

Formularhandbuch Datenschutzrecht

Koreng / Lachenmann

4. Auflage 2025
ISBN 978-3-406-81141-8
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

§ 8 Laufzeit, Beendigung

(1) Dieser Dienstvertrag hat eine Laufzeit von [zwei] Jahren ab dem Tag der Unterzeichnung. Er verlängert sich jeweils zum Laufzeitende um [zwei] weitere Jahre, wenn er nicht vor Ablauf der jeweiligen Laufzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Laufzeitende gekündigt wird. Auf den Bestand dieses Dienstvertrags hat ein Wechsel in der Person des Beauftragten keinen Einfluss.

(2) Das Recht beider Parteien zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt. Für den Auftraggeber liegt ein zur außerordentlichen Kündigung dieses Dienstvertrags berechtigender wichtiger Grund insbesondere darin, dass wegen mangelnder Qualifikation iSv Art. 37 Abs. 5 DS-GVO keine der vom Dienstleister benannten Personen als Datenschutzbeauftragter vom Auftraggeber benannt werden darf.

(3) Für den Dienstleister liegt ein zur außerordentlichen Kündigung dieses Dienstvertrags berechtigender wichtiger Grund insbesondere darin, dass der Auftraggeber eine erforderliche Mitwirkungshandlung zur Erfüllung dieses Dienstvertrags nicht binnen einer vom Dienstleister bestimmten angemessene Frist ausgeführt hat, sofern der Dienstleister bei Bestimmung der Frist die vorzunehmende Handlung konkret bezeichnet und erklärt hat, dass er den Vertrag außerordentlich kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablauf der Frist vorgenommen werde.¹⁷

§ 9 Verschiedenes

(1) Der Dienstleister verpflichtet sich, jeweils vor Beginn der Leistungserbringung für den Auftraggeber die in diesem Zusammenhang tätigen Personen

- durch separaten Vertrag zugunsten des Auftraggebers auf die Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen des Auftraggebers zu verpflichten, sodass die jeweils tätige Person diese Geheimnisse entsprechend § 90 HGB wie ein Handelsvertreter zu schützen hat, auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit für den Auftraggeber¹⁸
- anzuweisen, dass der Anschein einer Vertretung des Auftraggebers zu vermeiden ist. Dies gilt insbesondere bei der unmittelbaren Beantwortung von Anfragen betroffener Personen durch den Beauftragten¹⁹
- anzuweisen, dass den gesetzlich vorgesehenen Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) gegenüber dem Auftraggeber dadurch Rechnung zu tragen ist, dass der Beauftragte dem Auftraggeber eine von ihm ausgehende unmittelbare Kontaktaufnahme mit der Aufsichtsbehörde vorab ankündigen soll, um dem Auftraggeber Gelegenheit zu geben, zeitnah für Abhilfe zu sorgen und dadurch eine Kontaktaufnahme mit der Aufsichtsbehörde zu vermeiden¹⁹

(2) Die Verträge über die Geheimhaltungspflichten iSv § 9 Abs. 1 erhält der Auftraggeber vom Dienstleister auf dessen Verlangen unverzüglich in Kopie.¹⁸

(3) Beiden Parteien und dem qualifizierten Personal des Dienstleisters sind die dem Beauftragten aus seiner Benennung zum Datenschutzbeauftragten erwachsende Verschwiegenheitsverpflichtung gem. § 38 Abs. 2 BDSG iVm § 6 Abs. 5 S. 2 BDSG sowie der Straftatbestand des § 203 Abs. 4 StGB bekannt.

(4) Der Auftraggeber darf die Benennung des Beauftragten sowie die Nachweise seines Fachwissens iSv Art. 37 Abs. 5 DS-GVO bei berechtigtem Interesse gegenüber Dritten offenlegen, etwa der zuständigen Aufsichtsbehörde, seinen Auftraggebern

bei einer Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DS-GVO oder mit ihm gem. Art. 26 DS-GVO gemeinsam Verantwortlichen. Dieser Dienstvertrag ist vom Auftraggeber grundsätzlich geheim zu halten. Auch Teile davon dürfen nur nach vorheriger, schriftlicher (§ 126 Abs. 1 BGB), in jedem Einzelfall erneut einzuholender Zustimmung des Dienstleisters gegenüber Dritten offengelegt werden. Dies gilt nicht für eine Offenlegung des Vertrags, soweit der Auftraggeber dazu gesetzlich oder kraft behördlicher Anordnung verpflichtet ist oder sie gegenüber einem Dritten erfolgt, der von Berufs wegen zur Verschwiegenheit verpflichtet und vom Auftraggeber angewiesen ist, den Vertrag im Übrigen geheim zu halten.

(5) Der Auftraggeber verpflichtet sich, das qualifizierte Personal des Dienstleisters während der Laufzeit dieses Dienstvertrags nicht abzuwerben sowie für den Fall, dass das Vertragsverhältnis zwischen einer zum qualifizierten Personal gehörenden Person und dem Dienstleister gleich aus welchem Rechtsgrund enden sollte, die betroffene Person bis zum Ablauf von zwölf Monaten nach Beendigung jenes Vertragsverhältnisses nicht zu beschäftigen, sofern nicht der Dienstleister die Beendigung herbeigeführt oder im Einzelfall vorher schriftlich (§ 126 Abs. 1 BGB) zugestimmt hat.¹⁰

(6) Ungeachtet seiner Verpflichtungen aus Art. 32 Abs. 1 DS-GVO garantiert der Dienstleister dem Auftraggeber, falls es sich hierbei um einen Berufsgeheimnisträger iSd § 203 StGB handelt, eine physikalische Trennung von den Vorgängen anderer Auftraggeber.²⁰

Für den Auftraggeber:

Für den Dienstleister:

(Ort, Datum)

(Ort, Datum)

(Unterschrift, Funktion des
Unterzeichners)

(Unterschrift, Funktion des
Unterzeichners)

Anmerkungen

1. Vertragsparteien. Dieses Muster gilt für das Drei-Personen-Verhältnis (→ Form. B. I. 1. Anm. 3). Der Kreis der potenziell für das Dienstleistungsunternehmen bei dem (allein oder gemeinsam) Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter als Datenschutzbeauftragter (DSB) tätigen natürlichen Personen ist nicht auf diejenigen Personen beschränkt, die mit dem Dienstleistungsunternehmen in einem Arbeitsverhältnis stehen (→ Form. B. I. 1. Anm. 3). Für das Hilfspersonal wurde der Kreis der in Betracht kommenden Personen bewusst auf Arbeitnehmer beschränkt (→ Anm. 5).

2. Dienstvertrag. Bei der Benennung eines externen DSB handelt es sich im Zwei- und im Drei-Personen-Verhältnis (→ Form. B. I. 1. Anm. 3) bei dem der Benennung zugrunde liegenden Vertrag um einen Dienstvertrag iSd §§ 611 ff. BGB (→ Form. B. II. 1. Anm. 2). Im Folgenden sind nur die Bestimmungen des Musters kommentiert, die den Besonderheiten des Drei-Personen-Verhältnisses geschuldet sind oder als Gestaltungsvorschlag vom Muster in → Form. B. II. 1. abweichen.

3. Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Einbeziehung. Die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) ist im unternehmerischen Geschäftsver-

kehr üblich. Deshalb wurden verschiedene Dinge in diesem Muster nicht geregelt, die sich typischerweise in derartigen Bedingungen finden und insoweit als dort vorhanden für dieses Muster unterstellt werden (ausführlich zur Erstellung allgemeiner Geschäftsbedingungen und Musterklauseln von Westphalen/Thüsing VertrR/AGB-Klauselwerke). Dies gilt insbesondere für die Festlegung von Zahlungszielen und Zahlungsmodalitäten, die Verbindlichkeit terminlicher Absprachen, die Haftung des Dienstleisters einschließlich etwaiger Garantien sowie die Schlussbestimmungen (Formerfordernisse, Rechtswahl, Gerichtsstand und salvatorische Klausel; → Form. B. II. 1. § 12). Für AGB ist auch im unternehmerischen Verkehr eine Einbeziehungsvereinbarung erforderlich, sodass AGB nicht durch die bloße Branchenüblichkeit der Verwendung einbezogen werden (BGH 15.1.2014 – VIII ZR 111/13, NJW 2014, 1296). Zwar finden die strengen Anforderungen des § 305 Abs. 2 BGB aufgrund von § 310 Abs. 1 S. 1 BGB keine Anwendung, gleichwohl verlangt der BGH eine „Vereinbarung“, mithin nichts anderes als die von § 305 Abs. 2 BGB verlangte Zustimmung des Vertragspartners des Verwenders. Da die Tätigkeit eines externen DSB die Informationspflichten gem. §§ 2 ff. DL-InfoV auslöst (→ Form. B. II. 1. Anm. 25), treffen diese Pflichten hier den Dienstleister.

4. Arbeitsbelastung des Beauftragten und Hilfspersonal. Wie in → Form. B. I. 1. ist auch in diesem Muster eine Bestimmung enthalten, ab welcher Arbeitsbelastung sich der externe DSB durch Ressourcen unterstützen lassen kann. Diente diese Festlegung beim Vertrag zwischen Auftraggeber und externem DSB im Zwei-Personen-Verhältnis der Vermeidung einer Scheinselbstständigkeit (→ Form. B. II. 1. Anm. 5), bezweckt sie hier einen flexibleren Einsatz der Arbeitskräfte des Dienstleisters. So kann etwa ein in Vollzeit tätiger Arbeitnehmer für mehr als einen Auftraggeber als externer DSB eingesetzt werden.

5. Auswahl des Hilfspersonals. Der Anspruch des DSB auf Unterstützung gem. Art. 38 Abs. 2 DS-GVO kann nicht durch einen Vertrag ausgeschlossen oder begrenzt werden, an dem der DSB nicht als Partei beteiligt ist. Dies wäre ein unwirksamer Vertrag zu Lasten eines Dritten (MüKoBGB/Gottwald § 328 Rn. 261). Auch eine entsprechende Vereinbarung unmittelbar mit dem externen DSB wäre unwirksam, weil der Unterstützungsanspruch aus den unmittelbar aus der Benennung folgenden öffentlich-rechtlichen Rechten des DSB folgt. Zudem beeinträchtigt eine solche vertragliche Verkürzung der Rechte des DSB dessen Zuverlässigkeit iSv Art. 37 Abs. 5 DS-GVO (→ Form. B. I. 1. Anm. 2).

Die Auswahl des Hilfspersonals steht dem DSB zu. Zulässig sind insoweit Vereinbarungen darüber, was als „erforderlich“ iSv Art. 38 Abs. 2 DS-GVO mit Blick auf das vom externen DSB benötigte Hilfspersonal anzusehen ist. Durch das mit dem Muster begründete stete Angebot einer ausreichenden Anzahl von Hilfspersonen seitens des Dienstleisters und durch Vereinbarung einer gesonderten (geringeren) aufwandsbezogenen Vergütung für Hilfspersonal in § 5 Abs. 1 des Musters, die zu einer möglichst geringen Belastung des Auftraggebers als Schuldner des Unterstützungsanspruchs aus Art. 38 Abs. 2 DS-GVO führt, wird die Auslegung des Begriffs „erforderlich“ beeinflusst. Die Beschränkung des als Hilfspersonal iSv Art. 38 Abs. 2 DS-GVO in Betracht kommenden Personenkreises auf Arbeitnehmer des Dienstleisters ist mit Blick auf Verschwiegenheitspflichten und die Zulässigkeit der Weitergabe personenbezogener Daten des Auftraggebers an das Hilfspersonal sinnvoll (→ Form. B. II. 1. Anm. 4). Es ist zwar grundsätzlich denkbar, dass der externe

DSB auf weitere externe, bislang nicht beteiligte Dritte als Hilfspersonal zurückgreift und mit diesen Personen selbst Arbeits- oder Dienstverträge schließt. Eine solche Auswahl der Personen läuft jedoch den Interessen von Auftraggeber und Dienstleister zuwider und verletzt wegen der damit einhergehenden Einbeziehung Dritter in die Pflichtenerfüllung des DSB die diesem aus § 241 Abs. 2 BGB als vertragliche Nebenpflichten auferlegten Rücksichtnahmepflichten, sodass dies vertraglich ausgeschlossen sein sollte.

6. Aufrechterhaltung des Fachwissens. Selbst wenn der Unterstützungsanspruch des DSB durch den Dienstvertrag zwischen Auftraggeber und Dienstleister nicht beschränkt werden kann (→ Anm. 5), ist gleichwohl wegen der Verpflichtung des Auftraggebers zur Kostenübernahme nach Art. 38 Abs. 2 DS-GVO für Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen des DSB (→ Form.B.II.1. Anm. 6) eine Schuldübernahme iSv § 415 Abs. 1 S. 1 BGB durch den Dienstleister wegen der insoweit, mangels zwingenden Rechts, freien Vertragsgestaltung durch die Parteien möglich. Zwar ist für die Wirksamkeit der Schuldübernahme die Genehmigung des DSB erforderlich (§ 415 Abs. 1 S. 1 BGB). Der Dienstleister wird jedoch schon durch § 2 Abs. 4 gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet, den Anspruch des DSB rechtzeitig zu erfüllen (§ 415 Abs. 3 S. 1 BGB). Weil der Kostenübernahmeanspruch aus Art. 38 Abs. 2 DS-GVO insoweit gerade die Aufrechterhaltung des Fachwissens iSv Art. 37 Abs. 5 DS-GVO bezweckt, ist diese Vereinbarung damit zusätzlich zur Freistellung gem. § 7 Abs. 1 geboten (→ Anm. 15).

7. Verhinderung oder Ausscheiden des DSB. Ist der Beauftragte an der Erfüllung seiner Aufgaben als DSB gehindert, liegt ein wichtiger Grund für den Widerruf seiner Benennung iSv § 38 Abs. 2 BDSG iVm § 6 Abs. 4 S. 1 BDSG vor. Da in Rechtsprechung und Literatur nicht geklärt ist, ob im Drei-Personen-Verhältnis die Beendigung des Vertrags zwischen DSB und Dienstleistungsunternehmen ein wichtiger Grund für den Widerruf der Benennung ist, sollte die Benennung vorsorglich auf diesen Fall auflösend bedingt werden (→ Form.B.I.1. § 4 Abs. 2). Nach hier vertretener Auffassung ist die Beendigung des Dienstvertrags des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters mit dem Dienstleistungsunternehmen ein wichtiger Grund, der für sich bereits zum Widerruf der Benennung berechtigt. Denn mit der Beendigung des Dienstvertrags entfällt das der Benennung zugrunde liegende Vertragsverhältnis, welches für die Wirksamkeit der Benennung notwendig ist (→ Form.B.I.1. Anm. 1, → Anm. 11). Die auflösende Bedingung in der Benennungserklärung ist deshalb ausschließlich zur Vermeidung entbehrlicher Auseinandersetzungen erforderlich.

8. Konnexität. Die Benennung zum DSB und der zugrunde liegende Dienstvertrag sind in ihrem Bestand wechselseitig voneinander abhängig, sog. Konnexität (→ Form.B.I.1. Anm. 11). Es liegt jedoch im Interesse des Dienstleisters, den Dienstvertrag selbst dann fortzusetzen, wenn ein Wechsel in der Person des DSB erforderlich ist. Dem wird durch die Bestimmungen in §§ 2 Abs. 6, 8 Abs. 3 Rechnung getragen. Die Konnexität wird gewahrt, indem der Widerruf der Benennung des alten DSB nur wirksam ist, wenn gleichzeitig ein neuer DSB benannt wird. Verfügt der Dienstleister nicht über iSd Art. 37 Abs. 5 DS-GVO zuverlässiges und fachkundiges qualifiziertes Personal, ist der Auftraggeber nach § 8 Abs. 2 des Musters zur außerordentlichen Kündigung des Dienstvertrags aus wichtigem Grund berechtigt und hierzu nach dem Widerruf der Benennung des alten DSB auch gezwungen.

9. Niederlegung des Amtes durch den DSB. Weil der Beauftragte an diesem Dienstvertrag nicht beteiligt ist, kann kein Verzicht auf das Recht zur Amtsniederlegung vereinbart werden (anders in → Form.B.II.1. § 8 Abs. 2). Das in diesem Fall drohende Problem mit der Konnexität (→ Anm. 8) wird mit § 2 Abs. 6 gelöst. Bei sofortiger Niederlegung des Amtes durch den alten DSB ist gem. § 2 Abs. 6 unverzüglich ein neuer DSB zu benennen. Im Übrigen gelten § 8 Abs. 2, Abs. 3 des Musters.

10. Schutzklauseln zugunsten des Dienstleisters. § 2 Abs. 7 des Musters schützt den Dienstleister davor, dass der Auftraggeber einen Dritten zum DSB benennt und sodann versucht, vertragswidrig unter Berufung auf § 626 BGB oder § 313 BGB sich vom Dienstvertrag zu lösen oder unter Hinweis auf fehlende Gegenleistungen des Dienstleisters wenigstens weitere Vergütungszahlungen einzustellen. Hiermit wird ein Aushebeln des Vertrags durch den Auftraggeber verhindert, sodass die Klausel nicht wegen eines Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 BGB unwirksam ist. § 9 Abs. 5 begründet ergänzend ein Abwerbungsverbot zugunsten des Dienstleisters, da § 4 Nr. 4 UWG mangels Wettbewerbsverhältnis zwischen Auftraggeber und Dienstleister in den meisten Fällen nicht greifen dürfte. Wegen des Verzichts auf eine Vertragsstrafe zu Lasten des Auftraggebers bei Zuwiderhandlungen ist die hier vorgeschlagene Schutzklausel auch ohne Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB in AGB zulässig (ua OLG München 26.1.1994 – 7 U 5841/93, NJW-RR 1994, 867; OLG Köln 19.12.2013 – 15 U 99/13, BeckRS 2014, 02437).

11. Organisatorische Absprachen. Die von Auftraggeber und DSB zu treffenden organisatorischen Absprachen betreffen unterschiedliche Regelungsgegenstände (→ Form.B.II.1. Anm. 8). Vermieden werden muss allerdings, dass der DSB in Vertretung des Dienstleisters den Dienstvertrag ändert. Ist in den AGB des Dienstleisters (→ Anm. 3) Schriftform iSv § 126 Abs. 1, Abs. 2 BGB für Änderungen und Ergänzungen dieses Dienstvertrags vorgesehen (zur Zulässigkeit → Form.B.II.1. Anm. 9), scheidet eine Änderung des Dienstvertrags durch organisatorische Absprachen jedenfalls auch an § 3 Abs. 1 S. 4 des Musters, wenn die organisatorischen Absprachen nur in Textform (§ 126b BGB) zwischen Auftraggeber und DSB getroffen werden. Die organisatorischen Absprachen sind im Übrigen zwingend zwischen Auftraggeber und DSB zu treffen, weil der Dienstleister nicht über die Ausübung des Unterstützungsanspruchs durch den DSB aus Art. 38 Abs. 2 DS-GVO entscheiden darf (→ Anm. 5).

12. Eingliederung. Die Bestimmung soll einer gelebten Vertragspraxis vorbeugen, die zur Bewertung des Dienstvertrags als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag führen könnte (dazu Willemsen/Mehrens NZA 2019, 1473). Schuldhaftes Zuwiderhandlungen durch den Auftraggeber lösen Schadensersatzansprüche des Dienstleisters gem. § 280 Abs. 1 BGB aus. Damit kann der Aufwand aufgefangen werden, der dem Dienstleister dadurch entsteht, dass er neues qualifiziertes Personal suchen und einstellen muss, falls der DSB gem. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG zum Arbeitnehmer des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters wurde (→ Form.B.I.1. Anm. 9).

13. Absicherung der Unabhängigkeit. Weil die Anordnung der Weisungsfreiheit des Handelns des DSB durch Art. 38 Abs. 3 S. 1 DS-GVO im Verhältnis von Dienstleister zu DSB nicht greift (→ Form.B.I.1. Anm. 13), ist eine Bestimmung im Vertrag erforderlich, welche die Weisungsfreiheit des DSB absichert. Sollte der DSB nicht Arbeitnehmer des Dienstleisters sein, sind ggf. weitergehende Handlungen er-

forderlich. Wird zB ein Organmitglied oder geschäftsführender Gesellschafter des Dienstleisters beim Auftraggeber als externer DSB tätig, bedarf es zusätzlich zu § 3 Abs. 3 des Musters eines Gesellschafterbeschlusses beim Dienstleister, wonach dem DSB in Ausübung seines Fachwissens auf dem Gebiet des Datenschutzes keine Weisungen durch den Dienstleister erteilt werden. In diesem Fall genügt ein Weisungsverzicht durch den Dienstleister nicht, weil dessen Gesellschafter durch Gesellschafterbeschlüsse ihre Organmitglieder oder geschäftsführende Gesellschafter jedenfalls im Innenverhältnis binden könnten, was einer Weisung gleichkommt.

14. Pauschalvergütung. Abweichend zum Muster für das Zwei-Personen-Verhältnis (→ Form.B.II.1., § 4 Abs. 1) wurde hier auf die exemplarische Benennung von durch die Pauschalvergütung erfassten Tätigkeiten verzichtet. Während im Zwei-Personen-Verhältnis der externe DSB vom Auftraggeber gestützt auf Art. 38 Abs. 2 DS-GVO einen Ersatz seiner Aufwendungen für das Beschäftigen eigener Arbeitnehmer als Hilfspersonal verlangen kann (→ Form.B.II.1. § 7 Abs. 4; zu den umlagefähigen Kosten → Form.B.II.1. Anm. 5), führt der strukturelle Unterschied zwischen Zwei- und Drei-Personen-Verhältnis dazu, dass der Dienstleister eine feste Vergütung unter Einbeziehung des Hilfspersonals vereinbart und dabei alle anfallenden Kosten in der Pauschale wirtschaftlich üblicherweise mit einkalkuliert.

15. Freistellung des Auftraggebers. § 6 Abs. 1 S. 2 stellt klar, dass der gesetzliche Unterstützungsanspruch des DSB gegen den Auftraggeber (→ Anm. 6) von der Vergütungsvereinbarung zwischen Auftraggeber und Dienstleister unberührt bleibt. Weil eine Schuldübernahme durch den Dienstleister der Genehmigung durch den DSB bedürfte (→ Anm. 6), dient die Freistellung des Auftraggebers durch den Dienstleister in § 7 Abs. 1 des Musters der Absicherung des Auftraggebers für den Fall, dass der DSB den gesetzlichen Unterstützungsanspruch unmittelbar gegenüber dem Auftraggeber geltend macht und eine Schuldübernahme durch den Dienstleister vertragswidrig ablehnt. Da eine solche schuldbeitfreiende Leistung durch den Dienstleister nach § 267 Abs. 1 S. 2 BGB wiederum der Zustimmung durch den Auftraggeber bedürfte, wird durch § 7 Abs. 1 des Musters sichergestellt, dass der Auftraggeber der Leistungserbringung durch den Dienstleister nicht widerspricht. Damit steht dem DSB kein Recht mehr zu, Leistungen des Dienstleisters anstelle des Auftragnehmers in Erfüllung des Unterstützungsanspruchs aus Art. 38 Abs. 2 DS-GVO abzulehnen, vgl. § 267 Abs. 2 BGB. Die Begrenzung in § 7 Abs. 1 auf nicht-höchstpersönliche Leistungspflichten des Auftraggebers ist unverzichtbar. Eine Leistungserbringung durch den Dienstleister ist nämlich nicht möglich, wenn der Auftraggeber gem. Art. 38 Abs. 2 DS-GVO eine aktive Mitwirkung, mithin Realakte schuldet (vgl. § 8 Abs. 3; → Form.B.I.1. Anm. 10).

16. Hinweis an den DSB. Der Hinweis an den DSB, wonach er die ihm kraft DS-GVO zustehenden Unterstützungsansprüche (gegenüber dem Auftraggeber als Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter) unmittelbar gegenüber dem Dienstleister geltend machen soll, macht den Dienstvertrag nicht zu einem echten Vertrag zugunsten eines Dritten iSv § 328 Abs. 1 BGB. Hierdurch wird kein separater Leistungsanspruch des DSB geschaffen, sondern lediglich vereinbart, dass der DSB als Gläubiger des Anspruchs gegen den Auftraggeber sich unmittelbar an den Dienstleister wenden kann, der seinerseits dem Auftraggeber Freistellung versprochen hat.

17. Außerordentliche Kündigung bei unterlassener Mitwirkung. Die Bestimmung ist § 643 BGB nachempfunden, der im Werkvertragsrecht eine Kündigungsmöglichkeit des Auftraggebers bei unterlassener Mitwirkung des Auftragnehmers vorsieht. Ohne eine solche Klausel könnte der Auftraggeber durch Nichtvornahme unvertretbarer Handlungen, die für den externen DSB zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich sind (→ Form. B. I. 1. Anm. 10), diesen an Ausübung seiner Tätigkeit hindern und damit den Dienstleister an der Erbringung der aus dem Dienstvertrag dem Auftraggeber gegenüber geschuldeten Leistungen.

18. Geheimhaltungspflichten. Den Dienstleister und alle für ihn tätigen Personen treffen gegenüber dem Auftraggeber kraft Gesetzes keine besonderen Geheimhaltungspflichten (→ Form. B. II. 1. Anm. 22, → Anm. 23, → Anm. 24). § 23 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist zwar auf die für den Dienstleister tätigen Personen anwendbar, schützt aber nicht die Geheimnisse des Auftraggebers, sondern die des Dienstleisters vor einer Offenbarung durch den DSB. Deshalb ist die vertragliche Vereinbarung eines Geheimnisschutzes mit dem DSB und dem Hilfspersonal erforderlich. Genügt der entsprechend § 90 HGB geschuldete Geheimnisschutz den Interessen des Auftraggebers nicht oder soll dieser auf den Dienstleister, ggf. unter Vereinbarung einer Vertragsstrafe, erweitert werden, bieten sich gesonderte Geheimhaltungsvereinbarungen an (→ Form. G. IV. sowie → Form. C. VII. 5.).

19. Weisungen an den DSB. Die im Muster vorgesehenen Weisungen an den DSB beziehen sich nicht auf die Ausübung seines Fachwissens auf dem Gebiet des Datenschutzes für den Auftraggeber (→ Anm. 13) und sind deshalb zulässig. Durch die zweite Weisung zur vorherigen Ankündigung einer Kontaktaufnahme mit der Aufsichtsbehörde wird der DSB nicht zu einem bestimmten Vorgehen beim Umgang mit Datenschutzvorfällen gezwungen. Das Recht des DSB, sich unmittelbar an die Aufsichtsbehörde zu wenden (→ Form. B. I. 1. Anm. 7), wird durch die hier vorgeschlagene Klausel nicht eingeschränkt. Die Verwendung des Wortes „soll“ stellt klar, dass eine Information an den Auftraggeber nicht zwingend zu erfolgen hat, sondern nur, wenn es mit der Rechtslage nach DS-GVO und BDSG noch vereinbar ist.

20. Physikalische Mandantentrennung. Die für den Auftraggeber als DSB tätige natürliche Person ist als Kontrollstelle iSd DS-GVO (→ Form. B. I. 1. Anm. 6) kein eigener Verantwortlicher iSd Art. 4 Nr. 7 DS-GVO wegen ihres Umgangs mit personenbezogenen Daten des Auftraggebers. Verantwortlicher ist im Drei-Personen-Verhältnis zwischen Auftraggeber, Dienstleister und DSB allein der Dienstleister (→ Form. B. II. 1. Anm. 4). Deshalb ist der Dienstleister bereits durch Art. 32 Abs. 1 DS-GVO verpflichtet, die erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen zum Datenschutz zu treffen. Danach ist mindestens eine logische Trennung verschiedener Datenbestände zu realisieren, die insbesondere durch die Verwendung mandantenfähiger Software erreicht wird (siehe BayLDA Orientierungshilfe Mandantenfähigkeit v. 11.10.2012).

§ 9 Abs. 6 des Musters sieht demgegenüber eine aufwendigere physikalische Trennung bei einem Berufsheimnisträger iSd § 203 StGB als Auftraggeber vor, die sich nicht nur auf personenbezogene Daten des Auftraggebers bezieht, sondern auf den gesamten Vorgang. Hiernach sind alle Akten und anderen Dokumente sowie Datenträger des Auftraggebers von denen anderer Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter physikalisch getrennt zu halten. Diese strikte Trennung soll es dem Dienstleister ermöglichen, eben auch für Berufsheimnisträger iSv § 203 StGB tätig

zu werden. Denn dies setzt voraus, dass das dem DSB zustehende Zeugnisverweigerungsrecht zum Schutze der Privatgeheimnisse auf den externen DSB gem. § 38 Abs. 2 BDSG iVm § 6 Abs. 6 S. 1 BDSG ausgedehnt wird. Diese Normen würden unterlaufen, falls es das flankierende Beschlagnahmeverbot des § 38 Abs. 2 BDSG iVm § 6 Abs. 6 S. 3 BDSG nicht gäbe. Ohne die durch § 9 Abs. 6 zugesicherte strikte physikalische Trennung würde § 38 Abs. 2 BDSG iVm § 6 Abs. 6 S. 3 BDSG jedoch leerlaufen. Deshalb ist der externe DSB jedenfalls bei einem Tätigwerden für Berufsgeheimnisträger ohnehin gesetzlich zur physikalischen Trennung verpflichtet. Anderenfalls wäre der Schutz der Privatgeheimnisse latent gefährdet.

3. Aufhebungsvertrag der Parteien

§ 1

Die Parteien sind sich darüber einig, dass der zwischen ihnen bestehende Dienstvertrag über die Tätigkeiten eines externen Datenschutzbeauftragten mit sofortiger Wirkung beendet wird.¹

§ 2

Der Auftraggeber widerruft hiermit die Benennung des Beauftragten zum externen Datenschutzbeauftragten mit sofortiger Wirkung.²

§ 3

[Vor- und Nachname des Datenschutzbeauftragten] wird dem Auftraggeber unverzüglich nach Zustandekommen dieses Aufhebungsvertrags folgende Gegenstände am Sitz des Auftraggebers übergeben bzw. zurückgeben.³
[...]

§ 4

Die Parteien sind sich darüber einig, dass alle bislang entstandenen, wechselseitigen Ansprüche der Parteien, gleich ob bekannt oder unbekannt, mit Erfüllung der vorstehenden Übergabe- bzw. Rückgabepflichten erledigt sein sollen.⁴

§ 5

Von diesem Aufhebungsvertrag unberührt bleiben die zwischen den Parteien vereinbarten sowie die mit den Tätigkeiten zusammenhängenden, gesetzlich bestimmten Verschwiegenheitspflichten und alle wechselseitigen Ansprüche im Hinblick auf diese Pflichten sowie wegen Verletzung dieser Pflichten. Vereinbarte Geheimhaltungspflichten gelten zeitlich unbefristet fort.⁵

Für den Auftraggeber:

Der Beauftragte:

(Ort, Datum)

(Ort, Datum)

(Unterschrift, Funktion des Unterzeichners)

(Unterschrift des Beauftragten)