

BORIS PAAL / MALTE CORNELIUS

Interessenkonflikte bei externen Datenschutzbeauftragten

Rechtsfragen bei der Auswahl und Benennung von Rechtsanwälten als externe Datenschutzbeauftragte

Tätigkeitsverbot
Externe Dienstleister
Anwaltliche Tätigkeit
Befangenheit

■ Die Aufgaben und Pflichten für Datenschutzbeauftragte sind regelmäßig nur mit umfassenden Kenntnissen vor allem des Datenschutzrechts zu bewältigen. Auf der Suche nach qualifizierten Personen für die Bewältigung der hiermit verbundenen Herausforderungen wenden sich viele Unternehmen daher an Externe – und hier auch und gerade an Rechtsanwälte. Die persönliche Eignung für die Rolle als (externer) Datenschutzbeauftragter bestimmt sich dabei nicht nur nach den fachlichen Fähigkeiten. Denn gesetzliche Vorgabe ist, dass die Wahrnehmung von anderen Aufgaben und Pflichten durch den Datenschutzbeauftragten nicht zu einem Interessenkonflikt führt. Für die Benennung von Rechtsanwälten als externe Datenschutzbeauftragte ist deshalb nicht zuletzt auch die Frage aufzuwerfen, ob und wann eine andere Tätigkeitswahrnehmung für das benennende Unternehmen zu einem (vermeidbaren) Interessenkonflikt führt. Der nachfolgende Beitrag wird Kollisionslagen identifizieren sowie Vorschläge zur Auflösung und Vermeidung von hieraus ableitbaren Interessenkonflikten präsentieren.

■ The tasks and duties of data protection officers can regularly only be mastered by having comprehensive knowledge, especially of data protection law. In their search for qualified people to handle the resulting challenges, many companies therefore turn to external experts – and here also and especially to lawyers. Personal suitability for the role of data protection officer is not only determined by professional skills. The statutory requirement is that the performance of other tasks and duties by the data protection officer does not lead to a conflict of interest. The nomination of lawyers as external data protection officers must therefore also address the question of whether and when the performance of other duties for the appointing company leads to an (avoidable) conflict of interest. The following article will identify conflict situations and present proposals for resolving and avoiding resulting conflicts of interest.

Lesedauer: 20 Minuten

I. Einleitung und Problemstellung

Zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten steht es Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern (nachfolgend zur Vereinfachung unter dem Begriff „Unternehmen“ zusammengefasst) grundsätzlich frei, ob sie diese Stellung einem qualifizierten¹ Beschäftigten (interner Datenschutzbeauftragter) oder einem außenstehenden Dritten als Dienstleister (externer Datenschutzbeauftragter) einräumen, vgl. Art. 37 Abs. 6 DS-GVO. Falls die zu benennende Person über die Stellung des Datenschutzbeauftragten hinaus auch andere Aufgaben und Pflichten wahrnimmt, ist sicherzustellen, dass dies nicht zu einem Interessenkonflikt führt, § 38 Abs. 6 S. 2 DS-GVO. Grundsätzlich kann insbesondere auch das wirtschaftliche Interesse eines Datenschutzbeauftragten am Unternehmenserfolg einen solchen Interessenkonflikt begründen.²

Konkretes Potenzial für Interessenkonflikte besteht bei internen Datenschutzbeauftragten, wenn etwa das Interesse am Jobehalt oder Karrierechancen betroffen sind. Bei einem externen Datenschutzbeauftragten können ebenfalls Interessenkonflikte

entstehen – und sind in der Vergangenheit (wohl) bereits Gegenstand aufsichtsbehördlicher Beanstandung gewesen. So droht uU die gewissenhafte Wahrnehmung der Aufgaben und Pflichten als Datenschutzbeauftragter mit konkurrierenden Betätigungen oder dem wirtschaftlichen Eigeninteresse, ein attraktives (Dauer-)Mandat nicht zu verlieren, zu kollidieren. Bei der Einnahmeabhängigkeit handelt es sich allerdings um ein den Beratungsberufen insgesamt inhärentes Problem, das in diesem Beitrag deshalb nicht als Ursache eines möglichen Interessenkonflikts beleuchtet werden soll.³ Vielmehr wird konkret der Frage nachzugehen sein, ob und inwieweit bei der Benennung von Rechtsanwälten als externe Datenschutzbeauftragte eine parallele Tätigkeitswahrnehmung für das benennende Unternehmen zu einem (vermeidbaren) Interessenkonflikt führt – und was zur Vermeidung unternommen werden kann.

II. Interessenkonflikte und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

Für die Frage nach dem Vorliegen eines relevanten Interessenkonflikts bei dem externen Datenschutzbeauftragten ist zunächst darauf abzustellen, welche Aufgaben und Pflichten er außerhalb seiner Funktion als Datenschutzbeauftragter ausführt. Solche von dem Datenschutzbeauftragten wahrgenommenen Aufgaben und Pflichten können sich zum einen aus anderweitigen Verbindungen mit dem benennenden Unternehmen ergeben, zum anderen aus der Tätigkeit des externen Datenschutzbeauftragten für Dritte, sei es als Datenschutzbeauftragter, Rechtsanwalt oder womöglich sogar in einer (po-

¹ Zu den Anforderungen an Qualifikation und Zuverlässigkeit s. Art. 37 Abs. 5 DS-GVO.

² Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG/Bergt, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 38 Rn. 41 mit einer Unterscheidung zwischen Gesellschaftern (regelmäßig Interessenkonflikt) und üblichen Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen (regelmäßig kein ausreichendes wirtschaftliches Gewicht).

³ Unter IV.4. wird die Übertragbarkeit von Wertungen aus dem Recht der Abschlussprüfer auf den Datenschutzbeauftragten untersucht werden. In diesem Zusammenhang wird auch (kurz) auf das Kriterium der Einnahmeabhängigkeit (§ 319 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 HGB) eingegangen werden.

tenziell) den Interessen des Benennenden gegenläufigen Funktion.

Indem das Gesetz grundsätzlich die Benennung eines externen Datenschutzbeauftragten zulässt, ist (auch) für Rechtsanwälte ein Betätigungsfeld eröffnet, bei dem extern auf der Grundlage und am Maßstab der DS-GVO die Kontrolle und Überwachung mehrerer Unternehmen übernommen werden kann.⁴ Ob und unter welchen Bedingungen die parallele Tätigkeit als externer Dienstleister für mehrere Unternehmen zu einem Interessenkonflikt führt (etwa bei der Benennung durch branchennahe oder sogar konkurrierende Unternehmen), ist im Einzelnen bislang nicht geklärt und soll nachfolgend nicht näher untersucht werden. Im Schrifttum ist insoweit darauf hingewiesen worden, dass jedenfalls dann Interessenkonflikte drohen, wenn ein externer Datenschutzbeauftragter für verschiedene branchennahe Unternehmen tätig wird, die in Konkurrenz zueinander stehen bzw. sich für dieselben Daten interessieren.⁵ Dieser Hinweis enthält allerdings (noch) keine belastbaren Anhaltspunkte dafür, inwiefern die gewissenhafte Wahrnehmung der Aufgaben des Datenschutzbeauftragten in solchen Konstellationen gefährdet wird. Nachfolgend wird demgegenüber die Frage nach dem Bestehen einer strukturellen Gefahr für Interessenkonflikte bei der Bestellung von externen Datenschutzbeauftragten adressiert werden, die parallel als Rechtsanwälte weitere Tätigkeiten für das benennende Unternehmen selbst vornehmen.

III. Normative Rahmungen

Art. 38 Abs. 6 S. 1 DS-GVO stellt zunächst klar, dass der Datenschutzbeauftragte in seiner Funktion als solcher weder in Vollzeit noch exklusiv für den Benennenden tätig sein muss, sondern daneben auch andere Aufgaben und Pflichten wahrnehmen kann.⁶ Allerdings ist gem. Art. 38 Abs. 6 S. 2 DS-GVO durch den Verantwortlichen oder den Auftragsverarbeiter sicherzustellen, dass aus der Wahrnehmung weiterer solcher Tätigkeiten einerseits und der Aufgaben und Pflichten als Datenschutzbeauftragter nach Art. 38, 39 DS-GVO andererseits keine Interessenkonflikte entstehen. Denn andernfalls droht die angestrebte Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten nach Art. 38 Abs. 3 DS-GVO und damit dessen Eignung als solcher iSd Art. 37 Abs. 5 DS-GVO gefährdet zu werden.⁷ Diese Maßgaben gelten für den internen und den externen Datenschutzbeauftragten in gleicher Weise. Mit Blick auf eine parallele Betätigung des externen Datenschutzbeauftragten als Rechtsanwalt ist aus berufsrechtlicher Sicht darüber hinaus ein mögliches Tätigkeitsverbot nach § 45 BRAO zu beachten.

IV. Parallele Tätigkeit für den Benennenden

Zu untersuchen ist das Bestehen von Interessenkonflikten iSd Art. 38 Abs. 6 S. 2 DS-GVO, wenn und wo der externe Datenschutzbeauftragte parallel in anderer, ebenfalls externer Funktion für das benennende Unternehmen tätig ist.

1. Allgemeine (Vor-)Überlegungen

Allgemein liegen Interessenkonflikte jedenfalls dort nahe, wo der Datenschutzbeauftragte faktisch die Ergebnisse seiner eigenen Arbeit mit datenschutzrechtlichem Bezug kontrollieren müsste und daher wegen der Rollenvermischung als Garant der datenschutzrechtlichen Compliance allenfalls eingeschränkt geeignet ist.⁸ So kann es sich etwa verhalten, wenn der externe Datenschutzbeauftragte als IT-Dienstleister für die IT-Sicherheit des Unternehmens verantwortlich ist und zugleich zu überprüfen hat, ob ausreichende technische Vorrichtungen zum Schutz personenbezogener Daten implementiert worden sind.⁹ Der externe Dienstleister mag in vergleichbaren Fällen angehalten sein, ggf. proaktiv auf potenzielle Konflikte hinzuweisen und erforderlichenfalls die Benennung als Datenschutzbeauftragter abzulehnen¹⁰ oder jedenfalls für bestimmte Konstellationen die Expertise Dritter einzubeziehen, um Interessenkonflikte zu vermeiden. Selbst wenn eine Kollisionslage zum Zeitpunkt der Benennung noch nicht erkennbar ist, kann der externe Datenschutzbeauftragte überdies im Wege der Vertragsgestaltung von dem Benennenden dazu verpflichtet werden, keine anderen Aufgaben zu übernehmen, die zu einem Interessenkonflikt führen (können).¹¹

2. Der Rechtsanwalt als externer Datenschutzbeauftragter

a) Bestehen eines berufsrechtlichen Tätigkeitsverbots

Aus berufsrechtlicher Sicht ist zunächst die Frage aufgeworfen, ob ein Rechtsanwalt, der bereits externer Datenschutzbeauftragter des Unternehmens ist, für denselben Mandanten auch anwaltlich tätig werden darf oder ob das Tätigkeitsverbot aus § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO dem entgegensteht. § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO verbietet es einem Rechtsanwalt, in einer Angelegenheit tätig zu werden, mit der er bereits außerhalb seiner Anwaltstätigkeit beruflich befasst war, sofern die berufliche Tätigkeit nicht bereits beendet ist. Beschäftigt sich ein externer Datenschutzbeauftragter in Wahrnehmung seiner Aufgaben mit einem Sachverhalt, so wird darin ohne Weiteres eine berufliche Befassung mit der Angelegenheit iSd Vorschrift liegen. Versteht man die Tätigkeit des externen Datenschutzbeauftragten als Zweitberuf, so dürfte der Rechtsanwalt das benennende Unternehmen in dieser Angelegenheit folglich weder anwaltlich beraten noch vertreten. Denn es würde mit der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten ein berufsrechtliches Tätigkeitsverbot eingreifen, das sich nach § 45 Abs. 3 BRAO auch auf „die mit dem Rechtsanwalt in Sozietät oder in sonstiger Weise zur gemeinschaftlichen Berufsausübung verbundenen oder verbunden gewesenen Rechtsanwälte“ erstreckte. § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO knüpft insoweit an das Vorliegen einer zweitberuflichen – so insbesondere kaufmännischen oder sonst erwerbswirtschaftlichen – Tätigkeit eines Rechtsanwalts an.

- 4 Simitis, Bundesdatenschutzgesetz/Simitis, 8. Aufl. 2014, BDSG aF § 4 f. Rn. 46.
- 5 Ehmman/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung/Heberlein, 2. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 25; Simitis, Bundesdatenschutzgesetz/Simitis, 8. Aufl. 2014, BDSG aF § 4 f. Rn. 47.
- 6 Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG/Bergt, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 38 Rn. 39; Brink/Wolff, BeckOK Datenschutzrecht/Moos, 38. Ed. 2019, DS-GVO Art. 38 Rn. 32; Paal/Pauly, DS-GVO BDSG/Paal, 3. Aufl. 2021, DS-GVO Art. 38 Rn. 14.
- 7 Baumgartner/Hansch ZD 2019, 99 (103).
- 8 Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG/Bergt, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 38 Rn. 40; Brink/Wolff, BeckOK Datenschutzrecht/Moos, 38. Ed. 2019, DS-GVO Art. 38 Rn. 35.
- 9 Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG/Bergt, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 38 Rn. 40; Brink/Storr, Praxisratgeber – Die/der Beauftragte für den Datenschutz, Teil II, 2. Aufl. 2019, S. 10; vgl. auch ArbG Berlin ZD 2016, 340, betreffend die Kündigung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten im Zuge einer Umstrukturierung unter Einschluss der Auflösung der eigenständigen IT-Abteilung.
- 10 Baumgartner/Hansch ZD 2019, 99 (103); von einer vertraglichen Nebenpflicht ausgehend Ehmman/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung/Heberlein, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 38 Rn. 25.
- 11 Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG/Bergt, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 38 Rn. 39; Ehmman/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung/Heberlein, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 38 Rn. 25.
- 12 Zu den Rechtsfragen der Beauftragung eines externen Datenschutzbeauftragten in Ansehung der Vorgaben des RDG vgl. Paal/Nabulsi NJW 2019, 3673.

AGH NRW und BGH: Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten als anwaltliche Tätigkeit

Entscheidend wird es hiernach darauf ankommen, ob der externe Datenschutzbeauftragte im Rahmen seiner anwaltlichen Tätigkeit handelt. Teile der Literatur verneinen dies und nehmen konsequenterweise ein Tätigkeitsverbot für den Anwalt sowie gem. § 45 Abs. 3 BRAO darüber hinaus auch für die mit ihm in Kanzlei, Sozietät oder in sonstiger Weise verbundenen Rechtsanwälte an.¹³ Demgegenüber kommt der AGH NRW überzeugend zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Tätigkeit des internen wie externen Datenschutzbeauftragten in Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls um eine anwaltliche Tätigkeit iSd Berufsrechts handeln kann, wobei die Tatbestandsmerkmale einer anwaltlichen Tätigkeit iSd § 46 Abs. 3 BRAO erfüllt sein können.¹⁴ Diese Einschätzung folgt der vom BGH vorgezeichneten Linie, wonach die Tätigkeit eines internen Datenschutzbeauftragten grundsätzlich die Merkmale einer anwaltlichen Tätigkeit als Voraussetzung für die Zulassung als Syndikusanwalt iSd § 46 Abs. 3 Nr. 1–4 BRAO erfüllt.¹⁵ Das Gleiche muss vor dem Hintergrund des vom Gesetzgeber verfolgten einheitlichen Berufsbilds des Rechtsanwalts zum einen auch für andere Rechtsanwälte gelten. Zum anderen ist die Tätigkeit des internen Datenschutzbeauftragten im Kern übereinstimmend mit der des externen Datenschutzbeauftragten, sodass die Argumentationen insgesamt auf die hier in Rede stehenden Konstellationen übertragen werden können.¹⁶

Keine andere Lesart nach dem BFH

Diesem Befund steht auch nicht ein Urteil des BFH entgegen, das die Arbeit des externen Datenschutzbeauftragten als nicht-anwaltliche und daher gewerbliche Tätigkeit iSd Steuerrechts qualifiziert. Denn der BFH nimmt in seiner Entscheidung maßgeblich Bezug auf das Urteil des BGH und stellt klar, dass dieses für die steuerrechtliche Bewertung nicht maßgebend ist.¹⁷ Der BFH gibt damit zu erkennen, dass die steuerrechtliche und die berufsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit divergieren können – und dies in der konkreten Konstellation des (internen) Datenschutzbeauftragten auch der Fall ist. Folglich bleibt es bei der Feststellung, dass es sich bei der Tätigkeit des externen Datenschutzbeauftragten grundsätzlich um eine anwaltliche handeln kann, die bejahendenfalls kein Verbot der Mandatsübernahme für den Rechtsanwalt nach § 45 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 BRAO nach sich zieht. Gleichwohl ist damit noch nicht die Frage nach der datenschutzrechtlichen Perspektive auf die Eignung eines ex-

ternen Rechtsanwalts als Datenschutzbeauftragter beantwortet.

b) Bestehen eines datenschutzrechtlichen Tätigkeitsverbots

Im Schrifttum wird teilweise angenommen, dass jede parallele Tätigkeit als Rechtsanwalt für das Unternehmen zu einem mit Art. 38 Abs. 6 S. 2 DS-GVO unvereinbaren Interessenkonflikt für den Datenschutzbeauftragten führe.¹⁸ Zutreffend ist, dass die anwaltliche Beratung eines Unternehmens in vielen Rechtsgebieten sensible Berührungspunkte zum Datenschutz aufweisen kann. So dürfte zB ein arbeitsrechtliches Mandat regelmäßig mit einem derart hohen Interesse an der Verarbeitung personenbezogener Daten der Arbeitnehmer verbunden sein (zB betreffend Arbeitszeiterfassung, private Nutzung der IT oder des Firmenfahrzeugs), dass eine unabhängige Beratung und Überwachung zum Datenschutz frei von Interessenkonflikten durch denselben Rechtsanwalt kaum gewährleistet werden kann.¹⁹ Es ist hiermit aber gleichwohl keinesfalls zwingend vorgezeichnet, dass derselbe Rechtsanwalt das Unternehmen nicht in datenschutzrechtlich grundsätzlich unsensiblen, zB baurechtlichen Fragen beraten kann, ohne sich zugleich als Datenschutzbeauftragter zu disqualifizieren.²⁰ Gleichwohl legt der Wortlaut von Art. 38 Abs. 6 S. 2 DS-GVO, wonach durch Verantwortliche und Auftragsverarbeiter sicherzustellen ist, dass „derartige Aufgaben und Pflichten nicht zu einem Interessenkonflikt führen“, im Zweifel eine personelle Trennung der Tätigkeit von externem Datenschutzbeauftragten und Rechtsanwaltsmandat nahe.

Für die Frage nach dem Vorliegen eines nach Art. 38 Abs. 6 DS-GVO relevanten Interessenkonflikts ist somit eine Betrachtung der konkreten anwaltlichen Tätigkeit veranlasst.²¹ Hierbei wird es auch und gerade darauf ankommen, ob und in welchem Maße einem Rechtsanwalt entscheidungsleitende Beratungs- und/oder konkrete Entscheidungsbefugnisse über Zweck und Mittel der Datenverarbeitung zukommen, zu deren Ausübung er sodann als Datenschutzbeauftragter zu beraten und überprüfen hätte.²² Zur näheren Betrachtung wird nachfolgend zwischen rechtsanwaltlicher Beratung im Datenschutzrecht und über das Datenschutzrecht hinaus unterschieden. Dabei kann bereits an dieser Stelle festgehalten werden, dass die Grenzziehungen in der Praxis schwierig und fließend sein werden, weshalb auch insoweit das Gebot der Vorsicht für eine personale und funktionale Trennung von Datenschutzbeauftragtenstellung und rechtsanwaltlicher Beratung streitet.

Rechtsanwaltliche Beratung im Datenschutzrecht

Eine rechtsanwaltliche Beratung zu datenschutzrechtlichen Themen und Risiken wird in vielen Fällen die Entscheidung des Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiters zum weiteren Vorgehen nicht nur unerheblich vorbereiten und beeinflussen. Zwar mag eine solche Beratung mitunter lediglich ein Vorstadium der durch das Unternehmen unter Einbeziehung wirtschaftlicher Kriterien zu treffenden und eigens zu verantwortenden Entscheidung darstellen. Die Mandatsberatung im datenschutzrechtlichen Bereich lässt aber für einen Rechtsanwalt (jedenfalls) die Besorgnis eines Konflikts mit den Aufgaben eines Datenschutzbeauftragten aufkommen.²³ Denn die datenschutzrechtliche Beratung wird vor allem in ihrem Kernbereich, der in der Identifikation potenzieller Risiken und Rechtsverstöße sowie der Reduzierung von Haftungsrisiken besteht,²⁴ vielfach nicht hinreichend kongruent sein mit der Aufgabe des Datenschutzbeauftragten zur Unterrichtung und Beratung nach Art. 39 Abs. 1 lit. a DS-GVO.

Eine (zu) große Nähe eines als externer Datenschutzbeauftragter benannten Rechtsanwalts zum benennenden Unternehmen wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn dieser den

¹³ Ohne auf das Merkmal der nicht-anwaltlichen Tätigkeit näher einzugehen Specht/Mantz, HdB Europäisches und deutsches Datenschutzrecht/Bortz, 2019, § 11 Rn. 98; Träger NJW-Spezial 2020, 446 (447).

¹⁴ Vgl. AGH NRW ZD 2021, 373.

¹⁵ Vgl. BGH NJW 2018, 3701.

¹⁶ S. zur Argumentation auch AGH NRW ZD 2021, 373.

¹⁷ BFH ZD 2020, 423.

¹⁸ Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung/Heberlein, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 38 Rn. 25; ausschließlich bei datenschutzrechtlichen Mandaten Träger NJW-Spezial 2020, 446.

¹⁹ Vgl. BayLDA, TB 2015/2016, S. 35.

²⁰ Vgl. Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz/Haag, 3. Aufl. 2019, Teil II Kap. 3 Rn. 63; Träger NJW-Spezial 2020, 446 (447).

²¹ So wohl auch Baumgartner/Hansch ZD 2019, 99 (103); Brink/Storr, Praxisratgeber – Die/der Beauftragte für den Datenschutz, Teil II, 2. Aufl. 2019, S. 10; Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht/Drewes, 2019, DSGVO Art. 38 Rn. 61: „Grenzen sind hier ... fließend“; BayLDA, TB 2011/2012, S. 17: Beschäftigte der Revision oder Rechtsabteilung grds. geeignet.

²² Vgl. Baumgartner/Hansch ZD 2019, 99; Brink/Storr, Praxisratgeber – Die/der Beauftragte für den Datenschutz, Teil II, 2. Aufl. 2019, S. 10; Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz/Haag, 3. Aufl. 2019, Teil II Kap. 3 Rn. 61.

²³ Im Ergebnis auch Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht/Drewes, 2019, DSGVO Art. 38 Rn. 61; aA Specht/Mantz, HdB Europäisches und deutsches Datenschutzrecht/Bortz, 2019, § 11 Rn. 98; Träger NJW-Spezial 2020, 446 (447).

²⁴ Vgl. Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz/Haag, 3. Aufl. 2019, Teil II Kap. 3 Rn. 63.

Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter nicht nur berät, sondern zugleich auch in datenschutzrechtlichen Auseinandersetzungen mit Aufsichtsbehörden oder Betroffenen vor Gericht vertritt.²⁵ Denn in solchen Konstellationen ist der Rechtsanwalt verpflichtet, für die Interessen des Mandanten und damit grundsätzlich für die Rechtmäßigkeit des Vorgehens zu streiten. Diese Situation wird den Rechtsanwalt trotz seiner Stellung als Organ der Rechtspflege (zu) stark in das Lager der benennenden Einheit rücken und deshalb vermeidbare Interessenkonflikte mit der Aufgabe als Ansprechperson der Aufsichtsbehörde sowie der Betroffenen nach Art. 39 Abs. 1 lit. d, 38 Abs. 4 DS-GVO auslösen.

Auslegungsspielräume, Spannungslagen und Interessenkonflikte

Zwar ist der Anwalt als Organ der Rechtspflege objektiv zur Wahrung des Rechts verpflichtet und darf nicht zu einem Vorgehen raten, das er selbst als rechtswidrig einstuft. Die Anwendung des Datenschutzrechts ist aber in der Praxis – jedenfalls bislang in Ansehung zahlreicher offener Rechtsfragen – vielfach von erheblichen Auslegungsspielräumen und damit verbundenen Rechtsunsicherheiten geprägt. Daher wird es einem Rechtsanwalt entsprechend dem Mandantenbegehren vielfach durchaus gelingen können, eine Position zu entwickeln, die mit seiner Stellung als Organ der Rechtspflege vereinbar ist und zugleich (mehr oder weniger) von einer datenschutzrechtlich maximal sicheren Lösung abweicht.

Vor diesem Hintergrund drohen nicht nur unerhebliche Spannungslagen, wenn der Rechtsanwalt zugleich externer Datenschutzbeauftragter des Unternehmens ist: Zwar hat der Rechtsanwalt als externer Datenschutzbeauftragter das Vorgehen des Unternehmens auch in dieser Rolle grundsätzlich unter den gleichen rechtlichen Gesichtspunkten auf Datenschutzkonformität zu überprüfen wie als Rechtsberater. Als Datenschutzbeauftragter erfolgt die Überprüfung aber nun nicht (mehr) vornehmlich vor dem Hintergrund eines Mandanteninteresses, welches den Rechtsanwalt ggf. dazu angereizt hat, in juristisch vertretbarer Weise belastbare Argumente für eine Rechtmäßigkeit des Vorgehens tendenziell stärker und Gegenargumente schwächer gewichten zu lassen. Denn aus seiner Perspektive als Datenschutzbeauftragter müssen demgegenüber datenschutzfremde Interessen des Unternehmens in den Hintergrund rücken, um auch und gerade eine effektive Überwachung der Einhaltung der DS-GVO-Vorgaben iSv Art. 39 Abs. 1 lit. b DS-GVO zu erreichen.

Auf Grund der funktionalen Trennung seiner Rollen als Rechtsberater einerseits und (externer) Datenschutzbeauftragter andererseits bliebe es dem Rechtsanwalt zwar grundsätzlich unbenommen, als Datenschutzbeauftragter eine strengere Position einzunehmen. Da es sich aber tatsächlich um dieselbe natürliche Person handelt, steht zu befürchten, dass der Rechtsanwalt an dem maßgeblich unter dem Eindruck des Mandantenbegehrens entwickelten Standpunkt – nicht zuletzt auch auf Grund eines sog. Inertia-Effekts²⁶ – festhalten wird. Dies mag zwar mit Blick auf die Aufgaben zur Überwachung und Beratung des Unternehmens weniger problematisch sein, da dieses über die Risiken aufgeklärt wurde und den Datenschutzbeauftragten insoweit keine Erfolgsverantwortung trifft.²⁷ Demgegenüber droht aber jedenfalls das Engagement eines Rechtsanwalts als Datenschutzbeauftragter bei der Wahrnehmung von Betroffenenrechten²⁸ nach Art. 38 Abs. 4 DS-GVO hinter dem gesetzgeberisch intendierten Potenzial zurückzubleiben.²⁹ Dieser Befund gilt umso mehr, als diese Aufgabe ein hohes Maß an Dialog- und Kommunikationsfähigkeit voraussetzt sowie externe Dienstleister daher ohnehin vor besondere Herausforderungen stellt.³⁰ Die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts in seiner Rolle als (externer) Datenschutzbeauftragter droht hier in problematischer Weise strapaziert zu werden.

Empfehlung einer personellen Trennung (auch über die datenschutzrechtliche Beratung hinaus)

Nach alledem ist festzuhalten, dass der Datenschutzbeauftragte der Einhaltung der Vorgaben aus der DS-GVO (einschließlich der Betroffenenrechte) verpflichtet ist, der Rechtsanwalt demgegenüber seinem Mandanten. Bereits aus dieser konfliktträchtigen Grundkonstellation ist abzuleiten, dass Fälle auftreten können, in denen die Beratungslinien von Datenschutzbeauftragtem und Rechtsanwalt nicht (mehr) kongruent sind. Dieser Befund greift nicht nur für die datenschutzrechtliche Beratung durch den Rechtsanwalt, sondern darüber hinaus auch für datenschutzrechtlich weniger sensible Beratungsbereiche. Denn insbesondere droht die Abgrenzung hier nicht hinreichend trennscharf und belastbar gelingen zu können. Zwar mögen diese Fälle in der Praxis nicht der tägliche Regelfall sein. In Ansehung der gesetzlichen Ausgestaltung in Art. 38 Abs. 6 S. 2 DS-GVO, wonach durch Verantwortliche und Auftragsverarbeiter sicherzustellen ist, dass „derartige Aufgaben und Pflichten nicht zu einem Interessenkonflikt führen“, dürfte es sich aber trotzdem empfehlen, die Tätigkeit von externem Datenschutzbeauftragten und sonstigem Rechtsanwaltsmandat für dasselbe Unternehmen personell zu trennen, um bereits dem Entstehen des Anscheins von Interessenkonflikten entgegenzuwirken.

Denn insgesamt sollte soweit wie möglich präventiv bereits der Anschein vermieden werden, dass der Rechtsanwalt als externer Datenschutzbeauftragter eine zu starke Identifikation mit den Entscheidungen des Unternehmens zur Datenverarbeitung aufweist.³¹ Es empfiehlt sich daher jedenfalls, (ausführlich) darzulegen und zu dokumentieren, warum in der konkreten Situation aus der Sicht des Benennenden kein Interessenkonflikt vorliegt, um das Erkennen und eine Befassung mit der Problematik dokumentieren sowie gegenüber der Aufsichtsbehörde erforderlichenfalls belastbar nachweisen zu können.³²

Personelle und funktionale Trennung bei Rechtsanwaltskanzleien

Ferner ist zu fragen, was gelten soll, wenn durch eine beauftragte Rechtsanwaltskanzlei das Unternehmen durch einen kanzleiangehörigen Rechtsanwalt in datenschutzrechtlichen Fragen beraten wird und dieselbe Kanzlei zudem den externen, nicht mit dem beratenden Rechtsanwalt personenidentischen Datenschutzbeauftragten stellt. Eine solche Ausgestaltung wird im Ergebnis grundsätzlich als zulässig einzustufen sein, wenn und soweit die Unabhängigkeit und Interessenkollisionsfreiheit des externen Datenschutzbeauftragten sichergestellt werden kann. Dazu sind die unterschiedlichen Funktionen, Aufgaben und Pflichten zunächst klar voneinander abzugrenzen sowie (möglichst) eindeutig den verschiedenen Beteiligten zuzuweisen. Unabhängig von dem zu Grunde liegenden

²⁵ Art. 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte („DSB“) (WP 243 rev.01), S. 19.

²⁶ Dieses auch als Trägheitseffekt bezeichnete Phänomen beschreibt in der Psychologie eine Situation, in der einmal getroffene Entscheidungen auch gegen widersprechende Informationen weitgehend unverändert („immun“) bleiben. Der Informationswert von bevorzugten Alternativen und Hypothesen wird dabei systematisch überschätzt und der Wert entgegengerichteter Informationen unterschätzt.

²⁷ Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG/Bergt, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 38 Rn. 22.

²⁸ Den Datenschutzbeauftragten sogar als „Betroffenenanwalt“ bzw. „Anwalt der Betroffenen“ verstehend Jaspers RDV 2016, 1; Jaspers/Reif RDV 2012, 78 (82); krit. zu diesem Begriff Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung/Heberlein, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 38 Rn. 18.

²⁹ Marschall/Müller ZD 2016, 415 (420), wonach bereits der interne Datenschutzbeauftragte ohne „Doppelrolle“ in einer Zwickmühle stecke.

³⁰ Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung/Heberlein, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 38 Rn. 18.

³¹ Zur Unabhängigkeit der Beratung Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht/Drewes, 2019, DSGVO Art. 38 Rn. 61.

³² Art. 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte („DSB“) (WP 243 rev.01), S. 19.

Dienstleistungsvertrag sollte hierbei ein konkreter Rechtsanwalt und nicht etwa die Kanzlei als externer Datenschutzbeauftragter benannt werden. Letzteres ist nach überwiegender Auffassung von Landesdatenschutzbehörden, die ausschließlich eine Benennung von natürlichen Personen zulassen, ohnehin nicht möglich.³³

Wenn und soweit die vorbenannten Vorkehrungen zur personellen und funktionalen Trennung beachtet und umgesetzt werden, wird eine parallele Beratung und Übernahme einer Datenschutzbeauftragtenstellung durch Rechtsanwälte derselben Rechtsanwaltskanzlei als datenschutzrechtlich zulässig anzusehen sein. In jedem Fall sollte die empfohlene Trennung durch hinreichende organisatorische und vertragliche Vorkehrungen umgesetzt sowie die hierauf bezogenen Vorkehrungen hinreichend dokumentiert werden.

Vergleichbare Überlegungen zur personellen und funktionalen Trennung greifen ein, wo eine Rechtsanwaltskanzlei das Unternehmen in datenschutzrelevanten Rechtssachen vor Gericht vertritt und der externe Datenschutzbeauftragte von dem Mandat ausgeschlossen bleibt. Dem stehen auch die einschlägigen Leitlinien der Art. 29-Datenschutzgruppe nicht entgegen, da die Gefahr eines Interessenkonflikts insofern lediglich für den Fall bestehen soll, in welchem der externe Datenschutzbeauftragte selbst zu einer gerichtlichen Vertretung aufgefordert wird.³⁴ Dem herausgearbeiteten Konflikt zwischen weisungsgebundenem Mandat und Weisungsunabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten wird hier grundsätzlich durch die o.g. Vorkehrungen in Verbindung mit einer personellen und funktionalen Trennung ausreichend Rechnung getragen sein.

3. Steuerrechtliche Erwägungen

In der Praxis kann es sich aus Sicht einer Rechtsanwaltskanzlei empfehlen, die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten nicht nur einem anderen als dem beratenden Rechtsanwalt zuzuweisen, sondern aus steuerrechtlichen Gründen sogar durch eine andere Gesellschaft wahrzunehmen.³⁵ Denn die Betätigung als externer Datenschutzbeauftragter gehört nicht zur freiberuflichen Tätigkeit eines Rechtsanwalts.³⁶ Die daraus erzielten Einkünfte sind daher grundsätzlich als gewerbliche Einkünfte zu qualifizieren und gewerbesteuerpflichtig sowie bei Überschreiten der Schwellenwerte mit Pflichten zur Führung von Büchern und Fertigung von Abschlüssen nach § 141 AO verbunden.³⁷ Die „Infektionswirkung“ von § 15 Abs. 3 S. 1 EStG droht hiernach die gesamte Tätigkeit der Rechtsanwaltskanzlei gewerblich zu machen und mit entsprechenden Verpflichtungen zu belasten.³⁸ Es ist daher zu erwägen, die potenziell infizierende gewerbliche Tätigkeit auf einen Gesellschafter oder eine zweite Gesellschaft auszulagern und so zu isolieren.³⁹

³³ Baumgartner/Hansch ZD 2019, 99 (102) mwN.

³⁴ Art. 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte („DSB“) (WP 243 rev.01), S. 19.

³⁵ Baumgartner/Hansch ZD 2019, 99 (103); Härting, CR-Online.de, Blog v. 13.5.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/05/13/warum-bundesbehoerden-bei-ihrer-oeffentlichkeitsarbeit-auf-%c2%a7-3-bdsg-neu-angewiesen-sind/>.

³⁶ Vgl. BFH ZD 2020, 423.

³⁷ Vgl. Dahns NJW-Spezial 2020, 286; Träger NJW-Spezial 2020, 446.

³⁸ Heussen/Hamm, Beck'sches Rechtsanwalts-HdB/Korn, 12. Aufl. 2022, § 68 Rn. 66; vgl. Korn/Scheel DStR 2019, 1665.

³⁹ Mit Hinweisen zur näheren Ausgestaltung Heussen/Hamm, Beck'sches Rechtsanwalts-HdB/Korn, 12. Aufl. 2022, § 68 Rn. 66.

⁴⁰ MüKoHGB/Ebke, 4. Aufl. 2020, HGB § 319 Rn. 34 ff. mwN zu Auslegungsmaßstäben, Fallgruppen und Kasuistik.

⁴¹ MüKoHGB/Ebke, 4. Aufl. 2020, HGB § 319 Rn. 48.

4. Vergleich zum Handelsrecht (Besorgnis der Befangenheit des Abschlussprüfers)

§ 319 Abs. 2 HGB statuiert Ausschlussgründe für die Auswahl von Abschlussprüfern in Ansehung einer Besorgnis der Befangenheit (Inhabilität). Der Gesetzgeber nennt in § 319 Abs. 2 HGB als Gründe, die eine solche Besorgnis der Befangenheit hervorrufen können, beispielhaft („insbesondere“) „Beziehungen geschäftlicher, finanzieller oder persönlicher Art“. Darüber hinaus können auch andere Beziehungen oder Umstände anerkanntermaßen Anlass zu Zweifeln an der Unvoreingenommenheit eines Prüfers begründen. So besteht Einigkeit darüber, dass mögliche Ursachen für die Gefährdung der Unbefangenheit eines Prüfers Eigeninteressen, Selbstprüfung, Interessenvertretung, persönliche Vertrautheit sowie Einschüchterung sein können.⁴⁰ Diese Kriterien können als Anhaltspunkte für die Auseinandersetzung mit (potenziellen) Interessenkonflikten bei externen Datenschutzbeauftragten herangezogen werden, da „Besorgnis der Befangenheit“ und „Interessenkonflikt“ eine hinreichend belastbare Schnittmenge aufweisen. § 319 Abs. 3 Nr. 5 HGB erkennt zudem die Gefahr an, dass sich für den Prüfer eine Einnahmeabhängigkeit in Bezug auf die zu prüfende Gesellschaft entwickelt, die zu einem Interessenkonflikt iRd Abschlussprüfung führen kann. Da das wirtschaftliche Interesse an einem attraktiven (Dauer-)Mandat aber auch nach § 319 Abs. 3 Nr. 5 HGB erst ab einem prozentualen Schwellenwert in Abhängigkeit von den Gesamteinnahmen zu einem Ausschluss des Abschlussprüfers führt, während eine parallele Regelung für den externen Datenschutzbeauftragten bereits nicht existiert, bleibt festzuhalten, dass gesetzgeberisch die (mögliche) wirtschaftliche Abhängigkeit des externen Datenschutzbeauftragten nicht gesondert als Gefahr für die Aufgaben- und Pflichtwahrnehmung gesehen wird.

Ein ähnlicher Befund ergibt sich mit Blick auf die Sozietätsklausel des § 319 Abs. 3 S. 1 HGB: Demnach ist ein Wirtschaftsprüfer bzw. vereidigter Buchprüfer als Abschlussprüfer auch dann ausgeschlossen, wenn nicht er selbst, sondern eine andere Person, mit welcher er seinen Beruf gemeinsam ausübt, die Voraussetzungen für einen Ausschluss nach Maßgabe von § 319 Abs. 3 S. 1 Nr. 1–5 HGB erfüllt.⁴¹ Eine entsprechende, der Besorgnis der Befangenheit, also im Kontext des § 38 Abs. 6 S. 2 DS-GVO einem Interessenkonflikt vorbeugende Regelung existiert für den externen Datenschutzbeauftragten gerade nicht. Dies kann als weiterer Anhaltspunkt dafür gesehen werden, dass ein kanzleizugehöriger Rechtsanwalt als externer Datenschutzbeauftragter für ein Unternehmen bestellt werden darf, das zugleich durch einen anderen Rechtsanwalt derselben Kanzlei datenschutzrechtlich beraten wird.

V. Zusammenfassung und Handlungsempfehlungen

Wortlaut und Zweck von Art. 38 Abs. 6 S. 2 DS-GVO, wonach durch Verantwortliche und Auftragsverarbeiter sicherzustellen ist, dass „derartige Aufgaben und Pflichten nicht zu einem Interessenkonflikt führen“, gebieten im Zweifel eine personelle und funktionale Trennung der Tätigkeit von externem Datenschutzbeauftragten und Rechtsanwaltsmandat.

Wann ein relevanter Interessenkonflikt bei dem Tätigwerden eines Rechtsanwalts als externer Datenschutzbeauftragter vorliegt, lässt sich nicht pauschal, sondern vielmehr nur in Ansehung der konkreten Ausgestaltung, auch und gerade mit Blick auf andere wahrgenommene Aufgaben und Pflichten im Einzelfall beantworten. (Interessen-)Konfliktpotenzial sollte durch entsprechende Vertragsgestaltungen mit dem externen Datenschutzbeauftragten vermieden werden, indem ein entsprechendes Tätigwerden (möglichst) ausgeschlossen wird. Ggf., sei es

bei Neubenennungen oder bei veränderten Sachlagen, kann der externe Datenschutzbeauftragte veranlasst sein, auf etwaige Interessenkonflikte hinzuweisen und die Benennung zum Datenschutzbeauftragten abzulehnen bzw. die Einholung der Expertise Dritter in Anspruch zu nehmen. Dies gilt insbesondere dort, wo Verantwortliche und Auftragsverarbeiter nicht ohne Weiteres überblicken können, welche anderen Aufgaben und Pflichten der betreffende Dienstleister neben der Funktion als externer Datenschutzbeauftragter wahrnimmt.⁴²

Ist der externe Datenschutzbeauftragte und Rechtsanwalt parallel in anderer Funktion für das benennende Unternehmen tätig, sollte vermieden werden, dass von ihm entscheidungsleitende Beratungen und/oder Entscheidungen über Zweck und Mittel der Datenverarbeitung getroffen werden, damit die Stellung als Datenschutzbeauftragter als Garant der datenschutzrechtlichen Compliance nicht kompromittiert zu werden droht. Wird der externe Datenschutzbeauftragte von einer Rechtsanwaltskanzlei gestellt, die zugleich die datenschutzrechtliche Beratung des benennenden Unternehmens wahrnimmt, ist darauf zu achten, dass die verschiedenen Funktionen unter strikter personell-funktionaler Trennung von unterschiedlichen kanzleiangehörigen Rechtsanwälten erfüllt werden, deren Interessenkollisionsfreiheit jeweils sicherzustellen ist.

Schnell gelesen ...

- Ein externer Datenschutzbeauftragter darf weitere Aufgaben und Pflichten wahrnehmen. Hieraus dürfen aber keine (vermeidbaren) Interessenkonflikte zu der Benennung als Datenschutzbeauftragter erwachsen.
- Die Frage nach dem Bestehen von Interessenkonflikten für externe Datenschutzbeauftragte ist auch und gerade bei der Benennung von Rechtsanwälten aufgeworfen.

- Wortlaut und Zweck von Art. 38 Abs. 6 S. 2 DS-GVO, wonach durch Verantwortliche und Auftragsverarbeiter sicherzustellen ist, dass „derartige Aufgaben und Pflichten nicht zu einem Interessenkonflikt führen“, gebieten im Zweifel eine personelle und funktionelle Trennung der Tätigkeit von externem Datenschutzbeauftragten und Rechtsanwaltsmandat.
- Ein als externer Datenschutzbeauftragter benannter Rechtsanwalt sollte das benennende Unternehmen (jedenfalls) in datenschutzrechtlichen Fragen nicht beraten. Bei einer Beratung außerhalb des datenschutzrechtlichen Bereichs sollte belastbar geprüft und dokumentiert werden, dass es nicht zu einem (vermeidbaren) Interessenkonflikt kommt.
- Bei Rechtsanwaltskanzleien ist eine klare personelle Trennung geboten, wenn – was grundsätzlich zulässig ist – unterschiedliche kanzleiangehörige Rechtsanwälte einerseits als externe Datenschutzbeauftragte für ein Unternehmen tätig werden und andererseits originär rechtsanwaltschaftliche Mandatsführung betrieben wird.



Prof. Dr. Boris Paal, M.Jur. (Oxford), ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Informationsrecht, Daten- und Medienrecht und Direktor des Instituts für Medien- und Datenrecht sowie Digitalisierung an der Juristenfakultät der Universität Leipzig.



Ass. iur. Malte Cornelius ist Doktorand und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Informationsrecht, Daten- und Medienrecht an der Juristenfakultät der Universität Leipzig.

⁴² Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung/Heberlein, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 38 Rn. 25.