens haftungsbegrenzend auswirken.

- **Kausaler Schaden**

Nicht jeder Schaden, der irgendwie eine Ursache in der Pflichtverletzung des Datenschutzbeauftragten hat, ist als haftungsrechtlich kausal zu betrachten. Hierfür muss in einem ersten Schritt festgestellt werden, dass der Schaden gerade durch das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis verursacht wurde.

In einem zweiten Schritt muss ein adäquat kausaler Schadensverlauf gegeben sein. Das heißt, dass das pflichtgemäße Verhalten als adäquate, typischerweise geeignete Bedingung für den Schaden betrachtet werden kann. Bewirkt die Handlung den Schaden nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar aufgrund des Hinzutretens weiterer Umstände, wird noch eine dritte, wertende Betrachtung als Korrektiv der Haftung hinzutreten. Der Schaden muss nämlich auch dergestalt sein, dass die verletzte Pflicht vor dem konkreten Schaden schützen sollte. Auch dieser Schritt erfordert eine wertende Betrachtung, die – wie der zweite Schritt auch – im Streitfall durch ein Gericht vorzunehmen ist und sich nur situationsbedingt und nicht pauschal bestimmen lässt.

- **Durchbrechung des Kausalzusammenhangs**

  In konkreten Situationen kann es zu Unterbrechungen in der Kausalitätszurechnung kommen, etwa bei einem Dazwischentreten eines vorsätzlich handelnden Dritten, oder wenn der Schaden auch bei einem rechtmäßigen Verhalten des Datenschutzbeauftragten entstanden wäre.[49]

- **Mitverschulden**

  Auch im Rahmen des Mitverschuldens kann dem Anspruchsteller des Schadensersatzes entgegengehalten werden, dass diesem der Schaden ebenfalls zurechenbar ist.[50] Dies kann zu einer Minimierung des Anspruchs bis hin zu einem Ausschluss der Haftung des Datenschutzbeauftragten führen. Entscheidend ist, welche Pflichten der Anspruchsteller selbst inne hat. Hierauf wird unter Ziffer 1.3.3 noch näher einzugehen sein.

1.3.0.1 Haftung des Datenschutzbeauftragten bei Nichtverhinderung eines Datenschutzverstoßes im Unternehmen

Nachfolgend wird die oben bereits angesprochene Kategorie der „Nichtverhinderung eines Datenschutzverstoßes im Unternehmen“ als Pflichtverletzung des Datenschutzbeauftragten vertieft untersucht.

[49] Vgl. Oetker in MünchKomm BGB, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 142
[50] Vgl. Oetker in MünchKomm BGB, 7. Aufl. 2016, § 254 Rn. 3

Die Datenschutz-Grundverordnung geht in ihrer Gesetzesstruktur und Systematik von einem eigenverantwortlichen Überwachungs- und Handlungssystem aus.[51] In dieses System ist der Begriff des Überwachens in einer Gesamtbetrachtung zu integrieren. Denn eine isolierte Betrachtung des Begriffs übersieht grundlegende Punkte, die zu einer abweichenden Bewertung führen. Jede isolierte Betrachtungsweise des Begriffs „Überwachen“ übersieht grundlegende Aspekte. Vorab ist daher das Überwachungs- und Handlungssystem der Datenschutz-Grundverordnung darzustellen. Nur zusammen mit dieser Darstellung lässt sich die Pflicht des Datenschutzbeauftragten zur Überwachung auch systematisch einordnen und haftungsrelevant bewerten.

1.3.0.1.1 Überwachungs- und Handlungssystem der Datenschutz-Grundverordnung

In die Pflicht genommen wird der Verantwortliche. Dies ergibt sich aus Art. 5 Abs. 2 DS-GVO. Diesem wird die Verantwortung eindeutig und explizit zugewiesen. Für die Einhaltung der Verantwortung trägt die Datenschutz-Grundverordnung ihm zusätzliche Rechenschaftspflichten auf.[52] Der Verantwortliche wird daher ins Zentrum der Einhaltung der Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung gerückt.

Das Überwachungs- und Handlungssystem der Datenschutz-Grundverordnung ist maßgeblich in Artt. 5, 12 und 24 DS-GVO geregelt. Im Zentrum dieses Systems stehen demnach der Verantwortliche und die entsprechenden Organe des Unternehmens.[53]

- **Art. 5 DS-GVO**

  Art. 5 DS-GVO regelt die Grundsätze einer rechtskonformen Verarbeitung personenbezogener Daten.[54] Bei diesen Grundsätzen handelt es sich nicht lediglich um programmatische Zielfestlegungen, sondern um verbindliche Anforderungen an datenverarbeitende Stellen.[55] Die hier recht abstrakt vorgegebenen Grundsätze werden in den weiteren Regelungen definiert, sodass ein Verstoß gegen die weitergehenden Regelungen der Artt. 6 ff. DS-GVO stets auch als ein Verstoß gegen Art. 5 DS-GVO zu werten ist.[56] Art. 5 DS-GVO ist daher als „Generalnorm“ des Datenschutzes zu sehen.

  Den Verantwortlichen trifft eine Rechenschaftspflicht, die sich auf die Einhaltung der in Art. 5 Abs. 1 DS-GVO geregelten materiell-rechtlichen Vorgaben bezieht, also die Grundsätze der

  - Rechtmäßigkeit
  - Verarbeitung nach Treu und Glauben
  - Transparenz[57]

[51] Vgl. Heberlein in Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 37 Rn. 1
[52] Vgl. hierzu Hamann BB 2017, 1090, 1091 f.
[53] So auch Behling ZIP 2017, 697, 699 f.
[54] Vgl. Schantz NJW 2016, 1841, 1843; Hamann BB 2017, 1090 f.
[55] Hamann BB 2017, 1090, 1091
[56] So auch Herbst in Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 5 Rn. 1
[57] Herbst in Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 5 Rn. 7

Aus Art. 5 Abs. 2 DS-GVO ergibt sich, dass der Verantwortliche für die Einhaltung der Grundsätze für die Verarbeitung rechenschaftspflichtig ist und dass er die Einhaltung der Grundsätze nachweisen können muss.[58] Verantwortlicher ist nach Art. 4 Nr. 7 DS-GVO jede datenverarbeitende Stelle innerhalb der Europäischen Union im nicht-öffentlichen Bereich, also regelmäßig ein Unternehmen.[59] Rechenschaftspflicht bedeutet, dass die Pflicht zur Dokumentation der Datenverarbeitung das Unternehmen selbst trifft und damit die Geschäftsführung, die mit der Leitung der Geschäfte betraut ist.[60]

Die Dokumentationspflicht soll den Verantwortlichen dazu drängen, die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung von vornherein einzuhalten. Art. 5 Abs. 2 HS. 2 DS-GVO zwingt den Verantwortlichen dazu, die vorgegebenen Pflichten auch zu erfüllen. Die Dokumentationspflicht dient so der Absicherung des Datenschutzes.[61]

Ein Verstoß gegen die Vorschriften des Art. 5 Abs. 1 DS-GVO wird bereits angenommen, wenn die verantwortliche Stelle – und damit die Geschäftsführung – eine Datenverarbeitung im Einklang mit der Datenschutz-Grundverordnung nicht nachweisen kann.[62] Ein Verstoß gegen die Dokumentationspflicht nach Art. 5 Abs. 2 DS-GVO wird sanktioniert mit einem sogenannten „großen Bußgeld“ im Sinne von Art. 83 Abs. 5 DS-GVO. Dann sind Geldbußen von bis zu € 20 Millionen oder im Falle eines Unternehmens von bis zu 4% seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres möglich, je nach dem, welcher der Beträge höher ist.

Hieraus können zwei Dinge geschlossen werden: Zum einen, dass die Verortung der Sanktion bei der Geschäftsführung des Unternehmens selbst liegt und nicht beim Datenschutzbeauftragten. Zum anderen ist aus der Tatsache, dass für einen Verstoß gegen die Dokumentationspflicht ein „großes Bußgeld“ verhängt wird, der gesetzgeberische Wille erkennbar, dass die Geschäftsführung selbst die entsprechenden Pflichten nach der DS-GVO trifft. Ihr obliegt die Verantwortung, das Unternehmen datenschutzrechtskonform zu organisieren.

- **Art. 24 DS-GVO**

Art. 24 Abs. 1 DS-GVO regelt, die Pflicht sicherzustellen und den Nachweis dafür erbringen zu können, dass die Verarbeitung datenschutzkonform ausgeführt wird.[63] Die hierfür notwendigen Organisationsmaßnahmen sind laut Art. 24 Abs. 1 S. 2 DS-GVO erforderlichenfalls zu überprüfen und zu aktualisieren.[64]

Die Regelung adressiert explizit den Verantwortlichen. Darin kommt zum Ausdruck, dass im Zentrum der datenschutzrechtlichen Verantwortung der Verantwortliche ist.

[58] Sachs/Kranig/Gierschmann, Datenschutz-Compliance nach der DS-GVO, S. 24; Thode CR 2016, 714, 716
[59] Ernst in Paal/Pauly Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2017, Art. 4 Rn. 55
[60] Herbst in Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 5 Rn. 77 ff.
[61] Im Ergebnis auch Wybitul CCZ 2016, 194, 197
[62] Vgl. Sachs/Kranig/Gierschmann, Datenschutz-Compliance nach der DS-GVO, S. 110
[63] Piltz K&R 2016, 709, 710
[64] Sachs/Kranig/Gierschmann, Datenschutz-Compliance nach der DS-GVO, S. 24

- **Art. 12 DS-GVO**

  Art. 12 DS-GVO normiert in Verbindung mit Artt. 13 bis 23 DS-GVO die Pflichten zur Information von durch die Datenerhebung Betroffenen sowie Modalitäten für die Ausübung der Rechte der Betroffenen.[65] Darin sind also die wesentlichen Umsetzungserfordernisse für das Unternehmen geregelt, auf die Artt. 5 und 24 DS-GVO abstellen. Art. 12 DS-GVO beschreibt, welche Maßnahmen zu treffen sind, insbesondere, welche Informationen zu erteilen sind. Die Norm bestimmt, dass die geeigneten Maßnahmen von dem Verantwortlichen getroffen werden (Abs. 1), der Verantwortliche den Betroffenen die Ausübung ihrer Rechte erleichtert (Abs. 2) und der Verantwortliche den Betroffenen Informationen über getroffene Maßnahmen zur Verfügung stellt (Abs. 3).

  Ein Verstoß gegen die Pflichten aus Art. 12 DS-GVO wird mit einem „großen Bußgeld" im Sinne von Art. 83 Abs. 5 DS-GVO sanktioniert. Hieraus lässt sich ableiten, dass die Pflichten i.S.d. Art. 12 DS-GVO den Verantwortlichen i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO treffen. Aus der Höhe des Bußgeldes lässt sich darüber hinaus die Intention des Gesetzgebers erkennen, dass das Unternehmen und die für sie handelnde Geschäftsführung selbst zur Verantwortung gezogen werden und dass sie selbst die geeigneten Maßnahmen treffen müssen.

- **Datenschutz-Folgenabschätzung**

  Art. 35 Abs. 1 DS-GVO bestimmt, dass der Verantwortliche vorab eine Abschätzung der Folgen der vorgesehenen Verarbeitungsvorgänge für den Schutz personenbezogener Daten durchführt, wenn eine Form der Verarbeitung aufgrund der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung voraussichtlich ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge hat.[66] Nach Art. 35 Abs. 2 DS-GVO holt der Verantwortliche den Rat des Datenschutzbeauftragten bei der Durchführung einer solchen Datenschutz-Folgenabschätzung ein.

  Die Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DS-GVO macht in dreierlei Hinsicht das Verhältnis des Datenschutzbeauftragten zum Verantwortlichen deutlich.

  Wenngleich die Rechtslage, die nach dem Bundesdatenschutzgesetz galt, nicht zur Auslegung der Datenschutz-Grundverordnung herangezogen werden kann, so macht die Darstellung gleichwohl die andere Denkweise nach der Datenschutz-Grundverordnung deutlich. Unter § 4g Abs. 1 S. 1 BDSG i.V.m. § 4d Abs. 6 BDSG war die Vorabkontrolle, die nun in Art. 35 DS-GVO geregelt ist, alleinige Aufgabe des Datenschutzbeauftragten. Diese ergänzte seine Kontroll- und Beratungspflicht.[67] Diese originäre Aufgabe ist in dem Nachfolgeinstrument der Datenschutz-Grundverordnung in Art. 35 Abs. 1 DS-GVO allein dem Verantwortlichen zugewiesen.[68] Im Verhältnis zum Bundesdatenschutzgesetz ist also zu sehen, dass eine eigene Vorabkontrolle durch den Datenschutzbeauftragten nicht mehr

[65] Schantz NJW 2016, 1841, 1845
[66] Kühling/Martini EuZW 2016, 448, 452
[67] Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl. 2014, § 4g Rd-Nr. 81
[68] Vgl. Klug ZD 2016, 315, 318

vorgesehen ist. Diesen trifft keine eigenständige Rolle zur Einhaltung der Vorgaben des Art. 35 DS-GVO.[69]

Auch hier zeigt sich, dass die Datenschutz-Grundverordnung dem Datenschutzbeauftragten eine Nebenrolle zugedenkt, eine Seitenstellung, dessen Rat der im Zentrum des Datenschutzes stehende Verantwortliche einholt. Denn grundsätzlich könnte auch die Datenschutz-Folgenabschätzung allein in dem Begriff des „Überwachens" mit umfasst sein. Dann aber hätte es der Klarstellung nicht bedurft, dass der Datenschutzbeauftragte nur zu Rate zu ziehen ist.

- **Keine Durchsetzungskompetenz**

In einer Unternehmensstruktur sind grundsätzlich die Organe des Unternehmens dazu befugt, Handlungen auszuführen und ihr Unternehmen zu organisieren. Soll diese Möglichkeit auch einem Mitarbeiter oder einem außerhalb der Unternehmensstruktur befindlichen Dritten zustehen, so bedarf es der Erteilung einer Handlungsbefugnis, entweder durch das Unternehmen bzw. dessen Organe oder durch Gesetz.

Der Datenschutzbeauftragte unterscheidet sich im Rahmen der Durchführung seiner datenschutzrechtlichen Aufgaben vom Unternehmen und seiner Organe dadurch, dass ihm keine unternehmerischen oder organisatorischen Handlungsbefugnisse zur Verfügung stehen. Mit entsprechenden Handlungsbefugnissen wird er auch nicht durch die Datenschutz-Grundverordnung ausgestattet. Diese überlässt die zivilrechtliche Ausgestaltung den Regelungen der Mitgliedsstaaten.

Hieran wird die Nebenrolle des Datenschutzbeauftragten erneut sichtbar. Denn seine Aufgabe ist zwar die Überprüfung der Datenschutzkonformität, jedoch erhält er keine originären Handlungsbefugnisse, um mögliche Verstöße abstellen zu können. Er berichtet mögliche Verstöße an den Verantwortlichen.

- **Adressat der Sanktionen**

Letztlich ist im Gesamtblick auch zu sehen, dass der Datenschutzbeauftragte in der Sanktionsnorm des Art. 83 DS-GVO nicht erwähnt wird. Ausdrücklich werden der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter genannt. Auch dies zeigt, dass der Datenschutzbeauftragte eine Nebenrolle des Datenschutzrechts einnimmt und nicht im Fokus der Sanktionierung von Pflichtverstößen steht.

- **Zusammenfassung**

Der Datenschutzbeauftragte wird in den Artt. 5, 24 und 12 DS-GVO nicht genannt, so dass ihn die darin geregelten Pflichten auch nicht originär treffen können. Er ist nicht das zentrale Organ des Datenschutzes im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung. Dieses ist

[69] So auch Jaspers/Reif RDV 2016, 61, 66

nach obigen Ausführungen unzweifelhaft der Verantwortliche nach Art. 4 Nr. 7 DS-GVO.[70] Das heißt auch, dass die Verantwortung – im Gesamtkontext gesehen – nicht einfach durchgereicht werden kann.

Etwas anderes kann auch mit Blick auf die Sanktionsregelungen der Artt. 82, 83 DS-GVO nicht angenommen werden. Darin ist der Datenschutzbeauftragte nicht aufgeführt. Genannt sind als Haftende ausdrücklich nur Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter. Ein Datenschutzbeauftragter ist jedoch keines von beiden. Die verwendeten Begriffe stellen insoweit einen Paradigmenwechsel zum Bundesdatenschutzgesetz dar, welches in § 43 BDSG mit *„Ordnungswidrig handelt, wer"* jeden – auch den Datenschutzbeauftragten – in Bezug nimmt. Dies kann auf Grund des Wortlauts der Datenschutz-Grundverordnung jedoch nicht mehr gelten.

1.3.0.1.2 Rechtsstellung des Datenschutzbeauftragten

Der Datenschutzbeauftragte ist nach Art. 38 Abs. 1 DS-GVO ordnungsgemäß und frühzeitig in alle mit dem Schutz personenbezogener Daten zusammenhängenden Fragen einzubinden. Dies ist Grundvoraussetzung für seine effektive Aufgabenerfüllung. Den Verantwortlichen und den Auftragsverarbeiter trifft die Pflicht, dies sicherzustellen. Der Datenschutzbeauftragte hat nach Art. 38 Abs. 3 S. 3 DS-GVO ein unmittelbares Vortragsrecht gegenüber der höchsten Managementebene, die er gemäß Art. 39 Abs. 1 lit. a DS-GVO unterrichtet.[71] Gleichzeitig regelt Art. 38 Abs. 4 DS-GVO, dass Betroffene den Datenschutzbeauftragten zu Rate ziehen können. Gleiches gilt für die Wahrnehmung ihrer Datenschutzrechte nach der Datenschutz-Grundverordnung. Hier dürften die Betroffenenrechte der Artt. 12 bis 23 DS-GVO gemeint sein.[72]

Es ist also zu erkennen, dass dem Datenschutzbeauftragten insbesondere eine beratende sowie vermittelnde Stellung in der Systematik der Datenschutz-Grundverordnung zugedacht ist. Verpflichtet sind auch nach Art. 38 DS-GVO der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter. An diese richtet sich auch die Sanktion, wenn die Pflichten der „Sicherstellung" nicht eingehalten werden. Nach Art. 83 Abs. 4 DS-GVO kann bei Verstößen ein sogenanntes „kleines Bußgeld" verhängt werden. Dann sind Geldbußen von bis zu € 10 Millionen oder im Falle eines Unternehmens von bis zu 2 % seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres möglich, je nach dem, welcher der Beträge höher ist. Der Datenschutzbeauftragte wiederum ist von einer Sanktion nicht erfasst.

Aus der Systematik der Datenschutz-Grundverordnung (wie dargestellt unter Ziffer 1.3.0.1.1) und der Rechtstellung des Datenschutzbeauftragten lässt sich im Wege eines Gesamtüberblicks folgendes festhalten:

Der Datenschutzbeauftragte ist nicht „Zentralorgan" des Datenschutzes im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung. Ihn treffen nicht die wesentlichen Pflichten der Datenschutz-

[70] Zum gleichen Ergebnis kommt auch Behling ZIP 2017, 697, 699
[71] Klug ZD 2016, 315, 318; Hamann BB 2017, 1090, 1096
[72] Klug aaO

Grundverordnung. Diese treffen ausschließlich den Verantwortlichen und damit das Unternehmen selbst. Der Verantwortliche trägt die Gesamtpflicht, die von der Datenschutz-Grundverordnung auferlegten Aufgaben und Maßnahmen zu regeln. Der Datenschutzbeauftragte trägt hierbei in der Gesamtsicht des Überwachungs- und Handlungssystems nur eine außenstehende Rolle. Vor diesem Hintergrund wird der Begriff „Überwachen“ auszulegen sein (hierzu unten Ziffer 1.3.0.1.3).

1.3.0.1.3 „Überwachen“

Nach Art. 39 Abs. 1 lit. a DS-GVO unterrichtet und berät der Datenschutzbeauftragte den Verantwortlichen und die Beschäftigten hinsichtlich ihrer Pflichten.[73] Zu dieser Aufgabe gehört es, den Verantwortlichen über datenschutzrelevante Vorgänge zu informieren, indem der Datenschutzbeauftragte ihm berichtet.[74]

Art. 39 Abs. 1 lit. b DS-GVO ergänzt die in Art. 39 Abs. 1 lit. a DS-GVO geregelten Aufgaben des Datenschutzbeauftragten um eine Kontrollfunktion, die sich auch auf interne „Strategien“ für den Schutz personenbezogener Daten erstreckt.[75] Die Auslegung des Begriffs ist bisher in der Literatur kaum diskutiert worden. Der Begriff „Überwachen“ spricht für einen ambivalenten, jedoch eher passiven Begriff. Gleiches ergibt sich aus den sprachlichen Fassungen des englischen („monitor“) und französischen Verordnungstextes („contrôler“), die ihrer Bedeutung nach eine wohl passive Kontrolle beinhalten.[76] Dem Wortsinn nach ist „monitoring“ auch mit „beobachten“ und „Protokollierung“ zu verstehen. Aus Erwägungsgrund 97 kann entnommen werden, dass ein „Überwachen“ eine unterstützende Aufgabe für den Verantwortlichen oder den Auftragsverarbeiter darstellen soll.[77] Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass eine aktive Kontrolle erforderlich ist.[78]

Dennoch erscheint die Auslegung des einzelnen Begriffs nicht zielführend, vielmehr ist der Begriff als einheitliches „Überwachen der Einhaltung dieser Verordnung“ zu betrachten. Im oben dargestellten Gesamtkontext der explizit geregelten Organisationspflichten wird deutlich, dass „Überwachen der Einhaltung dieser Verordnung“ nur als eine Überprüfung der datenschutzrechtlichen Organisationsstruktur verstanden werden kann, die der Verantwortliche selbst nach den Bestimmungen in Artt. 5, 24, 12 DS-GVO aufbauen muss.[79]

Der Datenschutzbeauftragte hat weder die Aufgabe noch die Kompetenz, eine zweite Datenschutzstruktur aufzubauen, um selbst Verstöße gegen Datenschutzbestimmungen zu verhindern.[80] Während dem Verantwortlichen Handlungen vorgeschrieben werden („trifft Maßnahmen“, „muss nachweisen“, „stellt Informationen“), wurden dem Datenschutzbeauftragten solche Handlungspflichten oder auch nur -möglichkeiten gerade nicht erteilt.

[73] Vgl. Klug aaO, 318
[74] Vgl. Thode CR 2016, 714, 718; Klug aaO
[75] Klug aaO
[76] A.A. Marschall/Müller ZD 2016, 415, 418
[77] So auch Heberlein in Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 39 Rn. 10
[78] A.A. Marschall/Müller ZD 2016, 415, 418
[79] So auch Ettig/Bausewein in Wybitul, Handbuch EU-Datenschutz-Grundverordnung, Art. 39 Rn. 16
[80] Siehe auch Behling ZIP 2017, 697, 699 f

Die ursprünglich vorgesehene Aufgabe des „Sicherstellens“ der Dokumentation wurde während der Trilogverhandlungen wieder fallen gelassen.[81]

Ein Überwachen im herkömmlichen Sinne würde auch die Möglichkeit eines Eingriffs in den Prozess erfordern, um den Fehler im datenschutzrechtlichen Sinne gegebenenfalls zu beseitigen. Dies würde jedoch eine entsprechende Weisungsbefugnis des Datenschutzbeauftragten voraussetzen.[82] Dergleichen ist der Datenschutz-Grundverordnung nicht zu entnehmen. Zwar schließt die Überwachung nach Art. 39 Abs. 1 lit. b DS-GVO die Zuweisung von Zuständigkeiten an Mitarbeiter mit ein,[83] jedoch kann hieraus nach diesseitiger Ansicht keine darüber hinausgehende Weisungsbefugnis gezogen werden. Denn die Zuweisung dient dem Wortlaut nach ebenfalls nur der Überwachung selbst, nicht der Beseitigung von aufgedeckten datenschutzwidrigen Zuständen.

Art. 38 Abs. 3 DS-GVO weist dem Datenschutzbeauftragten die Aufgabe zu, der höchsten Managementebene Bericht zu erstatten. Zusätzliche Handlungspflichten oder Weisungsbefugnisse sind nicht vorgesehen.[84]

Falls dem externen Datenschutzbeauftragten Weisungsbefugnisse im Beratungsvertrag oder – bei einem internen Datenschutzbeauftragten – in einer Zusatzvereinbarung übertragen werden, wirkt sich dies auf seine Haftung entsprechend aus.[85] Dies ist in dem vorgelegten Beratungsvertrag nicht erfolgt, so dass dies in der vorliegenden Ausarbeitung nicht weiter vertieft wird. Originär aus der Datenschutz-Grundverordnung oder dem BDSG-neu ergeben sich Weisungsbefugnisse nicht. Dies deckt sich auch mit der Auffassung der Bearbeiter dieses Gutachtens, dass nach Erwägungsgrund 97 die Überwachung durch den Datenschutzbeauftragten eine unterstützende Maßnahme für die eigentlich Verantwortlichen, nämlich für das Unternehmen selbst und für den Auftragsverarbeiter, ist.

Es bestehen nach oben Gesagtem starke Zweifel daran, dass der Datenschutzbeauftragte die Rolle einnimmt, jeglichen Datenschutzverstoß in dem Unternehmen zu verhindern. Das ergibt sich auch aus dem Schutzzweck der Norm. Denn diese ist nicht derart gestaltet, dass jeder Datenschutzverstoß verhindert werden soll. Die Norm ist vielmehr so ausgestaltet, dass Datenschutzverstöße durch Verschaffen von Kenntnis in Erfahrung gebracht werden sollen und diese dann nach Information durch den Datenschutzbeauftragten vom Verantwortlichen abgestellt werden. Überwachen bedeutet daher eine Kontrolle der Datenschutzorganisation des Verantwortlichen.

Zusammenfassend gilt Folgendes:

Grundsätzlich bestimmt die Datenschutz-Grundverordnung eine dahingehende Überprüfungs- und Kontrollpflicht des Datenschutzbeauftragten, dass eine Überprüfung der bestehenden Datenschutzorganisation auf ihre Vereinbarkeit mit Datenschutzrecht und

[81] Vgl. Jaspers/Reif RDV 2016, 61, 65
[82] Marschall/Müller ZD 2016, 415, 418
[83] Paal in Paal/Pauly Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2017, Art. 39 Rn. 6
[84] Jaspers/Reif RDV 2016, 61, 66; ebenso Ettig/Brausewein in Wybitul, Handbuch EU-Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2017, Art. 39 Rn. 17
[85] Jaspers/Reif aaO

internen Vorgaben hin erfolgt. Die Folge hiervon ist, sofern nichts zusätzlich vertraglich geregelt wird, dass der Datenschutzbeauftragte die Pflicht hat, einen Datenschutzverstoß der höchsten Managementebene zu berichten. Eine weitergehende Weisungsbefugnis des Datenschutzbeauftragten, um den erkannten Verstoß selbst zu beseitigen, sieht die Datenschutz-Grundverordnung nicht vor, weshalb der Datenschutzbeauftragte im Rahmen der Überwachung zwar eine Pflicht zur Information eines ihm bekannt gewordenen Datenschutzverstoßes an den Verantwortlichen, jedoch nicht die Pflicht hat, einen Datenschutzverstoß selbst zu beseitigen.

Dies deckt sich mit dem vorangestellten Überwachungs- und Handlungssystem der Datenschutz-Grundverordnung. Datenschutzrechtlich handlungsverpflichtet ist der Verantwortliche, wie sich aus den Artt. 5, 24, 12 DS-GVO ergibt. Der Datenschutzbeauftragte hat im Rahmen seiner Überprüfungspflicht lediglich eine unterstützende Aufgabe, die nach Ansicht der Verfasser dieses Gutachtens keine – über den Bericht an die Geschäftsführung hinausgehenden – Handlungspflichten mit sich bringt.

1.3.0.2 Ergebnis

Der Datenschutzbeauftragte haftet nach Auffassung der Bearbeiter dieses Gutachtens nicht für jede Nichtverhinderung von Datenschutzverstößen im Unternehmen. Er nimmt eine beobachtende Position ein, bei deren Ausführung er Datenschutzverstöße an den Verantwortlichen berichtet. Er hat nicht die Aufgabe, Datenschutzverstöße zu verhindern, und daher auch keine – für einen Haftungsanspruch aus Unterlassen erforderliche – Handlungspflicht.

1.3.1 Frage: *„Unter welchen Voraussetzungen haftet der angestellte, benannte Datenschutzbeauftragte?“*

Bereits im Rahmen der obigen Ausführungen ist dargelegt worden, dass der Datenschutzbeauftragte – unabhängig davon, ob es sich um einen externen oder einen internen Datenschutzbeauftragten handelt – nach den jeweils einschlägigen zivilrechtlichen Regelungen und Maßstäben für schuldhafte Pflichtverstöße haften kann. Die bisweilen geäußerte Ansicht, der Datenschutzbeauftragte hafte nicht für Pflichtverstöße, ist nach Einschätzung der Autoren dieses Gutachtens nicht auf arbeitsrechtliche oder allgemein zivilrechtliche Fragen bezogen worden.[86] Denn es ist zwar zutreffend, dass der Hauptverantwortliche für die Beachtung der Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung und der sogenannten Compliance-Vorschriften der Verantwortliche ist. Dies führt aber nicht dazu, dass allgemeine Haftungsgrundsätze des Zivil- und Arbeitsrechtes auf den Datenschutzbeauftragten nicht anzuwenden wären. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Datenschutz-Grundverordnung keine zusätzlichen zivilrechtlichen oder arbeitsrechtlichen Haftungsnormen schafft. Gleichzeitig beseitigt sie aber auch nach allgemeinem Zivil- und Arbeitsrecht keine Haftungsgrundsätze. Zu einer derartigen gesetzlichen Regelung wäre der

[86] Guidelines on Data Protection Officers der Article 29 Data Protection Working Party vom 13.12.2016, S. 4

Europäische Gesetzgeber auch gar nicht befugt. Denn es ist primär Sache des nationalen Gesetzgebers, die Regelungen des Arbeitsrechtes zu ändern und zu definieren.[87]

Danach ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass ein angestellter Datenschutzbeauftragter grundsätzlich unter denselben Voraussetzungen haftet wie ein anderer Arbeitnehmer auch.

Im Rahmen einer längeren Entwicklung der Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht zuletzt im Jahre 2010 die Grundsätze der Haftung eines Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bei einem schuldhaften (also zumindest leicht fahrlässigen) Rechtspflichtenverstoß definiert. In diesem Zusammenhang hat das Bundesarbeitsgericht zunächst herausgearbeitet, dass ein Arbeitsverhältnis ein besonderes zivilrechtliches Schuldverhältnis darstellt, bei dem sich wegen der besonderen persönlichen Bindung der Vertragspartner regelmäßig eine Vielzahl von Nebenleistungspflichten sowie Unterlassungs- und Handlungspflichten herausbilden. Außerdem existieren allgemeine Sorgfalts-, Obhuts-, Fürsorge-, Aufklärungs- und Anzeigepflichten, die dazu dienen, die Erbringung der jeweiligen Hauptpflichten der Parteien des Arbeitsvertrages, also des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers, zu fördern, die Leistungsmöglichkeit zu erhalten und den Leistungserfolg zu sichern.[88]

Nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes haftet ein Arbeitnehmer gegenüber einem Arbeitgeber bei einem Pflichtenverstoß und einem schuldhaft verursachten Schaden des Arbeitgebers nach den Grundsätzen der sogenannten betrieblich veranlassten Tätigkeit:

Verletzt der Arbeitnehmer im Rahmen einer betrieblich veranlassten Tätigkeit Rechtsgüter des Arbeitgebers und verursacht damit einen Schaden des Arbeitgebers, so kommt eine Haftungserleichterung in Betracht. Das Handeln des Arbeitnehmers ist betrieblich veranlasst, wenn bei objektiver Betrachtungsweise aus der Sicht des Schädigers im Betriebsinteresse zu handeln war, sein Handeln unter Berücksichtigung der Verkehrsüblichkeit nicht untypisch war und keinen Exzess darstellt.[89] Als betrieblich veranlasst gelten dabei solche Tätigkeiten, die arbeitsvertraglich übertragen worden sind oder die der Arbeitnehmer im Interesse des Arbeitgebers für den Betrieb ausführt. Das Handeln braucht dabei nicht zum eigentlichen Aufgabengebiet des Arbeitnehmers zu gehören, ausreichend ist, wenn er im wohlverstandenen Interesse des Arbeitgebers tätig wird.[90]

Der betriebliche Charakter der Tätigkeit geht nicht dadurch verloren, dass der Arbeitnehmer bei der Durchführung der Tätigkeit grob fahrlässig oder sogar vorsätzlich seine Pflichten verletzt, auch wenn ein solches Verhalten grundsätzlich nicht im Interesse des Arbeitgebers liegt.[91]

Letztlich kommt damit die nachfolgend noch zu spezifizierende Haftungserleichterung eines Arbeitnehmers im Falle der Schädigung von Rechtsgütern des Arbeitgebers immer dann in Betracht, wenn die schädigende Handlung im Rahmen der Arbeitsleistung erfolgte. Ein

[87] Jaspers/Reif, RDV 2016, 61, 64
[88] BAG, Urt. v. 28.10.2010 – 8 AZR 418/09
[89] BAG, Urt. v. 22.04.2004 – 8 AZR 159/03
[90] BAG, Urt. v. 14.03.1974 – 2 AZR 155/73
[91] BAG, Urt. v. 28.10.2010 – 8 AZR 418/09

einfacher Fall wäre in diesem Zusammenhang beispielsweise derjenige des Kraftfahrers, der beim Rangieren auf dem Betriebshof ein anderes Fahrzeug beschädigt. Ein Fall des sogenannten Exzesses, also eines Falles, in dem keine betrieblich veranlasste Tätigkeit angenommen werden könnte, wäre derjenige des Arbeitnehmers, der im Rahmen einer Rangelei mit Kollegen Rechtsgüter, etwa Einrichtungsgegenstände oder Maschinen, des Arbeitgebers beschädigt.

Generell gilt, dass der Begriff der betrieblich veranlassten Tätigkeit recht weit zu verstehen ist.

Soweit eine sogenannte betrieblich veranlasste Tätigkeit vorliegt, gelten die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätze über die beschränkte Arbeitnehmerhaftung. Danach haftet ein Arbeitnehmer grundsätzlich in vollem Umfang, wenn er vorsätzlich einen Schaden des Arbeitgebers verursacht. Bei einer nur sehr leichten oder leichtesten Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht. Bei einer normalen Fahrlässigkeit ist der Schaden in der Regel zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer zu teilen. Bei grober Fahrlässigkeit hat der Arbeitnehmer in aller Regel auch den gesamten Schaden zu tragen, jedoch können Haftungserleichterungen, die von einer Abwägung im Einzelfall abhängig sind, in Betracht kommen.[92]

Es ist naturgemäß im Einzelfall schwierig, die einzelnen Grade der Fahrlässigkeit gegeneinander abzugrenzen. Die vorsätzliche Verursachung eines Schadens ist im Einzelfall dagegen recht einfach zu ermitteln. Ob ein Fall leichtester Fahrlässigkeit oder mittlerer Fahrlässigkeit vorliegt, ist demgegenüber oft schwer abzuschätzen.

Das Bundesarbeitsgericht hat daher selbst festgestellt, dass sowohl der Begriff des Verschuldens als auch die einzelnen Arten des Verschuldens (leichteste, einfache oder normale und grobe Fahrlässigkeit) Rechtsbegriffe sind, die einer Wertung durch den Richter unterliegen. Dieser hat einen erheblichen Beurteilungsspielraum.[93] Als Korrektiv für diese rechtliche Unsicherheit hat das Bundesarbeitsgericht daher darauf verwiesen, dass selbst bei grober Fahrlässigkeit Umstände hinzutreten können, die eine Haftungsbegrenzung rechtfertigen. Hier hat das Bundesarbeitsgericht beispielsweise auf die Höhe des Arbeitsentgeltes des Arbeitnehmers verwiesen. Ein Arbeitnehmer, der nur ein geringes Arbeitsentgelt bezieht, kann grundsätzlich auch für grob fahrlässig verursachte Schäden nicht in voller Höhe in Anspruch genommen werden.

Diese von der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit entwickelten und durchgängig angewandten Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung gelten auch für schuldhafte Pflichtverstöße des internen Datenschutzbeauftragten und dessen Haftung gegenüber seinem Arbeitgeber. Es ist jedoch auch nach Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung zu bedenken, dass der Datenschutzbeauftragte aufgrund des vom Arbeitgeber zu tragenden Betriebsrisikos und des in der Regel zu bejahenden erheblichen Mitverschuldens der Unternehmensleitung (§ 254

[92] BAG, aaO (Fn 91)
[93] BAG, aaO (Fn 91)

BGB) – auch wegen beispielsweise nur unzureichender Ausstattung des Datenschutzbeauftragten – regelmäßig nicht in voller Höhe haften dürfte.[94]

Gleichwohl haftet auch der interne Datenschutzbeauftragte für die Erfüllung der ihm durch Arbeitsvertrag zugewiesenen Aufgaben und Pflichten als Datenschutzbeauftragter im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung.

Die Datenschutz-Grundverordnung normiert eine Vielzahl von Aufgaben des Datenschutzbeauftragten und ist dabei nicht an jeder Stelle in vollem Umfang transparent und eindeutig.[95] Teils missverständliche Formulierungen gehen zum Teil zu Lasten der Rechtssicherheit der Unternehmen und schlussendlich aufgrund einer gewissen Rechtsunsicherheit auch zu Lasten der Datenschutzbeauftragten selbst.[96] Allerdings ist es grundsätzlich Sache des Anspruchstellers, die Tatsachen, die seinen Anspruch stützen sollen, darzulegen und zu beweisen. Diese aus der Datenschutz-Grundverordnung herrührende relative Unsicherheit hinsichtlich der Aufgaben und Pflichten des Datenschutzbeauftragten wird durch die in der Praxis selbst schwer absehbaren Folgen eines schuldhaften Pflichtenverstoßes des internen Datenschutzbeauftragten noch verstärkt.

Aufgrund der oben dargelegten Unsicherheiten dürfte es in der Praxis empfehlenswert sein, in einem originären Arbeitsvertrag eines als Datenschutzbeauftragter eingestellten Mitarbeiters oder aber im Rahmen einer Vereinbarung über die Übernahme des Amtes des Datenschutzbeauftragten (im Falle einer nachträglichen Benennung als Datenschutzbeauftragter) die einzelnen Aufgaben und Pflichten des Datenschutzbeauftragten im Unternehmen genau zu definieren. Dadurch würde sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber Klarheit über die genauen Aufgaben des Datenschutzbeauftragten in dem Unternehmen und auch hinsichtlich etwaiger Pflichtenverstöße erreicht. Eine einzelvertragliche Regelung, die im Einklang mit der Datenschutz-Grundverordnung steht und die darin erwähnten Aufgaben und Verpflichtungen des Datenschutzbeauftragten konkretisiert, dürfte hinsichtlich der Haftung des internen Datenschutzbeauftragten in arbeitsrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden sein.

Nicht von den Haftungsprivilegierungen der beschränkten Arbeitnehmerhaftung umfasst sind etwaige Schadensersatzansprüche, die ein Betroffener selbst gegen einen Datenschutzbeauftragten haben könnte. Da der Betroffene selbst in aller Regel in keiner vertraglichen Beziehung zum Datenschutzbeauftragten steht, kommen Ansprüche des Betroffenen gegen den Datenschutzbeauftragten allenfalls aus dem Gesichtspunkt des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder aus dem Deliktsrecht nach den §§ 823 ff. BGB in Betracht.

Ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter könnte beispielsweise in der Vereinbarung des internen Datenschutzbeauftragten mit seinem Arbeitgeber zu sehen sein, nach welcher der Arbeitnehmer die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten übernimmt. Zu denken wäre hier etwa an einen Arbeitsvertrag des originär als Datenschutzbeauftragter eingestellten

[94] Gola/Brink in Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Auflage 2016, § 4 g BDSG, Rn. 10
[95] Marschall/Müller ZD 2016, 415, 420
[96] Marschall/Müller, aaO

Mitarbeiters oder aber eine Ergänzungsvereinbarung zum Arbeitsvertrag über die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten.

Ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist ein Rechtsinstitut, bei dem die beiden Parteien eines Vertrages den Schutz des Vertrages auf einen unbeteiligten Dritten (beispielsweise den oder eine unbestimmte Menge von Betroffenen) erstrecken. Ein derartiger Vertrag ist dadurch gekennzeichnet, dass der Anspruch auf die Hauptleistungen des Arbeitsvertrages allein den beiden Vertragspartnern zusteht, der Dritte jedoch in der Weise in die vertraglichen Sorgfalts- und Obhutspflichten einbezogen ist, dass er bei deren Verletzung vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen kann. Die Einbeziehung eines Dritten in die Schutzwirkung eines Vertrages setzt voraus, dass Sinn und Zweck des Vertrages und die erkennbaren Auswirkungen der vertragsgemäßen Leistungen auf den Dritten seine Einbeziehung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben erfordern und eine Vertragspartei, für den Vertragspartner erkennbar, redlicherweise damit rechnen kann, dass die ihr geschuldete Obhut und Fürsorge in gleichem Maße auch dem Dritten entgegen gebracht wird.[97]

Bislang ist nicht die Rechtsansicht vertreten worden, dass der Arbeitsvertrag zwischen einem internen Datenschutzbeauftragten und dem Verantwortlichen oder eine anderweitige arbeitsrechtliche Vereinbarung zwischen einem internen Datenschutzbeauftragten und seinem Arbeitgeber tatsächlich als eine Vereinbarung aufgefasst werden kann, in deren Schutz eine im vorhinein nicht absehbare Zahl von Betroffenen einbezogen werden soll. Es ist weder anzunehmen, dass die Parteien einer solchen Vereinbarung die Absicht haben, die Schutzwirkung des Vertrages auf Betroffene zu erstrecken, noch kann man annehmen, dass dies im Einklang mit den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung steht. Sowohl die Datenschutz-Grundverordnung als auch der Entwurf des geplanten Anpassungsgesetzes sehen keine unmittelbare Haftung und auch keine weitergehenden Haftungstatbestände des Datenschutzbeauftragten vor.

Zwar wird der Datenschutzbeauftragte auch zukünftig weiter als „Anwalt der Betroffenen“ zu bezeichnen sein (Art. 38 Abs. 4 und 5 DS-GVO).[98] Dies ist aber kaum so zu verstehen, dass die Betroffenen in ihrer Gesamtheit in den Schutzbereich einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Datenschutzbeauftragten und dem Verantwortlichen einbezogen sein sollen.

Es verbleibt damit denkbarerweise lediglich bei einem Anspruch aus sogenanntem Deliktrecht nach den §§ 823 ff. BGB. In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass der eingetretene Schaden durch die Pflichtverletzung des Datenschutzbeauftragten ursächlich hervorgerufen sein muss. Da die Datenschutz-Grundverordnung keinerlei Mittel kennt, mit denen der Datenschutzbeauftragte seine Anregungen oder Vorschläge wirksam durchsetzen könnte, dürfte es in aller Regel an der ursächlichen Schadensverursachung durch das Unterlassen der Überwachung oder der anderweitigen Aufgabenerfüllung mangeln.

Im Übrigen bleibt darauf hinzuweisen, dass gemäß Artikel 24 DS-GVO die Verarbeitung der Daten gemäß den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung im Verantwortungsbereich

[97] LAG Hessen, Urteil vom 29.1.2015 – 5 Sa 922/14
[98] Jaspers/Reif RDV 2016, 61, 65; Lepperhoff/Müthlein, aaO, S. 86

des Verantwortlichen liegt. Der Datenschutzbeauftragte übernimmt nach der Konzeption der Datenschutz-Grundverordnung eine Funktion im Rahmen der Compliance.[99] Auf die Frage des Haftens durch Unterlassen im Allgemeinen wird noch im Rahmen der Beantwortung der Frage zu 1.3.3. einzugehen sein.

Der interne Datenschutzbeauftragte haftet für schuldhafte Pflichtverstöße wie andere Arbeitnehmer auch. Aufgrund der von ihm durchgeführten betrieblichen Tätigkeit kommt ihm eine Arbeitnehmerhaftungsprivilegierung zu Gute.

1.3.2 Frage: „*Unter welchen Voraussetzungen haftet der externe (Dienstvertrag), benannte Datenschutzbeauftragte?*"

Der externe, benannte Datenschutzbeauftragte haftet nach den einschlägigen zivilrechtlichen Regelungen. Es bedarf – wie oben ausführlich unter Ziffer 1.3.1 dargestellt – einer schuldhaften Verletzung einer vertraglichen oder gesetzlichen Leistungspflicht. Er haftet jedoch nicht wie ein Compliance-Officer, da ihn – wie in diesem Gutachten bereits dargestellt – keine Handlungspflicht trifft.[100]

Für externe Datenschutzbeauftragte gelten hierbei – wie oben bereits ausgeführt – keine Besonderheiten. Er haftet auf zivilrechtlicher Ebene ohne zivilrechtliche Besonderheiten. Bei einem Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 Abs. 1 BGB, wie er bei einem externen Datenschutzbeauftragten vorliegt, ergeben sich keine haftungsrechtlichen Besonderheiten. Grundsätzlich haftet der externe Datenschutzbeauftragte deshalb nach den eingangs dargestellten Bedingungen. Ein Haftungsprivileg, ähnlich der oben beschriebenen beschränkten Arbeitnehmerhaftung, ist nicht ersichtlich.

Die Datenschutz-Grundverordnung normiert – wie bereits oben unter Ziffer 1.3.1 dargestellt – eine Vielzahl von Aufgaben des Datenschutzbeauftragten und ist dabei nicht an jeder Stelle in vollem Umfang transparent und eindeutig.[101] Teils missverständliche Formulierungen gehen zum Teil zu Lasten der Rechtssicherheit der Unternehmen und schlussendlich aufgrund einer gewissen Rechtsunsicherheit auch zu Lasten der Datenschutzbeauftragten selbst.[102] Allerdings ist es grundsätzlich Sache des Anspruchstellers, die Tatsachen, die seinen Anspruch stützen sollen, darzulegen und zu beweisen. Diese aus der Datenschutz-Grundverordnung herrührende relative Unsicherheit hinsichtlich der Aufgaben und Pflichten des Datenschutzbeauftragten wird durch die in der Praxis selbst schwer absehbaren Folgen eines schuldhaften Pflichtenverstoßes des internen Datenschutzbeauftragten noch verstärkt.

Aufgrund der oben dargelegten Unsicherheiten dürfte es in der Praxis empfehlenswert sein, im Beratungsvertrag eines externen Datenschutzbeauftragten die einzelnen Aufgaben und Pflichten des Datenschutzbeauftragten im Unternehmen genau zu definieren. Dadurch

[99] Klug, ZD 2016, 315,318
[100] Vgl. zur strafrechtlichen Haftung des Compliance-Officers und der entsprechenden Rechtsprechung des BGH unten Ziffer 2.2.1
[101] Marschall/Müller ZD 2016, 415, 420
[102] Marschall/Müller aaO

würde für beide Vertragsparteien Klarheit über die genauen Aufgaben des Datenschutzbeauftragten in dem Unternehmen und auch hinsichtlich etwaiger Pflichtenverstöße erreicht.

Möglich ist auch eine vertragliche Ausweitung der Aufgaben und Pflichten des Datenschutzbeauftragten dahingehend, dass ihm von dem Unternehmen eine Weisungsbefugnis zur Erfüllung seiner Aufgaben erteilt wird. Dies würde dann jedoch auch zu einer Ausweitung des hier dargestellten Haftungsrisikos führen, da ihn dann insbesondere im Rahmen des Überwachens auch eine Handlungspflicht treffen würde.[103] Mithin könnte von den Unternehmen durch das Einräumen einer Weisungsbefugnis auch bewusst eine Verschärfung der Haftungsrisiken forciert werden. Es ist daher zu empfehlen, dass sich der Datenschutzbeauftragte im Rahmen seiner durch die Datenschutz-Grundverordnung normierten Aufgaben – im Einzelnen konkretisiert durch Vertragsbestimmungen – bewegt, jedoch sich möglichst keine zusätzlichen Weisungsbefugnisse einräumen lässt, weil dies zu einer zivilrechtlichen Verschiebung der Haftung zu Lasten des Datenschutzbeauftragten führen kann.

Der externe Datenschutzbeauftragte haftet daher – sofern keine vertragliche Haftungsbeschränkung vorliegt – in vollem Umfang für einen durch ihn kausal verursachten Schaden. Zur Bemessung des Schadens wird in Ziffer 1.3.3 noch ausgeführt.

Daneben kommen etwaige Schadensersatzansprüche eines Betroffenen gegen den externen Datenschutzbeauftragten in Betracht. Da keine vertragliche Beziehung zwischen beiden besteht, kommen allenfalls Ansprüche aus dem Gesichtspunkt des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder aus Deliktsrecht nach §§ 823 ff. BGB in Frage.

Ein Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter könnte etwa in dem Beratungsvertrag des Unternehmens mit dem externen Datenschutzbeauftragten zu sehen sein. Zur Erläuterung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wird auf die Ausführungen zu Ziffer 1.3.1 verwiesen. Mit derselben Begründung ist eine derartige Haftungskonstellation in Bezug auf den externen Datenschutzbeauftragten abzulehnen, da nicht ernsthaft angenommen werden kann, dass die vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem externen Datenschutzbeauftragten und dem Unternehmen eine nicht absehbare Anzahl von Betroffenen in ihre Schutzwirkung einbeziehen sollen. Etwas Derartiges ergibt sich insbesondere nicht aus dem vorgelegten Beratungsvertrag.

Auch zu einem deliktsrechtlichen Anspruch des Betroffenen ist zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen unter Ziffer 1.3.1 zu verweisen. Es wird regelmäßig an einem ursächlich durch eine Pflichtverletzung hervorgerufenen Schaden fehlen, da dem Datenschutzbeauftragten keine Mittel zur Verfügung stehen, mit denen er seine Anregungen und Vorschläge wirksam durchsetzen kann. Anders als ein Arbeitnehmer kann sich der externe Datenschutzbeauftragte nicht auf eine analoge Haftungsbeschränkung im Rahmen des Deliktsrechts berufen. Er haftet grundsätzlich in vollem Umfang.

[103] So wohl auch Marschall/Müller aaO

Es ist daher zur Absicherung zu empfehlen, eine vertragliche Haftungsbeschränkung (siehe hierzu unten, Ziffer 1.3.4) vorzunehmen und/oder eine Haftpflichtversicherung abzuschließen.

Die Frage ist daher so zu beantworten, dass der externe, benannte Datenschutzbeauftragte nach den einschlägigen zivilrechtlichen Regelungen haftet, ohne dass ihm eine originäre Haftungsprivilegierung zu Gute kommt.

1.3.3 Frage: „*Datenschutzbeauftragte obliegt es die Einhaltung der DS-GVO zu überwachen. Ist eine Haftung bei Sanktionen falls mangelnde Überwachung stattgefunden hat vorstellbar? Was sind die Voraussetzungen dafür?*"

Artikel 39 Abs. 1 DS-GVO weist dem Datenschutzbeauftragten in erster Linie Unterrichtungs- und Beratungs- sowie Kontroll- und Kooperationsaufgaben zu. Diese Vorschrift korrespondiert mit der in Artikel 37 Abs. 5 DS-GVO vorausgesetzten Qualifikation. Artikel 39 Abs. 1 lit. a DS-GVO korreliert mit der in Artikel 38 Abs. 3 Satz 3 DS-GVO statuierten direkten Berichtslinie zur höchsten Managementebene und verpflichtet den Datenschutzbeauftragten dazu, die oberste Unternehmens- bzw. Behördenleitung über einschlägige datenschutzrelevante Vorgänge zu informieren. Die an diese Informationspflicht gekoppelte Beratungspflicht verlangt, dass der Datenschutzbeauftragte Maßnahmen zur Einhaltung des europäischen und nationalen Datenschutzrechtes vorschlägt.[104]

Ferner ist es jedoch auch Aufgabe des Datenschutzbeauftragten, die Einhaltung der Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung sowie anderer europäischer und nationaler Vorschriften bei dem Verantwortlichen zu überwachen. Diese sich aus Artikel 39 Abs. 1 lit. b DS-GVO ergebende Aufgabe stellt durchaus einen „Paradigmenwechsel" dar.[105]

Wie bereits oben unter Ziffer 1.3.1 ausgeführt, haftet der interne Datenschutzbeauftragte nach den dargelegten Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung. Verstößt der interne Datenschutzbeauftragte schuldhaft gegen seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag sowie seine Aufgaben als Datenschutzbeauftragter, so hat er unter Berücksichtigung der Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung für den von ihm ursächlich hervorgerufenen Schaden einzustehen. In diesem Zusammenhang ist allerdings – wie bereits oben angesprochen – zu berücksichtigen, dass der Datenschutzbeauftragte weder nach den Regelungen des derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetzes noch nach den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung die Möglichkeit hat, seine Anregungen und Vorstellungen beim Verantwortlichen durchzusetzen. Die primäre Verantwortung und auch die letzte Entscheidung liegen immer beim Verantwortlichen.

Es ist deshalb zu berücksichtigen, dass der Datenschutzbeauftragte trotz seiner vielfältigen Aufgaben und Verpflichtungen den Verantwortlichen nicht zur Umsetzung der Maßnahmen zwingen kann, die zur Beachtung der Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung angemessen wären.

[104] Klug, ZD 2016, 315, 318
[105] Marschall/Müller, ZD 2016, 415, 418

Kommt der Datenschutzbeauftragte seinen Verpflichtungen zur Überwachung gemäß Artikel 39 Abs. 1 lit. b DS-GVO schuldhaft nicht nach, so ist zwar ein entsprechender Haftungstatbestand begründet. Eine Haftung käme jedoch nur dann in Betracht, wenn die Sanktion durch die Aufsichtsbehörde bei Wahrnehmung der Überwachungsfunktion des Datenschutzbeauftragten ausgeblieben wäre. Strukturell knüpft eine mögliche Haftung des Datenschutzbeauftragten in aller Regel an ein Unterlassen, nämlich die Nichterfüllung der Aufgaben und Pflichten des Datenschutzbeauftragten, an. Ein Schaden ist in einem Fall des Unterlassens immer nur dann durch den Unterlassenden kausal hervorgerufen, wenn das normgerechte Verhalten nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der eingetretene Schaden entfallen würde. Mithin kommt eine Haftung des Datenschutzbeauftragten wegen einer Sanktion durch die Aufsichtsbehörde nur in Betracht, wenn beweisbar feststehen würde, dass der Verantwortliche im Falle der ordnungsgemäßen Aufgabenwahrnehmung durch den Datenschutzbeauftragten keine Sanktion durch die Aufsichtsbehörde erhalten hätte. Es müsste mithin feststehen, dass sich der Verantwortliche an die Anregungen des Datenschutzbeauftragten in jedem Falle gehalten hat. Ein derartiger Nachweis wird im Einzelfall schwer zu führen sein.

Soweit die Frage darauf abzielt, ob ein verhängtes Bußgeld durchgereicht werden kann, ist neben der haftungsbegründenden (hierzu oben) auch die haftungsausfüllende Kausalität zu betrachten.

Vorweg ist klarzustellen, dass nach Ansicht der Bearbeiter dieses Gutachtens die Aufgabe des Datenschutzbeauftragten nicht darin besteht, trotz Überwachung stattfindende Datenschutzverstöße zu beseitigen, und der Begriff des „Überwachens“ nicht so weit ausgedehnt werden kann, dass sich hieraus eine Handlungspflicht ergibt, mit der eine Haftung aus Unterlassen begründet werden kann.

Die Frage, ob ein Bußgeld generell intern weitergereicht werden kann, ist nicht abschließend geklärt. Allgemein ist zu sagen, dass eine Weiterreichung von Bußgeld nur in Betracht kommt, wenn es kausal dem Pflichtenkreis des Schädigers zugerechnet werden kann. Eine Weiterreichung scheidet in den hier möglichen Konstellationen daher immer dann aus, wenn bußgeldabweisende Handlungen möglich waren, denn solche Handlungen fallen nicht in den Pflichtenkreis des Datenschutzbeauftragten.

Daneben kommt auch ein Mitverschulden des Verantwortlichen nach § 254 BGB in Betracht, denn dieser ist, wie oben ausgeführt, selbst zur Einhaltung des Datenschutzes verpflichtet. Dies kann zu einer Minimierung des Anspruchs bis hin zu einem Ausschluss der Haftung des Datenschutzbeauftragten führen. Entscheidend ist, welche Sorgfalt der Verantwortliche selbst inne hat und inwieweit er diese nicht oder nicht ordnungsgemäß ausgeführt hat. Erforderlich ist, dass der Verantwortliche als Geschädigter die Sorgfalt außer Acht gelassen hat, die ein verständiger Mensch im eigenen Interesse aufwendet, um sich vor dem Schaden zu bewahren.[106] Da der Verantwortliche bereits aus den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung zur Einhaltung der Datenschutzbestimmungen verpflichtet ist, kann

[106] Vgl. Oetker in MünchKomm BGB, 7. Aufl. 2016, § 254 Rn. 30

argumentiert werden, dass im Rahmen seiner Organisationspflicht ein nicht geringes Mitverschulden in der Regel anzunehmen sein wird, wenn der Datenschutzbeauftragte Überwachungspflichten verletzt. Denn diese Pflichten sind stets auch Pflichten des Verantwortlichen.

Auch werden schadensbildende Aspekte, die in Art. 83 Abs. 2 DS-GVO genannt sind, wegen mangelnder Kausalität nicht an den Datenschutzbeauftragten weitergereicht werden können, da diese nicht im Einflussbereich des Datenschutzbeauftragten liegen. Beispielhaft seien hier nur die von dem Verantwortlichen getroffenen Maßnahmen zur Schadensminderung des den betroffenen Personen entstandenen Schadens nach Art. 83 Abs. 2 lit. c DS-GVO genannt.

Letztlich müsste die Verhängung des Bußgeldes von dem Schutzzweck der Norm umfasst sein. Art. 39 Abs. 1 lit. b DS-GVO ist nach Auffassung der Bearbeiter dieses Gutachtens derart gestaltet, dass nicht jeder Datenschutzverstoß verhindert werden soll. Die Norm ist vielmehr so ausgestaltet, dass Datenschutzverstöße durch Verschaffen von Kenntnis in Erfahrung gebracht werden sollen und diese dann von dem Verantwortlichen abgestellt werden. Das heißt, der Verantwortliche ist für den Datenschutz zuständig, dem Datenschutzbeauftragten obliegt die entsprechende zusätzliche Überprüfung. Ein Bußgeld wird somit bereits nicht von dem Schutzzweck der Norm umfasst sein. Dies ergibt sich insbesondere mit Blick auf die in Art. 83 DS-GVO genannten Sanktionsadressaten.

Dieser Standpunkt ist jedoch nicht unumstritten.

Nach Auffassung der Bearbeiter dieses Gutachtens haftet ein Datenschutzbeauftragter wegen fehlender Zurechenbarkeit nicht für Sanktionen, die dem Verantwortlichen aufgrund mangelhafter Überwachung des Datenschutzbeauftragten auferlegt wurden.

1.3.4 Frage: *„Kommen vertragliche Haftungsbegrenzungen in Betracht?“*

Für den internen Datenschutzbeauftragten sind arbeitsvertragliche oder im Rahmen von Zusatzvereinbarungen vereinbarte Haftungsbegrenzungen oder sogar Haftungsausschlüsse problemlos denkbar. Dies gilt zumindest für solche Rechtspflichtenverstöße, die durch mittlere Fahrlässigkeit verursacht worden sind. Grob fahrlässig verursachte oder gar vorsätzlich herbeigerufene Schäden können kaum Gegenstand von im Vorfeld vereinbarten Haftungsausschlussregelungen sein.

Aufgrund der Praxis im Arbeitsleben ist allerdings nicht anzunehmen, dass ein Arbeitgeber bereit sein wird, einem Mitarbeiter, der das Amt des Datenschutzbeauftragten übernimmt, von vorneherein einen „Freibrief“ zu erteilen. Die Haftung der Arbeitnehmer ist – wie oben dargelegt – im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ohnehin aufgrund der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes eingeschränkt. Außerdem kommt eine Haftung nur bei Schäden in Betracht, die durch ein Unterlassen des Datenschutzbeauftragten kausal verursacht worden sind. Die Fälle, in denen eine vollumfängliche oder auch nur weitgehende Haftung des internen Datenschutzbeauftragten durchgreifen wird, werden daher letztlich überschaubar

bleiben. Gleichwohl dürften Überlegungen, einen Haftpflichtversicherungsschutz für Datenschutzbeauftragte anzubieten, auf fruchtbaren Boden stoßen. Eine grundsätzliche Haftung sowohl des internen als auch des externen Datenschutzbeauftragten hat die Datenschutz-Grundverordnung nicht ausgeschlossen. Gleichwohl ergibt sich diese nicht bei jedem Pflichtenverstoß ohne Weiteres; aufgrund des Umstandes, dass der Pflichtenverstoß in der Regel in einem Unterlassen liegen wird, hat der etwaige Anspruchsteller zur Darlegung seiner vermeintlichen Ansprüche verschiedene Hürden zu nehmen. Unabhängig davon gilt außerdem, dass der Datenschutzbeauftragte trotz seiner weitgehenden Aufgaben nur eine Compliance-Funktion zu erfüllen hat und deshalb allenfalls neben dem Verantwortlichen steht, dessen Verpflichtung – insbesondere aus Artikel 24 DS-GVO – hingegen nicht übernimmt und insoweit auch nicht unmittelbar hierfür in Anspruch genommen werden kann.

Aus rein zivilrechtlicher Betrachtung kommen Haftungsbegrenzungen im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben durchaus in Betracht. Hierzu bestimmt § 276 Abs. 3 BGB, dass die Haftung wegen Vorsatz dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden kann. Weitere Haftungsausschlüsse oder Begrenzungen sieht das Gesetz bei einem Individualvertrag nicht vor.

Soweit jedoch vorformulierte Vertragsbedingungen verwendet werden, sind die zusätzlichen Bestimmungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu beachten. Dies liegt bereits dann vor, wenn eine Seite ein Vertragsmuster verwendet, welches für eine mehrfache Verwendung bestimmt ist, auch wenn es tatsächlich nur einmal verwendet wird.[107]

Liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen vor, sind diese an den besonderen Voraussetzungen der §§ 307 bis 309 BGB zu messen. Diese sollen sicherstellen, dass es nicht zu einer einseitigen Interessensverschiebung dadurch kommt, dass eine Partei der anderen ihre Bedingungen aufdrängt.

Eine Haftungsbegrenzung ist dann allein unter Maßgabe der §§ 307 bis 309 BGB möglich, wobei die Rechtsprechung einer Haftungsbegrenzung kritisch gegenüber steht und diese meist nur in engen Grenzen billigt.

1.4 Annex-Fragen

Frage: *„Bleiben unter dem BDSG erfolgte Bestellungen unter der DS-GVO als Benennung des Datenschutzbeauftragten wirksam?“*

Wie bereits im Rahmen dieses Gutachtens herausgearbeitet, knüpfen die Voraussetzungen einer Pflichtbenennung des Datenschutzbeauftragten nach Artikel 37 Abs. 1 DS-GVO sowie insbesondere § 5 BDSG-neu und § 38 Abs. 1 BDSG-neu weitgehend an die Regelungen des derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetzes an. Es sind mithin praktisch keine Fallkonstellationen denkbar, in denen nach bisherigem Recht eine Pflichtbestellung des

[107] Siehe Grüneberg in Palandt, 76. Auflage 2016, § 305 BGB Rn. 9

Datenschutzbeauftragten zu erfolgen hatte, nach neuem Recht aber keine Pflichtbenennung vorzunehmen wäre.

Vor diesem Hintergrund ist anzunehmen, dass die bisherigen Bestellungen als Benennungen eines Datenschutzbeauftragten auch nach Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung weiterhin Bestand haben werden. In diesem Zusammenhang ist in erneuter Heranziehung des Sinn und Zwecks der Datenschutz-Grundverordnung und auch des BDSG-neu davon auszugehen, dass durch die Neueinführung und das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung das deutsche System der Beauftragten für Datenschutz in Unternehmen und Verwaltung nicht gefährdet oder vollständig neu organisiert werden soll. Wenn der nationale Gesetzgeber in Deutschland sich schon dafür entscheidet, letztlich die in § 4 f Abs. 1 BDSG geregelten Bestellvoraussetzungen soweit wie möglich auch unter der Geltung der Datenschutz-Grundverordnung beizubehalten, so dürfte folgerichtig davon auszugehen sein, dass auch unter der Geltung des derzeit geltenden Bundesdatenschutzgesetzes bestellte Datenschutzbeauftragte nach Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung grundsätzlich im Amt bleiben werden.

Grundsätzlich bestehen nach dem Bundesdatenschutzgesetz vorgenommene Bestellungen fort, allerdings bestimmen sich Aufgaben und Rechtsstellung des Datenschutzbeauftragten künftig nach der Datenschutz-Grundverordnung.[108]

1.4.1 Frage: *„Gibt es Unterschiede in Bezug auf interne (angestellte) und externe (siehe Vertragsmuster) Datenschutzbeauftragte?“*

Es dürften hinsichtlich der Fortgeltung der früheren Bestellungen als Benennungen nach der Datenschutz-Grundverordnung für interne und externe Datenschutzbeauftragte keine Unterschiede gelten.

Der als Muster zur Verfügung gestellte Beratungsvertrag knüpft bereits in § 1 an die Datenschutz-Grundverordnung an. Selbst wenn der entsprechende Beratungsvertrag die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung nicht nennen würde, dürfte aufgrund der oben dargelegten Erwägungen nicht davon auszugehen sein, dass eine Bestellung nach dem Bundesdatenschutzgesetz durch die Einführung der Datenschutz-Grundverordnung beseitigt wird. Die Bestellungen bleiben als Benennungen wirksam. Ihre rechtlichen Folgen richten sich ab dem Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung ausschließlich nach dieser.

1.4.2 Frage: *„Kommen konkludente Bestellungen durch Fortführung der Tätigkeit in Betracht?“*

Da die bisherigen Bestellungen als Benennungen weiter gelten werden, dürften konkludente Bestellungen durch Fortführung der Tätigkeit nicht erforderlich sein.

[108] Jaspers/Reif RDV 2016, 61, 62

Wie außerdem im Rahmen dieses Gutachtens bereits herausgearbeitet, geht auch die Datenschutz-Grundverordnung davon aus, dass es für die Erlangung des Amtes des Datenschutzbeauftragten eines einseitigen Aktes, der Benennung, durch den Verantwortlichen bedarf. Eine konkludente Bestellung ist daher nicht denkbar. Die Datenschutz-Grundverordnung setzt zwar anders als das Bundesdatenschutzgesetz keine Schriftlichkeit der Benennung voraus, gleichwohl bedarf es eines Aktes, mit dem der Datenschutzbeauftragte in sein Amt gebracht wird.

Aufgrund der oben dargelegten Umstände ist eine konkludente Benennung eines Datenschutzbeauftragten nicht erforderlich. Frühere Bestellungen nach dem Bundesdatenschutzgesetz bleiben als Benennungen wirksam.

2. Strafrechtliche Stellung des Datenschutzbeauftragten nach der DS-GVO

2.1 Vorfragen zur DS-GVO

Erläuterung des Fragestellers: *„Die bisherige Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten besteht typischerweise darin, aktiv zu werden, wenn Vorgänge an ihn herangetragen werden oder er von datenschutzrelevanten Vorgängen Kenntnis erlangt, diese zu bewerten und die Geschäftsführung hierauf hinzuweisen bzw. soweit bei diesen Vorgängen eine Vorabkontrolle erforderlich war, diese vorzunehmen. Er hatte jedoch nicht die Pflicht, 1. (organisatorisch) sicherzustellen, dass er über alle (datenschutzrelevanten) Vorgänge Kenntnis erlangte und 2. nicht die Ausführung seiner Stellungnahme/Vorgaben zu überwachen oder gar diese sicherzustellen.*

Nach der DS-GVO bestehen für den Verantwortlichen (in der Terminologie des BDSG: verantwortliche Stelle) prozedurale/organisatorische Pflichten zur Einhaltung der Vorgaben der DS-GVO (bspw. Artt. 5, 12, 24, 32, 35, 36 DS-GVO). Auch die Datenschutz-Folgenabschätzung obliegt – anders als die Vorabkontrolle nach dem BDSG – dem Verantwortlichen.“

2.1.1 Frage: *„Trifft den Datenschutzbeauftragten eine Pflicht, sich Kenntnis von datenschutzrelevanten Vorgängen zu verschaffen?“*

Nach dem in diesem Gutachten vertretenen Verständnis der Aufgaben des Datenschutzbeauftragten nach Art. 39 DS-GVO sind diese unter Bezugnahme auf die ausführliche Herleitung unter Ziffer 1.3.0.1 dahingehend zu begreifen, dass nach der Datenschutz-Grundverordnung der Datenschutzbeauftragte im Rahmen seiner Überprüfungs- und Kontrollpflicht eine Überwachung der bestehenden Datenschutzorganisation auf ihre Compliance mit Datenschutzrecht und internen Vorgaben hin schuldet. Es ergibt sich eine beobachtende Stellung, in deren Wahrnehmung der Datenschutzbeauftragte datenschutzrelevante Vorgänge an den Verantwortlichen berichtet.

Art. 39 Abs. 2 DS-GVO regelt für den Datenschutzbeauftragten, dass dieser bei der Erfüllung seiner Aufgaben dem mit den Verarbeitungsvorgängen verbunden Risiko gebührend Rechnung trägt. Der risikobasierte Ansatz der Datenschutz-Grundverordnung findet damit auch in seiner Tätigkeit Ausdruck.

Hieraus lässt sich ableiten, dass der Datenschutzbeauftragte um so umfassender und sorgfältiger datenschutzrechtliche Risiken prüfen muss, je mehr dies durch die Art, den Umfang, die Umstände und den Zweck der Verarbeitung gefordert ist. Diese Risikobewertung hat der Datenschutzbeauftragte nach seinem pflichtgemäßen Ermessen selbst vorzunehmen[109].

Aus dem risikobasierten Ansatz und der Pflicht des Datenschutzbeauftragten zur Überprüfung der bestehenden Datenschutzorganisation sowie im Hinblick auf seine Berichtspflicht gegenüber der obersten Managementebene gehört es für den Datenschutzbeauftragten – zumindest bei zunehmender Risikoneigung – für eine wirksame Erfüllung seiner Pflichten dazu, sich Kenntnis von datenschutzrelevanten Vorgängen zu verschaffen. Dies beinhaltet in der Regel sicherlich nicht die Kenntniserlangung von Einzelsachverhalten im Wege einer eigenen Recherche, jedoch eine Kenntnis von dem grundsätzlichen Ablauf der datenschutzrelevanten Vorgänge, auf denen die Struktur der bestehenden Datenschutzorganisation aufbaut.

2.1.2 Frage: *„Trifft den Datenschutzbeauftragten eine Pflicht, die Umsetzung seiner Hinweise/Vorgaben zu überwachen oder gar diese sicherzustellen?“*

Das in diesem Gutachten vertretene Verständnis des Begriffs „Überwachen“ nach Art. 39 Abs. 1 lit. b DS-GVO begründet keine Verpflichtung für den Datenschutzbeauftragten, die Umsetzung seiner Hinreise und Vorgaben zu überwachen oder diese gar sicherzustellen. Wie unter Ziffer 1.3.0.1.3 dieses Gutachtens dargestellt, fehlt es dem Datenschutzbeauftragten für eine wirksame Überwachung der durch den Verantwortlichen zu gewährleistenden Umsetzung seiner Hinweise und Vorgaben im Sinne der Fragestellung an der erforderlichen Weisungsbefugnis. Ihm obliegt also keine aktive Nachforschungspflicht bezüglich eventueller Datenschutzverstöße.[110] Erkennt der Datenschutzbeauftragte demnach in Ausübung seiner beobachtenden Rolle, dass seine Hinweise oder Vorgaben keine Umsetzung in der datenschutzrechtlichen Organisationsstruktur erfahren, so hat er dies im Rahmen seiner Berichtspflicht nach Art. 38 Abs. 3 DS-GVO der obersten Managementebene (erneut) zu berichten. Für die Frage der Berichtsintervalle, also den Zeitraum, den der Datenschutzbeauftragte für eine Überprüfung einer Reaktion der Unternehmensleitung auf seine Hinweise und Vorgaben hat, ist wiederum auf den risikobasierten Ansatz des Art. 39 Abs. 2 DS-GVO zu verweisen. Je höher der Datenschutzbeauftragte das Risiko in einem von ihm angesprochenen Bereich einschätzt und je dringender die von ihm hieraus abgeleitete Handlungsempfehlung ist, desto schneller wird er (erneut) gegenüber der obersten Managementebene in pflichtgemäßer Ausübung seiner Aufgaben zu berichten haben, wenn er eine unzureichende Reaktion bei der Umsetzung seiner Erkenntnisse feststellt.

[109] Bergt in Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung Kommentar, 2017, Artikel 39 Rn.23
[110] Siehe hierzu bereits oben unter 1.3.0.1.3.

Bezugspunkt für seine Erkenntnisse ist hierbei wiederum die datenschutzrechtliche Organisationsstruktur des Verantwortlichen und darin vorgenommene anpassende Veränderungen.

Eine Weisungsbefugnis des Datenschutzbeauftragten, um den erkannten Verstoß selbst zu beseitigen, besteht hingegen nicht. Der Datenschutzbeauftragte ist deshalb im Rahmen der Überwachung nicht verpflichtet, einen Datenschutzverstoß selbst zu beseitigen.

2.1.3 Frage: *„Trifft den Datenschutzbeauftragten für seine Tätigkeit die Pflicht eine Datenschutzorganisation neben der, welche das Unternehmen (vgl. Artt. 5, 12, 24 DS-GVO) aufzubauen hat.“*

Unter Hinweis auf die im gegenständlichen Gutachten vertretene Auffassung des Begriffs „Überwachen“ nach Art. 39 Abs. 1 lit. b DS-GVO (vgl. oben, Ziffer 1.3.0.1.3) ist festzuhalten, dass der Datenschutzbeauftragte weder die Aufgabe noch die Kompetenz hat, eine zweite Datenschutzorganisation aufzubauen, um selbst Verstöße gegen Datenschutzbestimmungen zu verhindern. Diese Aufgabe ist eindeutig dem Verantwortlichen zugewiesen, der nach den Artt. 5, 12, 24 DS-GVO durch geeignete Handlungen nach dem Gesetzeswortlaut Maßnahmen treffen, Nachweise führen oder Informationen stellen muss.

Ein starkes Argument für dieses Verständnis ist, dass im Kommissionsentwurf noch die Verpflichtung des Datenschutzbeauftragten vorgesehen war, eine Dokumentation im Sinne des Art. 28 DS-GVO-E sicherzustellen[111]. Die Aufgabe dieser Position im Rahmen des Trilogs zeigt, dass sich ein weitgehendes Verständnis der Eingriffsbefugnisse des Datenschutzbeauftragten letztlich nicht durchsetzen konnte. Die Aufgabe, eine bestimmte Vorgehensweise sicherzustellen, stellt ein deutliches „Mehr“ in der Verantwortlichkeit dar, als die Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen zu überwachen.

2.2 Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Erläuterung des Fragestellers: *„Für die Beantwortung der nachfolgenden Fragestellungen sind allein die sich Kraft DS-GVO für den Datenschutzbeauftragten ergebenden Pflichten – also die originären Pflichten des Datenschutzbeauftragten – zu berücksichtigen.“*

Hinweis der Verfasser: Die begriffliche Frage einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit soll nachfolgend nicht im Sinne des deutschen Rechtsverständnisses erfolgen, wonach zwischen Strafrecht einerseits und dem Ordnungswidrigkeitenrecht andererseits geahndet werden kann. Vielmehr wird dem Begriff der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ein hiervon losgelöstes „weites“ sanktionsrechtliches Verständnis zugrunde gelegt, so dass auch eine Verantwortlichkeit unter dem Gesichtspunkt des Ordnungswidrigkeitenrechts Mitberücksichtigung findet.

[111] Bergt in Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung Kommentar, 2017, Artikel 39 Rn.5

2.2.1 Frage: *„Kann für den benannten Datenschutzbeauftragten eine strafrechtliche Verantwortung in Betracht kommen?“*

Das Sanktionsrecht nach der Datenschutz-Grundverordnung kennt in Artikel 83 DS-GVO nur eine Ahndung durch Geldbußen, für deren Verhängung die Aufsichtsbehörden zuständig sind. Für dieses Bußgeldverfahren gilt nach Artikel 83 Abs. 8 DS-GVO, dass es angemessenen Verfahrensgarantien entsprechend dem Unionsrecht und dem Recht der Mitgliedsstaaten, einschließlich wirksamer gerichtlicher Rechtsbehelfe und ordnungsgemäßer Verfahren, unterliegen muss. Die Ausgestaltung des Rechts auf gerichtlichen Rechtsschutz obliegt hierbei dem Prozessrecht des jeweiligen Mitgliedsstaates[112]. Daneben eröffnet Artikel 84 DS-GVO den Mitgliedstaaten die Möglichkeiten, andere (zusätzliche) Sanktionen für Verstöße gegen die Datenschutz-Grundverordnung festzulegen, insbesondere wenn nach Artikel 83 DS-GVO für diese Verstöße keine Geldbuße vorgesehen ist.

Der deutsche Gesetzgeber hat hiervon in Kapitel 5 des zum 25.05.2018 in Kraft tretenden neuen Bundesdatenschutzgesetzes in Form der §§ 41 bis 43 BDSG-neu Gebrauch gemacht.

Über § 41 BDSG-neu finden für die Ahndung von und das Verfahren wegen eines Verstoßes nach Artikel 83 Abs. 4 bis 6 DS-GVO die bundesdeutschen Vorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten und der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren entsprechende Anwendung.

Über § 42 BDSG-neu macht der bundesdeutsche Gesetzgeber davon Gebrauch, neben der Sanktionsmöglichkeit nach Artikel 83 DS-GVO einen Straftatbestand zu schaffen. In § 43 BDSG-neu wird ein Ordnungswidrigkeitentatbestand in Ergänzung zur Sanktionsmöglichkeit des Artikel 83 DS-GVO geschaffen.

Dies vorangestellt, ist die Frage nach einer strafrechtlichen Verantwortung des benannten Datenschutzbeauftragten nach zwei Fall-Gruppen zu unterscheiden:

Sofern der Datenschutzbeauftragte seine ihm zugedachte Rolle verlässt und bewusst rechtswidrig Datenschutzverstöße begeht oder infolge eines gemeinsamen Vorhabens in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken mit einer entscheidungsbefugten Person des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters handelt, kommt bei bewussten und vom Vorsatz getragenen Verstößen für den Datenschutzbeauftragten eine strafrechtliche Verantwortung in Form der Täterschaft oder Mittäterschaft durch aktives Tun sowie wegen Beihilfe in Betracht. Dies dürften aber absolute Einzelfälle bleiben.
Die zweite Fallgruppe umfasst Fälle, in denen ein Vorwurf gegenüber dem Datenschutzbeauftragten dahingehend formuliert werden könnte, dieser habe eine bestimmte Handlung unterlassen und hierdurch den datenschutzrechtlichen Verstoß (mit) herbeigeführt. Eine Verantwortlichkeit durch pflichtwidriges Unterlassen ist dabei sowohl bei Straftaten als auch bei Ordnungswidrigkeiten möglich.

[112] Nemitz in Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 83 Rn. 11

In beiden Fällen müssen mehrere Voraussetzungen vorliegen, damit letztlich eine Ahndungsmöglichkeit in Form einer Tatbegehung durch Unterlassen besteht:

- **Kausalität**

Zunächst müsste die eingetretene Rechtsverletzung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfallen, wenn durch den Datenschutzbeauftragten die objektiv gebotene Handlung vorgenommen worden wäre. Zu fordern sind hier konkrete Anhaltspunkte, dass das oberste Management, dem gegenüber der Datenschutzbeauftragte zur Berichterstattung verpflichtet ist, tatsächlich der vorgeschlagenen Maßnahme auch gefolgt wäre. Eine reine Erhöhung des Risikos einer Rechtsverletzung durch das Unterlassen des Datenschutzbeauftragten ist insoweit nicht ausreichend, um die kausale Verknüpfung feststellen zu können[113]. Da der Datenschutzbeauftragte stets in seinen Befugnissen unterhalb des obersten Managements anzusiedeln sein wird, kann eine Gesamtverantwortlichkeit für das Entscheidungsverhalten nach den Grundsätzen eines kumulativen Unterlassens[114], hier nicht angenommen werden.

- **Garantenstellung**

Kann im Einzelfall ein kausaler Ursachenzusammenhang festgestellt werden, wäre als nächste Voraussetzung das Vorliegen einer Garantenstellung im Sinne des § 8 OWiG oder des § 13 StGB zu prüfen. Insoweit gilt folgendes:

Bereits angesprochen wurde unter Ziffer 2.1.2, dass sich nach dem von den Verfassern dieses Gutachtens vertretenen Verständnis des Begriffes „Überwachen“ eine Pflicht zur Überprüfung der datenschutzrechtlichen Organisationsstruktur ergibt. Diese Struktur muss der Verantwortliche selbst nach den Bestimmungen in Artt. 5, 12, 24 DS-GVO aufbauen.

Das so abgeleitete Verständnis von der Aufgabe des Überwachens nach Art. 39 Abs. 1 lit. b DS-GVO ist daraufhin zu überprüfen, ob hierdurch eine Garantenstellung für den Datenschutzbeauftragten begründet wird. In der Literatur war bislang zumindest für den Datenschutzbeauftragten nach dem geltenden Bundesdatenschutzgesetz ganz überwiegend vertreten worden, für diesen ergebe sich im Vergleich zu der Entscheidung des Bundesgerichtshofes[115], mit der grundsätzlich dem Compliance-Officer eine Garantenstellung zugesprochen wurde, keine Garantenstellung.
Um eine zutreffende Beurteilung für die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten nach Art. 39 DS-GVO vornehmen zu können, ist zunächst eine genaue Auseinandersetzung mit den Überlegungen des Bundesgerichtshofes zur Pflichtenübertragung und einer daraus gegebenenfalls resultierenden Garantenstellung vorzunehmen. Die relevanten Kernaussagen dieser Entscheidung lauten wie folgt:

[113] BGH, Urt. v. 12.1.2010 – 1 StR 272/09
[114] BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89
[115] BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08

- Durch die Übernahme eines Pflichtenkreises kann eine rechtliche Einstandspflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB begründet werden, die zu einer Strafbarkeit wegen pflichtwidrigen Unterlassens führt. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass denjenigen, dem Obhutspflichten für eine bestimmte Gefahrenquelle übertragen werden, auch eine besondere Verantwortlichkeit für die Integrität des von ihm übernommenen Verantwortungsbereichs trifft. Hierfür ist zunächst der Verantwortungsbereich zu bestimmen, den der Verpflichtete übernommen hat, wobei es nicht auf die Rechtsform der Pflichtenübertragung, sondern darauf ankommt, was unter Berücksichtigung des gesetzlichen Hintergrunds Inhalt der Pflichtenbindung ist.

- Die Begründung der Garantenstellung kann sich zum einen aus der Übernahme einer bestimmten Funktion (z.B. Beauftragter für Strahlenschutz), oder aber aus einem Dienstvertrag ableiten. Im letzteren Falle kommt es nicht auf den Vertragsschluss an, sondern dass tatsächlich eine Übernahme des Pflichtenkreises erfolgt.

- Jedoch begründet nicht jede Übertragung von Pflichten eine Garantenstellung im strafrechtlichen Sinne. Hinzutreten muss regelmäßig ein besonderes Vertrauensverhältnis, welches den Übertragenden gerade dazu veranlasst, dem Verpflichteten besondere Schutzpflichten zu überantworten. Zur Bestimmung des Inhalts und des Umfangs der Garantenpflicht ist auf die Zielrichtung der Beauftragung abzustellen. Bestehen die übertragenen Pflichten allein darin, die unternehmensinternen Prozesse zu optimieren und gegen das Unternehmen gerichtete Pflichtverstöße aufzudecken und künftig zu verhindern, geht die Verantwortlichkeit nicht soweit, wie wenn weitergehende Pflichten hinzutreten, wonach der Beauftragte auch vom Unternehmen ausgehende Rechtsverstöße zu beanstanden und zu unterbinden hat.

Für die Annahme einer Garantenstellung im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB spricht, wenn weitergehende Pflichten hinzutreten, insbesondere die gegenüber der Unternehmensleitung übernommene Pflicht, Rechtsverstöße und insbesondere Straftaten durch aktives Handeln zu unterbinden.

Nach dem oben aufgezeigten Verständnis der Aufgabe des Überwachens nach Art. 39 Abs. 1 lit. b DS-GVO in Ableitung aus dem maßgeblichen englischen Begriff des „monitorings“ kann für den Aufgabenbereich des Datenschutzbeauftragten, wie er sich nach den sich aus der Datenschutz-Grundverordnung ergebenden Pflichten bestimmt, davon ausgegangen werden, dass sich allein aus diesen originären Pflichten keine Garantenstellung ableiten lässt.

Diese Wertung gilt jedoch nur für den Fall, dass der Datenschutzbeauftragte sich in seinem tatsächlich gelebten Pflichtenverständnis streng an den in Art. 39 DS-GVO normierten Aufgaben orientiert. Sobald der Datenschutzbeauftragte – in faktischer Ausübung oder durch vertragliche Übernahme – einen erweiterten Pflichtenkreis übernimmt, steigt für ihn das Risiko, im Rahmen einer den Einzelfall prüfenden Bewertung als Garant gesehen zu werden.

Zusammenfassend kann mit Blick auf eine strafrechtliche Verantwortung ausgeführt werden, dass diese in seltenen Ausnahmefällen dann gegeben sein wird, wenn der Datenschutzbeauftragte vorsätzlich und aktiv handelnd gegen seine Pflichten verstößt.

Ein Risiko besteht theoretisch auch in der für die Praxis relevanten Fragestellung nach einer Verantwortlichkeit (strafrechtlich oder ordnungswidrigkeitenrechtlich) für den Fall des Unterlassens – also der pflichtwidrigen Nichthandlung. Hier ist über Art. 84 DS-GVO neben der Möglichkeit einer Straftat nach § 42 BDSG-neu durch Unterlassen auch das Risiko der Tatbegehung einer Ordnungswidrigkeit durch Unterlassen gegeben. Einerseits über Art 84 DS-GVO in Form des § 43 BDSG-neu. Zum anderen aber auch nach Art. 83 DS-GVO über Art. 84 DS-GVO und die Vorschriften des Deutschen Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG) in der Form einer Beihilfe zur Begehung durch Unterlassen. Hierauf wird nachfolgend unter Ziffer 2.2.2 noch näher eingegangen.

Exkurs: § 203 StGB

Nur am Rande ist als weiteres Sanktionsrisiko im strafrechtlichen Sinne die Vorschrift des § 203 StGB zu sehen.

Auch bereits vor dem Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung bestand das Risiko einer Strafbarkeit des Geheimnisverrates nach § 203 StGB. Dies hat durch die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung keine Entschärfung erfahren. Vielmehr wird über Art. 38 Abs. 4 DS-GVO die Gefahrgeneigtheit für eine Strafbarkeit nach § 203 StGB noch zunehmen. Für einen internen Datenschutzbeauftragten eines Unternehmens, der nicht bereits als Tätiger gemäß § 203 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB in Betracht kommt, kann sich bei einem vorsätzlichen Handeln eine Strafbarkeit aus § 203 Abs. 2a StGB ergeben, wenn dieser unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, welches einem Dritten (Geheimnisträger im Sinne der Absätze 1 und 2) anvertraut oder bekannt wurde und von dem er bei der Erfüllung seiner Aufgaben als Datenschutzbeauftragter Kenntnis erlangt hat. Das Risiko eines strafbaren Fehlverhaltens wird noch dadurch zunehmen, dass der Datenschutzbeauftragte nach der Datenschutz-Grundverordnung die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu überwachen und nicht lediglich, wie bisher, auf die Einhaltung hinzuwirken hat.

2.2.2 Frage: *„Bestehen für den benannten Datenschutzbeauftragten aus der DS-GVO Sanktionen? Welche seiner Pflichten sind unmittelbar durch die DS-GVO sanktioniert?“*

Bußgeldbewehrt nach Art. 83 Abs. 4 bis Abs. 6 DS-GVO sind keine – vorsätzlichen oder fahrlässigen – Verstöße gegen Pflichten, die dem Datenschutzbeauftragten nach Art. 39 DS-GVO obliegen. Soweit die Vorschrift des Art. 39 DS-GVO in Art. 83 Abs. 4 lit. a DS-GVO Erwähnung findet, liegt eine Beschränkung auf die Pflichten der Verantwortlichen und der Auftragsverarbeiter vor. Diese sind die Adressaten der Sanktionsnorm[116]. Folglich enthält die Datenschutz-Grundverordnung keine unmittelbar gegenüber dem Datenschutzbeauftragten sanktionierenden Pflichten.

[116] Nemitz in Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 83 Rn. 40 ff.

Über die zuvor unter Ziffer 2.2.1 dargestellte rechtliche Konstruktion einer Teilnahme an einer Ordnungswidrigkeit ist jedoch mittelbar auch eine Sanktionierung des Datenschutzbeauftragten möglich.

Die normierten Pflichten des Datenschutzbeauftragten erstrecken sich nach der in diesem Gutachten vertretenen Auffassung auf die Berichterstattung gegenüber dem obersten Management und Prüfungen zu der vom Verantwortlichen eingeführten und umgesetzten datenschutzrechtlichen Organisationsstruktur. Die Pflicht zur Berichterstattung hat in ordnungsgemäßer Anwendung des Art. 39 Abs. 2 DS-GVO erfolgen. Je kritischer die Art der verarbeiteten Daten, je größer der Umfang, je risikoreicher die Umstände und je weiter die Zwecke der Verarbeitung, desto engmaschiger hat die Berichterstattung gegenüber der obersten Managementebene zu erfolgen. Weitergehende Pflichten, etwa datenschutzrechtliche Verstöße aktiv zu ermitteln oder festgestellte Verstöße abzustellen, treffen den Datenschutzbeauftragten nach den ihm durch die Datenschutz-Grundverordnung übertragenen Aufgaben nicht. Ein weitergehender Pflichtenkreis kann sich insoweit nur aus einer individualvertraglichen Übertragung oder einer tatsächlich abweichenden Handhabung seiner Rolle im Unternehmen durch den Datenschutzbeauftragten ergeben.

Soweit für die Bestimmung der Garantenstellung auch entscheidend ist, dass die dem Datenschutzbeauftragten obliegenden Pflichten auch gerade dem Schutz des verletzten Rechtsguts (hier eindeutig Datenschutz) dienen sollen, bedarf es keiner gesonderten Erörterung. Dies liegt auf der Hand.

Hinsichtlich der Garantenstellung wird nach dem in diesem Gutachten vertretenen Verständnis der Aufgaben des Datenschutzbeauftragten – insbesondere im Hinblick auf die Aufgabe des „Überwachens“ – nicht davon ausgegangen, dass die Garantenpflicht über die ordnungsgemäße Berichterstattung gegenüber dem obersten Management hinaus geht. Eine weitergehende Garantenstellung ergibt sich demnach nur dann, wenn dem Datenschutzbeauftragten im Wege der Delegation weitere Pflichten und Befugnisse (Anordnungs- und Entscheidungsbefugnisse) eingeräumt werden. Hier liegt dann die Annahme einer Stellung als „Überwachergarant“ nahe. Zu beachten ist, dass neben einer individualvertraglich vereinbarten Delegation insoweit auch ein tatsächliches Ausüben der Befugnisse unter Billigung der Unternehmensleitung ausreichend sein wird, um eine entsprechende Überwachergarantenstellung annehmen zu können.

Der zur Stellung des Datenschutzbeauftragten als Garant weitergehende Ansatz, wonach ihm auch ohne Anordnungs- und Entscheidungsbefugnisse kraft seines enormen Informations- und Kenntnisvorsprungs und der Möglichkeit, die Aufsichtsbehörde mit einzubeziehen, eine Stellung als Überwachergarant zukomme[117], ist als zu weitgehend abzulehnen.
Einen Sonderfall der Garantenstellung begründet das pflichtwidrige Vorverhalten (Ingerenz), welches sich mit Blick auf die Berichtspflicht aus einer fehlerhaften oder unterlassenen Berichterstattung ergeben kann. Die Garantenstellung erstreckt sich insoweit jedoch nur auf

[117] Marschall, ZD 2014, 66, 68

die durch die Pflichtwidrigkeit geschaffene Gefahrenquelle[118], also den unzutreffenden Teil der Ausführungen des Datenschutzbeauftragten im Rahmen seiner Berichterstattung.

Ist die Garantenstellung festgestellt, so muss das jeweils vorgeworfene pflichtwidrige Unterlassen auch kausal zum Verstoß gegen das Datenschutzrecht geführt haben. Es gelten grundsätzlich die Ausführungen zur Kausalität, wie sie in diesem Gutachten in der Vorbemerkung unter Ziffer 1.3.0 getroffen wurden. Es ist also der tatsächliche Kausalverlauf mit dem hypothetischen Verlauf zu vergleichen, der sich im Falle einer ordnungsgemäßen Handlung des Datenschutzbeaufragten ergeben hätte. Für die strafrechtliche Bewertung ist insoweit zu sehen, dass im Bereich der Beihilfe durch Unterlassen seitens der Rechtsprechung geringere Anforderungen an die Kausalität gestellt werden, als dies bei der Täterschaft durch Unterlassen – Ausbleiben des Taterfolgs mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit – der Fall ist[119].

Für die Frage der Kausalitätsprüfung kann für den Datenschutzbeauftragten eine strafrechtliche Verantwortung jedoch an der Frage des rechtmäßigen Alternativverhaltens scheitern. Nach der Rechtsprechung[120] entfallen Kausalität und die Zurechnung des Erfolgs, wenn der tatbestandsmäßige Erfolg (hier: Verletzung des Datenschutzes) auch ohne die hinzugedachte gebotene Handlung des Datenschutzbeauftragten eingetreten wäre. Es ist also zu ermitteln, wie das oberste Management im Falle einer Berichterstattung des Datenschutzbeauftragten reagiert hätte. Neben den gesetzlichen Bestimmungen der Datenschutz-Grundverordnung wird hierbei auch auf interne Regelungen zwischen der Unternehmensleitung und dem Datenschutzbeauftragten abzustellen sein, sofern darin Vorgaben für seine Berichterstattung gemacht werden. Bestehen Zweifel daran, ob der Verstoß gegen das Datenschutzrecht auch bei einer ordnungsgemäßen Berichterstattung des Datenschutzbeauftragten eingetreten wäre, gilt – anders als für die Frage der zivilrechtlichen Haftung – im Strafrecht der Grundsatz „zugunsten für den Beschuldigten“, so dass im Zweifel die erforderliche Kausalität entfällt.

Schließlich muss der Datenschutzbeauftragte als Garant im Hinblick auf seine Untätigkeit auch vorsätzlich gehandelt haben. Obwohl für das Ordnungswidrigkeitenrecht der Einheitstäterbegriff des § 14 OWiG gilt, ist von der Rechtsprechung auch hier das Erfordernis des doppelten Gehilfenvorsatzes anerkannt[121], um unbillige Ungleichbehandlungen zwischen dem Strafrecht und dem Ordnungswidrigkeitenrecht zu vermeiden. Für die im Raum stehende Unterlassungstat genügt insoweit bedingter Vorsatz[122]. Für dessen Annahme ist es ausreichend, wenn er um das generelle Risiko eines noch nicht näher spezifizierten Datenschutzverstoßes durch sein Unterlassen weiß. Unerheblich ist sein Beweggrund für die Untätigkeit. Dies kann insoweit auch darin liegen, Konflikte mit dem obersten Management vermeiden zu wollen. Einer Annahme der schwächsten Form des Vorsatzes – bedingter Vorsatz (dolus eventualis) – steht nicht entgegen, wenn der Datenschutzbeauftragte den Erfolg (Datenschutzrechtsverstoß) nicht wünscht oder sogar ausdrücklich missbilligt.

[118] BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08
[119] BGH, Urt. v. 16.1.2008 – 2 StR 535/07
[120] OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.6.2012 – 20 W 1/12
[121] BGH, Urt. v. 14.2.1985 – 4 StR 27/85
[122] BGH, Urt. v 18.4.1996 – 1 StR 14/96

Für eine über Art. 84 DS-GVO mögliche Sanktionierung des Datenschutzbeauftragten nach Art. 83 DS-GVO im Zusammenhang mit der Norm des § 14 OWiG ist zu berücksichtigen, dass das Ordnungswidrigkeitenrecht lediglich den Einheitstäterbegriff kennt. Anders als in dem Bereich des Strafrechtes, in dem zwischen Täterschaft und Teilnahme unterschieden wird, kennt das Ordnungswidrigkeitenrecht lediglich den einheitlichen Täterbegriff. Über die Vereinfachung des § 14 OWiG kann also auch Täter einer Ordnungswidrigkeit sein, wer nicht Adressat der Norm ist. Über § 14 OWiG wäre damit denkbarer Täter einer Ordnungswidrigkeit i.S.d. Art. 83 DS-GVO auch der Datenschutzbeauftragte, weil § 14 Abs. 1 Satz 2 OWiG bestimmt, dass die Ahndungsmöglichkeit auch dann besteht, wenn nur bei einem Beteiligten (hier: Verantwortlicher) das besondere persönliche Merkmal vorliegt.

Ein Korrektiv erfährt diese weite Ahndungsmöglichkeit jedoch dadurch, dass mit Blick auf den Vorsatz die Anforderungen, wie sie im Bereich des Strafrechts für die Teilnahmeformen der Anstiftung und Beihilfe gelten, in gleichem Maße gefordert werden[123]. Der Datenschutzbeauftragte müsste folglich sowohl hinsichtlich seines eigenen Tatbeitrages (Hilfe leisten zur Ordnungswidrigkeit des Verantwortlichen) als auch hinsichtlich der vorsätzlichen Ordnungswidrigkeit des Verantwortlichen selbst einen Vorsatz besitzen. Für die Kausalität der Beteiligung ist zu fordern, dass der Datenschutzbeauftragte die Tat des Verantwortlichen durch seinen Beitrag objektiv gefördert oder erleichtert haben muss.

Im Ergebnis ist zusammenfassend festzuhalten, dass eine sanktionsrechtliche Verantwortung des Datenschutzbeauftragten dann sehr unwahrscheinlich ist, wenn er im Rahmen seines Pflichtenkreises nach Art. 39 DS-GVO handelt. Denn der Pflichtenkreis des Art. 39 DS-GVO beinhaltet nach der hier vertretenen Auffassung keine für eine Sanktion wegen pflichtwidrigen Unterlassens erforderliche Garantenstellung.

Das Risiko einer sanktionsrechtlichen Ahndung erhöht sich für den Datenschutzbeauftragten jedoch in dem Maße, in dem er – infolge individualvertragliche Regelung oder durch von der Unternehmensleitung gebilligte faktische Handhabung – seinen Pflichtenkreis erweitert. Je mehr er Anordnungs- und Entscheidungsbefugnisse übernimmt, desto eher wird ihm im Falle seiner pflichtwidrigen Untätigkeit dann eine Garantenstellung zugesprochen werden.

2.2.3 Frage: *„Trifft den benannten Datenschutzbeauftragten eine generelle Pflicht zur Verhinderung von Datenschutzverstößen im Unternehmen?“*

Wiederum ist auf die für den Datenschutzbeauftragten definierten Pflichten abzustellen. Eine generelle Pflicht zur Verhinderung von Datenschutzverstößen im Unternehmen in Form einer aktiven Handlungspflicht kann hier nicht gesehen werden.

Aus der Verpflichtung zur Überwachung der datenschutzrechtlichen Organisationstruktur und der weitergehenden Berichtspflicht gegenüber der obersten Managementebene ergibt sich jedoch, dass mittelbar eine Pflicht dazu besteht, die durch das Unternehmen vorgehaltenen Instrumente zur Vermeidung von Datenschutzverstößen zu überwachen.

[123] OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.8.2001 – 2a Ss 149/02-46/01 II

Auch hier ist wieder an den in Art. 39 Abs. 2 DS-GVO normierten risikobasierten Ansatz zu erinnern, wonach der Datenschutzbeauftragte in seiner unabhängigen Stellung die Risikobewertung nach seinem pflichtgemäßen Ermessen selbst vorzunehmen hat.

Die Verhinderung von Datenschutzverstößen kann sich insoweit jedoch nur darauf beziehen, die von dem Verantwortlichen eingeführten Organisationsstrukturen, durch die einer Verletzung datenschutzrechtlicher Bestimmung vorgebeugt werden soll, zu überprüfen. Ein aktives Eingreifen zur Beseitigung oder Verhinderung einzelner Verstöße ist jedoch in Ermangelung entsprechender Weisungsbefugnisse nicht als im Pflichtenkreis des Datenschutzbeauftragten liegend zu sehen. Dies könnte allenfalls durch eine entsprechende individualvertragliche Vereinbarung zwischen dem Verantwortlichen und dem Datenschutzbeauftragten hinsichtlich seiner Befugnisse erfolgen.

Verfassungsrechtlich entschieden ist, dass jedenfalls eine rein tatsächliche Möglichkeit der Erfolgsabwendung oder sittliche Pflichten keine Garantenstellung begründen können[124], weshalb sich die Frage ausschließlich an dem festzustellenden Pflichtenkreis des zu beurteilenden Einzelfalls orientiert.

2.2.4 Frage: *„Trifft den benannten Datenschutzbeauftragten eine Pflicht zur Verhinderung von bestimmten Datenschutzverstößen im Unternehmen?“*

Aus den unter Ziffer 2.2.3 genannten Gründen ist auch eine Pflicht zur Verhinderung bestimmter Datenschutzverstöße zu negieren.

2.2.5 Frage: *„Kontrollaufgaben sind eine der wesentlichen formulierten Pflichten für Datenschutzbeauftragte. Können sich durch mangelnde Kontrolle im Unternehmen direkt Sanktionen ergeben?“*

Wie oben unter Ziffer 2.2.2 dargestellt, besteht für den Datenschutzbeauftragten das Risiko von Sanktionen aufgrund mangelnder Kontrolle im Unternehmen durch eine auf sein pflichtwidriges Unterlassen gestützte Beteiligung an einer Ordnungswidrigkeit.

Die Überwachung der datenschutzrechtlichen Organisationsstruktur des Verantwortlichen kann insoweit unter den dort aufgeführten Voraussetzungen zu einer Sanktion führen. Eröffnet wird die Sanktionsmöglichkeit neben den §§ 41 bis 43 BDSG-neu auch über die Möglichkeit einer ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionierung nach Art. 83 DS-GVO in Form einer Teilnahme durch pflichtwidriges Unterlassen.

[124] BVerfG, Beschl. v. 21.11.2002 – 2 BvR 2202/01

2.2.6 **Frage:** *„Trifft den benannten Datenschutzbeauftragten eine Pflicht zur Verhinderung von Datenschutzverstößen im Unternehmen, wenn er zuvor auf die Rechtswidrigkeit hingewiesen hat?“*

Eine Pflicht zur Verhinderung von Datenschutzverstößen besteht nach der in diesem Gutachten vertretenen Auffassung nicht. Die Pflicht beschränkt sich, wie in diesem Gutachten bereits mehrfach ausgeführt, auf die Berichterstattung gegenüber der Geschäftsführung des Verantwortlichen.

Hat der Datenschutzbeauftragte auf einen von ihm aufgedeckten rechtswidrigen Zustand bereits zuvor im Rahmen seiner Berichterstattung hingewiesen, obliegt es ihm vor dem Hintergrund des Art. 39 Abs. 2 DS-GVO insoweit jedoch, im Rahmen seiner künftigen Berichterstattungen dem aufgedeckten Zustand und etwaig erfolgter Reaktionen des Verantwortlichen hierauf eine besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Schenkt der Datenschutzbeauftragte den von ihm bereits zuvor monierten Verhältnissen in der künftigen Berichterstattung keine Aufmerksamkeit mehr, kann sich hieraus ein rechtswidriger Pflichtenverstoß und eine damit einhergehende Verletzung der Garantenstellung ergeben.

2.2.7 **Frage:** *„Besteht ein Unterschied, ob der Datenschutzbeauftragte ein Angestellter des Unternehmens ist oder externe Dienstleister.“*

Für die Frage einer Täterqualität nach den strafrechtlichen oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Bestimmungen ist es unerheblich, ob der Datenschutzbeauftragte Angestellter des Unternehmens oder externer Dienstleister ist. Eine solche Unterscheidung wird nach den Normen des Strafrechts oder des Ordnungswidrigkeitenrechts nicht getroffen. Entscheidend ist allein die Frage, ob der Beauftragte im konkreten Einzelfall in Tätereigenschaft oder als Gehilfe (Strafrecht) zur Verantwortung gezogen werden kann.

Hierbei ist jeweils auf die von ihm übernommenen Pflichten und ggf. ihm individualvertraglich zugewiesenen weiteren Befugnisse abzustellen.

2.3 Delegierte Aufgaben

Erläuterung des Fragestellers: *„Die bisherige Praxis unter dem BDSG legt nahe, dass der Verantwortliche bestimmte Aufgaben der DS-GVO auf den Datenschutzbeauftragten – jedenfalls faktisch – übertragen wird.“*

2.3.1 **Frage:** *„Ist für die strafrechtliche Verantwortlichkeit zwischen einerseits originären Aufgaben des Datenschutzbeauftragten und andererseits kraft Delegation übernommenen Pflichten zu unterscheiden?“*

Für die Frage der Sanktionsfolgen ist nicht zwischen der Verletzung originärer Aufgaben oder der Verletzung übernommener Pflichten zu unterscheiden. Eine Sanktionierung erfolgt stets dann, wenn die Pflichtverletzung die strafrechtlichen Anforderungen an die Annahme einer Garantenstellung sowie die weiteren tatbestandsmäßigen Voraussetzungen erfüllt.

Wie jedoch oben bereits ausgeführt (Ziff. 2.2.2), ist eine Verantwortlichkeit aus den originären Aufgaben des Art. 39 DS-GVO im Falle einer sorgfältig erfolgten Berichterstattung in Ermangelung weitergehender Weisungs- und Entscheidungsbefugnisse des Datenschutzbeauftragten nicht wahrscheinlich.

Soweit dem Datenschutzbeauftragen kraft Delegation weitere Pflichten und Befugnisse übertragen werden, steigt insoweit auch sein Risiko, im Falle einer vorwerfbaren Nichterfüllung dieser Pflichten strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden.

Unter Ziffer 2.2.1 wurde insoweit ausgeführt, dass es entscheidend ist, ob es in die – vertraglich oder faktisch – delegierte Befugnis des Datenschutzbeauftragten neben der Berichterstattung auch fällt, durch Weisungs- und Handlungsbefugnisse gezielt gegen einzelne Verstöße vorzugehen oder diesen individuell vorzubeugen. Diese Befugnis sieht nach der in diesem Gutachten vertretenen Rechtsauffassung die Datenschutz-Grundverordnung nicht vor. Lässt es der Datenschutzbeauftragte jedoch zu, dass auf ihn ergänzende Aufgaben übertragen werden, zu deren Umsetzung ihm auch erweiterte Rechte (Weisungsrecht und Entscheidungskompetenz) übertragen werden, so rückt seine Verantwortung auch strafrechtlich in den Fokus, wenn er die ihm übertragenen Entscheidungsspielräume nicht oder pflichtwidrig ausübt.

Insoweit ist vor allem auch die Regelung des Art. 38 Abs. 6 DS-GVO von Bedeutung, wonach der Datenschutzbeauftragte andere Aufgaben und Pflichten wahrnehmen kann. Die Frage, in welchem Umfang und in welchem Bereich die Übernahme weiterer Pflichten nach dieser Norm das Risiko für eine strafrechtliche Verantwortung erhöht, ist indes nicht von der vorgegebenen Fragestellung umfasst. Als Grundsatz wird auch hier gelten, dass Art. 38 Abs. 6 DS-GVO für die Bestimmung des konkreten Pflichtenkreises zu beachten ist. Damit geht einher, dass die Übernahme einer gegen Art. 38 Abs. 6 DS-GVO verstoßenden Aufgabe mit einer Erhöhung des sanktionsrechtlichen Risikos verbunden ist.

2.3.2 **Frage:** *„Wann ergibt sich für den Datenschutzbeauftragten bei delegierten Aufgaben eine strafrechtliche Verantwortung? Ist die Ausgestaltung der Aufgabendelegation hierfür relevant?“*

Mit Blick auf das einer Delegation immanente Risiko einer steigenden strafrechtlichen Verantwortung wird auf die Ausführungen unter Ziffer 2.3.1 verwiesen. Wird ein erweiterter Aufgabenkreis im Rahmen der Delegation übertragen, sollte aus Sicht des Datenschutzbeauftragten zur bestmöglichen Risikovermeidung klar definiert werden, wie weit seine Befugnisse reichen. Bei besonders risikoträchtigen Aufgabenverlagerungen sollte die abschließende Entscheidungsbefugnis bei der Unternehmensleitung bleiben. Deren Einholung hat der Datenschutzbeauftragte im eigenen Interesse zu dokumentieren.

Hat der Datenschutzbeauftragte bei der Wahrnehmung seiner delegierten Aufgaben Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der von ihm favorisierten Umsetzung, sollte er zur Vermeidung eines strafrechtlichen Risikos von sich aus den Kontakt zur Aufsichtsbehörde suchen.

Berlin, 31.07.2017

Derra, Meyer & Partner PartGmbB
RA Konrad Menz

ANLAGE 1

Anlage 1 – Handlungstipps zu wichtigen Aspekten:

- Keine Weisungsbefugnisse übernehmen, da diese zu einer Ausweitung der Haftung führen können.

  Der Datenschutzbeauftragte des Unternehmens haftet in Bezug auf die Pflichten nach der Datenschutz-Grundverordnung nicht für ein Unterlassen, weil ihn aufgrund fehlender Handlungsmöglichkeiten keine Pflicht dafür trifft, einen Datenschutzverstoß selbständig zu beseitigen. Erhält er jedoch Weisungsbefugnisse, mit denen er den Datenschutzverstoß beenden könnte, stellt sich die Frage nach der Handlungspflicht neu. Ob diese dadurch begründet wird, ist nicht entschieden, allerdings entsteht ein zu diesem Zeitpunkt nicht kalkulierbares Haftungsrisiko.

- Eine Berufshaftpflichtversicherung abschließen.

  Dies ist für externe Datenschutzbeauftragte nicht verpflichtend, da es sich bei dem Auftrag um einen Dienstleistungsvertrag handelt, der an sich eine solche Versicherung (anders als etwa bei Ärzten oder Rechtsanwälten) nicht vorsieht. Anders als für den internen Datenschutzbeauftragten besteht für den externen Datenschutzbeauftragten auch keine Haftungsprivilegierung. Deshalb ist für den externen Datenschutzbeauftragten eine entsprechende Haftpflichtversicherung nebst einer vertraglichen Haftungsbeschränkung auf die Versicherungssumme empfehlenswert.

- Keine Verpflichtung zur Neufassung oder Änderung bestehender vertraglicher Vereinbarungen

  Die Datenschutz-Grundverordnung und das BDSG-neu führen nicht zu einer Veränderung von Status und rechtlichem Grundverhältnis des Datenschutzbeauftragten. Es besteht deshalb keine unmittelbare Notwendigkeit, allein aufgrund der geänderten rechtlichen Rahmenbedingungen neue vertragliche Vereinbarungen, etwa einen neuen Arbeits- oder Dienstvertrag, abzuschließen. Eine Überprüfung der bestehenden Verträge auf etwaigen Anpassungsbedarf ist gleichwohl empfehlenswert, denn ab dem 25.05.2018 sind nur noch die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung und des BDSG-neu anzuwenden; das aktuelle Bundesdatenschutzgesetz gilt nicht mehr, auch nicht für eine Übergangszeit.

- Definieren der einzelnen Aufgaben und Pflichten im Arbeitsvertrag

  Aufgrund von rechtlichen Unsicherheiten ist es empfehlenswert, in einem originären Arbeitsvertrag eines als Datenschutzbeauftragter eingestellten Mitarbeiters oder aber im Rahmen einer Vereinbarung über die Übernahme des Amtes des Datenschutzbeauftragten (im Falle einer nachträglichen Benennung als Datenschutzbeauftragter) die einzelnen Aufgaben und Pflichten des Datenschutzbeauftragten im Unternehmen genau zu definieren.

- Beachtung eigener Interessen

  Der Datenschutzbeauftragte hat zur Vermeidung einer persönlichen Sanktion oder Haftung bei der Wahrnehmung seiner Pflichten sein eigenes Interesse zu beachten. Hat er keine ausreichenden Kapazitäten für die Erfüllung seiner Aufgaben oder stellt er fest, dass die Ausführungen in seinen Berichten gegenüber der obersten Managementebene keine Beachtung finden, wird er diese Umstände in einer kontinuierlichen Berichterstattung immer wieder vorzutragen haben. Ist er sich in einer Beurteilung der Sach- oder Rechtslage nicht sicher, hat er darauf hinzuweisen und die Einholung weiterer Expertise vorzuschlagen. Soweit ihm von der obersten Managementebene die Delegation von Aufgaben angedient wird, die sein sanktionsrechtliches oder haftungsrechtliches Risiko erhöht, so sollte er diese Form der Delegation unter entsprechender Begründung ablehnen. Entscheidet sich der Datenschutzbeauftragte hingegen für die Übernahme der zu delegierenden Aufgaben, ist ihm dringend anzuraten, dies vertraglich zu regeln und für die erweiterten Aufgaben die Deckung seiner Versicherung einzuholen. In jedem Falle ist bei der Delegation zu gewährleisten, dass die zusätzlichen Aufgaben nicht zu einem Interessenkonflikt mit den originären Aufgaben des Datenschutzbeauftragten führen.

ANLAGE 2

Muster – nicht zu verwenden

(beruht auf der <u>alten</u> Rechtslage)

Bestellungsurkunde

über die Bestellung eines Externen Datenschutzbeauftragten gemäß BDSG §4f

Das Unternehmen …

vertreten durch (Geschäftsleitung / Vorstand),
ggf. stellvertretend für die einzelnen Geschäftsleitungen,

bestellt mit Wirkung zum Datum

Frau/Herrn … als Mitarbeiter der xy Unternehmensberatung externen betrieblichen Datenschutzbeauftragten gemäß BDSG §4f / Art. 37, 38 EU-DSGVO.

Als Stellvertreter wird Frau/Herr … benannt.

Die Aufgaben und die Verpflichtung durch diese Bestellung ergeben sich bis zum 24.05.2018 aus dem BDSG insbesondere § 4f, 4g sowie ab dem 25.08.2018 aus der EU-Datenschutzgrundverordnung, hier insbesondere Art. 38, 39 und werden hier nicht gesondert aufgeführt. In dieser Funktion ist der Datenschutzbeauftragter gem. BDSG / EU-DSGVO dem Vorstand / der Geschäftsleitung direkt unterstellt.

Die Bestellung erfolgt als Ergänzung zum Beratungsvertrag vom Datum. Die Bestellung endet automatisch mit der Beendigung dieses Vertrages.

Alle weiteren Belange sind im o.g. Vertrag über die Bestellung des Datenschutzbeauftragten geregelt und gelten für diese Bestellung in gleichem Maße.

Ort1, Datum	Ort2, Datum
_____	_____
Geschäftsleitung / Vertreter	Datenschutzbeauftragter/ Geschäftsleitung

ANLAGE 2

Muster – nicht zu verwenden

(beruht auf der <u>alten</u> Rechtslage)

Beratungsvertrag

Zwischen

Firma
- im Folgenden Auftraggeberin genannt -
vertreten durch: (Vorstand / Geschäftsführer)

und

Auftragnehmer (Geschäftsführer)

wird folgender **Beratervertrag** geschlossen:

§ 1 Gegenstand und Umfang des Auftrags

Gegenstand der Leistung des Auftragnehmers ist die Wahrnehmung der Funktion des betrieblichen Datenschutzbeauftragten im Sinne von §4 f Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) bzw. nach Anwendbarkeit ab dem 25.05.2018 im Sinne von Art. 37f. EU-DSGVO mit den gesetzlichen Aufgaben nach § 4g BDSG bzw. gemäß Art. 39 der EU-DSGVO.

Der Auftragnehmer übernimmt diese Aufgaben für die Auftraggeberin in dem folgenden Unternehmen:

- ☑ *…rechtlich selbständige Unternehmen aufführen*
- ☑ *…*

Bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe wird der Auftragnehmer von internen Ansprechpartnern unterstützt. Diese gewährleisten die Kommunikation und Information und unterstützen bei der Terminorganisation.

Bei diesem Vertrag handelt es sich nicht um einen Vertrag zu Gunsten Dritter im Sinne von § 328 BGB. Es ist Sache der Auftraggeberin dafür zu sorgen, dass die erforderlichen vertraglichen und tatsächlichen Voraussetzungen für eine Tätigkeit des Auftragnehmers bei den ggf. zugehörigen Unternehmen vorliegen.

§ 2 Leistungserbringung

(1) Zeit und Ort des Einsatzes für die Auftraggeberin gestaltet der Auftragnehmer grundsätzlich frei. Wenn dringende Angelegenheiten eine umgehende Erörterung oder Prüfung erfordern, steht der Auftragnehmer auch kurzfristig zur Verfügung, wobei auf seine sonstigen betrieblichen Erfordernisse insoweit Rücksicht zu nehmen ist, dass diese dadurch nicht unangemessen beeinträchtigt werden dürfen.

(2) Der Auftragnehmer ist berechtigt, bei der Ausführung der ihm übertragenen Angelegenheiten geeignete Mitarbeiter und fachkundige Dritte einzusetzen. Die eigene Verantwortlichkeit des Auftragnehmers bleibt hiervon unberührt.

(3) Der Auftragnehmer übt seine Tätigkeit in seinen eigenen Räumlichkeiten aus. Soweit für die Auftragsdurchführung eine Anwesenheit bei der Auftraggeberin oder eines der unter § 1 genannten Unternehmen erforderlich ist, sorgt die Auftraggeberin nach jeweiliger vorheriger Absprache mit dem Auftragnehmer dafür, dass die benötigten betrieblichen Einrichtungen bei ihr oder dem jeweiligen Unternehmen zur Verfügung gestellt werden.

§ 3 Verschwiegenheitspflicht

(1) Der Auftragnehmer ist nach Maßgabe der Gesetze verpflichtet, über alle Angelegenheiten der Auftraggeberin oder anderer Unternehmen gemäß § 1, die der Auftragnehmer bei oder anlässlich der Erledigung eines Auftrags zur Kenntnis gelangen, Stillschweigen zu bewahren, es sei denn, der Auftragnehmer wurde schriftlich vom jeweils betroffenen Unternehmen von dieser Verpflichtung entbunden.

(2) Die Verschwiegenheitspflicht besteht nicht, soweit die Offenlegung von Angelegenheiten zur Wahrung berechtigter Interessen des Auftragnehmers unbedingt erforderlich ist. Der Auftragnehmer ist auch von der Verschwiegenheitspflicht entbunden, soweit er nach den Bedingungen einer Haftpflichtversicherung zur Information und Mitwirkung verpflichtet ist.

(3) Die gesetzlichen Auskunfts- und Aussageverweigerungsrechte bleiben von den vorstehenden Regelungen ebenso unberührt wie die besonderen Verschwiegenheitsverpflichtungen des Auftragnehmers nach § 4 f Abs. 4, 4a BDSG.

(4) Diese Verschwiegenheitspflicht des Auftragnehmers besteht auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses fort. Berichte, Gutachten und sonstige schriftliche Äußerungen, die aufgrund oder anlässlich dieses Auftrages gefertigt wurden, darf der Auftragnehmer Dritten, außer in dem in § 3 Abs. 2 Satz 2 geschilderten Fall, nur mit Einwilligung der Auftraggeberin aushändigen.

(5) Im gleichen Umfang wie für den Auftragnehmer selbst besteht die Verschwiegenheitspflicht auch für die Mitarbeiter, Partner und Hilfskräfte.

(6) Zieht der Auftragnehmer fachkundige Dritte hinzu, hat er dafür Sorge zu tragen, dass sie in gleichem Umfang zur Verschwiegenheit verpflichtet werden.

§ 4 Haftung

(1) Der Auftragnehmer haftet für eigenes Verschulden und für das Verschulden eigener Mitarbeiter und Hilfskräfte.

(2) Der Auftragnehmer hat eine Haftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von 1.000.000,- Euro pro Einzelfall abgeschlossen. Er verpflichtet sich, den Versicherungsschutz in dieser Höhe so lange aufrechtzuerhalten, wie dieses Vertragsverhältnis besteht.

(3) Sofern im Einzelfall eine höhere Haftungssumme erforderlich sein dürfte, werden der Auftragnehmer und die Auftraggeberin dies besprechen und entscheiden, ob eine höhere Deckungssumme für diesen Einzelfall mit der Haftpflichtversicherung abgeschlossen werden soll. Die Kosten einer höheren Deckungssumme trägt die Auftraggeberin.

(4) Soweit ein Schadensersatzanspruch der Auftraggeberin gegen den Auftragnehmer kraft Gesetzes nicht einer kürzeren Verjährungsfrist unterliegt, verjährt er in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem er entstanden ist. Der Anspruch ist innerhalb von drei Monaten geltend zu machen, nachdem die Auftraggeberin von dem Schaden Kenntnis erlangt hat.

§ 5 Haftungsbegrenzung

In einem Haftpflichtfall kann bei leichter Fahrlässigkeit der Auftragnehmer von der Auftraggeberin nur bis zur Höhe der nach § 4 bestehenden Mindest-Deckungssumme in Anspruch genommen werden. Wegen eines weitergehenden Schadens wird eine Haftung des Auftragnehmers hiermit ausdrücklich ausgeschlossen.

§ 6 Haftungsausschluss

Für mündliche Auskünfte außerhalb eines vereinbarten Beratungsgesprächs oder telefonische Auskünfte ist jede Haftung ausgeschlossen. Dies gilt nicht, wenn die Auskünfte schriftlich mit dem von der Auftraggeberin geschilderten Sachverhalt bestätigt werden.

§ 7 Vergütung

(1) Als Pauschalhonorar wird ein monatlicher Betrag von

(siehe Angebot) Euro zuzüglich der jeweils geltenden gesetzlicher Mehrwertsteuer

vereinbart. Bei dieser Vereinbarung gehen die Parteien davon aus, dass der monatliche Zeitaufwand des Auftragnehmers für die Auftraggeberin einschließlich aller Unternehmen nach § 1 im Durchschnitt *8 Stunden* nicht überschreitet. Dieser Aufwandsschätzung liegt das Standard-Modell zugrunde, welches die gem. BDSG üblichen Aufgaben umfasst.

Sollte sich im Rahmen des jährlichen Planungsgespräches herausstellen, dass der Aufwand nicht ausreichend ist, bzw. dass durch Projekte oder weitere Aufgaben eine Anpassung des Zeitaufwands erforderlich ist, werden sich die Parteien über die Anpassung des Honorars abstimmen.
Ggf. erforderliche Fahrt- (Bahn, oder Flug) und Übernachtungskosten werden zum Selbstkostenpreis berechnet. Für Fahrtkosten mit dem PKW fällt eine Pauschale von € 0,50 je km (zzgl. geltender MwSt.) vom nächstgelegenen Büro an *(siehe Angebot)*.

(2) Zusätzlich zu dem unter 7 (1) festgelegten monatlichen Aufwand wird ein einmaliger Aufwand für die Bestandsaufnahme zu einem Festpreis von *(siehe Angebot)* EUR zzgl. geltender Mehrwertsteuer vereinbart.
Der Projektaufwand für die Umsetzung der gemäß Bestandsaufnahme erforderlichen kurzfristigen Aufgaben wird zunächst auf *(siehe Angebot)* Tage geschätzt und zu einem Tagessatz von je *(siehe Angebot)* EUR zzgl. geltender Mehrwertsteuer vereinbart.
Dieser Aufwand dient der ersten Implementierung des Datenschutzes in die Prozesse und Regelungen, der Erstellung von Richtlinien und eines Datenschutzkonzepts sowie der ersten Aufnahme der Verfahrensdokumentation.

(3) Folgende Tätigkeiten des Auftragnehmers sind vom Pauschalhonorar nicht umfasst und ggf. gesondert zu vergüten:
- Betreuung IT-Security
- Projektaufgaben, die nicht in diesem Umfang bearbeitet werden können (Einführung neuer Software, Auslandsstandorte, Unternehmenswachstum, etc.)

(4) Tätigkeiten nach Abs. (3) wird der Auftragnehmer nur nach Abstimmung mit der Auftraggeberin durchführen. Für diese Tätigkeiten wird als Honorar ein Betrag von *(siehe Angebot)* Euro je angefangene Stunde zzgl. geltender Mehrwertsteuer vereinbart.

(5) Die Zahlung des monatlichen Pauschalhonorars wird zum 15. des jeweiligen Kalendermonats fällig.
Sonstige Auslagen und Honorare für zusätzliche Tätigkeiten nach Absatz (2) und (3) berechnet der Auftragnehmer zum jeweiligen Monatsende separat.

(6) Sämtliche Beträge sind auf eines der folgenden Konten zu überweisen:

Kontoinhaber:

BIC
IBAN
Bank:

USt.Nr.:

§ 8 Vertragsdauer

(1) Der Vertrag beginnt am *(siehe Angebot)*.

(2) Der Vertrag hat eine befristete Laufzeit von zwei Jahren und ist mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten erstmals zum xxx kündbar. Erfolgt keine Auflösung, so verlängert sich der Vertrag jeweils um weitere zwei Jahre.

(3) Die Kündigung hat schriftlich zu erfolgen.

(4) Im Übrigen gelten für die Kündigung des Vertrags die Bestimmungen des BGB.

§ 9 Mitwirkung des Auftraggebers / Bestellungsurkunde

(1) Die Auftraggeberin ist verpflichtet, an der Ausführung des Auftrags mitzuwirken, soweit es für die ordnungsmäßige Erledigung des Auftrags erforderlich ist. Sie hat dem Auftragnehmer sämtliche für die Erledigung des Auftrags erforderlichen Nachweise, Urkunden und sonstigen Unterlagen, die im Zusammenhang mit den vom Auftragnehmer zu bearbeitenden Angelegenheiten stehen, zur Einsichtnahme zu überlassen und die zur Aufklärung des Sachverhalts notwendigen Auskünfte zu erteilen, insbesondere eine Verfahrensübersicht im Sinne von § 4 e Satz 1 BDSG zur Verfügung stellen (vgl. § 4 g Abs. 2 Satz 1 BDSG), sofern die Erstellung der Übersicht nicht Aufgabe im Rahmen dieses Vertrages ist (vgl. 7.2).

(2) Ferner hat die Auftraggeberin den Auftragnehmer umfassend über die für die Beurteilung eines Sachverhalts wesentlichen Faktoren und Hintergründe zu informieren. Sie wird den Auftragnehmer von allen betrieblichen Vorgängen und Umständen in Kenntnis setzen, die für die Ausführung des Auftrags von Bedeutung sein könnten.

(3) Die Bestellungsurkunde wird nach Abschluss dieses Vertrages von der Auftraggeberin vorgelegt und von beiden Vertragsparteien unterzeichnet.

(4) Die Auftraggeberin steht dafür ein, dass auch die ggf. weiteren Unternehmen / Standorte in gleicher Weise den vorgenannten Mitwirkungspflichten nachkommen und die jeweiligen Bestellungsurkunden ausgestellt werden.

§ 10 Änderungen/ Ergänzungen

Mündliche Nebenabreden bestehen nicht. Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrags bedürfen der Schriftform.

§ 11 Salvatorische Klausel

Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein oder werden, wird dadurch die Wirksamkeit der übrigen Vereinbarungen nicht berührt. Die Vertragspartner verpflichten sich, unwirksame Bestimmungen durch Regelungen zu ersetzen, die dem ursprünglich verfolgten Zweck so nahe wie möglich kommen und deren Wirksamkeit keine Bedenken entgegenstehen. Das Gleiche gilt für den Fall von Vertragslücken.

Ort, Datum	Ort, Datum
_____	_____
Für die Auftraggeberin	Auftragnehmer