

## **Der Datenschutzbeauftragte in der Apotheke**

Juliane Franze, Berlin Der Datenschutzbeauftragte ist Dreh- und Angelpunkt für alle datenschutzrechtlichen Themen im Betrieb und unterstützt Mitarbeiter und Betriebserlaubnisinhaber bei der Einhaltung des Datenschutzrechts. Mit der ab 25. Mai 2018 geltenden Datenschutz-Grundverordnung (kurz DS-GVO) wird der Datenschutzbeauftragte nun auch auf EU-Ebene mit Wirkung für alle Mitgliedstaaten geregelt. Zur Vorbereitung auf die kommende neue Rechtslage stellt sich für viele Betriebserlaubnisinhaber die Frage, ob sie einen Datenschutzbeauftragten benennen müssen. Kommt der Betriebserlaubnisinhaber zu dem Schluss, dass sein Betrieb einen Datenschutzbeauftragten braucht oder möchte er bei Unsicherheiten vorsichtshalber freiwillig einen solchen benennen, schließen sich viele Fragen an. Welche Qualifikationen muss der künftige Datenschutzbeauftragte haben, welche Aufgaben hat er im Betrieb, wie wird das Verhältnis zwischen dem Datenschutzbeauftragten und dem Verantwortlichen sein, soll ein interner oder doch ein externer Datenschutzbeauftragter bestellt werden? Im Folgenden soll auf diese Fragestellungen eingegangen werden.

### **Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten**

Unter welchen Voraussetzungen eine Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten besteht, wird in Artikel 37 Absatz 1 DS-GVO und in § 38 Absatz 1 BDSG-neu geregelt. So ist ein Datenschutzbeauftragter zu benennen, wenn in der Regel mindestens 10 Personen ständig mit der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind. Zu den automatisierten Verarbeitungen in der Apotheke zählen z. B. Rezeptabrechnungen oder die Zahlungen mit EC- und Kreditkarte. Sollte ein Betrieb weniger als 10 ständig mit der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten Beschäftigte haben, muss ein Datenschutzbeauftragter gleichwohl unabhängig von der Mitarbeiteranzahl benannt werden, wenn eine Datenschutz-Folgenabschätzung im Betrieb durchzuführen ist. Eine Folgenabschätzung ist gemäß Art. 35 DS-GVO immer dann durchzuführen, wenn eine Verarbeitung voraussichtlich ein besonders hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen (keine Unternehmen, sondern Privatpersonen) zur Folge haben kann. Hier bestehen noch erhebliche Rechtsunsicherheiten in der Interpretation dieser Norm, die sich voraussichtlich erst durch gerichtliche Entscheidungen in den kommenden Jahren klären werden und die Apotheken und andere Betriebe bis dahin im Ungewissen lassen. Ein Datenschutzbeauftragter ist darüber hinaus unter den Voraussetzungen des Art. 37 DS-GVO zu benennen, wenn die Kerntätigkeit des Verantwortlichen (Betriebserlaubnisinhaber) in der umfangreichen Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten besteht. Von dieser Vorschrift sind Apotheken nach Auffassung der Autorin grundsätzlich nicht erfasst, da die Kerntätigkeit einer Apotheke in der Abgabe von und Beratung zu Arzneimitteln, Medizinprodukten und apothekenüblichen Waren liegt und nicht in der Datenverarbeitung. (Vertiefende Ausführungen zur Benennung des Datenschutzbeauftragten und zur Berechnung der 10-Personen-Regel finden sich in der PZ Ausgabe 03/2018 S. 46 f.)

Sofern keine Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten besteht oder der Verantwortliche unsicher ist, ob er der Bestellungspflicht unterliegt, kann jederzeit freiwillig ein Datenschutzbeauftragter benannt werden. Ist ein Datenschutzbeauftragter bestellt, sind dessen dienstliche Kontaktdaten ab dem 25. Mai 2018 der zuständigen Aufsichtsbehörde bzw. dem jeweiligen Landesdatenschutzbeauftragten zu melden.

### **Form und Dauer der Bestellung**

Im Rahmen der Entwicklung der DS-GVO sah der Kommissionsentwurf noch 2 Jahre als Mindestdauer für die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten vor. In der finalen und beschlossenen Fassung der

Verordnung wird jedoch keine Mindestdauer mehr festgelegt, wodurch es dem Verantwortlichen freigestellt ist, ob er eine befristete Bestellung des Datenschutzbeauftragten wünscht. Empfehlenswert ist aber eine kontinuierliche und zuverlässige Betreuung des Datenschutzes durch einen unbefristet bestellten Datenschutzbeauftragten. Auch die Form der Bestellung ist nicht geregelt, es empfiehlt sich jedoch zu allgemeinen Beweis Zwecken die Schriftform. Von der Bestellung zu unterscheiden ist jedoch die oben beschriebene Benennung des Datenschutzbeauftragten bei der Aufsichtsbehörde und die unten beschriebene Veröffentlichung seiner dienstlichen Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten z. B. zur Kontaktaufnahme durch Betroffene.

### **Aufgaben und Anforderungen**

Der Datenschutzbeauftragte ist gemäß Artikel 37 Absatz 5 DS-GVO auf der Grundlage seiner beruflichen Qualifikation und insbesondere seines Fachwissens auf dem Gebiet des Datenschutzrechts und der Datenschutzpraxis sowie auf der Grundlage seiner Fähigkeiten zur Erfüllung seiner Aufgaben zu benennen. Artikel 39 DS-GVO benennt die mindestens zu erfüllenden Aufgaben des Datenschutzbeauftragten. Demnach übernimmt der Datenschutzbeauftragte die Unterrichtung und Beratung des Verantwortlichen sowie der Beschäftigten über ihre datenschutzrechtlichen Pflichten, Überwachung der Einhaltung des Datenschutzrechts, insbesondere der Zuweisung von Zuständigkeiten, der Sensibilisierung und Schulung der an den Verarbeitungsvorgängen beteiligten Mitarbeiter und der diesbezüglichen Überprüfung. Dies bedeutet nicht, dass der Datenschutzbeauftragte die Schulungen der Mitarbeiter selbst durchführen muss, ihm obliegt lediglich die Kontrolle und Bratung zum Thema Mitarbeiterschulungen. Dass Mitarbeiter geschult werden, fällt allein in den Aufgabenbereich des Verantwortlichen bzw. Betriebserlaubnisinhaber. Der Verantwortliche kann jedoch mit dem Datenschutzbeauftragten vereinbaren, dass dieser Schulungen organisiert oder auch durchführt. Unter dem Begriff der Unterrichtung und Beratung ist zu verstehen, dass der Datenschutzbeauftragte den Verantwortlichen und die jeweiligen Beschäftigten über ihre Pflichten nach dem Datenschutzrecht auf EU- und nationaler Ebene informiert. In der Beratung auf allen Hierarchieebenen des Betriebes soll der Datenschutzbeauftragte bei der Findung von Lösungen für konkrete datenschutzrechtliche Probleme unterstützen.

Weiterhin zählen die Mitwirkung bei der Datenschutzfolgenabschätzung vor risikoreichen Datenverarbeitungen, die Überwachung ihrer Durchführung sowie die Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde und das Agieren als deren Anlaufstelle zu den Aufgaben des Datenschutzbeauftragten. Dadurch wird der Verantwortliche nach außen sachkundig vertreten und die Behörde hat direkt einen fachkundigen Ansprechpartner. Der Datenschutzbeauftragte ist auch berechtigt, gegebenenfalls die Aufsichtsbehörde von sich aus zu konsultieren. Er darf die Aufsichtsbehörde bei Fragen zur konkreten Anwendung des Datenschutzes kontaktieren, wenn seine Stellung als Datenschutzbeauftragter beeinträchtigt wird oder das Datenschutzrecht verletzt wird. Dabei hat der Datenschutzbeauftragte jedoch immer seine Loyalität und Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit gegenüber dem Verantwortlichen zu achten, indem er zuvor alle Möglichkeiten zur Abhilfe gegen die datenschutzrechtlichen Verstöße ausschöpft. Erst wenn der Verantwortliche es bei den Verstößen belässt oder eine geplante Verarbeitung eine schwere Beeinträchtigung für die Rechte und Freiheiten betroffener Personen zur Folge hätte, ist der Datenschutzbeauftragte verpflichtet, die Aufsichtsbehörde zu informieren.

Er ist jedoch nicht nur Anlaufstelle für die Aufsichtsbehörde, sondern auch für die Betroffenen. Gemäß Artikel 38 Absatz 4 DS-GVO können betroffene Personen den Datenschutzbeauftragten zu allen Fragen im Zusammenhang mit der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten und mit der Wahrnehmung

ihrer Rechte nach der DS-GVO zu Rate ziehen. Stellt ein Patient beispielsweise in der Apotheke fest, dass Mitarbeiter der Apotheke ihn betreffende Daten, etwa über seine OTC-Käufe, ohne seine Einwilligung dokumentieren, so kann er den Datenschutzbeauftragten konsultieren. Der Datenschutzbeauftragte prüft anschließend die Beschwerde, informiert den Betroffenen über das Ergebnis und wirkt daraufhin, dass etwaige Verstöße gegen Betroffenenrechte abgestellt werden. Im genannten Beispiel müsste der Datenschutzbeauftragte den Verantwortlichen zur Löschung auffordern. In solchen Konstellationen, in denen sich externe Dritte an den Datenschutzbeauftragten wenden, ist er gemäß Artikel 38 Absatz 5 DS-GVO in Verbindung mit §§ 38 Absatz 2 und 6 Absatz 5 BDSG-neu zur Verschwiegenheit über die Identität der betroffenen Personen und über Umstände, die Rückschlüsse auf diese zulassen, verpflichtet, sofern der Datenschutzbeauftragte nicht von der betroffenen Person von seiner Pflicht zur Verschwiegenheit befreit wurde. Die Vertraulichkeitspflicht gilt jedoch nicht nur gegenüber betroffenen, externen Personen, sondern auch zum Wohle von betroffenen Beschäftigten, die sich so ohne Angst vor beruflichen Nachteilen an den Datenschutzbeauftragten wenden können. Er ist zudem zur Verschwiegenheit bzgl. betriebsinterner Datenverarbeitungen gegenüber Außenstehenden verpflichtet, welches eine Grundbedingung für den Zugang zu Datenverarbeitungen von Berufsgeheimnistägern wie Apothekern ist. Damit der Datenschutzbeauftragte überhaupt von Beschäftigten oder betroffenen Patienten kontaktiert werden kann, schreibt Artikel 37 Absatz 7 DS-GVO die Veröffentlichung seiner dienstlichen Kontaktdaten vor. Es bietet sich an, die Kontaktdaten auf der Webseite der Apotheke unter der Rubrik Datenschutz zu veröffentlichen und eine E-Mailadresse anzugeben, auf die nur der Datenschutzbeauftragte Zugriff hat, um so seiner Pflicht zur Verschwiegenheit nachkommen zu können.

### **Stellung des Datenschutzbeauftragten**

Damit der Datenschutzbeauftragte in seiner Rolle als Überwachungs- und Beratungsinstanz in Sachen Datenschutz agieren kann, spricht ihm das Gesetz eine gewisse Unabhängigkeit zu, vgl. Artikel 38 Absatz 3 und Erwägungsgrund 97 DS-GVO. Zwar kann er dem Verantwortlichen in seiner Beraterfunktion keine verbindlichen Weisungen erteilen, andererseits ist er unabhängig von inhaltlichen oder zeitlichen Weisungen bzgl. seiner Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter und genießt einen Abberufungsschutz und ein Benachteiligungsverbot. Der Datenschutzbeauftragte darf daher nicht wegen der Erfüllung seiner Aufgabe abberufen oder benachteiligt werden und somit nicht nachträglich für z. B. seine datenschutzrechtlichen Einschätzungen sanktioniert werden oder bei Beförderungen diskriminiert werden. Weiterhin hat der Datenschutzbeauftragte einen Sonderkündigungsschutz. Dieser ist zwar nicht in der DS-GVO geregelt, jedoch hat der deutsche Gesetzgeber auf nationaler Ebene einen Sonderkündigungsschutz durch §§ 38 Absatz 2, 6 Absatz 4 BDSG-neu eingeführt. Dieser gilt jedoch nur für die Datenschutzbeauftragten, deren Bestellung eine Pflicht ist bzw. wenn es sich nicht um eine freiwillige Benennung handelt. Der Datenschutzbeauftragte darf daher während seiner Tätigkeit nur aus wichtigem Grund fristlos entlassen werden, wie z. B. bei strafbaren Handlungen gegen den Arbeitgeber etc. Nach dem Ende der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter im Betrieb ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Jahres unzulässig, es sei denn, es liegt ein wichtiger Grund vor.

Sofern er seine Aufgabe als Datenschutzbeauftragter neben weiteren beruflichen Aufgaben im Betrieb in Teilzeit wahrnimmt, muss ihm ausreichend Zeit für seine Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter gewährt werden. Auch dürfen seine weiteren Tätigkeiten im Betrieb keinen Interessenkonflikt darstellen. So besteht ein klarer Interessenkonflikt, wenn sich derjenige, der im großen Umfang im Betrieb personenbezogene Daten verarbeitet oder für die Verarbeitung verantwortlich ist, wie z. B.

der Betriebsinhaber oder ein Leiter der IT, letztlich selbst überwachen und kontrollieren müsste. Zudem muss der Datenschutzbeauftragte neben den ausreichenden zeitlichen Ressourcen auch über ausreichend finanzielle Ressourcen gemessen an den zu erledigenden Aufgaben verfügen. So sollte der Verantwortliche dem Datenschutzbeauftragten z. B. Schulungen ermöglichen.

Weiterhin muss der Verantwortliche bei der Überwachungstätigkeit des Datenschutzbeauftragten gewährleisten, dass er entsprechenden Zugang zu allen Verarbeitungsvorgängen, die personenbezogene Daten involvieren, hat. Gemäß Artikel 38 Absatz 1 DS-GVO soll er frühzeitig und ordnungsgemäß in alle mit dem Schutz personenbezogener Daten zusammenhängenden Fragen einbezogen werden. Nur so kann er den Verantwortlichen auf Verstöße aufmerksam machen und ein effektiver Datenschutz gewährleistet werden.

### **Interner oder externer Datenschutzbeauftragter und die Haftung**

Artikel 37 Absatz 6 DS-GVO gibt jedem Verantwortlichen die Möglichkeit einen internen oder externen Datenschutzbeauftragten zu benennen. Dabei sollte sich der Betriebserlaubnisinhaber bewusst sein, dass er auch bei der Bestellung eines externen oder internen Datenschutzbeauftragten alleiniger Verantwortlicher für die Einhaltung des Datenschutzrechts in seinem Betrieb bleibt. Er ist somit bei Verstößen auch Adressat von Bußgeldern, Strafen, Löschanträgen und Schadensersatzforderungen etc., vgl. Artikel 24 und 82 DS-GVO und kann daher seine Haftung nach der Datenschutzgrundverordnung nicht auf den Datenschutzbeauftragten abwälzen.

Der Datenschutzbeauftragte haftet daneben nur für die ihm obliegenden Pflichten nach den allgemeinen Grundsätzen, z. B. bei einem Verstoß gegen die Verschwiegenheit gemäß § 203 Strafgesetzbuch. Sofern der Datenschutzbeauftragte seinen Pflichten nicht nachkommt, können Schadensersatzansprüche im Innenverhältnis zwischen dem Verantwortlichen gegen den Datenschutzbeauftragten bestehen. An diesem Punkt ist zu differenzieren, ob sich der Verantwortliche für einen externen oder internen Datenschutzbeauftragten entschieden hat. Hat der Verantwortliche einen internen Datenschutzbeauftragten bestellt, so handelt es sich um einen Arbeitnehmer des Betriebserlaubnisinhabers. Die Rechtsprechung hat in analoger Anwendung zu § 254 BGB (Mitverschulden) Grundsätze zur beschränkten Haftung von Arbeitnehmern gegenüber Arbeitgebern entwickelt. Im Rahmen des entwickelten innerbetrieblichen Schadensausgleichs haftet der Arbeitnehmer nur bei Vorsatz für den gesamten Schaden gegenüber dem Arbeitgeber. Bei grob fahrlässigem Verhalten des Arbeitnehmers nimmt die Rechtsprechung abhängig vom Verschuldensgrad eine quotale bzw. anteilige Haftung an. Bei leichter Fahrlässigkeit wird der Arbeitnehmer von der Haftung vollständig freigestellt und der Arbeitgeber hat keinen Schadensersatzanspruch gegen ihn. Es kommt somit häufig vor, dass der Arbeitgeber auf dem Schaden „sitzen bleibt“, der ihm z. B. durch die Inanspruchnahme von betroffenen Personen im Außenverhältnis entstanden ist. Anders sieht es bei der Bestellung eines externen Datenschutzbeauftragten aus. Im Dienstverhältnis zwischen Verantwortlichem und einem externen Datenschutzbeauftragten werden die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs nicht angewendet. Hier kann der Verantwortliche vollständig Rückgriff beim externen Datenschutzbeauftragten nehmen, sofern er im Außenverhältnis auf Schadensersatz in Anspruch genommen wurde. Ein Rückgriffs- bzw. Schadensersatzanspruch besteht nicht oder nur gekürzt, sofern der Verantwortliche selbst den Schaden verursacht hat oder die als richtig zu bewertenden Empfehlungen des Datenschutzbeauftragten missachtet hat.

Bei der Überlegung, ob ein externer oder interner Datenschutzbeauftragter benannt werden soll, muss daher jeder Betriebserlaubnisinhaber abwägen, wie hoch die Risiken für personenbezogene Daten in seinem Betrieb sind, ob er die Tätigkeit einem seiner Angestellten fachlich zu traut, ob es sich finanziell

lohnt, einen eigenen Mitarbeiter für dieses Thema zumindest in Teilzeit abzustellen und zu schulen oder ob doch lieber ein fachkundiger, externer Datenschutzbeauftragter beauftragt werden soll.