

## **Benennungspflicht eines Datenschutzbeauftragten bei Kleinstbetrieben mit sensibler Datenverarbeitung**

**Stand: 16.07.2018**

### **Thilo Weichert**

Waisenhofstraße 41, 24103 Kiel  
24103 Kiel  
weichert@netzwerk-datenschutzexpertise.de

### **Karin Schuler**

Kronprinzenstraße 76, 53173 Bonn  
schuler@netzwerk-datenschutzexpertise.de  
[www.netzwerk-datenschutzexpertise.de](http://www.netzwerk-datenschutzexpertise.de)

## Inhalt

1	Fragestellung .....	3
2	Die Regelungen.....	3
3	Formale Voraussetzungen und Anwendungsfälle.....	4
3.1	Konstellationen der DSGVO und des BDSG.....	4
4	Zweck der Benennung von Datenschutzbeauftragten.....	5
5	Die Sonderstellung von Kleinstunternehmen .....	6
6	Auslegungsmöglichkeiten zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit .....	7
6.1	Verbände und Verhaltensregeln .....	7
6.2	Auslegung „Kerntätigkeit“ .....	8
6.3	Sonderfall „Ein-Personen-Unternehmen“ .....	9
6.4	Sonstige Kleinstunternehmen .....	10
7	Ergebnis .....	10
	Literatur.....	11
	Abkürzungen .....	11

## 1 Fragestellung

Gemäß dem vom 25.05.2018 anwendbaren Datenschutzrecht besteht in Art. 37 Europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO = Verordnung (EU) 2016/679) sowie § 38 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) die Verpflichtung, unter bestimmten Voraussetzungen einen **Datenschutzbeauftragten** zu benennen, der für das Unternehmen Beratungs- und Kontrollfunktionen zum Schutz personenbezogener Daten wahrnimmt. Bei der Anwendung dieser Regelungen stellt sich die Frage, inwieweit Kleinstunternehmen<sup>1</sup>, die nur aus einer Person bestehen bzw. eine sehr geringe Beschäftigtenzahl haben, aber mit einer sensitiven Datenverarbeitung befasst sind, zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten verpflichtet sind.

Diese Frage stellt sich insbesondere bei **Ein-Personen-Unternehmen**, bei denen der Inhaber oder die Inhaberin selbst wegen offensichtlichem Interessenskonflikt die Funktion des Datenschutzbeauftragten nicht wahrnehmen kann. Dies hätte zur Folge, dass die gesetzlichen Regelungen Ein-Personen-Unternehmen zur Benennung eines externen Dienstleisters verpflichtet, was regelmäßig mit erheblichen Kosten verbunden ist.

Es ist fraglich, ob diese nicht explizit geregelte, aber implizite Folge vom Gesetzgeber gewollt wurde und ob sie im Sinne des gewollten Schutzziels **angemessen und verhältnismäßig** ist. Der Umstand, dass die Benennungspflicht bei Ein-Personen-Unternehmen unverhältnismäßig sein kann, wurde vom Landesbeauftragten für Datenschutz Baden-Württemberg im Rahmen der landesgesetzlichen Umsetzung der DSGVO in Bezug auf Schornsteinfeger thematisiert, die als beliebige Ein-Personen-Unternehmen und damit als öffentliche Stellen gemäß Art. 37 Abs. 1 lit. a DSGVO tätig sind.<sup>2</sup>

Die Frage ist von hoher **praktischer Relevanz**. Es sind oft Ein-Personen-Unternehmen oder sonstige Kleinstunternehmen, die als IT-Dienstleister für Ärzte, Anwälten oder ähnliche Berufsgruppen die interne Datenverarbeitung administrieren oder die Webseite gestalten und dadurch mit besonderen Kategorien von Daten zu tun haben. Ähnliches gilt für Kleinstunternehmen, die für andere kleine Unternehmen Finanzdienstleistungen anbieten und dabei beispielsweise umfangreich mit Bankdaten Betroffener umgehen, eine Verarbeitungstätigkeit, die in der Regel einer Datenschutz-Folgeabschätzung unterliegt.

## 2 Die Regelungen

Es geht um die Anwendung folgender Regelungen:

### Artikel 37 DSGVO – Benennung eines Datenschutzbeauftragten

*(1) Der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter benennen auf jeden Fall einen Datenschutzbeauftragten, wenn [...]*

*b) die Kerntätigkeit des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters in der Durchführung von Verarbeitungsvorgängen besteht, welche aufgrund ihrer Art, ihres Umfangs und/oder ihrer Zwecke eine*

---

<sup>1</sup> In Art. 2 Abs. 3 des Anhangs zur Empfehlung 2003/361/EG v. 06.05.2003, ABl. EU L 124/36-41 erfolgt eine Definition von „Kleinstunternehmen“ als ein Unternehmen, „das weniger als 10 Personen beschäftigt und dessen Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz 10 Mio. EUR nicht übersteigt“.

<sup>2</sup> Mündliche Stellungnahme von Dr. Stefan Brink in der Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Inneres, Digitalisierung und Migration des Landtags von Baden-Württemberg am 04.06.2018.

*umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung von betroffenen Personen erforderlich machen, oder*

*c) die Kerntätigkeit des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters in der umfangreichen Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten gemäß Artikel 9 oder von personenbezogenen Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten gemäß Artikel 10 besteht. [...]*

*(4) In anderen als den in Absatz 1 genannten Fällen können der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter oder Verbände und andere Vereinigungen, die Kategorien von Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern vertreten, einen Datenschutzbeauftragten benennen; falls dies nach dem Recht der Union oder der Mitgliedstaaten vorgeschrieben ist, müssen sie einen solchen benennen. Der Datenschutzbeauftragte kann für derartige Verbände und andere Vereinigungen, die Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter vertreten, handeln. [...]*

*(6) Der Datenschutzbeauftragte kann Beschäftigter des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters sein oder seine Aufgaben auf der Grundlage eines Dienstleistungsvertrags erfüllen. [...]*

Art. 37 Abs. 4 S. 1 HS. 2 DSGVO enthält eine Öffnungsklausel, die es den Mitgliedstaaten ermöglicht, in über die in Art. 37 Abs. 1 DSGVO hinausgehenden Situationen eine Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten festzulegen.<sup>3</sup> Art. 37 DSGVO und § 38 BDSG ergänzen sich also gegenseitig und sind **kumulativ anzuwenden**.

### **§ 38 BDSG – Datenschutzbeauftragte nichtöffentlicher Stellen**

*(1) Ergänzend zu Artikel 37 Absatz 1 Buchstabe b und c der Verordnung (EU) 2016/679 benennen der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter eine Datenschutzbeauftragte oder einen Datenschutzbeauftragten, soweit sie in der Regel mindestens zehn Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigen. Nehmen der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter Verarbeitungen vor, die einer Datenschutz-Folgeabschätzung nach Artikel 35 der Verordnung (EU) 2016/679 unterliegen oder verarbeiten sie personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zweck der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung, haben sie unabhängig von der Anzahl der mit der Verarbeitung beschäftigten Personen eine Datenschutzbeauftragte oder einen Datenschutzbeauftragten zu benennen.*

## **3 Formale Voraussetzungen und Anwendungsfälle**

### **3.1 Konstellationen der DSGVO und des BDSG**

Gemäß Art. 37 Abs. 1 DSGVO ist „**auf jeden Fall**“ die Benennung eines Datenschutzbeauftragten nötig, wenn einer der genannten Sachverhalte gegeben ist und zwar unabhängig davon, ob die Verarbeitung als Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter erfolgt.

Die Regelung erfasst also alle Fälle, auch den Ein-Personen-Betrieb, der als Verantwortlicher oder im Auftrag eines Verantwortlichen in der **Kerntätigkeit**

---

<sup>3</sup> Pauly in Paal/Pauly § 38 BDSG Rn. 3.

- a. Verarbeitungsvorgänge durchführt, die eine umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung von Betroffenen erforderlich macht (Abs. 1 lit. b) oder
- b. umfangreich besondere Kategorien von Daten gemäß Art. 9 oder 10 DSGVO verarbeitet.

Ergänzend bestimmt § 38 BDSG, ebenfalls **unabhängig von der Anzahl der Beschäftigten** (also auch für Ein-Personen-Betriebe), dass für Verantwortliche wie für Auftragsverarbeiter die Notwendigkeit zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten besteht,

- c. wenn deren Verarbeitungen einer Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DSGVO unterliegen oder
- d. wenn anonymisierte Übermittlungen oder Markt- und Meinungsforschung vorgenommen werden.

**Auftragsverarbeitung** wird beispielsweise angenommen bei klassischem IT-Outsourcing, der Auslagerung der Videoüberwachung oder der unselbständigen Durchführung von Marketing-Maßnahmen.<sup>4</sup> Auch die Wartung von IT, die Reparatur und die unterstützende Beratung fallen nach richtigem Verständnis unter den Begriff der Auftragsverarbeitung.<sup>5</sup>

Die DSGVO und das BDSG benennen einige **spezifische Risiken**, welche die Notwendigkeit eines Datenschutzbeauftragten begründen: Systematische und regelmäßige Überwachung erfolgt schon bei einer Dauerüberwachung im öffentlichen Raum.<sup>6</sup> Sensitive Daten gemäß Art. 9 Abs. 1 DSGVO sind u. a. Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben.<sup>7</sup>

#### 4 Zweck der Benennung von Datenschutzbeauftragten

Unabhängig von den formalen Benennungsvoraussetzungen ist bei der Anwendung der gesetzlichen Vorgaben auf die Erreichung des jeweiligen normativen Zwecks zu achten – insbesondere, wenn die rein formale Anwendung der Regelungen zu scheinbar unangemessenen Ergebnissen führt.

Wie das gesamte neue Datenschutzrecht verfolgen die Regelungen in Art. 37 DSGVO und § 38 BDSG einen **risikobasierten Ansatz**: Ein Datenschutzbeauftragter ist (nur) zu benennen, wenn dies wegen des Risikos erforderlich ist. Eine Besonderheit dieser Regelungen ist jedoch, dass die Feststellung des Risikos relativ starr vom Vorliegen bestimmter explizit genannter Voraussetzungen abhängig gemacht wird.<sup>8</sup>

Die Funktion des Datenschutzbeauftragten besteht darin, den Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter als **interne Kontrollinstanz** „mit Fachwissen auf dem Gebiet des Datenschutzrechts und der Datenschutzverfahren“ zu unterstützen (ErwGr 97 S. 1) und zwar bezogen auf die konkrete Verarbeitungstätigkeit. Um diese Funktion wahrzunehmen, sollen die Beauftragten ihre Aufgabe „in vollständiger Unabhängigkeit ausüben können“ (ErwGr 97 S. 4). Die Pflicht zur

---

<sup>4</sup> Hartung in Kühling/Buchner, Art. 28 Rn. 45.

<sup>5</sup> Hartung in Kühling/Buchner, Art. 28 Rn. 53, 54; Wedde in Däubler u. a., Art. 28 Rn. 29.

<sup>6</sup> Bergt in Kühling/Buchner Art. 37 Rn. 23.

<sup>7</sup> Däubler in Däubler u. a., Art. 37 Rn. 8, 9; Bergt in Kühling/Buchner Art. 37 Rn. 25.

<sup>8</sup> Bergt in Kühling/Buchner Art. 37 Rn. 18; Paal in Paal/Pauly Art. 37 Rn. 4; Heberlein in Ehmann/Selmayr Art. 37 Rn. 10.

Benennung bei privaten Unternehmen soll dann bestehen, wenn deren Tätigkeit besondere Gefahren für die Grundrechte der von der Datenverarbeitung Betroffenen aufweist.<sup>9</sup>

Auch soll die Benennung ermöglichen, dass eine **Datenschutzorganisation** aufgebaut wird, ohne die in größeren Hierarchien eine sichere Einhaltung von Datenschutzvorgaben nicht möglich wäre.<sup>10</sup>

## 5 Die Sonderstellung von Kleinunternehmen

Es ist ein weit verbreitetes Phänomen, dass insbesondere die Betreuung, Wartung oder der sonstige Betrieb von IT-Verfahren Stellen eine sensitive Verarbeitung übertragen werden, in denen **eine Person oder wenige Personen** beschäftigt sind.

Der Gesetzgeber der DSGVO hat erkannt, dass „den Besonderheiten der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen Rechnung zu tragen ist“. Dafür hat die DSGVO u. a. **Verbänden** oder anderen Vereinigungen nahegelegt, in „Verhaltensregeln“ gemäß Art. 40 Abs. 1 DSGVO die Pflichten der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter näher zu bestimmen (ErwGr 98). Diese Unternehmenskategorie findet zudem Erwähnung im Hinblick auf die Zertifizierung (Art. 42 Abs. 1 DSGVO). In ErwGr 13 S. 3 heißt es: „Um der besonderen Situation der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen Rechnung zu tragen, enthält diese Verordnung eine abweichende Regelung hinsichtlich des **Führens eines Verzeichnisses** für Einrichtungen, die weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen.“

„Außerdem werden die Organe und Einrichtungen der Union sowie die Mitgliedstaaten und deren **Aufsichtsbehörden** dazu angehalten, bei der Anwendung dieser Verordnung die besonderen Bedürfnisse von Kleinunternehmen sowie von kleinen und mittleren Unternehmen zu berücksichtigen“ (ErwGr 13 S. 4). Die Regelung zur Privilegierung von Kleinunternehmen bei der Erstellung des Verarbeitungsverzeichnisses enthält Art. 30 Abs. 5 DSGVO. Sensibilisierungsmaßnahmen der Aufsichtsbehörden sollen sich auch auf die Bedürfnisse von Kleinunternehmen ausrichten (ErwGr 132). Gemäß ErwGr 167 werden zur Gewährleistung einheitlicher Bedingungen für die Durchführung der DSGVO der Kommission Durchführungsbefugnisse übertragen, wobei „besondere Maßnahmen für Kleinunternehmen sowie kleine und mittlere Unternehmen“ im Vordergrund stehen sollen. Derartige Durchführungsbefugnisse bestehen aber nicht in Bezug auf die Benennung von Datenschutzbeauftragten.

Die Entlastung von Kleinunternehmen bei der Benennung von Datenschutzbeauftragten spielte zu Beginn der **Diskussion um die DSGVO** eine Rolle, als von der Kommission beabsichtigt war, erst ab einer Unternehmensgröße von 250 Beschäftigten eine solche gesetzliche Pflicht vorzusehen. Letztlich hat man auf eine solche Grenze angesichts des mit der DSGVO verfolgten Risikoansatzes, bei dem die Unternehmensgröße nur eine untergeordnete Rolle spielt, verzichtet.<sup>11</sup>

Mit der Berücksichtigung von Kleinunternehmen an mehreren Stellen in der DSGVO ist erkennbar, dass auf deren Besonderheiten bei der Auslegung „Rücksicht“ genommen werden soll. Es geht nicht

---

<sup>9</sup> Däubler in Däubler u. a., Art. 37 Rn. 1; Bergt in Kühling/Buchner Art. 37 Rn. 2; Paal in Paal/Pauly Art. 37 Rn. 3; Heberlein in Ehmann/Selmayr Art. 37 Rn. 1

<sup>10</sup> Königshofen in Roßnagel Kapitel 5.5 Rn. 69-93.

<sup>11</sup> Paal in Paal/Pauly, Art. 37 Rn. 4; Bergt in Kühling/Buchner, Art. 37 Rn. 8-10; Heberlein in Ehmann/Selmayr, Art. 37 Rn. 2-6.

darum, die vorgegebenen Regeln um ihrer selbst willen durchzusetzen, sondern darum, die verfolgten Zwecke unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu realisieren (ErwGr 4 S. 1, vgl. ErwGr 19 S. 6). Jede **Aufsichtsmaßnahme** soll „im Hinblick auf die Gewährleistung der Einhaltung dieser Verordnung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein, wobei die Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu berücksichtigen sind, das Recht einer jeden Person, gehört zu werden, bevor eine individuelle Maßnahme getroffen wird, die nachteilige Auswirkungen auf diese Person hätte, zu achten ist und überflüssige Kosten und übermäßige Unannehmlichkeiten für die Betroffenen (sind) zu vermeiden“ (ErwGr 129 S. 5).

Sowohl die Einstellung eines internen Datenschutzbeauftragten wie auch eine externe Benennung sind mit Kosten verbunden, die das kleine Unternehmen vor existenzielle Probleme stellen kann. Es stellt sich also die Frage, ob es Absicht und Inhalt der DSGVO ist, den kleinen Betrieben mit einer sensitiven Verarbeitungstätigkeit derartige **finanzielle Bürden** aufzuerlegen. Es geht aber nicht nur darum, Kleinstunternehmen vor unzumutbaren finanziellen Belastungen zu bewahren. Kleinstunternehmen dürften in vielen Fällen ihre korrekte Verarbeitung auch ohne Unterstützung eines Datenschutzbeauftragten bewältigen können, weil die Geschäftsführung wegen der überschaubaren Weisungskette mit allen Datenschutzvorgaben fachkundig ist und in Bezug auf rechtliche Anforderungen unmittelbar „durchregieren“ kann und weil die stattfindende Datenverarbeitung für diese regelmäßig überschaubar und deshalb auch gut bewertbar ist.

Diese Vermutung scheint auch in dem **Quorum des deutschen Gesetzgebers** in § 38 Abs. 1 S. 1 BDSG durch, wonach in Fällen, in denen keine der besonders risikobehafteten Verarbeitungen stattfindet, kleine Unternehmen mit weniger als 10 Personen von der Ernennungspflicht ausgenommen sind.

## 6 Auslegungsmöglichkeiten zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit

Der europäische wie auch der deutsche Gesetzgeber haben die Pflicht zur Ernennung eines Datenschutzbeauftragten von formalen Kriterien abhängig gemacht, ohne die **Angemessenheit für Kleinstunternehmen** zu prüfen, ohne auf die Konsequenzen für Ein-Personen-Unternehmen in Bezug auf die faktische Bestellpflicht Externer einzugehen und ohne für Kleinstunternehmen ausreichend auf inhaltliche Kriterien wie die Erreichung der mit der Benennung beabsichtigten Zwecke abzustellen.

Es ist daher geboten, im Rahmen der bestehenden Gesetzgebung nach Wegen zu suchen, wie die Ernennung von Datenschutzbeauftragten bei Kleinstunternehmen auf die zum Schutz der Betroffenen inhaltlich erforderlichen und (finanziell) angemessenen Fälle ohne Verletzung der bestehenden Regelungen beschränkt werden kann.

Hierfür sind die im Folgenden ausgeführten Überlegungen anwendbar.

### 6.1 Verbände und Verhaltensregeln

Verbände und andere Vereinigungen können gemäß Art. 40 DSGVO **Verhaltensregeln** für die Unternehmen, für die sie tätig werden, festlegen, um das Fehlen personeller Ressourcen, von Prozessabläufen oder Organisationsstrukturen bei kleineren Unternehmen zu kompensieren.<sup>12</sup> Verhaltensregeln können darin bestehen, dass sich die vertretenen Unternehmen darin verpflichten, die Dienste eines vom Verband oder von der Vereinigung benannten Datenschutzbeauftragten oder

---

<sup>12</sup> Schweinoch in Ehmann/Selmayr, Art. 40 Rn. 23.

einen solchen aus einer Gruppe von Datenschutzbeauftragten in Anspruch zu nehmen. Diese übernehmen dann für die Unternehmen ausdrücklich die Aufgabe als externe Beauftragte oder nehmen diese Funktion wahr.<sup>13</sup> Der Vorteil dieser Lösung besteht darin, dass die derart benannten Datenschutzbeauftragten durch ihre Konzentration auf eine bestimmte Unternehmensart bzw. einen bestimmten Wirtschaftszweig die dort bestehenden spezifischen Datenschutzprobleme in besonderer Weise kennen und Lösungen hierfür entwickeln können. Voraussetzung für die Lösung ist, dass die Wirtschaftsverbände die Notwendigkeit für diese Maßnahme erkennen, die hierfür nötigen Maßnahmen ergreifen, entsprechende Angebote entwickeln und normativ festschreiben und dass sie sich diese dann von den Aufsichtsbehörden gemäß Art. 40 Abs. 5 DSGVO genehmigen lassen.

Irritierend ist insofern die Regelung des Art. 37 Abs. 4 DSGVO, wonach Verbänden und anderen Vereinigungen nur „**in anderen als den in Absatz 1 genannten Fällen**“ die Möglichkeit eingeräumt wird, einen Datenschutzbeauftragten zu benennen. Diese Regelung schließt aber nicht aus, dass eine Stelle einen von einem Verband bereit gestellten Datenschutzbeauftragten benennt (Art. 37 Abs. 6 DSGVO). Die Regelung sieht lediglich vor, dass eine Benennung durch die Stelle bei Vorliegen einer Vertretung durch den Verband oder die Vereinigung als Einzelakt in Form eines Dienstleistungsvertrags nicht erforderlich ist. Nach Art. 37 Abs. 4 DSGVO tritt die Vertretung der Stellen durch Mitgliedschaft im Verband ein.<sup>14</sup> Bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 37 Abs. 1 DSGVO bedarf es für die Benennung eines von einem Verband benannten Beauftragten dagegen eines spezifischen Benennungsaktes durch die Stellen, seien sie nun Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter.

## 6.2 Auslegung „Kerntätigkeit“

Eine inhaltlich orientierte Ausnahme der Ernennungspflicht für Kleinunternehmen ergibt sich durch eine restriktive Auslegung des Begriffs der Kerntätigkeit. Vom Begriff der Kerntätigkeit ist abhängig, ob eine damit verbundene umfangreiche regelmäßige und systematische Beobachtung Betroffener oder die Verarbeitung sensibler Daten zu einer Benennungspflicht führt.

**§ 38 Abs. 1 BDSG** spricht zwar nicht ausdrücklich davon, dass es sich bei den genannten als sensitiv eingestuften Verarbeitungsformen um eine „Kerntätigkeit“ handeln muss. Die Regelung basiert aber auch auf der Annahme, dass es sich bei den genannten Formen der Datenverarbeitung um solche mit einem besonderen Gefahrenpotenzial handelt.<sup>15</sup> Die Erwägungen, die bei der Auslegung des DSGVO-Begriffs der Kerntätigkeit können daher auch hier angewendet werden.

Die DSGVO geht von der Annahme aus, dass es für den Datenschutz der Betroffenen und die Risiken für diese nicht relevant ist, wieviel Menschen dabei beschäftigt werden.<sup>16</sup> Es ist daher richtig, dass die Frage nach der Kerntätigkeit danach zu beantworten ist, welches **wesentliche Tätigkeiten** sind. Bei einem größeren Unternehmen kann auch eine wesentliche Teiltätigkeit Kerntätigkeit sein, die nicht die Haupttätigkeit des Gesamtunternehmens darstellt. Aus dieser Erwägung ergibt sich, dass die Gesamtgröße eines Unternehmens bei der Auslegung dieses Begriffs von Bedeutung sein kann.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Weitere Beispiele für mögliche Regelungsinhalte bei Weichert in Däubler u. a., Art. 40 Rn. 16.

<sup>14</sup> Bergt in Kühling/Buchner Art. 37 Rn. 31; Paal in Paal/Pauly, Art. 37 Rn. 12.

<sup>15</sup> Pauly in Paal/Pauly § 38 BDSG Rn. 11.

<sup>16</sup> So z. B. Bergt in Kühling/Buchner, Art. 37 Rn. 19; Paal in Paal/Pauly, Art. 37 Rn. 4; Heberlein in Ehmann/Selmayr, Art. 37 Rn. 10.

<sup>17</sup> Paal in Paal/Pauly, Art. 37 Rn. 8; Bergt in Kühling/Buchner, Art. 37 Rn. 21 m. w. N. für Gegenmeinungen.



Kerntätigkeit bedeutet **Haupttätigkeit** und nicht, dass die Datenverarbeitung eine weniger relevante Nebentätigkeit darstellt. So soll z. B. bei einer ambulanten Arztpraxis die Kerntätigkeit in der medizinischen Behandlung liegen, nicht in der Dokumentation der Gesundheitsdaten.<sup>18</sup> Reine Hilfstätigkeiten sollen nicht erfasst werden. Bei der Auftragsverarbeitung bezieht sich aber die Kern-, d. h. die Haupttätigkeit, gerade auf Hilfstätigkeiten für den Verantwortlichen. Die Benennungspflicht soll nach Art. 37 DSGVO und § 38 BDSG für Verantwortliche wie Auftragsverarbeiter in gleicher Weise gelten.

Bei Auftragsverarbeiter kann hinsichtlich der Sensitivität der Verarbeitung eine Abschichtung vorgenommen werden. So ist z. B. Kerntätigkeit bei der **Wartung eines Systems** mit sensiblen Daten in der Regel nicht die Verarbeitung dieser Daten, sondern die Instandhaltung der Programme, mit denen diese Daten verarbeitet werden. Voraussetzung für die Auslegung ist, dass im Rahmen der Auftragsverarbeitung nicht die Sensitivität der Daten im Vordergrund steht, sondern z. B. deren Administration, deren Organisation, deren Gestaltung oder deren Sicherheit. Liegt der Schwerpunkt auf der Verarbeitung von Programmcode, so wird dadurch die Kerntätigkeit bestimmt. Dies entspricht auch der Risikobewertung, da bei Bearbeitung von Programmcode evtl. überhaupt nicht und zumeist nur nebenher sensitive Daten verarbeitet bzw. sensitive Verarbeitungen betroffenen werden. Das Risiko an einer unzulässigen Verarbeitung dieser sensiblen Daten kann daher typischerweise als geringer bewertet werden.

Eine derartige Auslegung ist nicht möglich, wenn sich die Hilfstätigkeit eines Auftragsverarbeiters auf die **sensitive Datenverarbeitung** selbst bezieht, also wenn etwa im Auftrag eines Verantwortlichen eine umfangreiche regelmäßig und systematische Überwachung durchgeführt wird oder Daten gemäß Art. 9 Abs. 1 DSGVO im Fokus stehen, etwa in Form einer Big-Data-Auswertung von Gesundheitsdaten.

### 6.3 Sonderfall „Ein-Personen-Unternehmen“

Die DSGVO geht vom Regelfall aus, dass Verantwortlicher i. S. v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO eine „juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle“ ist. Es ist aber klar, dass auch eine „natürliche Person“, d. h. ein „Ein-Personen-Unternehmen“ Verantwortlicher sein kann. Entsprechendes gilt auch für den Auftragsverarbeiter gemäß Art. 4 Nr. 8 DSGVO. Art. 37 Abs. 6 DSGVO stellt es der Stelle frei, die Funktion des Datenschutzbeauftragten durch einen Beschäftigten oder „auf Grundlage eines Dienstleistungsvertrags“ erledigen zu lassen. Bei einem Ein-Personen-Unternehmen scheidet die erste Alternative aus. Eine **Pflicht, eine zweite Person einzustellen**, nur um der Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten nachkommen zu können, kann aus der DSGVO nicht abgeleitet werden; eine solche Ableitung wäre in jedem Fall unverhältnismäßig.

Es bleibt für das Ein-Personen-Unternehmen die Option der Benennung eines externen Beauftragten. Aus der Formulierung in Art. 37 Abs. 1 DSGVO, dass „auf jeden Fall“ bei einer der genannten sensiblen Verarbeitung eine Benennung erfolgt, kann abgeleitet werden, dass dann eine **externe Benennungspflicht** besteht. § 38 Abs. 1 S. 2 BDSG verwendet zwar nicht die Formulierung, doch ist aus der unbedingt angeordneten Rechtsfolge und dem relativ niedrigen Quorum von Satz 1 erkennbar, dass auch hier gemäß den Gesetzgeber die Benennungspflicht „auf jeden Fall“ bestehen soll.

---

<sup>18</sup> Bergt in Kühling/Buchner Art. 37 Rn. 19, 24; Däubler in Däubler u. a. Art. 37 Rn. 9.

Dieses Ergebnis kann zu einer unverhältnismäßigen Belastung des Unternehmens führen. Die Aufsichtsbehörde hat nach Art. 1 Abs. 2 DSGVO nicht nur „die **Grundrechte und Grundfreiheiten** natürlicher Personen“ in Bezug auf „deren Recht auf Schutz personenbezogener Daten“ zu schützen, sondern auch darüber hinausgehend. Beachtet werden müssen also auch die Berufsfreiheit und die unternehmerische Freiheit gemäß den Art. 15, 16 GRCh. Dies kann dazu führen, dass im Rahmen des Opportunitätsprinzips trotz eines Verstoßes gegen den Wortlaut des Art. 37 Abs. 1 DSGVO oder § 38 Abs. 1 S. 2 BDSG die Aufsichtsbehörde an einer Maßnahme nach Art. 58 Abs. 2 DSGVO gehindert ist.<sup>19</sup> Bei einer Nichtbenennung eines Datenschutzbeauftragten kommen insbesondere die Abhilfebefugnisse einer Warnung (lit. a), einer Verwarnung (lit. b), einer Anweisung (lit. d) sowie die Verhängung einer Geldbuße nach Art. 83 Abs. 4 (lit. i) in Betracht.

Bei der **Verhältnismäßigkeitsprüfung** der Aufsichtsbehörde sind alle relevanten Aspekte zu berücksichtigen. Hierzu gehört insbesondere im Rahmen des risikoorientierten Ansatzes der DSGVO die Bewertung des konkreten Verarbeitungsrisikos bei der betroffenen Stelle. Eine wesentliche Rolle spielt weiterhin die Frage der organisatorischen und finanziellen Zumutbarkeit der Benennung eines externen Datenschutzbeauftragten. Relevant sind weiterhin der Umsatz und der Gewinn, der mit der Datenverarbeitung erwirtschaftet wird. Kann das Ein-Personen-Unternehmen nachweisen, dass die mit der Benennung eines Datenschutzbeauftragten verfolgten Zwecke (s. o. 4) durch andere Maßnahmen erreicht werden, so ist dies ebenso beachtlich wie die Frage, ob und inwieweit bei dem Ein-Personen-Unternehmen die nach Art. 37 Abs. 5 DSGVO genannte Qualifikation selbst vorliegt und inwieweit bei dem Unternehmen bisher (sonstige) Datenschutzverstöße bekannt geworden sind.

#### 6.4 Sonstige Kleinstunternehmen

Die Ausführungen zu Ein-Personen-Unternehmen als „Kleinstunternehmen“ können auf Kleinstunternehmen mit einem oder mehr Beschäftigten übertragen werden. Eine absolute Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten besteht in Deutschland nach § 38 Abs. 1 S. 1 BDSG, wenn die Stelle „in der Regel **mindestens zehn Personen** ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten“ beschäftigt. Der Gesetzgeber geht in diesen Fällen davon aus, dass eine Benennung nicht unverhältnismäßig ist.<sup>20</sup> Erfahrungen mit dieser in Deutschland schon lange bestehenden Rechtslage bestätigen, dass diese Annahme zutrifft.

### 7 Ergebnis

Die obigen Ausführungen haben ergeben, dass nach Art. 37 DSGVO und § 38 BDSG gesetzlich hart formulierte Pflichten zur Benennung von Datenschutzbeauftragten bestehen. Bei Kleinstunternehmen können aber die Aufsichtsbehörden bei Unverhältnismäßigkeit daran gehindert sein, diese Pflicht **hoheitlich durchzusetzen**.

Es ist gerade Kleinstunternehmen nicht zuzumuten, das Sanktionsrisiko einer Nichtbenennung einzugehen oder übermäßige Ausgaben für einen externen Datenschutzbeauftragten vorzunehmen, wenn eine Sanktionierung der Missachtung der Benennungspflicht unverhältnismäßig wäre. Es ist daher geboten, dass sich die Datenschutzaufsichtsbehörden dieser Frage annehmen und durch **gemeinsame Auslegungshinweise** festlegen, unter welchen Voraussetzungen durch sie trotz

---

<sup>19</sup> Frenzel in Paal/Pauly Art. 83 DSGVO Rn. 11.

<sup>20</sup> Kühling/Sackmann in Kühling/Buchner § 38 BDSG Rn. 10.

Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen eine Nichtbenennung von Datenschutzbeauftragten akzeptiert wird.

## Literatur

Däubler, Wolfgang/Wedde, Peter/Weichert, Thilo/Sommer, Imke, EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu, 2018.

Ehmann, Eugen/Selmayr, Martin, Datenschutz-Grundverordnung, 2017.

Kühling, Jürgen/Buchner, Benedikt, DS-GVO – BDSG, Kommentar, 2. Aufl. 2018.

Paal, Boris P./Pauly, Daniel A., Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl. 2018.

Roßnagel, Alexander, Handbuch Datenschutzrecht, 2003.

Schantz, Peter/Wolff, Heinrich Amadeus, Das neue Datenschutzrecht, 2017.

## Abkürzungen

ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
DSGVO	Europäische Datenschutz-Grundverordnung
EG	Europäische Gemeinschaften
ErwGr	Erwägungsgrund (der DSGVO)
EU	Europäische Union
GRCh	Europäische Grundrechte-Charta
i. S. v.	im Sinne von
IT	Informationstechnik
lit.	Buchstabe
Nr.	Nummer
Rn.	Randnummer
S.	Satz oder Seite
s. o.	siehe oben
z. B.	zum Beispiel