

Formularhandbuch Datenschutzrecht

Koreng / Lachenmann

3. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-74904-9
C.H.BECK

2. Antwort auf ein Auskunftsverlangen der Aufsichtsbehörde

Sehr geehrte Damen und Herren,

unter Ihrem Az. [behördliches Aktenzeichen] forderten Sie uns mit Schreiben vom [Datum] auf, in Bezug auf die uns gegenüber erhobenen Vorwürfe einer betroffenen Person¹ Stellung zu nehmen sowie in Ihrem Schreiben im Einzelnen näher bezeichnete Auskünfte zu erteilen.²

1.

Zu dem von Herrn/Frau [Name der betroffenen Person] geäußerten Vorwurf der rechtswidrigen Datenverarbeitung nehmen wir wie folgt Stellung: Der von der betroffenen Person geschilderte Sachverhalt ist unvollständig und führt deshalb zu unzutreffenden rechtlichen Bewertungen.

Die Daten von Herrn/Frau [Name der betroffenen Person] erlangten wir [...]. Unzutreffend ist die Behauptung, wir würden [...]. Vom ursprünglichen Zweck der Speicherung umfasst war auch [...]. Anhaltspunkte für einen der Datenverarbeitung entgegenstehenden Willen von Herrn/Frau [Name der betroffenen Person] waren für uns nicht erkennbar.³

Aus Anlass Ihres Schreibens vom [Datum] erfuhren wir erstmals von einem der weiteren Datenverarbeitung entgegenstehenden Willen der betroffenen Person. Einer Löschung der Daten steht jedoch entgegen, dass die weitere Speicherung erforderlich ist für [...].

2.

Ihrem Auskunftsverlangen kommen wir gerne wie folgt nach:

Das angefragte Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten entnehmen Sie bitte der Anlage zu diesem Schreiben.⁴ Um Ihnen eine schnellere Einschätzung zu ermöglichen, ob unsere Verarbeitungen personenbezogener Daten mit hohen Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen einhergehen, fassen wir zudem die Kategorien von personenbezogenen Daten, die durch uns verarbeitet werden, wie folgt zusammen:⁵

– [Aufzählung]

[EVENTUELL ZUSÄTZLICH:] Wir führen keine Kerntätigkeiten aus, die in der Durchführung von Verarbeitungsvorgängen besteht, welche die umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung von betroffenen Personen mit sich bringen würde, die in der umfangreichen Verarbeitung von besonderen Kategorien personenbezogener Daten iSv Art. 9 DS-GVO oder in der umfangreichen Verarbeitung personenbezogener Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten iSv Art. 10 DS-GVO bestehen würde. [ENDE DES ZUSATZES]

Sollten Sie ergänzende Fragen haben, stehen wir selbstverständlich jederzeit für weitere Auskünfte zur Verfügung.

(Ort Datum)

(Geschäftsführung des Verantwortlichen)

Kremer/Sander

Anmerkungen

1. Sachverhalt. Beispielhaft unterstellt wird im Muster der Fall, in dem die betroffene Person sich bei einer Aufsichtsbehörde (→ Form. J.I.) beschwert, weil sie vom Verantwortlichen – angeblich gegen ihren Willen – Werbung zugesandt bekommen hat.

2. Maßnahmen der Aufsichtsbehörde, Auskunftspflicht. Anders als die Staatsanwaltschaft, die bei der Verfolgung von Straftaten über einen Opportunitätsspielraum verfügt, muss die Aufsichtsbehörde jedem Verdacht eines Verstoßes gegen das Datenschutzrecht nachgehen (Legalitätsprinzip; Art. 57 Abs. 1 Hs. 1 DS-GVO: „muss“). Bevor von Abhilfebefugnissen iSd Art. 58 Abs. 2 DS-GVO gegenüber dem Verantwortlichen Gebrauch gemacht werden kann, die bis zum Verbot von Verarbeitungen personenbezogener Daten reichen und damit wie eine Betriebsstilllegung wirken können (Art. 58 Abs. 2 lit. f DS-GVO), muss die Aufsichtsbehörde jedoch zunächst den Sachverhalt aufklären. Dazu stehen ihr die in Art. 58 Abs. 1 DS-GVO verankerten Untersuchungsbefugnisse zu. Verweigert der Verantwortliche die Vor-Ort-Prüfung, obwohl er zu deren Duldung gem. Art. 58 Abs. 1 lit. f DS-GVO verpflichtet war („Zugang zu den Geschäftsräumen, einschließlich aller Datenverarbeitungsanlagen und -geräte“), liegt hierin eine im Gegensatz zu den anderen Untersuchungsbefugnissen der Aufsichtsbehörde deutlich härter sanktionierte Ordnungswidrigkeit (Art. 83 Abs. 5 lit. e DS-GVO: „Nichtgewährung des Zugangs“). Die Duldungspflicht führt dazu, dass der Verantwortliche an der Ermöglichung einer effektiven Kontrolle seiner Verarbeitungen personenbezogener Daten aktiv mitwirken muss (Gola/Nguyen DS-GVO Art. 58 Rn. 8; so schon zum alten Recht *Simitis/Petri* BDSG § 38 Rn. 65), ohne dass bei einer rechtmäßigen Kontrolle ein Kostenerstattungsanspruch des Verantwortlichen gegenüber der Aufsichtsbehörde besteht, zB für Produktionsausfälle. Zudem können in Abhängigkeit vom jeweiligen Kostenrecht für die aufsichtsbehördliche Tätigkeit Gebühren beim Verantwortlichen erhoben werden (VG Lüneburg Urt. v. 5.7.2007 – 1 A 132/05, RDV 2007, 216; eine Änderung der Rechtslage trat durch die DS-GVO insoweit nicht ein). Die Vor-Ort-Kontrolle ist damit deutlich belastender als eine schriftliche Selbstauskunft, welche von der Aufsichtsbehörde deshalb zur Aufklärung des Sachverhalts unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit regelmäßig zuerst eingeholt wird. Zur Erteilung von Auskünften ist der Verantwortliche, jedenfalls im Rahmen einer „Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde“, jederzeit verpflichtet (Art. 30 Abs. 4, Art. 31 DS-GVO). Die Auskunfts- bzw. Mitteilungspflichten gehen sogar über die Grenze der Selbstbeziehung hinaus und verpflichten zur Schaffung von Beweismitteln gegen sich selbst (Art. 33 Abs. 1, 5 DS-GVO). Bemerkenswert ist insoweit, dass die DS-GVO zwar den Grundsatz hervorhebt, dass niemand wegen derselben Tat zweimal „bestraft“ werden darf, etwa durch verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen (ErwG 149 aEDS-GVO). Aber die Freiheit, sich nicht selbst belasten zu müssen, die den europäischen Staaten ebenso vertraut ist (Art. 14 Abs. 3 lit. g IPbPR und Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK) wie dem deutschen Staat (siehe nur § 55 Abs. 1 StPO), wird nicht erwähnt, wenngleich es mehr Anlass dazu gegeben hätte, sich zu diesem Grundsatz anstatt zum Verbot der Doppelbestrafung zu äußern. Für die Rechtsanwendung in Deutschland ist es begrüßenswert, dass §§ 40 Abs. 3, 42

Abs. 4, 43 Abs. 4 BDSG die alte Rechtslage fortführen, also den sich durch Mitteilungen an die Aufsichtsbehörde Selbstbelastenden von einer Sanktionierung freistellen. Dabei kann die Behörde, wie in dem diesem Muster zugrunde liegenden Sachverhalt geschehen, die Geltendmachung ihres Auskunftsanspruchs mit einer Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG verbinden, um gleichzeitig etwaige Maßnahmen nach Art. 58 Abs. 2 DS-GVO gegen den Verantwortlichen vorzubereiten. Für derartige Maßnahmen ist das deutsche Verwaltungsrecht maßgeblich, weil die DS-GVO unter Beachtung der sich aus Art. 291 Abs. 1 AEUV ergebenden Verfahrensautonomie bestimmt, dass die „Ausübung“ von der Aufsichtsbehörde übertragenen Befugnissen „gemäß dem Recht des Mitgliedstaats“ erfolgt (Art. 58 Abs. 4 DS-GVO). ErwG 129 DS-GVO vereinheitlicht indes ein „Minimum an Verfahrensvorschriften“ für das Handeln von Aufsichtsbehörden europaweit, wobei es sich aus deutscher Sicht um Selbstverständlichkeiten handelt. Der Zugang des im hiesigen Sachverhalt unterstellten Schreibens (→ Anm. 1) sollte deshalb beim Verantwortlichen einen strukturierten Prozess auslösen (→ Form. A.III.3.), an dessen Ende ein Antwortschreiben der Geschäftsführung an die Aufsichtsbehörde zB nach dem vorliegenden Muster steht. Der Datenschutzbeauftragte sollte sorgfältig abwägen, welche Informationen er der Aufsichtsbehörde preisgibt, wenn er unmittelbar von dieser befragt wird (Art. 39 Abs. 1 lit. d, e DS-GVO; → Form. B.I.1. Anm. 7, → Form. B.III.1.).

3. Eigene Schilderung des Sachverhalts. Ein von der Aufsichtsbehörde betriebenes Verwaltungsverfahren kann zu Maßnahmen nach Art. 58 Abs. 2 DS-GVO, insbesondere zur Verhängung von Geldbußen gem. Art. 58 Abs. 2 lit. i iVm Art. 83 DS-GVO gegen den Verantwortlichen führen. Auf die Formulierung des Antwortschreibens, insbesondere des vom Verantwortlichen dort geschilderten Sachverhalts, ist deshalb besondere Sorgfalt zu verwenden. Mit Blick auf die Höhe der Geldbußen, die nach Art. 83 Abs. 1 DS-GVO „in jedem Einzelfall abschreckenden Charakter“ haben sollen, ist eine rechtliche Prüfung zu empfehlen. Mit Blick auf die anderenfalls drohenden Vor-Ort-Kontrollen (→ Anm. 2) empfiehlt sich ein kooperativer Umgang mit der Aufsichtsbehörde ab der ersten Anfrage. Die Wiedergabe eigener Rechtsansichten (etwa: „Die betroffene Person hatte eingewilligt.“) kann zwar für die Schuldfrage und damit für die Bemessung einer Geldbuße relevant sein. Das Auskunftsverlangen wird damit jedoch nicht erfüllt. Es ist der Sachverhalt zu schildern, aufgrund dessen die Aufsichtsbehörde selbstständig eine rechtliche Bewertung vornehmen kann (zB durch Vorlage der unterschriebenen Einwilligungserklärung der betroffenen Person). Zur Schilderung des Sachverhalts gehört auch die Angabe, welche Gesichtspunkte der Verantwortliche in eine Interessenabwägung etwa iSv Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO einbezogen hat.

4. Umfang und Darstellung der zu erteilenden Auskünfte. Fließtexte sind zur Beantwortung von Auskunftsverlangen nicht zwingend erforderlich. Ist, wie hier, nach dem Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten gefragt, wird dieses in Kopie übersandt (→ Form. C.II.). Die darin enthaltenen Angaben werden von der Aufsichtsbehörde nicht jedermann zugänglich gemacht, insbesondere nicht der betroffenen Person in Beantwortung einer an die Aufsichtsbehörde gerichteten Beschwerde übermittelt (vgl. Art. 77 Abs. 2 DS-GVO). Die Aufsichtsbehörde hat insoweit nur zusammenfassend zu unterrichten, da eine Weitergabe der Untersuchungsergebnisse regelmäßig deshalb ausscheidet, weil diese „nur für Zwecke der Aufsicht“ verarbei-

tet werden dürfen (§ 40 Abs. 2 S. 1 BDSG). Auch eine Gefahr der Offenbarung von der Aufsichtsbehörde offengelegten Geschäftsgeheimnissen des Verantwortlichen über die Geltendmachung von Ansprüchen Dritter nach den Informationsfreiheitsgesetzen droht nicht. Denn ebenso wie geistiges Eigentum sind Geschäftsgeheimnisse hiernach nicht herauszugeben (§ 6 IFG). Generell gilt für Auskunftsverlangen, dass Geheimhaltungsinteressen des Verantwortlichen hierdurch nicht berührt werden, weil die aus Prüfungen und Besichtigungen gewonnenen Erkenntnisse der Geheimhaltungspflicht der Aufsichtsbehörde nach dem jeweiligen VwVfG unterliegen (so schon zum alten Recht *Simitis/Petri* BDSG § 38 Rn. 69); an diesen allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen ändert die DS-GVO nichts. Zu beachten sind allerdings die Ausnahmetatbestände in § 40 Abs. 2 BDSG, die in bestimmten Fällen eine Weitergabe ua an betroffene Personen, an Aufsichtsbehörden, an Gewerbeaufsichtsbehörden sowie an Strafverfolgungsbehörden gestatten.

5. Kategorien von Daten. Die DS-GVO differenziert zwischen verschiedenen Kategorien personenbezogener Daten iSv Art. 4 Nr. 1 DS-GVO. Unter die „besonderen Kategorien“ personenbezogener Daten iSv Art. 9 Abs. 1 DS-GVO fallen nicht mehr nur personenbezogene Daten, aus denen sich bestimmte Informationen ergeben, sondern nunmehr auch die mit eigenen Begriffsdefinitionen ausgestatteten genetischen Daten (Art. 4 Nr. 13 DS-GVO), zur Identifizierung vorgesehenen biometrischen Daten (Art. 4 Nr. 14 DS-GVO) und Gesundheitsdaten (Art. 4 Nr. 15 DS-GVO). Eine besondere Rolle spielen erstmals personenbezogene Daten, die Informationen über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten oder damit zusammenhängende Sicherungsmaßnahmen enthalten (Art. 10 DS-GVO; zum Anwendungsbereich der Norm → Form. I.V.Anm. 4). Neu ist zudem auch, dass personenbezogene Daten, die sich auf Kinder beziehen, mittelbar einen besseren Schutz erfahren (Art. 8 DS-GVO) und deshalb als eine eigene Kategorie von Daten aufgefasst werden sollten.

Trotz der unterschiedlichen Bedingungen für eine rechtmäßige Verarbeitung, die sich an die verschiedenen Kategorien von Daten knüpfen, ist daran zu erinnern, dass bereits 1983 das BVerfG davon sprach, dass „es unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein belangloses Datum mehr gibt“ (BVerfG Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1). Allen Unterscheidungen von Datenkategorien ist gemein, dass die Zuweisung von personenbezogenen Daten zu einer jener Kategorien (nur) dazu führt, dass besondere Regelungen für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung gelten. Die Bildung weiterer Kategorien von Daten, für die jedoch keine besonderen Regelungen gelten, ist zwar in der Praxis üblich (zB sog. „Kundendaten“), aber nicht zu empfehlen, weil dies zu Fehlsuordnungen und der Erschwerung der eigenen Arbeit führen kann. Nur solange sich aus der Bezeichnung der Kategorie von Daten unmittelbar der Rückschluss auf das zu beachtende Recht ergibt, erleichtert dies die Arbeit des Verantwortlichen, der es darauf anlegt, die Vorgaben des Datenschutzrechts einzuhalten. Denn die jeweils zu beachtenden Sondervorschriften sind etwa für die Erstellung eines Löschkonzepts hilfreich (→ Form. A.V.4.). Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass es „Verarbeitungen“ personenbezogener Daten gibt, die besondere Verhaltenspflichten beim Verantwortlichen nach sich ziehen, und die Frage, ob eine solche Verarbeitung vorliegt, auch – aber nicht nur – davon abhängt, welche Kategorien von Daten verarbeitet werden. Betroffen sind die Verarbeitungen, die hohe Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen in sich bergen (siehe Art. 35, 36 DS-GVO).

3. Typische auf den Datenschutzbeauftragten des Vertragspartners bezogene Klauseln anderer Verträge

Die nachfolgenden Klauseln sind kein Muster für einen einheitlichen Vertrag. Es handelt sich um **einzelne, voneinander losgelöst zu betrachtende und separat zu verwendende Bestimmungen**. In der Praxis finden sich derartige Bestimmungen in Verträgen unterschiedlicher Art zwischen dem Verantwortlichen und einem Dritten. Ihre Verwendung ist dabei nicht auf bestimmte Arten von Verträgen oder Geschäftsfeldern bzw. Branchen beschränkt. Typischerweise handelt es sich jedoch um Aufträge über eine Auftragsverarbeitung iSv Art. 28 DS-GVO oder solche Verträge, in deren Rahmen personenbezogene Daten zur Nutzung durch Dritte iSv Art. 4 Nr. 10 DS-GVO übermittelt werden (zB im Marketing oder in der Kundenbetreuung). Dabei kann der Datenschutzbeauftragte, der selbst an diesen Verträgen nicht beteiligt ist, vom Vertragspartner seines Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters durch eine geeignete Vertragsgestaltung zu dessen verlängertem Arm instrumentalisiert werden, sodass der Vertragspartner sich eigene, aufwendige Kontrollen erspart (→ Form. B.I.1. Anm. 6, Stichwort „interne Selbstkontrolle“).

1. Benennung eines Datenschutzbeauftragten

Der Anbieter gewährleistet in den gesetzlich in Art. 37 Abs. 1 DS-GVO, §§ 5 Abs. 1, 38 Abs. 1 BDSG bezeichneten Fällen, einen Datenschutzbeauftragten benannt zu haben.¹

2. Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten

(1) Unabhängig davon, ob der Auftragnehmer kraft Gesetzes dazu verpflichtet ist, hat er die vertragliche Pflicht, einen Datenschutzbeauftragten zu benennen, der seine Tätigkeit gem. Art. 38, 39 DS-GVO ausüben kann.²

(2) [EVENTUELL ZUSÄTZLICH: Ein Nachweis über die vom Auftragnehmer vorgenommene Benennung eines Datenschutzbeauftragten ist diesem Vertrag als Anlage beigefügt.]³

(3) [EVENTUELL ZUSÄTZLICH: Die Nachweise der Aus- und Fortbildungen des Datenschutzbeauftragten des Auftragnehmers, die dessen Fachwissen iSv Art. 37 Abs. 5 DS-GVO belegen, sind dieser Vereinbarung als Anlage beigefügt. Von den Nachweisen über zukünftige Fortbildungen wird der Auftragnehmer dem Auftraggeber unaufgefordert unverzüglich nach Abschluss der jeweiligen Fortbildung eine Kopie überlassen.]⁴

3. Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten, Mitwirkungspflicht

(1) Name und Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten des Auftragnehmers werden dem Auftraggeber nachfolgend zum Zwecke der unmittelbaren Kontaktaufnahme mitgeteilt.⁵ Gegenwärtig ist zum Datenschutzbeauftragten des Auftragnehmers benannt: [Name, Kontaktdaten].

(2) Sollte sich ein Wechsel in der Person des Datenschutzbeauftragten oder eine Änderung in den Kontaktdaten ergeben, wird der Auftragnehmer dies dem Auftraggeber unverzüglich in Textform (§ 126b BGB) anzeigen.⁵

(3) Der Auftragnehmer verpflichtet sich, seinen Datenschutzbeauftragten anzuweisen, die ihm vom Auftraggeber gestellten Fragen zu datenschutzrechtlichen Belangen im Zusammenhang mit den Datenverarbeitungen, die der Auftragnehmer im Auftrag für den Auftraggeber ausführt, unmittelbar und unverzüglich zu beantworten.⁶

4. Inspektionsrecht des Auftraggebers

Der Auftraggeber ist befugt, beim Auftragnehmer alle erforderlichen Überprüfungen einschließlich Inspektionen vor Ort zum Nachweis der Einhaltung der Anforderungen aus Art. 28 Abs. 1 DS-GVO durchzuführen. Hierzu ist der Auftraggeber befugt, Zugang zu allen für die Überprüfungen erforderlichen Informationen zu verlangen. Dazu gehören insbesondere Nachweise über die Benennung eines Datenschutzbeauftragten und dessen Fachwissen, die Verpflichtung der Mitarbeiter auf die Vertraulichkeit personenbezogener Daten sowie Konzepte zu technischen und organisatorischen Maßnahmen zum Schutz personenbezogener Daten.⁷

5. Inspektion durch Dritte

Der Auftraggeber kann seine Einsichts- und Kontrollrechte nicht nur durch eigene, zur Verschwiegenheit gesondert verpflichtete Arbeitnehmer oder seinen internen Datenschutzbeauftragten ausüben, sondern auch durch bevollmächtigte Dritte, sofern es sich bei diesen um berufsmäßig zur Verschwiegenheit Verpflichtete handelt, zB vereidigte Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte oder Steuerberater.⁸

6. Nachweis der Datenschutzkonformität

Unabhängig von den Überprüfungsbefugnissen des Auftraggebers verpflichtet sich der Auftragnehmer, durch ein regelmäßiges, alle [drei] Jahre zu erneuerndes Testat, zB einer anerkannten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, seines Datenschutzbeauftragten oder durch eine andere, den gesetzlichen Anforderungen aus Art. 42 DS-GVO genügende Zertifizierung, den Nachweis der Einhaltung der getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen iSv Art. 32 Abs. 1 DS-GVO zu erbringen.⁹

7. Überprüfungsrecht des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat das Recht, jederzeit unter Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer die Einhaltung dieser Betriebsvereinbarung unter Hinzuziehung des Datenschutzbeauftragten zu überprüfen.¹⁰

8. Pflicht zur Datenschutzkonformität

Der Auftragnehmer wird sich bei Ausführung des Auftrags an das geltende Datenschutzrecht halten. Der vom Auftragnehmer benannte Datenschutzbeauftragte verantwortet die Einhaltung [ENTWEDER:] des geltenden Datenschutzrechts [ODER:] der erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen iSv Art. 32 DS-GVO.¹¹

(Unterschrift des Datenschutzbeauftragten)¹²

Anmerkungen

1. Gewährleistung der Benennung. Die Klausel berührt die Interessen des Datenschutzbeauftragten (DSB) nur mittelbar. Sie richtet sich allein darauf, dass Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter gewährleisten, im Fall einer Benennungspflicht aus Art. 37 Abs. 1 DS-GVO oder §§ 5 Abs. 1, 38 Abs. 1 BDSG (→ Form. B.I.1. Vorb.) überhaupt einen DSB benannt zu haben. Von einer derartigen Vereinbarung verspricht sich der Vertragspartner mittelbar die Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen, bedingt durch die Arbeit des DSB als unternehmensinterne Kontrollstelle (→ Form. B.I.1. Anm. 6).

2. Vertragliche Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten. Ungeachtet einer etwaigen gesetzlichen Pflicht zur Benennung eines DSB aus Art. 37 Abs. 1 DS-GVO oder §§ 5 Abs. 1, 38 Abs. 1 BDSG wird durch diese Klausel eine vertragliche Pflicht zur Benennung eines DSB begründet. Eine solche freiwillige Benennung lässt Art. 37 Abs. 4 S. 1 DS-GVO ausdrücklich zu. Wegen der sich gleichwohl aus dem Gesetz ergebenden Unabhängigkeit des DSB und seiner Aufgabe als interne Kontrollstelle (→ Form. B.I.1. Anm. 6, 7) erreicht der Auftraggeber damit mittelbar eine Kontrolle des Auftragnehmers, ohne selbst Kosten tragen zu müssen. Durch die optionalen Zusätze in den Abs. 2 und 3 (→ Anm. 3, 4) sowie die ergänzende Klausel in § 4 (→ Anm. 5) kann das Instrument der Selbstkontrolle beim Auftragnehmer noch für den Auftraggeber kostenfrei verschärft werden.

3. Nachweis der Benennung. Die Klausel hat nur deklaratorischen Charakter. Allein der Umstand, dass der Auftraggeber überhaupt zu einem Nachweis der Benennung verpflichtet ist (zum Wegfall der Schriftform für die Benennung → Form. B.I.1. Anm. 1), erzeugt Druck auf den Auftragnehmer mit Blick auf die tatsächliche Vornahme der Benennung eines DSB.

4. Vorlage von Nachweisen für das Fachwissen. Soweit vorhandene Nachweise angesprochen sind, ist die Klausel deklaratorischer Natur. Bezogen auf die Überlassung zukünftiger Nachweise begründet die Klausel eine vertragliche Pflicht des Auftragnehmers. Auch dies dient der Erhöhung des Drucks auf den Auftragnehmer zur gesetzeskonformen Umsetzung des Datenschutzes in seinem Unternehmen. Die für die damit verbundenen Übermittlungen personenbezogener Daten über die Beschäftigten sowie über den DSB an den Auftraggeber erforderliche Rechtsgrundlage ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO.

5. Ansprache des DSB durch den Auftraggeber. Der DSB ist gem. Art. 38 Abs. 4 DS-GVO Ansprechpartner für alle betroffenen Personen. Nicht erfasst ist jedoch der Auftraggeber als Vertragspartner des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters, obwohl dieser häufig ein berechtigtes Interesse daran hat, dass beim Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter die Regelungen des Datenschutzes eingehalten werden. Durch die beiden Klauseln räumt der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter dem Auftraggeber das Recht ein, ungefiltert gleich einer betroffenen Person mit dem DSB in Kontakt zu treten. Zur Absicherung der Kontaktmöglichkeit ist in Abs. 2 eine Verpflichtung vorgesehen, Änderungen mitzuteilen (zum Begriff Kontaktdaten und der Veröffentlichungspflicht aus Art. 37 Abs. 7 DS-GVO → Form. B.I.1. Vorb.).

6. Antworten des DSB an den Auftraggeber. Ergänzend zum Recht des Auftraggebers zur unmittelbaren Ansprache des DSB (→ Anm. 5) verpflichtet diese Klausel den Auftragnehmer dazu, seinen DSB zur unmittelbaren Antwort an den Auftraggeber anzuhalten. Anderenfalls ließe die Kontrollfunktion des DSB für den Auftraggeber weitgehend ins Leere und beschränkte sich auf die Hoffnung des Auftraggebers, dass allein das Vorhandensein eines DSB zu einer Verbesserung des Datenschutzes beim Auftraggeber führen wird. Die dem DSB zu erteilende Weisung betrifft seinen zivilrechtlichen Aufgabenkreis (→ Form. B.I.1. Anm. 8), steht also nicht in Konflikt zur weisungsfreien Tätigkeit des DSB gem. Art. 38 Abs. 3 S. 1 DS-GVO.

7. Kontrollen durch den Auftraggeber. Zu den Mindestinhalten eines Vertrags über eine Auftragsverarbeitung gehören gem. Art. 28 Abs. 3 lit. h DS-GVO Festlegungen über die Kontrollrechte des Auftraggebers (→ Form. E.III. und → Form. G.I. sowie → Form. G.II.). Bestimmte Mindestinhalte gibt die DS-GVO hier nicht vor. Die Musterklausel geht über den Mindestinhalt einer solchen Bestimmung hinaus. Gem. Art. 28 Abs. 3 lit. h DS-GVO wäre es ausreichend, wenn sich die Kontrolle auf die Einhaltung der sich unmittelbar aus Art. 28 DS-GVO ergebenden Anforderungen beschränkte (ausführlich → Form. G.I.; zur Verpflichtung auf das Datengeheimnis → Form. C.VII.1.).

8. Verschwiegenheitspflichten und Inspektionen. Zu den Mindestinhalten eines Auftrags über eine Auftragsverarbeitung gehört gem. Art. 28 Abs. 3 lit. h DS-GVO die Festlegung, ob der Auftraggeber seine Kontrollrechte nur höchstpersönlich ausüben kann bzw. welche Personen als von dem Auftraggeber beauftragte Prüfer zur Vornahme von Inspektionen beim Auftragnehmer berechtigt sind. Der Auftragnehmer muss verhindern, dass Kontrollen durch unmittelbare oder mittelbare Wettbewerber vorgenommen werden. Als Kompromiss wird deshalb regelmäßig eine Beschränkung der Kontrollbefugnisse auf berufsmäßig iSv § 203 StGB zur Verschwiegenheit Verpflichtete vorgesehen. Eine Prüfbefugnis für den DSB des Auftraggebers ist für den Auftragnehmer stets riskant, weil den DSB des Auftraggebers keine Verschwiegenheitspflichten bezogen auf den Auftragnehmer treffen (→ Form. B.III.1. Anm. 2). Handelt es sich um einen externen DSB, ist dieser kraft Gesetzes noch nicht einmal zur Geheimhaltung zugunsten des Auftraggebers verpflichtet (→ Form. B.II.1. Anm. 22). Auftragnehmer sollten deshalb Prüfbefugnisse des DSB des Auftraggebers ohne gesondert zugunsten des Auftragnehmers mit dem DSB abgeschlossene Geheimhaltungsvereinbarungen (→ Form. B.II.1. Anm. 22) grundsätzlich ablehnen.

9. DSB als Prüfungsautorität. Wegen der Überprüfungsbefugnisse des Auftraggebers aus Art. 28 Abs. 3 lit. h DS-GVO stellt sich die Frage, ob eigene Prüfungen des Auftraggebers dadurch ersetzt werden können, dass der Auftragnehmer sich selbst einer Prüfung durch einen vertrauenswürdigen Dritten unterzieht und das Ergebnis der Prüfung dem Auftraggeber bereitstellt, zB als Testat oder Auditbericht. Dies ist abhängig von der Bedeutung der von der Verarbeitung betroffenen personenbezogenen Daten und der mit der Verarbeitung einhergehenden Eingriffsintensität möglich (*Kremer ITRB 2014*, 60 mwN). Für die Durchführung derartiger Prüfungen beim Auftragnehmer kommt grundsätzlich auch dessen DSB als vertrauenswürdige und kraft Gesetzes unabhängige Instanz in Betracht (→ Form. B.I.1. Anm. 1). Ob externe Prüfer generell unabhängiger sind und dadurch die Vermutung einer höheren Qualität der Prüfung für sich beanspruchen können im Vergleich zu Prüfungen

durch Arbeitnehmer, ist eine Einzelfallfrage. Soweit die Aussage pauschal formuliert wird, ist ihr entgegenzutreten. Die wirtschaftliche Abhängigkeit des Auditors vom Auditierenden kann bei externen Prüfern viel gravierendere Auswirkungen haben, als sie sich bei einem – mit besonderem Kündigungsschutz ausgestatteten – Arbeitnehmer einstellen (BfDI, BayLDA, BSI ua in GDD-Ratgeber zur Datenträgervernichtung, 4. Aufl. 2019, S. 57; im Volltext frei verfügbar unter www.gdd.de/gdd-arbeitshilfen/gdd-ratgeber/datenschutzgerechte-datentraegervernichtung-4-aufl-2019-1, auch weiterführend zu Testaten, Prüfberichten und Ähnlichem von Wirtschaftsprüfern, Datenschutzbeauftragten ua). Art. 42 DS-GVO geht zwar davon aus, dass derartige Überprüfungen und Zertifizierungen durch externe Zertifizierungsstellen iSd Art. 43 DS-GVO vorgenommen werden sollen, ist aber keine abschließende Regelung und betrifft auch nicht interne Auditierungen des Verantwortlichen durch seinen DSB (zu Zertifizierungen gem. Art. 42 DS-GVO → Form. C.IV.; zur Prüfung der technischen und organisatorischen Maßnahmen → Form. E.II.).

10. Beteiligung des DSB durch den Betriebsrat. Diese Klausel kommt bisweilen in Betriebsvereinbarungen vor und soll das Schutzniveau anheben. Notwendig ist die Beteiligung des DSB jedenfalls nicht. Der Betriebsrat ist aufgrund eigener Aufgabenzuweisung in § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG verpflichtet, die Einhaltung der Vorschriften in DS-GVO, BDSG und anderer datenschutzrechtlich relevanter Vorschriften zu überwachen, soweit diese zugunsten der Arbeitnehmer des Betriebs gelten. Für diese Kontrollen muss der Betriebsrat nicht den DSB hinzuziehen, auch wenn dieser wegen seiner eigenen Aufgabenzuweisung in Art. 39 Abs. 1 lit. b DS-GVO dieselbe Kontrolle durchzuführen hat (→ Form. E.I.3.). Ist jedoch, wie in der Klausel vorgesehen, der DSB zwingend zu beteiligen, führt dies zu einer Erhöhung des Schutzniveaus.

11. Haftung des DSB. Wird die Klausel in einem Vertrag ohne Beteiligung des DSB vereinbart, ist sie als vertragliche Absprache zu Lasten eines Dritten unwirksam (Palandt/*Grüneberg* BGB Einf. § 328 Rn. 10). Nur wenn der Vertrag als dreiseitige Vereinbarung auch vom DSB unterzeichnet wird, kann unter Verwendung einer solchen Bestimmung dem DSB eine Gewährleistung für die Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen beim Auftragnehmer als Verantwortlichem oder Auftragsverarbeiter auferlegt werden. Ein Anspruch des Auftragnehmers gegen seinen DSB auf Unterzeichnung einer solchen Klausel besteht jedoch nicht. Sofern der DSB durch eine derartige Haftungsübernahme finanziell krass überfordert werden sollte oder seitens des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters zur Unterzeichnung des Vertrags gedrängt wurde, kann die Klausel im Einzelfall gegen die guten Sitten gem. § 138 Abs. 1 BGB verstoßen und unwirksam sein. Auf die §§ 305 ff. BGB kann insoweit nicht abgestellt werden, weil die Klausel der Festlegung der Hauptleistungspflicht des DSB dient und daher wegen § 307 Abs. 3 BGB der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle entzogen ist (Palandt/*Grüneberg* BGB § 307 Rn. 46).

12. Die Unterzeichnung von Verträgen. Gelegentlich findet sich unter Verträgen, insbesondere über eine Auftragsverarbeitung iSv Art. 28 DS-GVO, eine Unterschriftenzeile, die „im Namen des Auftragnehmers“ zur Unterzeichnung durch dessen DSB vorgesehen ist. Da dieser regelmäßig nicht zur Vertretung des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters befugt ist (→ Form. B.I.1. Anm. 9; → Form. B.II.1. § 3 Abs. 2), kommt bei einer Zeichnung von Verträgen durch den DSB dessen Haftung als vollmachtloser Vertreter iSv § 179 Abs. 1 BGB in Betracht. Der Vertrag ist in