



Der Bayerische Landesbeauftragte  
für den Datenschutz

---

## Die förmliche Verpflichtung als Instrument des Datenschutzes

Arbeitspapier

---

## Inhalt

1. Gibt es Regelungen, die aus Gründen des Datenschutzes eine förmliche Verpflichtung vorsehen?.....	4
2. Ist eine förmliche Verpflichtung auch möglich, wenn sie nicht gesetzlich gefordert wird?.....	5
3. Ist jede öffentliche Stelle berechtigt, Personen förmlich zu verpflichten? Welche Regelungen bestehen hinsichtlich der Zuständigkeit?.....	5
4. Ist eine förmliche Verpflichtung von eigenen Beschäftigten erforderlich?.....	6
5. Können ehrenamtliche Gemeinderatsmitglieder förmlich verpflichtet werden?.....	7
6. Wie wird eine förmliche Verpflichtung durchgeführt?.....	7
7. Wirkt eine förmliche Verpflichtung eigentlich auf Dauer?.....	8

Bearbeiter: Dr. Kai Engelbrecht

Version 2.0 | Stand: 1. Oktober 2021

Dieses Arbeitspapier wird ausschließlich in elektronischer Form bereitgestellt.  
Es kann im Internet auf <https://www.datenschutz-bayern.de> in der Rubrik „Datenschutzreform 2018“ abgerufen werden.

Die PDF-Datei ist für den doppelseitigen Ausdruck optimiert.

Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorschriften können im Einzelfall auch strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. Die dabei bedeutsamen Straftatbestände des Strafgesetzbuchs (StGB) – § 203 Abs. 2 StGB (Verletzung von Privatgeheimnissen) sowie § 353b StGB (Verletzung des Dienstgeheimnisses) – können nicht von jeder Bürgerin oder jedem Bürger verwirklicht werden. Sie sind vielmehr in erster Linie an Amtsträger (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) adressiert. Dazu zählen die Beamtinnen und Beamten sowie viele Tarifbeschäftigte in bayerischen öffentlichen Stellen. 1

Mit dem Instrument der förmlichen Verpflichtung können aber auch weitere Personen, welche in die Aufgabenerfüllung einer öffentlichen Stelle einbezogen sind, den Strafandrohungen unterworfen werden. § 203 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und § 353b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB beziehen die „für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten“ in den Anwendungsbereich ein. Als eine solche Person definiert § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB jemanden, der 2

„ohne Amtsträger zu sein,

- a) bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, oder
- b) bei einem Verband oder sonstigen Zusammenschluß, Betrieb oder Unternehmen, die für eine Behörde oder für eine sonstige Stelle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung ausführen,

beschäftigt oder für sie tätig und auf die gewissenhafte Erfüllung seiner Obliegenheiten auf Grund eines Gesetzes förmlich verpflichtet ist[.]“

Die förmliche Verpflichtung richtet sich nach dem **Gesetz über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen** (Verpflichtungsgesetz, nichtamtliche Abkürzung: VerpflG, im Internet abrufbar über <https://www.gesetze-im-internet.de>). 3

Die förmliche Verpflichtung sollte zum einen nicht mit der **Verpflichtung auf das Datengeheimnis** verwechselt werden. Diese Verpflichtung besteht im Anwendungsbereich des Bayerischen Datenschutzgesetzes, ohne dass es eines besonderen Verpflichtungsakts bedürfte, bereits von Gesetzes wegen (Art. 11 Satz 1 Bayerisches Datenschutzgesetz – BayDSG, dazu ausführlich Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz, Förmliche Verpflichtung von Bediensteten bayerischer öffentlicher Stellen auf das Datengeheimnis?, Aktuelle Kurz-Information 13, Internet: <https://www.datenschutz-bayern.de>, Rubrik „Datenschutzreform 2018 – Aktuelle Kurz-Informationen“). Eine Verpflichtung auf das Datengeheimnis – mit einem besonderen Verpflichtungsakt – findet sich übrigens im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), allerdings nur im Anwendungsbereich der Datenschutz-Richtlinie für Polizei und Strafjustiz (§ 53 Satz 2 BDSG). 4

Die förmliche Verpflichtung nach dem Verpflichtungsgesetz ist zum anderen nicht mit **dokumentierten Datenschutzbelehrungen** zu verwechseln, bei denen belehrte Personen eine Bestätigung unterzeichnen. Hier geht es darum, insbesondere Beschäftigten gesetzliche und arbeitsvertragliche Vorgaben zu einem datenschutzkonformen Verhalten zu ver- 5

deutlichen. Eine strafbarkeitsbegründende Wirkung kommt solchen Belehrungen und Bestätigungen nicht zu.

- 6 Das vorliegende Arbeitspapier beantwortet einige im Zusammenhang mit der förmlichen Verpflichtung nach dem Verpflichtungsgesetz immer wieder gestellte Fragen.

## 1. Gibt es Regelungen, die aus Gründen des Datenschutzes eine förmliche Verpflichtung vorsehen?

- 7 Mehrere Vorschriften des **Landesrechts** ordnen eine förmliche Verpflichtung an, um für die betreffenden Personen – gerade oder zumindest auch zur Sicherstellung des Datenschutzes – dieselben strafrechtlichen Bindungen zu begründen, wie sie für Amtsträger gelten. Entsprechende Anordnungen enthalten etwa folgende Vorschriften:

- Art. 108 Abs. 3 Satz 2 Bayerisches Beamtengesetz (BayBG) für Beschäftigte eines Auftragsverarbeiters, der Personalaktendaten im Auftrag einer personalverwaltenden Behörde verarbeitet;
- Art. 96 Abs. 4 Satz 5 Halbsatz 2 BayBG für die Beschäftigten insbesondere eines Versicherungsunternehmens, das mit Geschäften einer Beihilfestelle beauftragt ist;
- § 48 Abs. 7 Satz 2 Bayerische Beihilfeverordnung als Voraussetzung für die Eignung von Gutachterinnen oder Gutachtern, Beratungsärztinnen oder Beratungsärzten sowie sonstigen Stellen, welche die Notwendigkeit und Angemessenheit einzelner geltend gemachter Beihilfeaufwendungen bewerten sollen;
- Art. 4 Abs. 1 Dolmetschergesetz für öffentlich bestellte und beeidigte Dolmetscher;
- Art. 113c Abs. 2 Satz 3 Halbsatz 2 Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen für Dritte, die in Evaluationsgruppen an der externen Evaluation von Schulen mitwirken;
- § 1 Abs. 4 Satz 2 Verordnung über das zentrale elektronische Personenstandsregister für die Vergabe des technischen Administrationsrechts hinsichtlich des elektronischen Personenstandsregisters an nichtbeamtete Personen.

- 8 Im **Bundesrecht** sieht etwa § 30 Abs. 9 Abgabenordnung (AO) vor, dass die Finanzbehörden sich bei der Verarbeitung geschützter Daten nur dann eines Auftragsverarbeiters bedienen dürfen, wenn diese Daten ausschließlich durch Personen verarbeitet werden, die zur Wahrung des Steuergeheimnisses verpflichtet sind. Zu diesen Personen zählen nach § 30 Abs. 3 Nr. 1 AO auch die für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Die Vorgabe aus § 30 Abs. 9 AO gilt für Kommunen, wenn sie Realsteuern (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 AO) oder bestimmte Abgaben verwalten (insbesondere Zweitwohnungsteuer und Fremdenverkehrsbeitrag, vgl. Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c Kommunalabgabengesetz – KAG, nicht dagegen die Hundesteuer, Art. 13 Abs. 7 Satz 1 KAG).

## 2. Ist eine förmliche Verpflichtung auch möglich, wenn sie nicht gesetzlich gefordert wird?

Die förmliche Verpflichtung wird mitunter in Verwaltungsvorschriften empfohlen; eine verpflichtungsberechtigte öffentliche Stelle kann sich aber auch unabhängig von gesetzlichen oder sonstigen Vorgaben dafür entscheiden, ein Tätigwerden in ihrem Aufgabenkreis von einer förmlichen Verpflichtung abhängig zu machen. 9

Die Stelle sollte dies immer dann erwägen, wenn sie externen Personen einen tatsächlichen Zugang zu personenbezogenen Daten eröffnet, der nicht einer Vorabkontrolle im Einzelfall (durch eine entsprechende zugangsgewährende Entscheidung) unterliegt. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um Daten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) handelt. 10

Soll ein nicht-öffentlicher Auftragsverarbeiter für eine verpflichtungsberechtigte öffentliche Stelle besondere Kategorien personenbezogener Daten verarbeiten, sollte diese Stelle vertraglich den Einsatz von förmlich verpflichtetem Personal fordern. Dies gilt auch dann, wenn Unterauftragsverarbeiter Zugang zu personenbezogenen Daten erhalten sollen oder können. Die Verpflichtung ist dann von der verpflichtungsberechtigten öffentlichen Stelle durchzuführen. Lässt eine öffentliche Stelle ihre IT-Infrastruktur durch einen externen Anbieter administrieren und kann dessen Personal personenbezogene Daten einsehen, sollte sie ebenfalls diese Vorgehensweise wählen. Anbietern entsprechender Dienstleistungen sollte in Fällen dieser Art bewusst sein, dass ihre vertraglichen Verpflichtungen nur mit Beschäftigten erfüllt werden können, die bereit sind, die für eine förmliche Verpflichtung erforderliche Erklärung abzugeben. 11

## 3. Ist jede öffentliche Stelle berechtigt, Personen förmlich zu verpflichten? Welche Regelungen bestehen hinsichtlich der Zuständigkeit?

Der datenschutzrechtliche Begriff der öffentlichen Stelle (Art. 1 Abs. 1 bis 4 BayDSG) und der strafrechtliche Begriff der Behörde oder sonstigen Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB und § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VerpflG), sind nicht identisch. Was unter einer Behörde zu verstehen ist, legt Art. 1 Abs. 2 Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz fest. Die sonstigen Stellen hat der Bundesgerichtshof folgendermaßen charakterisiert (Beschluss vom 31. Juli 2018, 3 StR 620/17, BeckRS 2018, 21037, Rn. 16, zu § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB): 12

„Darunter ist nach ständiger Rechtsprechung eine behördenähnliche Institution zu verstehen, die unabhängig von ihrer Organisationsform befugt ist, bei der Ausführung von Gesetzen mitzuwirken, ohne eine Behörde im verwaltungsrechtlichen Sinn zu sein. Ist die Stelle als juristische Person des Privatrechts organisiert, muss sie Merkmale aufweisen, die eine Gleichstellung mit einer Behörde rechtfertigen. Bei einer Gesamtbetrachtung muss sie danach als ‚verlängerter Arm des Staates erscheinen‘ [...]“

Eine öffentliche Stelle im Sinne des Datenschutzrechts ist (nur) zur förmlichen Verpflichtung berechtigt, wenn sie (auch) diese strafrechtlichen Begriffsanforderungen erfüllt. Insbesondere 13

dere bei Kapitalgesellschaften, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen, ist es nicht ausgeschlossen, dass zwar die stärker formalisierte Prüfung nach Art. 1 Abs. 2 BayDSG zu einer Einordnung als öffentliche Stelle führt, die für § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB sowie § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VerpflG geforderte Gesamtbetrachtung jedoch nicht die Berechtigung zur förmlichen Verpflichtung ergibt. Bei den Staatsbehörden und den Behörden der mittelbaren Staatsverwaltung ist diese Berechtigung aber nicht zweifelhaft.

- 14 Die (sachliche) Zuständigkeit für die förmliche Verpflichtung richtet sich nach § 71 Zuständigkeitsverordnung (ZustV). Dort heißt es:

„Für die Verpflichtung nach § 1 des Verpflichtungsgesetzes zuständig sind im Fall von

1. § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Verpflichtungsgesetzes die Behörde oder Stelle, bei der die betreffende Person beschäftigt oder für die sie tätig ist,
2. § 1 Abs. 1 Nr. 2 des Verpflichtungsgesetzes die Behörde oder Stelle, für die der Verband oder sonstige Zusammenschluss, der Betrieb oder das Unternehmen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung ausführt; für die im Brand- und Katastrophenschutz und im Rettungsdienst durchzuführenden Verpflichtungen sind die Freiwilligen Feuerwehren, die Betriebe mit Werkfeuerwehren und die freiwilligen Hilfsorganisationen zuständig, bei denen die betreffende Person beschäftigt oder für die sie tätig ist,
3. § 1 Abs. 1 Nr. 3 des Verpflichtungsgesetzes die Behörde oder Stelle, von der der Sachverständige öffentlich bestellt worden ist.“

- 15 Für den in der Datenschutzpraxis häufigen Fall einer förmlichen Verpflichtung von Beschäftigten eines nicht selbst verpflichtungsberechtigten Auftragsverarbeiters bedeutet dies, dass der verpflichtungsberechtigte Auftraggeber die Verpflichtung vornimmt. Dies gilt auch dann, wenn Beschäftigte eines Unterauftragsverarbeiters zu verpflichten sind.

#### 4. Ist eine förmliche Verpflichtung von eigenen Beschäftigten erforderlich?

- 16 Beschäftigte, die in einem Beamtenverhältnis stehen, sind Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a StGB. Eine Verpflichtung ist nicht erforderlich; sie könnte wegen § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB („ohne Amtsträger zu sein“) ihr Ziel auch nicht erreichen.

- 17 Eigene Tarifbeschäftigte einer verpflichtungsberechtigten öffentlichen Stelle können ebenfalls Amtsträger sein. Dafür müssen sie allerdings nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB

„sonst dazu bestellt [sein], bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen[.]“

- 18 Die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Bestellung (mindestens) verlangte Eingliederung in die Organisationsstruktur (Bundesgerichtshof, Urteil vom 13. Januar 2016, 2 StR 148/15, BeckRS 2016, 4496, Rn. 13) wird regelmäßig vorliegen. Soweit zusätzlich gefordert wird,

„dass der Betroffene mit der selbstständigen Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung betraut ist [...] und [...] diese Aufgaben – wenn auch auf niedriger Ranghöhe – unmittelbar wahrnimmt [...]“,

werden solche Tarifbeschäftigten ausgenommen, die mechanische oder untergeordnete Hilfstätigkeiten ausüben (beispielsweise Reinigungs- und Schreibkräfte sowie Kraftfahrer, siehe im zitierten Urteil Rn. 18 f.)

Haben Tarifbeschäftigte einer verpflichtungsberechtigten öffentlichen Stelle allerdings regelmäßig Zugang zu personenbezogenen Daten – insbesondere der in Art. 9 Abs. 1 DSGVO bezeichneten Art –, sollten sie förmlich verpflichtet werden. Bleibt bei einem Tarifbeschäftigten unklar, ob er (bereits) zu den Amtsträgern zählt, ist eine „unnötig“ durchgeführte förmliche Verpflichtung unschädlich. **19**

## 5. Können ehrenamtliche Gemeinderatsmitglieder förmlich verpflichtet werden?

Die Rechtsstellung des ehrenamtlichen Gemeinderatsmitglieds ist kommunalrechtlich so ausgestaltet, dass die Eigenschaft als Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB regelmäßig nicht begründet wird (näher Bundesgerichtshof, Urteil vom 9. Mai 2006, 5 StR 453/05, BeckRS 2006, 6388, Rn. 22 ff.). Eine Ausnahme kommt nur in Betracht, wenn dem Gemeinderatsmitglied die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben übertragen wird, etwa dem Sportreferenten des Stadtrats die Leitung des städtischen Sportamts. **20**

Die förmliche Verpflichtung eines Gemeinderatsmitglieds würde voraussetzen, dass dieses bei der Gemeinde „beschäftigt oder für sie tätig“ ist (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB). Das ist gerade nicht der Fall: Das durch Wahl erlangte Mandat lässt sich nicht mit einem Beschäftigungsverhältnis oder einem Auftragsverhältnis gleichsetzen. Die insofern zu beachtenden Weisungsrechte wären mit dem freien Mandat des Gemeinderatsmitglieds (dazu grundlegend Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 23. Juli 1984, Vf 15 VII 83, BeckRS 1984, 2813, Rn. 9 ff.) nicht zu vereinbaren. Die gesetzgeberische Entscheidung, das Mandat nicht als Amt auszugestalten, würde nicht respektiert, wenn Gemeinderatsmitglieder „standardmäßig“ nach dem Verpflichtungsgesetz förmlich verpflichtet würden. **21**

## 6. Wie wird eine förmliche Verpflichtung durchgeführt?

Zur Form der Verpflichtung bestimmt § 1 VerpflG: **22**

„(2) Die Verpflichtung wird mündlich vorgenommen. Dabei ist auf die strafrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung hinzuweisen.

(3) Über die Verpflichtung wird eine Niederschrift aufgenommen, die der Verpflichtete mit unterzeichnet. Er erhält eine Abschrift der Niederschrift [...]“

Für die Niederschrift steht ein Formblatt zur Verfügung, das der Bekanntmachung „Durchführung des Verpflichtungsgesetzes“ vom 19. Februar 1975 (FMBl. S. 110), geändert durch **23**

Bekanntmachung vom 29. Dezember 1980 (FMBl. 1981 S. 56), als Anlage beigegeben ist (im Internet abrufbar über <https://www.gesetze-bayern.de>).

- 24 Soweit sich die verpflichtende Stelle Gewissheit über der Identität der zu verpflichtenden Person verschaffen kann, kommt auch eine Verpflichtung im Rahmen einer Videokonferenz in Betracht. In diesem Fall unterzeichnet die Vertreterin oder der Vertreter der verpflichtenden Stelle zunächst zwei Ausfertigungen der Niederschrift. Beide Ausfertigungen werden dann der zu verpflichtenden Person zugeleitet. Diese unterzeichnet ihrerseits beide Ausfertigungen und schickt eine davon an die verpflichtende Stelle zurück (Vorgehensweise entsprechend der Empfehlung in Bayerisches Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr, Handbuch für die Vergabe und Durchführung von Freiberuflichen Dienstleistungen – VHF Bayern, Stand 4/2021, Nr. VI.11.0, Internet: <https://www.stmb.bayern.de>, Rubrik „Bau – Bauthemen – Vergabe- und Vertragswesen – Freiberufliche Dienstleistungen [VHF]“, dort unter Nr. VI.11 auch ein entsprechend angepasster Vordruck für eine Niederschrift).

## 7. Wirkt eine förmliche Verpflichtung eigentlich auf Dauer?

- 25 Eine auf Grundlage des Verpflichtungsgesetzes vorgenommene Verpflichtung bleibt grundsätzlich für die gesamte Dauer der Beschäftigung oder Tätigkeit wirksam. Insbesondere muss die Verpflichtung einer oder eines Beschäftigten im Fall von § 11 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. b StGB nicht wiederholt werden, wenn der Arbeitgeber – etwa als Auftragsverarbeiter – einen neuen Auftrag übernimmt, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung auszuführen.

**Literaturhinweis:** Zu „Maßnahmen der Bewusstseinsbildung“ am Beginn eines Beschäftigungsverhältnisses instruktiv Ehmann, Abschied von der Verpflichtung auf das Datengeheimnis?, ZD 2017, S. 453 f. – Erläuterungen zu § 203 Abs. 2 und § 353b StGB bei Dieterle/Engelbrecht, Der unzulässige Datenumgang und seine persönlichen Folgen, Teil 2, apf 2018, Landesteil Bayern, S. BY 57 ff.