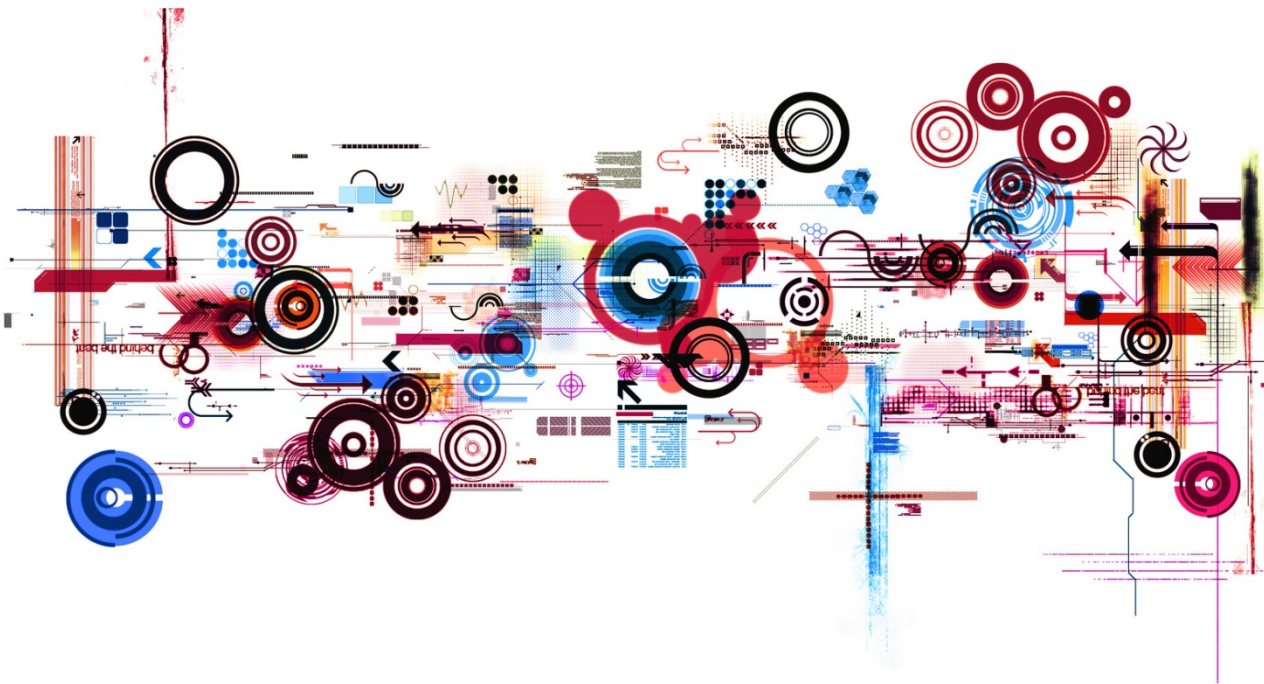


Der Fachanwalt als externer Datenschutzbeauftragter

Referent: Dr. Robert Selk, LL.M.
Rechtsanwalt und Fachanwalt für IT-Recht
www.kanzlei-ssh.de



Vorstellung Referent



1. Rechtsanwalt, Partner von SSH Rechtsanwälte in München
 - Promotion „Datenschutz und Internet“, LL.M. mit Schwerpunkt IT-Recht
 - Fachanwalt für IT-Recht
 - Tätigkeit im Gesetzgebungsausschuss IT-Recht DAV, Vorsitzender Fachausschuss Datenschutz DGRI, Datenschutz-Sachverständiger, etc.
2. Mitgründer/ Gesellschafter der TSC Toedt, Dr. Selk & Coll. GmbH
 - CRM-Lösungen für die Hotellerie
3. Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter
 - Für ausgewählte Mandanten, eher im Konzernbereich

- 1. Einige Basics zum DSB**
2. Besonderheiten des externen DSB
3. Zusammenarbeit mit GF und BR
4. Sonderfall: der RA als DSB
5. Fazit

Einleitung und gesetzliche Grundlagen



- Warum benötigt man einen DSB?
 - § 4 f Abs. 1 S. 1 BDSG
 - „*Öffentliche und nicht-öffentliche Stellen, die personenbezogene Daten automatisiert verarbeiten, haben einen Beauftragten für den Datenschutz schriftlich zu bestellen.*“
 - Ergänzungen
 - IdR erst ab bestimmter Mitarbeiterzahl (>9, die sich mit Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigen)
 - Achtung!
 - Verstoß ist Ordnungswidrigkeit, § 43 Abs. 1 Nr. 2 BDSG
 - Bußgeld bis zu € 50.000, „Haustarif“: ca. € 10.000

Einleitung und gesetzliche Grundlagen



- **Wie ist es in der EU?**
 - Rolle des DSB ist selbst innerhalb der EU nur in einzelnen Mitgliedsstaaten vorgesehen, etwa nicht in Österreich.
 - Neu! EU-Datenschutz-Grundsatz-Verordnung
 - Dann zwingend, Grenze derzeit: ab 250 Mitarbeiter
 - Derzeit viel Lobby-Arbeit aus Deutschland, um Grenze zu senken
 - » Da Verordnung! Wäre ansonsten auch in Deutschland geltendes Recht, also eine schlechtere Situation
 - » Für andere Länder ist diese Pflicht dagegen zum Teil gänzlich neu, dort wird Grenze von 250 Mitarbeitern schon als niedrig angesehen

Einleitung und gesetzliche Grundlagen



Artikel 35: Benennung eines Datenschutzbeauftragten

1. Der für die Verarbeitung Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter benennen einen Datenschutzbeauftragten, falls

a) die Verarbeitung durch eine Behörde oder eine öffentliche Einrichtung erfolgt;
oder

b) die Bearbeitung durch ein Unternehmen erfolgt, das 250 oder mehr Mitarbeiter beschäftigt, oder

c) die Kerntätigkeit des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters in der Durchführung von Verarbeitungsvorgängen besteht, welche aufgrund ihres Wesens, ihres Umfangs und/oder ihrer Zwecke eine regelmäßige und systematische Beobachtung von betroffenen Personen erforderlich machen.

Einleitung und gesetzliche Grundlagen



- Was ist die Aufgabe des DSBs?
 - § 4 g Abs. 1 S. 1 BDSG
 - *„Der Beauftragte für den Datenschutz wirkt auf die Einhaltung dieses Gesetzes und anderer Vorschriften über den Datenschutz hin.“*
 - Ergänzungen
 - Keine Verantwortung, nur „Hinwirken“ geschuldet
 - Meinung des Referenten: schon aus Wortlaut ergibt sich schwerpunktmäßig rechtliche Tätigkeit
 - Gesetz als „Soll-Zustand“

Einleitung und gesetzliche Grundlagen



– Beispiele

- Beratung bei Einzelanfragen und Großprojekten
- Schulungen
- Ds-rechtliche Beratung bei BV-Verhandlungen
- Hilfe bei Vertragsprüfung, AGB, Einwilligungsklauseln, etc.
- Unterstützung bei Design von Geschäftsprozessen
 - Teilnahme an Meetings
- Lobbytätigkeit
 - Berlin, Brüssel

Einleitung und gesetzliche Grundlagen



- Was muss ein DSB können?
 - § 4 f Abs. 2 S. 1 BDSG
 - *„Zum Beauftragten für den Datenschutz darf nur bestellt werden, wer die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit besitzt.*
 - *Das Maß der erforderlichen Fachkunde bestimmt sich insbesondere nach dem Umfang der Datenverarbeitung der verantwortlichen Stelle und dem Schutzbedarf der personenbezogenen Daten, die die verantwortliche Stelle erhebt oder verwendet.“*
 - Beispiel
 - DSB in Krankenhausumfeld <-> DSB einer 10-Personen-Industriefirma mit nur gewerblichen Kunden

Einleitung und gesetzliche Grundlagen



- Stellung des DSB im Unternehmen:
 - § 4 f Abs. 3 S. 1 BDSG
 - „Der Beauftragte für den Datenschutz ist dem Leiter der öffentlichen oder nicht-öffentlichen Stelle unmittelbar zu unterstellen.“
 - Ergänzung
 - Direkt bei der GF angesiedelt, um kurze Wege zu haben und Bedeutung des Datenschutzes gerecht zu werden (Grundrecht, Menschenrecht!)
 - § 4 f Abs. 3 S. 2 BDSG
 - „Er ist in Ausübung seiner Fachkunde auf dem Gebiet des Datenschutzes weisungsfrei.“
 - Ergänzung
 - Er darf aber auch nicht anweisen – wenn nicht besonders vertraglich geregelt

Einleitung und gesetzliche Grundlagen



- Sonderfrage: intern oder extern?
 - § 4 f Abs. 2 S. 3 BDSG:
 - „Zum Beauftragten für den Datenschutz kann auch eine Person außerhalb der verantwortlichen Stelle bestellt werden;“
 - Es gibt daher interne (angestellte) und externe (als Dienstleister) tätige DSBs
 - Wichtiger Unterschied liegt bei der Haftung
 - Interner DSB: Haftungsprivileg aus dem Arbeitsrecht
 - Externer DSB: volle und zwar persönliche Haftung
 - Beides hat verschiedene Vor- und Nachteile
 - Auswahl meist abhängig von Unternehmensgröße und notwendigem Grad an Fachkunde

Einleitung und gesetzliche Grundlagen



- Was war gesetzgeberische Motivation eines „DSB“?
 - Ziel: Selbstregulation
 - Es gibt zwar spezielle Aufsichtsbehörden für den Datenschutz (pro Bundesland), eigentliche Tätigkeit vor Ort in Unternehmen obliegt aber betrieblichen DSBs
 - Gründe :
 - betrieblicher DSB ist – da vor Ort im Unternehmen - „näher dran“ an dem jeweiligen Unternehmen als Behörde
 - zum Teil viele (sehr) individuelle Prozesse in Unternehmen
 - Nicht vergleichbar etwa mit Steuerbehörden
 - Fazit
 - (Ernsthafter) Einsatz eines betrieblichen DSB ist für richtiges Datenschutzniveau effektiver



1. Einige Basics zum DSB
2. **Der externe DSB**
3. Zusammenarbeit mit GF und BR
4. Sonderfall: der RA als DSB
5. Fazit

- **Achtung: Steuerrechtliche Einordnung!**
 - Tätigkeit eines externen DSBs wird steuerlich als gewerbliche Tätigkeit angesehen
 - BFH, Urteil vom 05.06.2003, IV R 34/01
 - *„Ein selbständiger, extern bestellter DSB übt weder den Beruf eines beratenden Betriebswirtes oder eines Ingenieurs noch einen diesen beiden Katalogberufen ähnlichen Beruf i.S. des § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG aus.“*
 - *Die Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten stellt ausgehend von den ihm gesetzlich vorgegebenen Aufgaben einen völlig eigenständigen und neuen Beruf dar.*
 - *Der Beruf des Datenschutzbeauftragten kann nur dann mit der erforderlichen Fachkunde ausgeübt werden, wenn theoretisches Grundwissen erworben wird, welches den Lehrinhalten verschiedener Hoch- bzw. Fachhochschulstudiengänge (Ingenieur-, Rechtswissenschaften, Betriebswirtschaftslehre und Pädagogik) zugeordnet ist.“*

Der externe DSB



- Folgen
 - Gewerbesteuerpflicht
 - Gegebenenfalls Bilanzierungen ab bestimmten Umsatz
 - Infektionstheorie
 - Wenn keine sorgfältige Trennung der Tätigkeit von etwaiger freiberuflicher Tätigkeit wird diese gewerbesteuerlich infiziert!
 - Erheblicher organisatorischer Aufwand!
- Speziell in Bayern: sehr streng gehandhabt
 - bislang keine Ausnahmen ersichtlich

Der externe DSB



- **Achtung: Haftung des externen DSB**
 - Interner DSB
 - Ist im Rahmen seiner Anstellung tätig
 - genießt als Arbeitnehmer arbeitsrechtliches Haftungsprivileg
 - Externer DSB
 - Ist auf Basis Geschäftsbesorgungsvertrags tätig
 - haftet dagegen voll und persönlich
- **Zwei Anspruchsberechtigte**
 - Das beauftragende Unternehmen wegen/bei „Falschberatung“
 - Die Betroffenen wegen Mitverursachung bei Datenschutzverstoß

Der externe DSB



- Wer bietet Leistung als externer DSB an?
 - 2 große unterschiedliche Gruppen
 - Nicht-Juristen
 - in aller Regel mit technischen Hintergründen/ IT-Sicherheit
 - DSB-Kurse von (wenigen) Tagen als Rechts-Know-How
 - Juristen
 - meist hoch spezialisiert auf Datenschutz und in Richtung Arbeitsrecht (wegen Personal-Datenschutz)
 - Arbeitsweise/ Tätigkeit/ Vergütung / etc. orientiert an Anwaltsstundensätzen
 - Konkurrenz?
 - Eher nicht, da unterschiedliche Ansätze
 - Gefährlich: Selbstüberschätzung in die eine oder andere Richtung

Der externe DSB



- Verhältnis der beiden Gruppen?
 - Persönliche Schätzung des Referenten: ca. 90 % technische DSB, 10 % juristische DSBs
 - Ungewöhnlich in Anbetracht der Aufgabe („Hinwirken auf Einhaltung der Gesetze“) und der Komplexität der Regelungsmaterie (öffentliches Recht, verschiedensten Gesetze, EU-Themen, etc.)
 - Großteil des Marktes will aber „günstige“ DSBs
 - Zum Teil mit Alibi-Funktion
 - Kann sich uU mit EU-DS-GVO ändern, da Komplexität noch weiter steigen wird, vorallem wegen Internationalität



1. Einige Basics zum DSB
2. Besonderheiten des externen DSB
3. **Zusammenarbeit mit GF und BR**
4. Sonderfall: der RA als DSB
5. Fazit

Zusammenarbeit mit GF und BR



- Grundsatz: DSB = neutral
 - Zuviel Nähe zu GF/ BR ist schädlich, die „Mitte“ ist richtig
 - Bei Kundendaten gibt es kein Überwachungsgremium wie den BR, Kontakt insofern nur mit GF/ Fachabteilungen
- Besonderheit
 - Da DSB vom Arbeitgeber bestellt ist, muss ein BR den DSB nicht in die „BR-Welt“ hineinlassen
 - BR muss sich dann selbst um Einhaltung der Datenschutzgesetze in BR-Welt kümmern
 - Praxis: sehr unterschiedlich, in der Regel sind BRs skeptisch, gerade bei RAen als DSB
 - Sind oft gewerkschaftsnahe (Technologie-)Berater gewohnt

Zusammenarbeit mit GF und BR



- Wichtig
 - Diplomatisches Vorgehen bei Personal-Datenschutzthemen, um Neutralität zu wahren
 - Am besten gemeinsamen Termine oder Email-Korrespondenz an alle, neutrale Gutachten verfassen, etc.
 - Auf vertrauliche Kommunikation achten
 - Vertrauen des BR gewinnen



1. Einige Basics zum DSB
2. Besonderheiten des externen DSB
3. Zusammenarbeit mit GF und BR
4. **Sonderfall: der RA als DSB**
5. Fazit

Der Rechtsanwalt als DSB



- RA als DSB zulässig und möglich?
 - Ja, grundsätzlich sogar besonders geeignet wegen
 - Fachkunde
 - Datenschutz ist Rechtsmaterie und
 - Zuverlässigkeit
 - Stichwort: Organ der Rechtspflege
 - Zusätzlich wichtig
 - hohes technisches/ IT- Know-How
 - Auch als Fachanwalt für IT-Recht nötig, da es um rechtliche Beherrschung von IT-Techniken geht
 - Aber: Es geht als DSB nicht nur darum, sondern auch um Beratung des Einsatzes von (richtigen) Techniken
 - » Stichwort: Datenschutz durch Technik
 - Kenntnis von Prozess-Design von Geschäftsprozessen
 - Datenschutzkonforme Ausgestaltung
 - Vorabkontrolle nach § 4 d Abs. 5 BDSG

Der Rechtsanwalt als DSB



- Was ist zu beachten? Besonderheiten?
 - Gewerbesteuer-Problematik, siehe oben
 - Es ist komplett und sorgfältig getrennte Organisation neben RA-Tätigkeit nötig
 - Lohnt sich meist wegen einiger weniger DSB-Kunden nicht
 - bei vielen Kunden schon, dann aber entsprechend hoher Aufwand
 - Volle persönliche Haftung, da in der Regel externer DSB
 - Für Anwalt nichts Neues, versicherbar
 - Achtung: Eigene Berufshaftpflichtversicherung für DSB!
 - Außerdem: Trennung wegen Gewerbesteuer

Der Rechtsanwalt als DSB



- Neutralität: Formale Aspekte
 - Neben Tätigkeit als DSB in aller Regel parallele anwaltliche Tätigkeit für denselben Mandanten nicht mehr möglich
 - Anwalt ist Parteivertreter, DSB ist dagegen neutral
 - Ausschluss betrifft nach Meinung der Aufsichtsbehörden gesamte Kanzlei
 - da eine solche als Einheit gesehen wird
 - Berufsrecht in vergleichbaren Fällen (Interessenkollision) ebenfalls streng
 - Fazit: Man muss sich entscheiden, ob Tätigkeit als DSB oder als RA

Der Rechtsanwalt als DSB



- Neutralität: inhaltliche Aspekte
 - Neutrales Arbeiten ist für Rechtsanwalt oft ungewohnt
 - Man muss es „allen recht machen“
 - Inhaltlich neutrale Stellung vorallem im Mitarbeiter-Datenschutz wichtig
 - » Umgehen mit Arbeiterseite und BR-Seite
 - » Gewinnen des Vertrauen der Mitarbeitervertretung
 - Es ist ausreichend Abstand zu den Parteivertretern nötig
 - » Um Neutralität zu wahren

Der Rechtsanwalt als DSB



- Art der Mandate: viele Dauerprojekte
 - Mandatsstruktur
 - Laufende Einzelanfragen und übergreifende/ Großprojekte
 - Dauerpflichten
 - Vergleich mit Anwaltstätigkeit
 - Laufende Einzelanfragen sind typischen Anwaltsmandaten ähnlich, also Klärung ganz bestimmter Datenschutz-Fragen
 - Übergreifende/ Großprojekte: nicht die Regel im Anwaltsbereich
 - „Dauerpflichten“: eher selten für Anwaltstätigkeit
 - » Durchführung und Planung von Schulungen/ Sensibilisierungsmaßnahmen
 - » Informieren über aktuelle Gesetzgebungsvorhaben, Entwicklungen, Rechtsprechung, IT-Sicherheitsthemen, etc.
 - » Laufende Abstimmung mit GF, Konzern-/Gesamt-/ BR, etc.



1. Einige Basics zum DSB
2. Besonderheiten des externen DSB
3. Zusammenarbeit mit GF und BR
4. Sonderfall: der RA als DSB
- 5. Fazit**

- Fazit
 - RA als DSB ist fachlich sinnvoll und gut möglich
 - Besonderheiten/ Probleme:
 - Gewerblichkeit der Einkünfte
 - hoher Aufwand für sorgfältige Trennung von freiberuflichen Einkünften
 - Entscheidung: DSB oder RA, nicht beides!
 - Zum Teil von typischer Anwaltstätigkeit abweichende Tätigkeit
 - Neutral, keine Nähe zu einer Seite
 - Zum Teil sehr geschäftsprozess-orientiert und wirtschaftlich ausgerichtet
 - Chance liegt in Spezialisierung und Abgrenzung zu nicht-juristischen DSBs

- Vielen Dank!
- Kontaktdaten:
Dr. Robert Selk, LL.M.
Rechtsanwalt und Fachanwalt für IT-Recht

S · S · H

Rechtsanwälte

Königinstr. 11 a – 80539 München
selk@kanzlei-ssh.de