



RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN DER DIGITALISIERUNG

im Bereich typischer
diakonischer Anwendungsfelder
Kurzfassung

Die Langfassung findet sich unter folgendem Link:
www.diakonie.de/journal/rechtsrahmen-digitalisierung

Gefördert vom:



Bundesministerium
für Familie, Senioren, Frauen
und Jugend

INHALTSVERZEICHNIS

7 VORWORT

8 TEIL A

8 A.1 APPS

8 A.1.1 HINWEISE ZUM VERTRIEB UND DER BEREITSTELLUNG VON APPS

8 A.1.1.1 Verhältnis zwischen App-Anbieterin und Store-Betreiberin

9 A.1.1.2 Verhältnis zu den Nutzer*innen

9 A.1.1.3 Anbieterkennzeichnung und Informationspflichten

9 A.1.1.4 Einräumung eines Widerrufsrechts

9 A.1.2 HAFTUNG FÜR MÄNGEL

9 A.1.2.1 Mängelhaftung bei kostenpflichtigen Apps

10 A.1.2.2 Mängelhaftung bei kostenfreien Apps

10 A.1.3 KLÄRUNG VON LAUTERKEITSRECHTLICHEN UND SOWIE MARKEN- UND URHEBERRECHTLICHEN FRAGEN

10 A.1.4 DATENSCHUTZ UND DATENSICHERHEIT (APP-SPEZIFISCH)

10 A.1.4.1 Beim Vertrieb der App

10 A.1.4.2 Bei Nutzung der App

11 A.1.4.2.1 Einwilligung

11 A.1.4.2.2 Die Einwilligung Minderjähriger

12 A.1.4.3 Informationspflicht des Anbieters

12 A.1.4.4 Pflichten nach TKG

13 A.1.4.4.1 Verkehrsdaten

13 A.1.4.4.2 Abrechnung

13 A.1.4.4.3 Standortdaten

13 A.1.4.4.4 Datenerhebung zur Beseitigung von Störungen

13 A.1.4.4.5 Informationspflichten im Falle einer Datenschutzpanne (Data Breach)

13 A.1.4.5 Schulung und Sensibilisierung der Mitarbeitenden

13 A.1.4.6 Profiling

13 A.1.4.7 Apps und die Nutzung von Cloud-Services

14 A.1.5 HEALTH-APPS

14 A.1.6 CHECKLISTE APPS

15 A.2 ONLINE-PLATTFORMEN

15 A.2.1 VERTRAGSRECHTLICHES

16 A.2.2 GESETZLICHE ANFORDERUNGEN

16 A.2.2.1 Barrierefreiheit von Websites und mobilen Anwendungen

17 A.2.2.2 ePrivacy RL/TMG: Der Einsatz von Cookies

17 A.2.2.2.1 Allgemeines

17 A.2.2.2.2 Cookie-Entscheidungen des EuGH und BGH

18 A.2.2.2.3 Tracking und Profiling

19 A.2.2.2.4 Überprüfung bereits bestehender Websites:

19 A.2.2.2.5 Checkliste Cookies

20 A.2.2.3 Weitere Anforderung an Websites

20 A.2.2.3.1 Grundkonstruktion

20 A.2.2.3.2 Anforderungen nach Telemediengesetz und Telekommunikationsgesetz

21 A.2.2.3.2.1 Impressum

21 A.2.2.3.2.2 Bestands- und Nutzungsdaten

22 A.2.2.3.2.3 Fernmeldegeheimnis

22	A.2.2.3.3. Sonstige Anforderungen und Besonderheiten
22	A.2.2.3.3.1 Datenschutzerklärung/-Information
23	A.2.2.3.3.2 Social-Media-Plugins
23	A.2.2.3.3.3 Newsletter
23	A.2.2.3.3.4 Gemeinsame Verantwortlichkeit
23	A.2.2.3.3.5 Checkliste zu den (weiteren) Anforderungen an Websites
24	A.2.2.4 Verantwortung und Haftung für Inhalte im Internet
24	A.2.2.4.1 Grundsätze
24	A.2.2.4.2 Zusammenfassung zu Haftung und Verantwortung
25	A.2.3 SPEZIFISCHER ANWENDUNGSFALL: ONLINE-BERATUNG
25	A.2.3.1 Definition von Online-Beratung erste Anforderungen
25	A.2.3.2 Nutzungsbedingungen und Datenschutzerklärung in der Online-Beratung
25	A.2.3.2.1 AGB/Nutzungsbedingungen
25	A.2.3.2.2 Datenschutzerklärung
25	A.2.3.3 Datenschutzrechtliche Spezifika
26	A.2.3.4 Verschlüsselte E-Mails
26	A.2.3.5 Strafrechtliche Aspekte in der Online-Beratung
26	A.2.3.5.1 § 203 StGB
26	A.2.3.5.1.1 Allgemeines, insb. Verschwiegenheitspflichten
27	A.2.3.5.1.2 Ausnahmen
27	A.2.3.5.1.3 Gehilfen und Verschwiegenheitspflichten
27	A.2.3.5.1.4 Einbindung Dritter (Dienstleister)
27	A.2.3.5.1.5 Einverständnis/Einwilligung
27	A.2.3.5.2 § 202a StGB
28	A.2.3.5.3 § 201 StGB
28	A.2.3.5.4 § 223 StGB
28	A.2.3.5.5 Checkliste Strafrechtliche Aspekte (insbesondere der Online-Beratung)

29 TEIL B

29 B.1 DATENSCHUTZ UND IT-SICHERHEIT

29 B.1.1 DATENSCHUTZ

30	B.1.1.1 Einzelne Aspekte
30	B.1.1.1.1 Verbotsprinzip
30	B.1.1.1.2 Zweckbindung und -änderung
30	B.1.1.1.3 Privacy by Design und Privacy by Default
31	B.1.1.1.4 Transparenzgebot
31	B.1.1.1.5 Dokumentationspflicht und fortlaufende Evaluation (Datenschutzkonzept/Datenschutzmanagement)
31	B.1.1.1.6 Betroffenenrechte
31	B.1.1.1.7 Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA)
32	B.1.1.1.8 Weitere relevante Aspekte
32	B.1.1.1.8.1 Übermittlung von Daten in ein Drittland
32	B.1.1.1.8.2 Spezialfall USA
32	B.1.1.1.8.3 Gemeinsame Verantwortlichkeit
32	B.1.1.2 Checkliste DS-GVO (allgemein)

33 B.1.2 IT-SICHERHEIT

34 B.1.3 ERSTELLUNG/BESTELLUNG EINER DIGITALEN LÖSUNG

34	B.1.3.1 Projektmanagement
34	B.1.3.2 Die Auswahl von Lösungen anhand der Testbarkeit der Sicherheit
35	B.1.3.3 Weitere wesentliche Aspekte bei Planung/Einkauf
35	B.1.3.4 Vergaberechtliches
36	B.1.3.5 IT-Vertragsgestaltung
36	B.1.3.5.1 EVB-IT
36	B.1.3.5.1.1 Anwendungsverpflichtung
36	B.1.3.5.1.2 Besonderheit: Haftungsbegrenzung
36	B.1.3.5.1.3 Rahmenvertragliche Regelungen
36	B.1.3.5.1.4 Checkliste EVB-IT
36	B.1.3.5.2 Mögliche Probleme bei Verträgen über Software

38 **B.2 GoBD-FÄHIGKEIT DER ANWENDUNG**

39 **B.2.1 CHECKLISTE GoBD**

39 **B.3 EINBEZIEHUNG DER MITARBEITENDEN-VERTRETUNG (MAV)**

40 **B.3.1 CHECKLISTE EINBEZIEHUNG DER MITARBEITENDEN-VERTRETUNG (MAV)**

40 **B.4 RECHTS- UND ORGANISATIONSFORMEN**

41 **B.4.1 AUSWAHL DER PASSENDEN RECHTSFORM**

41 B.4.1.1 Subjektive Auswahlkriterien hinsichtlich der Rechtsform

41 B.4.1.2 Rechtliche Auswahlkriterien hinsichtlich der Rechtsform

41 B.4.1.2.1 Haftung

42 B.4.1.2.2 Gründungsaufwand und Vermögen

43 B.4.1.2.3 Eigentümerstellung und Einflussnahme auf die Geschäftsführung

44 B.4.1.2.4 Lebensdauer und Auflösung

44 B.4.1.2.5 Gemeinnützigkeit/Steuerbegünstigung

44 B.4.1.2.5.1 Voraussetzungen für die Anerkennung der Gemeinnützigkeit

45 B.4.1.2.5.2 Steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb und Gemeinnützigkeit

45 B.4.1.2.5.3 Zweckbetrieb

46 B.4.1.2.5.4 Mittelweitergabe nach § 58 Ziff. 2 AO

46 B.4.1.2.5.5 Mittelweitergabe nach § 58 Ziff. 3 AO

46 B.4.1.2.5.6 Umsatzsteuer

47 B.4.1.3 Formen der Zusammenarbeit von gemeinnützigen Körperschaften

47 B.4.1.3.1 Kooperation und Haftung

47 B.4.1.3.2 Kooperationen und der Unmittelbarkeitsgrundsatz, GbR und OHG

49 B.4.1.3.2.1 Die Hilfsperson

49 B.4.1.3.2.2 Checkliste: Vereinbarung der Einschaltung als Hilfsperson

51 B.4.1.3.3 Steuerliche Aspekte der Kooperation im Rahmen der GbR

51 B.4.1.3.3.1 Besonderheiten bezüglich GbR und Gewerbesteuer

51 B.4.1.3.3.1.1 Lösungsmöglichkeiten

52 B.4.1.3.3.2 Umsatzsteuerrechtliche Aspekte bei der Kooperation im Rahmen der GbR

52 B.4.1.3.3.3 Gestaltungshinweise zu den Besonderheiten der GbR

52 B.4.1.3.4 Zur Kooperation in Form einer GmbH

53 B.4.1.3.5 Die Gebote der Ausschließlichkeit und Selbstlosigkeit im Rahmen von Kooperationen

53 B.4.1.3.6 Dachverbände und Spitzenorganisationen

53 B.4.1.3.7 Kooperationen und Schutz der jeweiligen Beiträge/Betriebsgeheimnisse

54 **B.4.2 CHECKLISTE RECHTS-/ORGANISATIONSFORM UND KOOPERATIONEN**

56 **B.5 FINANZIERUNG**

56 **B.5.1 EIGENMITTEL**

56 **B.5.2 PHILANTHROPISCHE MITTEL**

56 B.5.2.1 Fundraising

56 B.5.2.2 Fördermittel

57 B.5.3 Fremdkapital

57 B.5.4 Kooperationen

59 **IMPRESSUM**

VORWORT

Wir möchten Ihnen zur Gestaltung der digitalen Transformation einen Leitfaden an die Hand geben, der es Ihnen ermöglichen soll, sich schnell und unkompliziert zu den rechtlichen Rahmenbedingungen, die im Zusammenhang mit digitalen Produkten zu berücksichtigen sind, übersichtsweise zu informieren. Dieses Kompendium versucht dabei keine abschließende Darstellung, sondern wird sich vielmehr auf einen bestimmten Ausschnitt des Themas beschränken. Es liefert Inhalte zu zwei typischen Situationen: Die Einführung einer digitalen Lösung als App einerseits und die Vermittlung von Dienstleistungen über eine Online-Plattform (insbesondere die Online-Beratung) andererseits.

Daraus ergibt sich auch die Struktur des Kompendiums. Beschränkt sich juristische Literatur häufig auf die abstrakte Darstellung der rechtlichen Bezüge, wird hier eine an der praktischen Verwendung orientierte Vermittlung versucht. Die beiden Ansätze werden in einem besonderen Teil (Teil A) für sich genommen dargestellt und die ihnen jeweils impliziten Rechtsfragen dabei spezifisch beantwortet. Ein allgemeiner Teil (Teil B) ist dem besonderen Teil nachgelagert. Darin werden solche Inhalte dargestellt, die grundsätzliche Relevanz für beide Anwendungsformen haben und insbesondere organisatorische Vorfragen betreffen. Dabei geht es beispielsweise um die gemeinnützigkeitsrechtlich relevante Frage der Organisationsform.

Um die Lesbarkeit etwas zu erhöhen, finden sich vertiefende Darstellungen und Exkurse häufig nur in einem Vertiefungsdokument, das als Mutterdokument zu dem vorliegenden fungiert. Das Vertiefungsdokument soll insbesondere Juristen mit weitergehenden Informationen versorgen. Es empfiehlt sich, nach erstorientierender Lektüre des vorliegenden Kompendiums das Vertiefungsdokument in einem zweiten Schritt ergänzend zu Rate zu ziehen, um möglichst alle denkbaren Problemstellungen und Lösungsmöglichkeiten einzubeziehen.

Dennoch können die Werke – das muss vorab ausdrücklich betont werden – nur die Grundlage zu einer kritischen Auseinandersetzung mit den angesprochenen Themenkreisen sein. Es soll das Problembewusstsein schaffen und Lösungsmöglichkeiten umschreiben, ohne die Universallösung

oder die für jeden einzelnen Fall ideale Lösung darstellen zu können. Weder die Kurzfassung noch das Vertiefungsdokument können Rechtsberatung im Einzelfall leisten oder einer solchen auch nur vorgreifen. Im einschlägigen Bereich gibt es keine Lösung „von der Stange“. Jedes einzelne Digitalisierungsvorhaben muss nach seinen Spezifitäten juristisch geprüft und begleitet werden. Das vorliegende Kompendium kann insoweit nur Anhaltspunkte geben und einen ersten Überblick verschaffen.

Unionsrechtliche Vorgaben, sich verändernde Sicherheitslagen und technische Entwicklungen führen zu einer ständigen Bewegung im gesetzgeberischen Bereich. Viele der diesem Kompendium zugrundeliegenden Gesetze werden regelmäßig novelliert. Das vorliegende Kompendium ist im Wesentlichen auf dem Stand Oktober 2020, spricht aber viele der kommenden Novellierungen bereits an. Obwohl viele der im November und insbesondere im Dezember vorbereiteten oder abgeschlossenen Gesetzesänderungen noch angesprochen werden können, können sie inhaltlich nicht mehr abschließend berücksichtigt werden. Zwar ist nur selten mit substantiellen Änderungen im vorliegend interessierenden Zusammenhang zu rechnen. Einer besonderen Prüfung bedarf es gleichwohl. Verantwortliche sind daher gehalten, ihre Kenntnisse stets auf dem neuesten Stand zu halten, insbesondere die einschlägige Gesetzgebung und Rechtsprechung zu beobachten und ihre Anwendung auf den Einzelfall zu prüfen. Das Kompendium kann daher lediglich einen **bereichsspezifischen und temporären** Überblick über die zu beachtenden Anforderungen darstellen.¹

Besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Michael Veddern, der viele wesentliche Ergänzungen und Verbesserungen dieses Kompendiums beigesteuert hat. Dank gilt auch Frau Julia Zillinger, die die Ausführungen zur Finanzierung (B.5) im Wesentlichen beigesteuert hat.

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg bei der Gestaltung der digitalen Transformation!

Für die Diakonie Deutschland im November 2020
Dr. Daniel Burchardt

¹ Den rechtlichen Ausführungen zum Datenschutz wird im Allgemeinen das geltende Kirchengesetz über den Datenschutz der Evangelischen Kirche in Deutschland (DSG-EKD) bzw. die DS-GVO zugrunde gelegt.

TEIL A

Sie planen die digitale Transformation Ihrer Angebote und haben dafür eine Strategie erstellt. Hierdurch wissen Sie grundlegend, welchen Weg Sie wie einschlagen wollen. Sie haben dafür ein Konzept entwickelt und planen, eine digitale Anwendung einzusetzen.² Sind Sie einmal so weit, setzen Sie wahrscheinlich auf eine app- (dazu [Teil A.1](#)) oder plattform-basierte (dazu [Teil A.2](#)) Umsetzung. Wie eingangs bereits beschrieben, werden die beiden Anwendungen im folgenden Teil getrennt nach ihren jeweiligen Besonderheiten dargestellt.

A.1 APPS

Der Anwendungsbereich von Apps ist in inhaltlicher Hinsicht grundsätzlich unbeschränkt. Allerdings haben Apps im Vergleich zu webbasierenden Lösungen gewisse technische Nachteile, wenn es um die Sicherstellung voller Anonymität der Nutzer*innen geht. Apps sind daher im Bereich der Beratung mitunter nur eingeschränkt oder unter besonderen Bedingungen tauglich. Beratungsleistungen, die volle Vertraulichkeit und Anonymität voraussetzen, werden daher eher auf webbasierte Lösungen setzen (siehe dazu sogleich unter [A.2](#)). Auch ist fraglich, inwieweit die potenziellen Nutzer*innen auf eine App überhaupt zurückgreifen würden. Eine Suchhilfe-App möchten womöglich nicht alle auf ihrem eigenen Gerät installieren, da dies in ungünstigen Fällen einer Stigmatisierung gleichkommt.

A.1.1 Hinweise zum Vertrieb und der Bereitstellung von Apps

Wenn Sie eine App in Deutschland oder Europa erstellen lassen, dann erfolgt der Vertrieb der App bisher über digitale Stores (Google, Apple, Microsoft), deren Betreiber außer-europäischem Recht unterliegen. Darauf sei hier der Form halber hingewiesen.

A.1.1.1 Verhältnis zwischen App-Anbieterin und Store-Betreiberin

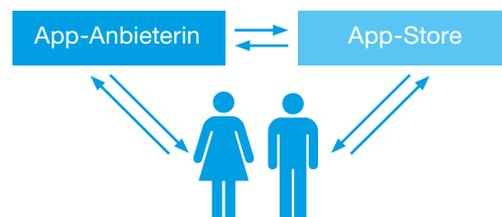


Fig. A. 1: Vertragsverhältnisse bei Angebot einer App

Aufgrund ihrer Schlüsselstellung zwingen die Betreiberinnen der App-Stores die Anbieterinnen der Apps regelmäßig in

² Die effektive Vorbereitung digitaler Entwicklungen basiert auf einer Denkhaltung, die nicht nur modulhaft vorgeht, sondern einen stimmigen Gesamtplan verfolgt. Die einzelnen Handlungsfelder können dazu untersucht und der „Reifegrad“ ihres jeweiligen Angebots ermittelt werden. Daraus lassen sich

Zukunftsvisionen entwickeln, deren organisatorische Voraussetzungen und notwendigen Umsetzungsschritte präzise bestimmt und „gesamtplanerisch“ – miteinander – abzustimmen sind.

US-amerikanisches Recht, wenn es um deren Vertragsbeziehungen geht. Die Bedingungswerke sind so recht einseitig. Zwar würden viele der Regelungen einer ABG-Kontrolle nach deutschem Recht kaum standhalten. Diese findet aber regelmäßig in den Beziehungen der App-Anbieterin und der App-Store-Betreiberin keine Anwendung. Etwaige Ansprüche gegen die Store-Betreiberin wären zudem im Regelfall in den USA durchzusetzen.

A.1.1.2 Verhältnis zu den Nutzer*innen

Mit dem Klick auf den „Kaufen“- oder „Laden“-Button kommt zunächst ein Kauf- bzw. Schenkungsvertrag zwischen der Betreiberin des Stores und den Herunterladenden zustande. Eine (schuldrechtliche) Beziehung zwischen der App-Anbieterin und den Nutzer*innen wird spätestens bei **Inbetriebnahme** der App hergestellt.³

A.1.1.3 Anbieterkennzeichnung und Informationspflichten

Beim Vertrieb von Apps ergeben sich sowohl für die App-Store-Betreiberin als auch für die Anbieterin der App spezifische Informationspflichten.

Der Store bedarf – wie jeder Online-Shop – einer Anbieterkennzeichnung gem. § 5 Abs. 1 TMG („**Impressum**“)⁴. Ebenso sind Apps mit einem Impressum zu versehen. Das Impressum sollte für die Nutzer*innen leicht erreichbar (1 Klick) und verständlich formuliert sein.⁵ Sofern auch journalistisch-redaktionell gestaltete Inhalte vermittelt werden, ist gem. § 18 Abs. 2 MStV⁶ ergänzend ein hierfür Verantwortlicher unter Angabe von Name und Anschrift zu benennen.

Der Bezug von Apps durch Verbraucher*innen begründet einen Fernabsatzvertrag iSd. § 312c Abs. 1 BGB. Die App-Betreiberin – die stets Unternehmerin ist – treffen die Pflichten zur Anbieterkennzeichnung bereits vorvertraglich sowie eine Reihe weiterer allgemeiner und spezifischer **Informationspflichten**.⁷ Den Informationspflichten kann formfrei im App-Store oder über eine Website, falls der Download über diese erfolgt, nachgekommen werden. In jedem Fall müssen die Hinweise klar und für die Durchschnittsbetrachterin verständlich sein.

Nach Vertragsabschluss sind den Verbraucher*innen per Textform, d. h. per Email, SMS etc., die Vertragsschlüsse möglichst zu bestätigen sowie die weiteren notwendigen Informationen und verwendete AGBs zu übermitteln.⁸ Entsprechendes gilt für die Belehrung über das Widerrufsrecht (s. nachfolgend).

³ Dies trifft insbesondere auf das Vertriebsmodell eines klassischen »**Wholesale/Retail Model**« zu, indem der App-Store eindeutig nach außen als Verkäuferin auftritt. Soweit der Vertrieb innerhalb des App-Stores einem »**Commission/Agency Model**« folgt, kann – je nach konkreter Ausgestaltung – auch ein Vertragsschluss zwischen App-Anbieter*in und Nutzer*innen in Betracht kommen. In diesem Fall würde auch die datenschutzrechtliche Verantwortung der App-Anbieterin einschließlich der Erfüllung der datenschutzrechtlichen Informationspflichten bereits mit Anbieten im App-Store greifen.

⁴ Siehe zu den anzugebenden Informationen in Impresen auch [A.2.2.3.2.1](#).

⁵ Innerhalb der App kann das Impressum zB. mittels eines Buttons am unteren oder oberen Bildschirmrand integriert werden.

A.1.1.4 Einräumung eines Widerrufsrechts

Auf der Angebotsseite im App-Store bzw. beim In-App-Purchase auf der Bestellseite innerhalb der App sollte ein Hinweis auf das Widerrufsrecht, die Widerrufsbelehrung sowie ein Link zum Widerrufsformular vorhanden sein.

Das Widerrufsrecht kann gemäß § 356 Abs. 5 BGB vorzeitig erlöschen, wenn – mit Download der App – die Ausführung des Vertrags mit ausdrücklicher Zustimmung (Opt-in) der Verbraucher*innen zum Verlust des Widerrufsrechts erfolgt.

A.1.2 HAFTUNG FÜR MÄNGEL

Apps gelten nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung als Sachen iSd. § 90 BGB.⁹ Daher kommt eine kauf- oder schenkungsrechtliche (Mängel-)Haftung in Betracht.

A.1.2.1 Mängelhaftung bei kostenpflichtigen Apps

Bei Vorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels iSd. §§ 434 f. BGB greifen Mängelhaftungsansprüche gemäß §§ 437 ff. BGB. Abzustellen ist auf den Zeitpunkt der vollständigen Übertragung der Software. Sofern keine besondere Beschaffenheit vereinbart ist, ergeben sich mögliche Sachmängel überwiegend nach § 434 Abs. 1 S. 2 Ziff. 2 BGB, so dass es auf den „gewöhnlichen Gebrauch“ ankommt. Typisch sind insoweit beispielsweise Abstürze, Kapazitätsmängel, Inkompatibilitäten oder mangelnde Verfügbarkeit des mit der App bereitgestellten Dienstes. Aber auch dann, wenn die App „mehr“ mitbringt als versprochen, kann ein Mangel vorliegen – insbesondere bei Schadsoftware. Denn auch eine **nicht gefahrlose Nutzung** begründet einen Mangel. Dies vor allem dann, wenn durch die Nutzung vertrauliche oder personenbezogene Daten ungerechtfertigt übermittelt werden. Ein möglicher Rechtsmangel kann zudem darin liegen, dass die Betreiberin oder Anbieterin die Nutzungsrechte an der App den Nutzer*innen nicht oder nicht hinreichend einräumen kann, zB. weil sie diese Rechte selbst nicht wirksam erworben hat. Die **Rechtsinhaberschaft** bedarf also immer eines besonderen Augenmerks.

⁶ Der Medienstaatsvertrag soll bis Ende 2020 den Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (RStV) ablösen. Die Vorgängerverordnung findet sich in § 55 (Abs. 2) RStV.

⁷ Die Informationspflichten sind im Einzelfall gründlich zu ermitteln. In der Regel genügt es, dass die weiteren Informationen vor Vertragsabschluss über einen Link abrufbar sind. Der Prozess des Vertragsabschlusses muss nicht so programmiert sein, dass die Bestellung erst abgesandt werden kann, wenn die Informationen zur Kenntnis sind (BGH, Urteil vom 20.7.2006, I ZR 228/03).

⁸ Art. 246b § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB.

⁹ Grundsätzliches liefert hierzu das Urteil des BGH vom 15. November 2006 – XII ZR 120/04, CR 2007, 75 Rn. 16 – ASP.

A.1.2.2 Mängelhaftung bei kostenfreien Apps

Wird eine App kostenfrei angeboten, so beschränkt dies den **Haftungsmaßstab**. Denn der Schenker haftet nach § 524 Abs. 1 BGB bei „Fehlern“ (Sachmangel im Sinne des § 434 BGB) der Sache nur im Falle der Arglist. Dafür dürfte im hier interessierenden Anwendungsfeld nur dann Raum sein, wenn die Anbieterin der App bzw. die Betreiberin des Stores die Anwendung **trotz Kenntnis des Mangels** weiter zum Download zur Verfügung stellt. Eine kostenfreie Anwendung ist also bei bekanntem Fehler ggf. **unverzüglich vom Netz** zu nehmen.

Hinweis:

Die Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 wird die Gewährleistungsrechte für digitale Inhalte und Dienstleistungen in Kürze stark ausweiten. Unabhängig von der Vertragsart werden zugunsten von Verbraucher*innen – ähnlich wie im Kaufrecht – **umfassende Gewährleistungsrechte** eingeführt. Diese sollen auch für entgeltfreie Verträgen gelten, bei denen nur „mit Daten bezahlt“ wird. Zudem werden die Verkäufer zur **kostenfreien Bereitstellung funktionserhaltender Updates und Sicherheitsupdates** verpflichtet. Die EU-Richtlinie ist bis Mitte 2021 umzusetzen.

A.1.3 KLÄRUNG VON LAUTERKEITSRECHTLICHEN UND SOWIE MARKEN- UND URHEBERRECHTLICHEN FRAGEN

Die Gestaltung und Anpreisung einer App kann den Vorwurf der Unlauterkeit begründen, insbesondere sollte jede Form einer irreführenden Angabe oder Anpreisung vermieden werden. So darf beispielweise keine kostenpflichtige App zunächst als kostenfrei dargestellt und angeboten werden, müssen alle zahlungsauslösenden Vorgänge eindeutig als zahlungspflichtig gekennzeichnet werden und dürfen Kinder und Jugendliche nicht im Hinblick auf finanzielle Entscheidungen intransparent beeinflusst werden.

Im Zusammenhang mit **medizinischen oder therapeutischen Angeboten** sind zudem die strengen Vorgaben des Heilmittelwerbegesetzes hinsichtlich der beschreibenden und werblichen Darstellung zu berücksichtigen. Soweit eine App als Medizinprodukt iSd. am 26. Mai 2021 in-Geltung-tretenden Medizinprodukte-Verordnung (siehe dazu in der B.1.6.1) anzusehen ist, sind zudem die Vorgaben in Art. 7 MDR zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der Bezeichnung und des grafischen Auftritts hat die Anbieterin einer App **Marken- und Titelrechte** zu beach-

ten. Die Integration von Texten, Fotos, Videos und sonstigem Content hat nach Maßgabe des **Urheberrechts** zu erfolgen. Das Layout bzw. User Interface einer App kann neben einem urheberrechtlichen Schutz, welcher eine gewisse kreative Gestaltungshöhe erfordert, durch einzutragende **Designrechte** (auch Geschmacksmusterrechte geschützt sein und werden).

Da **Programmcodes** idR. urheberrechtlich geschützt sind, darf auch fremder Code grundsätzlich nicht ohne entsprechende Zustimmung bzw. Lizenz seitens der Rechtsinhaber*innen bzw. Programmierer*innen übernommen werden. Wird auf eine freie Open Source-Software zurückgegriffen, sind zudem die Bedingungen der jeweiligen Open Source-Lizenz einzuhalten.

Praxis-Hinweis:

Von Beginn an ist im Rahmen eines effektiven **Rechtmanagements** Wert darauf zu legen, dass die App-Betreiberin am Ende alle Rechte bzw. Lizenzen in Bezug auf die App, den Titel, den Code, die Struktur, das Layout und Design sowie den Content erwirbt und in Händen hält sowie berechtigt ist, diese für die Zwecke der Verwertung weiter zu lizenzieren.

A.1.4 DATENSCHUTZ UND DATENSICHERHEIT (APP-SPEZIFISCH)¹⁰

A.1.4.1 Beim Vertrieb der App

Hier wird zunächst davon ausgegangen, dass die App direkt über einen App-Store vertrieben wird. Die Betreiberin des App-Stores ist idR. die Verantwortliche iSd. Datenschutzrechtes. Denn zwischen der Anbieterin der App und den Herunterladenden besteht zu diesem Zeitpunkt noch kein Kontakt. Tritt die App Store-Betreiberin hingegen im Rahmen eines Agency-Modells lediglich als Vermittlerin auf, beginnt die datenschutzrechtliche Verantwortung der App-Betreiberin ggf. schon mit Anbieten der App im App-Store.

Es gelten insoweit keine Besonderheiten, die Vorschriften des **Kundendatenschutzes** sowie des **Datenschutzes im E-Commerce** sind von der Betreiberin des Stores und auch von der App-Betreiberin umfassend einzuhalten sowie von Letzterer ggf. gegenüber der App-Store-Betreiberin mittels **Auftragsverarbeitungsverträgen inklusive Weisungsrechten** sicherzustellen.

A.1.4.2 Bei Nutzung der App

Spätestens ab Nutzung der App ist die **Anbieterin** der App datenschutzrechtlich verantwortlich und den aus der DS-GVO

¹⁰ Siehe allgemein zum Datenschutz und IT-Sicherheit unten B.1.

bzw. dem DSGVO-EKD (und [noch] dem TMG/TKG) folgenden Pflichten unterworfen.

Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten ist verboten, soweit sie nicht erlaubt ist. Außerhalb der Einwilligung der Berechtigten kommen für die Anbieterin regelmäßig zwei weitere Erlaubnistatbestände in Betracht. Zum einen erlaubt Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO/§ 6 Ziff. 5 DSGVO-EKD die Datenverarbeitung dann, wenn diese zur **Erfüllung eines Vertrages** oder zur **Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen** auf Anfrage der betroffenen Person erforderlich ist. Dieser Erlaubnistatbestand setzt also voraus, dass bereits ein Schuldverhältnis zwischen der Anbieterin und der betroffenen Person besteht oder dieses zumindest begründet werden soll, und zwar auf Anfrage der betroffenen Person. Wird die Datenverarbeitung auf diesen Erlaubnistatbestand gegründet, so trifft die Verantwortliche die Pflicht, die Daten unverzüglich zu löschen, wenn sich der Verwendungszweck erledigt hat. Eine Ausnahme besteht dann nur darin, dass gesetzliche Pflichten (etwa aus dem Bereich des Steuerrechts oder der **GOBD** [dazu unter B.2]) ein anderes verlangen.

Es ist also auf jeder Stufe wichtig, sich bewusst zu machen, welche Daten gespeichert und verarbeitet werden; die Herausgabe der Daten auf Nachfrage zu organisieren und ein Löschkonzept zu kreieren.

Darüber hinausgehend kann die Datenverarbeitung aufgrund einer Interessenabwägung gerechtfertigt sein, dann nämlich, wenn sie zur Wahrung der berechtigten Interessen der Anbieterin erforderlich ist und **keine überwiegenden Interessen** der schutzwürdigen Person entgegenstehen, Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO bzw. § 6 Ziff. 3 und 4 iVm. Ziff. 8 DSGVO-EKD. Eine umfassende Datenverarbeitung oder die Erstellung von Persönlichkeitsprofilen kann aufgrund dieser Interessenabwägung niemals zugunsten der Anbieterin ausfallen. Bei Kindern oder Menschen mit Einschränkungen/Behinderungen fällt die Abwägung ohnehin besonders restriktiv aus. Generell hängt die Abwägung im Einzelfall stark von der Art der verarbeiteten Daten ab. So sind berufsbezogene Daten (z. B. wer, wo, in welcher Funktion beruflich tätig ist) weniger schutzwürdig als Daten über persönliche Eigenschaften/Gegebenheiten oder private Handlungen).

Die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten iSd Art. 9 Abs. 1 DS-GVO/§ 13 DSGVO-EKD – also etwa die Verarbeitung von Gesundheitsdaten durch sogenannte Health Apps – kann nur nach den strengen Anforderungen des Art. 9 Abs. 2 DS-GVO iVm § 22 BDSG-neu/§ 13 Abs. 2 DSGVO-EKD als erlaubt angenommen werden, die in der Praxis nur selten vorliegen werden. Insoweit kommt also in praktischer Hinsicht häufig nur die **Einwilligung** der berechtigten Person als Rechtsgrundlage der Verarbeitung in Betracht.

A.1.4.2.1 Einwilligung

Die an die Einwilligung zu stellenden Anforderungen sind an Art. 6 Abs. 1 lit. a iVm. Art. 7 DS-GVO/§ 6 Ziff. 2 iVm. § 13 DSGVO-EKD (und [noch] § 13 Abs. 2 TMG bzw. § 94 TKG) zu messen. Die **Einwilligung muss jederzeit abrufbar**, also für die Berechtigten einsehbar, sowie widerrufbar sein. Bei der

datenschutzrechtlichen Einwilligung nach Art. 7 DS-GVO/§ 11 DSGVO-EKD muss es sich um eine **freiwillige**, für den bestimmten Fall **informiert** und **unmissverständlich** abgegebene Willensbekundung handeln. Macht man das Zustandekommen eines Vertrags von einer Einwilligung zu einer dafür nicht erforderlichen Verarbeitung (zB. Newsletter) abhängig, liegt eine unzulässige Kopplung vor.

Sofern eine Einwilligungserklärung die zu gebende Einwilligung derart vorbereitet, ist sie zusätzlich noch an der allgemeinen Inhaltskontrolle gemäß §§ 305c Abs. 1, 307ff. BGB zu messen. Daher: keine Einwilligung „nach Gutdünken“ der Anbieterin, sondern beschränkt auf einen **bestimmten** legitimen Zweck. Die Einwilligung ist **optisch hervorzuheben**, wenn ihr Text gemeinsam mit anderen Texten geliefert wird (zB. durch Fettdruck oder Umrandung). Der Versuch, eine Einwilligung versteckt in den Nutzungsbedingungen oÄ. einzuholen, ist von vornherein untauglich. Zur ggf. notwendigen Beweisführung ist die Einwilligung dergestalt zu protokollieren, dass der Wortlaut der Einwilligungserklärung, der Zeitpunkt der Einholung und das zur Authentifizierung der einwilligenden Person genutzte Verfahren festgehalten wird.

Praxis-Hinweis:

Ein Problem bleibt in den Fällen bestehen, in denen das Smart Device von mehreren Nutzer*innen verwendet wird. Dann wird die notwendige Einwilligung im Zweifel nur von einer Nutzer*in eingeholt, aber dennoch die Nutzung der App durch verschiedene Nutzer*innen ermöglicht. Deren Nutzungen erfolgen dann im Zweifelsfall ohne dass ein Erlaubnistatbestand erfüllt ist. Der sicherste – wenn auch etwas unpraktische – Weg, derartige Probleme zu umgehen, bestünde darin, vor jeder Nutzung eine erneute Einwilligung einzuholen. Eine weitere Möglichkeit bietet eine individuelle Identifizierung per Passwort oder biometrischer Daten (zB. Fingerabdruck).

Vorsorglich sollte **vor dem Download darauf hingewiesen** werden, wenn eine App ohne eine Einwilligung nicht betreibbar ist.

A.1.4.2.2 Die Einwilligung Minderjähriger

Grundsätzlich ist bei Jugendlichen gemäß Art. 8 Abs. 1 S. 1 DS-GVO ab 16 Jahren von der notwendigen Einsichtsfähigkeit auszugehen, so dass diese eine wirksame Einwilligung abgeben können. Das DSGVO-EKD hat indes von der Öffnungsklausel Gebrauch gemacht und eine eigenständige Regelung gefunden, nämlich § 12 DSGVO-EKD. Danach sind Minderjährige soweit einwilligungsfähig wie sie religionsmündig sind. Die Erklärung ist **speziell am Verständnishorizont der Minderjährigen auszurichten**. Bei Fehlen der Einwilligungsfähigkeit wird die Einwilligung der Sorgeberechtigten bzw. deren Zustimmung in die Einwilligung des Minderjährigen vorausgesetzt. Keine Einwilligung der Sorgeberechtigten – sogar unabhängig des Alters des Kindes – ist schließlich dann vorauszusetzen, wenn kirchliche Präventions- oder Beratungsdienste einem Kind **unmittelbar** angeboten werden.

Wenn also die Leistung direkt gegenüber dem Kind erfolgt, ist das Thema Einwilligung grundsätzlich überhaupt nicht von Relevanz. Umso **fürsorglicher** ist aber mit den Daten des Kindes umzugehen.

Hinsichtlich der beim Erwerb von Apps abzuschließenden Verträge ist – abseits des Datenschutzes – zu beachten, dass Kinder unter sieben Jahren geschäftsunfähig und zwischen sieben bis einschließlich siebzehn Jahren beschränkt geschäftsfähig sind (§§ 104 ff. BGB) und daher ggf. der Vertretung bzw. Zustimmung seitens der Eltern bzw. vertretungsberechtigten Personen bedürfen.

A.1.4.3 Informationspflicht des Anbieters

Gemäß Art. 13 Abs. 1 DS-GVO/§ 17 DSGVO ist vor¹¹ Beginn des Nutzungsvorgangs mindestens über

- die Person des Verantwortlichen und ggf. seines Vertreters oder des Datenschutzbeauftragten,
- den Zweck und die Rechtsgrundlage der Verarbeitung,
- über das ggf. verfolgte berechtigte Interesse sowie ggf. über (Kategorien von) möglichen Empfänger*innen und
- ggf. die Absicht der Übermittlung in ein Drittland, einschließlich Informationen zum (Nicht-)Vorhandensein eines Angemessenheitsbeschlusses der EU-Kommission oder ggf. bestehender Verhaltensregeln (siehe [B.1.1.1.8.1](#)).

zu informieren.

Weitere Informationspflichten ergeben sich aus Art 13. Abs. 2 DS-GVO/§ 17 Abs. 2 DSGVO, und zwar insbesondere im Hinblick auf die

- Dauer der Datenspeicherung, die Rechte der Nutzer*innen inklusive des Beschwerderechts bei der Aufsichtsbehörde, eine
- ggf. bestehende Widerrufsmöglichkeit und
- Bereitstellung der personenbezogenen Daten, und welche mögliche Folgen die Nichtbereitstellung hätte.

Hinweis:

Hinsichtlich der Erfüllung Ihrer Informationspflichten gegenüber den Nutzer*innen beachten Sie bitte zusätzlich die Arbeitshilfe zur Umsetzung von Informationspflichten¹² des Datenschutzbeauftragten der EKD.

A.1.4.4 Pflichten nach TKG¹³

Das gegenüber der DS-GVO speziellere Datenschutzrecht des TKG kann für Apps Anwendung finden, die Voice-over-IP-Telefonfunktionen (VoIP) einschließlich der Vermittlung oder Entgegennahme von Anrufen in bzw. aus Festnetz- oder Mobilfunknetzen bieten. Dies kann insbesondere bei Beratungs-Apps der Fall sein, die den Nutzer*innen eine persönliche Telekommunikation mit Beratenden ermöglichen.

Um die Darstellung nicht zu überfrachten, wird im Folgenden nur auf einige wichtige bereichsspezifischen Besonderheiten des TKG eingegangen. Im Übrigen ist bei Einrichtung von Telekommunikationsdiensten wie VoIP eine intensive Auseinandersetzung mit dem TKG und insbesondere den spezifischen Vorschriften zum Fernmeldegeheimnis sowie zum Datenschutz unerlässlich. Die zur DS-GVO gemachten Ausführungen zu Anforderungen sind auch bei Anwendung des TKG weitestgehend zu beachten.

Im Hinblick auf die Einhaltung von Sicherheitsanforderungen zum Schutz des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG) soll auf Folgendes hingewiesen werden:

- Zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses ist jede Diensteanbieterin verpflichtet. Die Pflicht zur Geheimhaltung besteht auch nach dem Ende der Tätigkeit fort; sie trifft alle mit den Daten in Kontakt kommenden Mitarbeiter*innen persönlich, auch nach Beendigung der Tätigkeit.
- jeder Diensteanbieter hat erforderliche technische Vorkehrungen und sonstige Maßnahmen zum Schutz des Fernmeldegeheimnisses und gegen die Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten zu treffen.
- Es ist zu verhindern, dass Diensteanbieter sich oder anderen über das für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste einschließlich des Schutzes ihrer technischen Systeme erforderliche Maß hinaus Kenntnis vom Inhalt oder den näheren Umständen der Telekommunikation verschaffen. Unbefugte Dritte dürfen sich weder Kenntnisse über den Inhalt noch die näheren Umstände der Telekommunikation verschaffen.
- Im Bereich der Verwaltung und Verwahrung von Akten, welche dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, sind für den Datenschutz hinreichende Aufbewahrungsbedingungen zu verwenden sowie entsprechende Räume und Anlagen mit effektiver Zugangskontrolle sinnvoll einzusetzen.
- Es muss sichergestellt werden, dass bei Nachrichtenübermittlungssystemen mit Zwischenspeicherung ausschließlich die Teilnehmenden durch ihre Einwilligung Inhalt, Umfang und Art der Verarbeitung bestimmen.
- Schutzmaßnahme gegen eine ungerechtfertigte, entgegen des Vertragsverhältnisses vereinbarte Löschung von Nachrichteninhalten durch die Diensteanbieterin kann beispielsweise das Anlegen von Backupsystemen sein.
- Die Nutzer*innen sind über die ggf. besonderen Risiken der Verletzung der Netzsicherheit aufzuklären und ggf. auch über mögliche Abhilfen zu informieren.

¹¹ Bestenfalls vor dem Download, wenn es durch die Installation bereits zur Datenverarbeitung kommt. Anderenfalls vor der ersten Nutzung/Aktivierung der App.

¹² <https://datenschutz.ekd.de/infothek-items/arbeits-hilfe-zur-umsetzung-von-informationspflichten/> (zuletzt abgerufen am 08. Oktober 2020).

¹³ Mit einer umfassenden Novelle des TKG ist alsbald zu rechnen.

A.1.4.4.1 Verkehrsdaten

Während Bestandsdaten im Rahmen von Vertragsverhältnissen unter den Voraussetzungen des § 95 TKG erhoben und verarbeitet werden dürfen,¹⁴ ist dies für Verkehrsdaten ausschließlich für die in § 96 Abs. 1 TKG aufgelisteten Zwecke möglich. Dabei handelt es sich ausschließlich um technische Zwecke, die etwa Aufbau, Aufrechterhaltung und Abrechnung der Verbindungen dienen. Die Verkehrsdaten sind von der Diensteanbieterin idR. nach Beendigung der Verbindung unverzüglich zu löschen, § 96 Abs. 1 S. 3 TKG.

Für Verbindungen zu bei der Bundesnetzagentur registrierten Anschlüssen von Organisationen aus dem sozialen oder kirchlichen Bereich, die grundsätzlich anonym bleibenden Anrufern ganz oder überwiegend telefonische Beratung in seelischen oder sozialen Notlagen anbieten und die selbst oder deren Mitarbeiter insoweit besonderen Verschwiegenheitsverpflichtungen unterliegen, ist zu beachten, dass die Verkehrsdaten solcher Verbindungen durch die Diensteanbieterin **auch nicht auf Anordnung** der Strafverfolgungsbehörden nach § 100g Abs. 2 StPO iVm. § 113b TKG auf Vorrat gespeichert und übermittelt werden dürfen (§ 113b Abs. 6 TKG). Der Betreiber des Telekommunikationsdienstes wie VoIP hat die Liste der registrierten Einrichtungen hierzu quartalsweise abzufragen und Änderungen unverzüglich anzuwenden.

A.1.4.4.2 Abrechnung

Sind die aufgebauten Verbindungen entgeltpflichtig, so sind die gespeicherten Daten der entsprechenden Verbindungen – außer bei Beratungsleistungen von registrierten Einrichtungen (§ 99 Abs. 2 S. 1 TKG) – dann mitzuteilen, wenn die Nutzerin/der Nutzer vor dem maßgeblichen Abrechnungszeitraum in Textform (z. B. Brief, Email, SMS etc.) einen Einzelverbindungs-nachweis verlangt hat. Nur auf Wunsch dürfen auch die Daten pauschal abgeleiteter Verbindungen mitgeteilt werden.

Sind bei der Erstellung von Telekommunikationsrechnungen oder der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen Dritte eingebunden (z. B. durch Diensteanbieter ohne eigene Netzinfrastruktur), dann sind technische und organisatorische Schnittstellen-Beziehungen zwischen Auftraggeberin (Diensteanbieterin) und Auftragnehmerin (Erfüllungsgehilfin) eindeutig zu regeln. Nicht benötigte Daten nach § 97 Abs. 3 TKG sind unverzüglich zu löschen.

A.1.4.4.3 Standortdaten

Standortdaten dürfen nur im zur Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen erforderlichen Umfang und innerhalb des dafür erforderlichen Zeitraums verarbeitet werden und selbst dann auch nur, wenn sie anonymisiert wurden oder wenn der Teilnehmer dem Anbieter des Dienstes mit Zusatznutzen seine – elektronische – Einwilligung erteilt hat.

A.1.4.4.4 Datenerhebung zur Beseitigung von Störungen

Die Diensteanbieterin darf zum Erkennen und zur Abwehr von Störungen im erforderlichen Umfang Bestands-, Verkehrs- und Steuerdaten erheben und verwenden. Dies wird durch § 100 Abs. 1 TKG mit einem datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestand unterlegt. Allerdings ist dieses in bestimmten Fällen mit einer Berichtspflicht verknüpft. Es ist aber abzu-sehen, dass § 100 Abs. 1 TKG und die mit dieser Vorschrift verbundene Berichtspflicht mit den datenschutzrechtlichen Anpassungen in einer geplanten umfassenden Novelle des TKG obsolet werden.

A.1.4.4.5 Informationspflichten im Falle einer Datenschutzpanne (Data Breach)

Der Diensteanbieterin obliegen im Zusammenhang mit einer Datenpanne nach § 109a TKG bestimmte Benachrichtigungspflichten gegenüber dem Betroffenen, aber auch gegenüber der Bundesnetzagentur und dem/der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit.

A.1.4.5 Schulung und Sensibilisierung der Mitarbeitenden

Die Mitarbeitenden müssen durch geeignete Schulungsmaßnahmen für die Belange des Datenschutzes und Verschwiegenheitspflichten **sensibilisiert** werden. Daneben sollte eine vertragliche Verpflichtungserklärung zur Wahrung des Datenschutzes von allen tangierten Mitarbeitern abgegeben werden.¹⁵ Diese kann sich an dem entsprechenden Muster im Anhang zum **Vertiefungsdokument** orientieren.

A.1.4.6 Profiling

Auch und gerade für das Profiling bedarf es eines Rechtsgrundes. Im vorliegenden Zusammenhang kommt im Wesentlichen nur die Einwilligung in Betracht, die eine umfassende Information bezüglich Zweck und Risiko des Profilings voraussetzt. Aufgrund des besonderen Risikos, das sich aufgrund des Profilings für die Betroffenen ergeben kann, ist davon grundsätzlich abzusehen.

A.1.4.7 Apps und die Nutzung von Cloud-Services

Stellt die App Funktionen zur Verfügung, die die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Cloud-Services erfordern bzw. auslösen, sind besondere Anforderungen zu erfüllen.

¹⁴ Ergänzend sollten hierzu die Vorgaben des DSGVO-EKD/DS-GVO für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen von Vertragsverhältnissen berücksichtigt werden.

¹⁵ Dies ist zugleich eine wichtige Maßnahme zur Umsetzung der datenschutzrechtlichen Verantwortung und der damit einhergehenden Rechenschaftspflichten.

Werden beispielsweise im Rahmen eines eingebundenen Dienstes Daten einem anderem als dem Verantwortlichen offengelegt, kann es sich um eine **Auftragsverarbeitung** nach Art. 28 DS-GVO/§ 30 DSGVO-EKD handeln. Dann sind für die der Auftragsverarbeitung zugrundeliegenden Verträge inklusive der zu vereinbarenden Weisungsrechte gegenüber den Auftragsverarbeiter*innen zwingend die Vorgaben aus Art. 28 DS-GVO/§ 30 DSGVO-EKD zu beachten, insbesondere die Festlegung der organisatorischen und technischen Maßnahmen (TOM) nach Art. 28 Abs. 3 lit. c iVm. Art. 32 DS-GVO/§ 28 Abs. 3 Ziff. 3 iVm. § 27 DSGVO-EKD.

Liegt dagegen eine eigene Verarbeitung durch einen Empfänger personenbezogener Daten vor, sind die Nutzer*innen gem. Art. 13 Abs. 1 lit. e/f DS-GVO/§ 17 Abs. 1 Ziff. 4 DSGVO-EKD hiervon zu unterrichten. Insbesondere dann, wenn die Übermittlung außerhalb des EWR, beabsichtigt ist. Wobei zu beachten ist, dass Letztere – je nach Empfangsstaat – Verbots- oder erheblichen Beschränkungen unterliegen kann (siehe [B.1.1.1.8.1](#))

A.1.5 HEALTH-APPS

Weist die App Bezüge zur Gesundheit der Nutzer*innen auf, so handelt es sich um eine sogenannte Health-App. Da eine Interessenabwägung als Rechtsgrund per se ausscheidet, ist eine Verarbeitung in der Regel nur aufgrund einer expliziten, gut informierten und aktiven Einwilligung möglich. Ausnahmen können sich für Angehörige eines Gesundheitsberufs ergeben bzw. dann, wenn die Verarbeitung aus Gründen der öffentlichen Gesundheit erforderlich ist.

Sofern es sich bei der App gar um ein Medizinprodukt iSd. § 3 MPG handelt, zB einer App, die der Erkennung, Überwachung oder Behandlung von Krankheiten dient oder letztere maßgeblich beeinflusst, ist zudem auch das **Medizinproduktrecht** anwendbar.

A.1.6 CHECKLISTE APPS

- Ist geprüft, ob sich die Umsetzung als App für die Dienstleistung überhaupt hinreichend eignet (beispielsweise sind volle Vertraulichkeit und Anonymität eher webbasiert herstellbar)?
- Ist geprüft, welches Recht für die Beziehungen zur App-Store-Betreiberin und User*innen zur Anwendung gelangt und sind die daraus resultierenden Vorkehrungen getroffen bzw. Konsequenzen gezogen worden?
- Wird den geltenden Informationspflichten (zB. Anbieterkennzeichnung, Impressum) nachgekommen?
- Werden User*innen über das ihnen zustehende Widerrufsrecht aufgeklärt (Hinweis auf das Widerrufsrecht, die Widerrufsbelehrung sowie Link zum Widerrufsformular) und alle sonstigen vor und nach Vertragsabschluss bestehenden Informationspflichten erfüllt?

- Sind alle Vorkehrungen getroffen, um einer möglichen Mängelhaftung vorzubeugen?
- Sind alle Fragen der Rechtsinhaberschaft geklärt, können den Nutzer*innen alle Nutzungsrechte an der App vorbehaltlos eingeräumt werden?
- Sind alle im Einzelfall möglichen lauterkeitsrechtlichen Probleme ausgeräumt, vor allem Irreführungen über Kosten, Funktionen und Leistungen der App ausgeschlossen?
- Ist jede Verarbeitung personenbezogener Daten durch einen Rechtsgrund hinreichend abgesichert?
- Sind besondere Rechtsgründe für eine ggf. erfolgreiche Verarbeitung personenbezogener Daten besonderer Kategorien iSd. Art. 9 DS-GVO/§ 13 DSGVO-EKD sichergestellt?
- Ist eine ggf. notwendige Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten besonderer Kategorien und ihre ausreichende Dokumentation sichergestellt?
- Sind die Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer solchen Einwilligung (inkl. der Besonderheiten bei Minderjährigen) gewahrt?
- Werden die datenschutzrechtlichen Informationspflichten eingehalten? Werden dabei die Besonderheiten der Datenverarbeitung in allen in Betracht kommenden Einzelfällen berücksichtigt?
- Halten die Informationen auch der AGB-rechtlichen Überprüfung stand?
- Werden die umfassenden Pflichten für evtl. Telekommunikationsdienste nach TKG eingehalten?
- Sind die betreffenden Mitarbeitenden ausreichend geschult und sensibilisiert und zur Geheimhaltung verpflichtet?
- Ist ein Profiling ausgeschlossen bzw. erfolgt es nur unter seinen sehr engen, besonderen Voraussetzungen?
- Sind die besonderen Voraussetzungen bei Nutzung eines Cloud-Services eingehalten, insb. Auftragsverarbeitungsverträge inkl. Weisungsrechten und TOM abgeschlossen?
- Sind ggf. die Vorgaben des Medizinproduktrechts eingehalten?
- Sind ggf. die an eine DiGA zu stellenden Anforderungen erfüllt (Digitale Versorgung Gesetz)?

A.2 ONLINE-PLATTFORMEN

User*innen starten häufig über Plattformen ihr Vertragsverhältnis mit Dienstleistungserbringerinnen. Der entsprechende Vertrag kommt als zweiseitige Vereinbarung (also ohne weitere Einbindung der Plattformbetreiberin) unmittelbar zwischen diesen Parteien zustande.

A.2.1 VERTRAGSRECHTLICHES

Sofern die Online-Plattform lediglich die Leistungen anderer Dienstleister hostet, entsteht eine dreiecksartige Leistungsbeziehung.

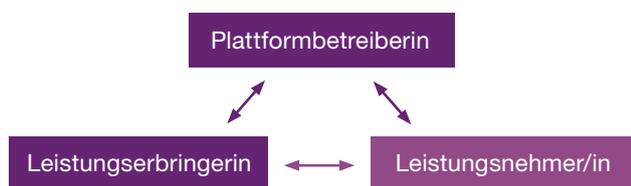


Fig. A.2: Vertragsverhältnisse bei Angebot einer Dienstleistung über eine Online-Plattform

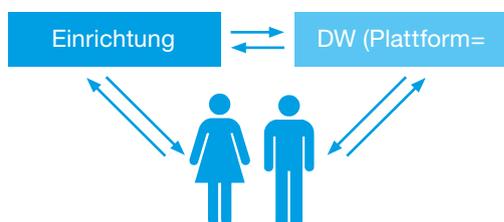


Fig. A.3: Beispiel der Zur-Verfügung-Stellung einer Online-Plattform durch ein diakonisches Werk, auf der Einrichtungen ihre Dienste bewerben

Die Diagramme verdeutlichen, welche Vertragsbeziehungen wichtig sind. Für ihre rechtliche Einordnung und die Bestimmung der Vertragsinhalte kommt es auf die konkrete Gestaltung im Einzelfall an. Daher kann hier nicht auf die allgemeine Vertragsgestaltung zwischen Leistungserbringerinnen und Leistungsnehmerinnen eingegangen werden. Allerdings kann ein Überblick gegeben werden, welche Punkte regelmäßig zu bedenken sind. Zu unterscheiden sind die Vertragsbeziehungen zwischen der Plattformbetreiberin und der Leistungserbringerin (1), der Plattformbetreiberin und der/dem Leistungsnehmer/in (2) sowie der Leistungserbringerin und der/dem Leistungsnehmer (3) zu unterscheiden.

1. Zwischen der Plattformbetreiberin und der Leistungserbringerin

- Zur Erfüllung der eigenen Sorgfaltspflicht ist die Sicherstellung einschlägiger [fachlicher] Standards mit

den Anbietern zu vereinbaren, und dass sie sich an alle einschlägigen rechtlichen Vorgaben halten.

- Die Plattform nach der vorgegebenen bzw. vereinbarten Bestimmung und also nicht zu nicht vereinbarten Zwecken zu nutzen.
- Sind die Regelungen zur gemeinsamen Verantwortlichkeit, Art. 26 DS-GVO, § 29 DSGVO-EKD ausreichend berücksichtigt und vertraglich ausgestaltet,¹⁶ oder liegen sogar Konstellationen einer Auftragsverarbeitung vor, die durch AV-Verträge¹⁷ abzusichern sind?
- Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) und deren Änderungen sowie die bestehenden Informationspflichten sind nachvollziehbar zu gestalten. Ferner dürfen AGBs nicht rückwirkend geändert werden.
- Es sind die Informationen zur Kündigung oder Beendigung der Dienste durch die Plattformbetreiberin klar darzustellen.
- Für den Fall des fortgesetzten und nicht unerheblichen Verstoßes gegen die vorgenannten Pflichten und die allgemeinen vertraglichen Treuepflichten ist die Auslistung vorzubehalten.
- Daneben ist eine Haftungsfreistellung für den Fall zu vereinbaren, dass die Plattformbetreiberin von einem Dritten (einer Nutzerin/einem Nutzer) für einen Umstand in Anspruch genommen wird, der dem Verantwortungsbereich der Leistungserbringerin obliegt.
- Ranking-Parameter sind offenzulegen (Bekanntgabe des Algorithmus ist aber nicht erforderlich); ebenso der Umfang, die Art und Bedingungen des Zugriffs auf bestimmte Datenkategorien und deren Nutzung durch die Plattformbetreiberin.
- Es ist ein leicht zugängliches, transparentes und kostenfreies internes Beschwerdemanagementsystem sowie eine Teilnahmemöglichkeit an externen außergerichtlichen Streitbeilegungsmechanismen (Mediation) einzurichten.

2. Zwischen der Plattformbetreiberin und der/dem Leistungsnehmer/in

- Die Plattformbetreiberin sollte bereits bei der Gestaltung der Plattform sicherstellen, dass für die Nutzer*innen die Vertragspartner klar erkennbar sind. Erbringt die Plattformbetreiberin etwa die auf der Plattform beworbenen Dienstleistungen nicht selbst, ist der jeweilige Vertragspartner klar herauszustellen.
- Werden nur Leistungen vermittelt, so ist eindeutig klarzustellen, dass die Betreiberin der Plattform selbst mit den Nutzer*innen – abgesehen von der Vermittlung – in keine eigene Vertragsbeziehung eintreten wird. Dies nur in den AGB/Nutzungsbedingungen zu tun, dürfte nicht ausreichend sein.
- Auch ist herauszustellen, dass die Plattform ggf. keinen vollständigen Überblick über den Markt gibt, sondern nur einen Auszug daraus – etwa die diakonischen Einrichtungen – vermittelt.
- Deklaratorisch sollte darauf hingewiesen werden, dass die Haftung für Fehlleistungen der Leistungserbringer ausgeschlossen ist, soweit kein eigenes Verschulden die Fehlleistung begründet hat.

¹⁶ Siehe hierzu [A.2.2.3.3.5](#)

¹⁷ Siehe hierzu [A.1.4.7](#)

- Soweit den Leistungserbringern vorvertragliche Aufklärungs- und Beratungspflichten obliegen, empfiehlt es sich, der Erfüllung dieser Pflichten – soweit möglich – bereits auf der Online-Plattform nachzukommen, um einer ggf. möglichen Sachwalterhaftung schon im Ansatz zu begegnen. Daneben ist frühzeitig, sofern personenbezogene Daten verarbeitet werden sollen, insbesondere an die Datenschutzinformation und ggf. notwendigen Einwilligungen zu denken.
- Je nach dem Grad der Kooperation zwischen Plattformanbieterin und Leistungserbringern kann die Tätigkeit der Plattformanbieterin als Auftragsverarbeitung zugunsten der Leistungserbringerin anzusehen sein, was seitens der Leistungserbringerin durch einen Auftragsverarbeitungsvertrag iSv. Art. 28, 29 DS-GVO, § 30 DSGVO abzusichern wäre (s. A.1.4.7).
- Mit Umsetzung der Modernisierungs-Richtlinie (EU) 2019/2161 sind von Online-Marktplätzen gegenüber Verbraucher*innen neue Hinweispflichten zu erfüllen zB. bzgl. der wesentlichen Kriterien eines Rankings von Suchergebnissen oder Preisen, die aufgrund automatischer Entscheidungen personalisiert wurden.

3. Zwischen der Leistungserbringerin und der/dem Leistungsnehmer/in

- Das Vertragsverhältnis sollte klar ausgestaltet sein. So kann durch die allgemeinen Leistungsbeschreibungen auf der Plattform oder der verlinkten Website eine konkrete Leistungsbeschreibung erfolgen.
- Sofern der Leistungserbringerin hinsichtlich der avisierten Leistung besondere vorvertragliche Aufklärungs- und Beratungspflichten obliegen, ist diesen umfassend vor Abschluss des Vertrages nachzukommen.¹⁸ Hinzukommen die allgemeinen Informationspflichten vor und nach Vertragsschluss, wie sie für Fernabsatzverträge und/oder Verbraucherverträge gelten.
- Diese Beschreibung kann durch **verständliche Nutzungsbedingungen** ergänzt bzw. konkretisiert werden.¹⁹ Daneben ist frühzeitig, sofern personenbezogene Daten verarbeitet werden sollen, insbesondere an die Datenschutzinformation und nötigenfalls datenschutzrechtliche Einwilligungen zu denken.

Vertragsschluss mit dem/der Leistungsnehmer/in/ Nutzer*innen

An einen Vertragsschluss selbst sind besondere Anforderungen zu stellen. Den Nutzer*innen muss eindeutig verdeutlicht werden, wenn es dazu kommt (Gebot der Transparenz).

Sämtliche wesentlichen Vertragsinhalte müssen – unter gleichzeitiger Zurverfügungstellung aller weiteren Pflichtinformationen, ABGs, Widerrufsbelehrungen gegenüber Verbraucher*innen und Datenschutzhinweise²⁰ – so dargestellt sein, dass sie für die Nutzer*innen unmittelbar verständlich sind.

Für den Vertragsinhalt und die Vertragsbeziehung zwischen Anbieterin und Nutzer*innen sind Auftritt und Darstellung der Anbieterin von entscheidender Bedeutung, da sich hieraus wesentliche Konsequenzen für den Vertragsinhalt ergeben können. Was auf der Website formuliert wird, prägt den Erwartungshorizont der Interessent*innen.

A.2.2 GESETZLICHE ANFORDERUNGEN

Hinsichtlich der gesetzlichen Anforderungen

Zur im hier interessierenden Zusammenhang eher selten einschlägigen Verordnung (EU) 2019/1150 zu Fairness und Transparenz (Platform-to-Business oder P2B-VO) siehe das **Vertiefungsdokument**.

A.2.2.1 Barrierefreiheit von Websites und mobilen Anwendungen

Zum 23. September 2020 müssen Websites und mobile Anwendungen öffentlicher Stellen im Sinne des § 12 BGG²¹ laut der EU-Richtlinie 2016/2102 (in Deutschland umgesetzt durch das Behindertengleichstellungsgesetz [BGG] und die dieses konkretisierende Barrierefreie Informationstechnik-VO 2.0 [BITVO 2.0] bzw. die jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften) barrierefrei sein. So müssen sie Erläuterungen in Deutscher Gebärdensprache und Leichter Sprache wie auch eine Erklärung zur Barrierefreiheit vorhalten und über einen **Feedback-Mechanismus** verfügen.²² Die Richtlinie begründet zudem ein Durchsetzungsverfahren, wenn Barrieren gemeldet werden und für den Bund und die Länder Überwachungs- und Berichtspflichten.

Auch wenn die Pflicht nicht in jedem Fall für die hier interessierenden Anwendungen greift,²³ sollte auf die Barrierefreiheit der Seite natürlich schon aus **Eigeninteresse** geachtet werden, um die Website einem möglichst umfassenden Kreis zugänglich zu machen.

¹⁸ So ist immer an die Erfüllung der Informationspflichten nach § 312d BGB (iVm. § 246a EGBGB) zu denken.

¹⁹ Hinweise zu einem Muster finden sich im Anhang zur Langfassung dieses Kompendiums (Vertiefungsdokument) unter D.2.5.

²⁰ Im Rahmen des Bestellvorgangs sollte die Leistungsempfänger*innen separat bestätigen, dass sie insbesondere die ABGs und Datenschutzhinweise zur Kenntnis genommen haben.

²¹ Öffentliche Stelle idS. sind auch sonstige Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die als juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts zu dem besonderen Zweck gegründet worden sind, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, wenn sie überwiegend vom Bund finanziert werden, hinsichtlich ihrer Leitung oder Aufsicht dem Bund unterstehen oder ein Verwaltungs-, Leitungs- oder

Aufsichtsorgan haben, das mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die durch den Bund ernannt worden sind, und Vereinigungen, an denen mindestens eine öffentliche nach obiger Definition oder ein sonstiger Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist, wenn die Vereinigung überwiegend vom Bund finanziert wird, die Vereinigung über den Bereich eines Landes hinaus tätig wird, dem Bund die absolute Mehrheit der Anteile an der Vereinigung gehört oder dem Bund die absolute Mehrheit der Stimmen an der Vereinigung zusteht.

²² Beispielfhaft kann auf die entsprechende Erklärung des BMAS verwiesen werden: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmng.pdf (zuletzt abgerufen am 07. Juli 2020).

²³ Die Pflicht zur Umsetzung kann sich aber insbesondere aus vergaberechtlichen Auflagen ergeben.

Weitere Vorgaben zur Ermöglichung der Barrierefreiheit durch private Anbieter von Websites und Apps schafft die Richtlinie (EU) 2019/882 („European Accessibility Act“), die bis zum 28. Juni 2022 in nationales Recht umsetzen ist.²⁴ Die Anforderungen der Richtlinie (EU) 2019/882 sollen – zusätzlich zu den Vorgaben der Richtlinie (EU) 2016/2102 – auch für Websites und mobile Anwendungen öffentlicher Stellen gelten. Damit soll künftig gewährleistet werden, dass der Online-Verkauf von Produkten und Dienstleistungen unabhängig davon, ob der Verkäufer ein öffentlicher oder privater Akteur ist, für Menschen mit Behinderungen in vergleichbaren Maße barrierefrei ist.²⁵

Beide Richtlinien unterliegen letztlich den folgenden vier Grundsätzen²⁶:

- **Wahrnehmbarkeit:** die Informationen und Komponenten der Nutzerschnittstelle müssen den Nutzer*innen in wahrnehmbarer Weise dargestellt werden.
- **Bedienbarkeit:** die Nutzer*innen müssen die Komponenten der Nutzerschnittstelle und die Navigation handhaben können.
- **Verständlichkeit:** die Informationen und die Handhabung der Nutzerschnittstelle müssen den Nutzer*innen verständlich sein;
- **Robustheit:** die Inhalte müssen robust sein, damit sie zuverlässig von einer Vielfalt von Benutzeragenten, einschließlich assistiver Technologien, interpretiert werden können.

A.2.2.2 ePrivacy RL/TMG: Der Einsatz von Cookies

A.2.2.2.1 Allgemeines

Die ePrivacy-Richtlinie gilt auch nach Inkrafttreten der DS-GVO und soll im Zuge einer weiteren Anpassung des Datenschutzrechts durch die ePrivacy-Verordnung (ePrivVO) abgelöst werden. Mit einem Inkrafttreten ist realistischer Weise eher erst zum Jahre 2022 zu rechnen.

In Deutschland wurde die ePrivacy Richtlinie ua. durch das TMG (teilweise) umgesetzt. Dabei hat sich der Gesetzgeber nicht eng genug an der Richtlinie orientiert. So sieht das TMG nur vor, dass Cookies widersprochen werden kann, die Verwendung also keiner expliziten Einwilligung bedarf. Die Richtlinie setzt demgegenüber aber die Einwilligung voraus.²⁷ Die betreffende Regelung im TMG ist daher nicht anzuwenden.

Anmerkung:

Der maßgebliche Unterschied zwischen einer Widerspruchslösung (Opt-out) und einer Einwilligung (Opt-in) ist, dass im Falle einer Widerspruchslösung eine Datenverarbeitung unwidersprochen stattfinden darf, sofern der Betroffene der Verarbeitung nicht widersprochen hat. Hingegen darf eine Verarbeitung bei einer Opt-in-Lösung überhaupt erst beginnen, nachdem eine wirksame Einwilligung vom Nutzer erteilt ist

A.2.2.2.2 Cookie-Entscheidungen des EuGH und BGH

Das TMG soll alsbald an die wesentlichen Entscheidungen des EuGH²⁸ und des BGH²⁹ angepasst werden. Relativ sicher ist nämlich damit zu rechnen, dass der Einsatz von Cookies durch die ePrivacyVO so geregelt wird, wie es durch die Rechtsprechung bereits vorausgesetzt wird. Für **alle nichtessentiellen Cookies ist eine aktive, explizite und informierte Einwilligung notwendig**. Ferner darf die Nutzung der Website nicht durch **eine Cookie-Wall** von der Einwilligung in die Speicherung nichtessentieller Cookies abhängig gemacht werden (Kopplungsverbot). Auch wird es wohl für alle **Nutzungen der Verarbeitungsfunktionen im Endgerät (zB. die Speicherung von Daten) einer Einwilligung** bedürfen. Das macht große Teile des Webtrackings ohne Einwilligung hinfällig.

Da der **Einsatz von – zB. für den Betrieb der Website – technisch notwendigen (Session)-Cookies nicht per se einwilligungsbedürftig** ist,³⁰ sollten Anbieterinnen einen **Cookie-Banner und -Konfigurationsplattformen (Consent-Tools) immer dann einrichten, wenn der Einsatz von Cookies über das zwingend notwendige Maß hinausgeht**. Letzteres gilt insbesondere auch für alle sog. Third-Party-Cookies.

In diesem Falle ist eine Cookie-Konfigurationsplattform anzulegen, über die die Nutzer*innen ihre Cookies einfach und direkt auf der gewünschten Website verwalten können. Über den Bildschirmausschnitt (Fold) hinauslaufende oder mit Text überladene Cookie-Banner sind aber zu vermeiden. Insgesamt sollten Cookie-Banner folgendermaßen ausgestaltet sein:³¹

- Beim erstmaligen Öffnen einer Website erscheint das Banner beispielsweise als eigenes HTML-Element. In der Regel besteht dieses HTML-Element aus einer Übersicht über alle einwilligungsbedürftigen Verarbeitungsvorgänge, die unter Nennung der beteiligten Akteure und deren

²⁴ Anzuwenden sind ihre Regeln aber voraussichtlich erst ab dem 28. Juni 2025.

²⁶ Siehe Erwägungsgrund 46 der Richtlinie (EU) 2019/882.

²⁷ Siehe insgesamt auch die Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien des DSK aus April 2018, www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmg.pdf (zuletzt abgerufen am 18. Juni 2020).

²⁸ Urteil vom 01. Oktober 2019, C - 673/17 – Planet49, auf Vorlage des BGH zwecks Auslegung der EU-Datenschutzvorschriften.

²⁹ Urteil v. 28. Mai 2020, I ZR 7/16 – Cookie-Einwilligung II.

³⁰ Die Pflicht zu Information über den Umfang der Datenverarbeitung in einem Datenschutzhinweis bleibt aber auch in Fällen eines nicht einwilligungsbedürftigen Einsatzes eigener, technisch notwendiger Session-Cookies bestehen. Vorlage des BGH zwecks Auslegung der EU-Datenschutzvorschriften.

³¹ Die folgende Darstellung ist der Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien der DSK, Stand März 2019, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmg.pdf (zuletzt abgerufen am 18. Juni 2020), S. 9, entnommen

Funktion ausreichend erklärt wird und über ein Auswahlmenü aktiviert werden können (Opt-in). Aktivieren bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Auswahlmöglichkeiten nicht – als Opt-out – „aktiviert“ voreingestellt sein dürfen.

- Während das Banner angezeigt wird, werden zunächst alle weitergehenden Skripte einer Website oder einer WebApp, die potenziell Nutzerdaten erfassen, blockiert. Der Zugriff auf Impressum und Datenschutzerklärung darf durch „Cookie-Banner“ nicht verhindert werden.
- Erst wenn der Nutzer seine Einwilligung(en) durch eine aktive Handlung, wie zum Beispiel das Setzen von Häkchen im Banner oder den Klick auf eine Schaltfläche abgegeben hat (Opt-in), darf die einwilligungsbedürftige Datenverarbeitung tatsächlich (durch technische Maßnahmen sichergestellt) stattfinden.
- Zur Erfüllung der Nachweispflichten des Art. 7 Abs. 1 DS-GVO (bzw. § 11 Abs. 1 DSGVO-EKD) ist es gemäß Art. 11 Abs. 1 DS-GVO (bzw. § 15 Abs. 1 DSGVO-EKD) nicht erforderlich, dass die Nutzer dazu direkt identifiziert werden. Eine indirekte Identifizierung (vgl. DS-GVO-Erwägungsgrund 26) ist ausreichend. Damit die Entscheidung des Nutzers für oder gegen eine Einwilligung bei einem weiteren Aufruf der Website berücksichtigt wird und das Banner nicht erneut erscheint, kann deren Ergebnis auf dem Endgerät des Nutzers – mit dessen Zustimmung – ohne Verwendung einer User-ID o. ä. von der Verantwortlichen gespeichert werden. Durch ein solches Verfahren kann der Nachweis einer vorliegenden Einwilligung erbracht werden.
- Da eine Einwilligung widerruflich ist, muss eine entsprechende Möglichkeit zum Widerruf implementiert werden. Der Widerruf muss so einfach möglich sein wie die Erteilung der Einwilligung, Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO (§ 11 Abs. 3 S. 4 DSGVO-EKD).

Verantwortliche müssen sicherstellen, dass die Einwilligung nicht nur das Setzen von einwilligungsbedürftigen Cookies umfasst, sondern alle einwilligungsbedürftigen Verarbeitungstätigkeiten, wie z.B. auch eventuelle Verfahren zur Verfolgung der Nutzer durch Zählpixel oder diverse Fingerprinting-Methoden, soweit diese nicht aufgrund einer anderen Rechtsgrundlage zulässig sind.

Praxis-Hinweis:

Folgendes Vorgehen kann beispielsweise gewählt werden: Die Nutzer*innen werden über **eigene Session-Cookies**, die für die korrekte Basisfunktionsweise der Website **technisch notwendig** sind, mittels Cookie-Banner informiert. Nutzen sie die Website weiter, bedeutet dies, dass sie diese essentiellen Cookies akzeptieren. Das unmittelbare Schließen der Website bedeutete hingegen ein Opt-out. Ein eigenes Opt-in ist

dafür nicht also nicht notwendig. Beim Verlassen der Website müssen diese Cookies jedoch zwingend gelöscht werden. Wird die Website nicht geschlossen (vom Opt-out also kein Gebrauch gemacht), werden weitere Cookies, die Analyse- oder Marketingzwecken dienen, nur dann geladen, wenn ein (aktives, explizites, informiertes) Opt-in erfolgt, etwa durch einfaches Klicken auf das markierte Feld des Cookie-Banners. Ohne diesen Klick funktioniert die Website auch weiterhin, doch es dürfen keine weiteren Cookies installiert werden.

In besonderen Fällen, wenn die Verarbeitung beispielsweise mit einem **erhöhten Risiko** für die Nutzer*innen verbunden ist, sollte noch ein **weiterer Dialog hinzukommen**, der ein zusätzliches (aktives, explizites, informiertes) Opt-in ermöglicht. Ein solches **Double-Opt-in** (auch Closed-Loop-Opt-in genannt) wird nach erstmaligem Klicken und der Eingabe einer E-Mail-Adresse oder Mobilnummer per E-Mail, Mobilnummer oder per SMS-/Messenger-Nachricht zur Bestätigung abgefragt. Die besonderen Verarbeitungen erfolgen zwingend erst nach Freigabe durch Anklicken eines in der E-Mail, SMS oder Messenger-Nachricht befindlichen Links.

Ein solches Vorgehen sollte auch für alle Vorgänge gewählt werden, bei denen beabsichtigt ist, Daten der Nutzer*innen zu verarbeiten, um ihnen Newsletter,³² Informationen oder sonstige Inhalte an Ihre Email-Adresse oder Mobilnummer zu senden. Denn nur so kann sichergestellt werden, dass die Email-Adresse und Mobilnummer vom tatsächlichen Inhaber stammt.

A.2.2.2.3 Tracking und Profiling³³

Im besten Falle sollte auf **Cookies zu Marketing-Zwecken ganz verzichtet** werden. Diese genießen auch eine eher fragwürdige Reputation. Falls sie doch genutzt werden sollen,³⁴ ist in jedem Fall

- eine **aktive, explizite und informierte Einwilligung**³⁵ sowie
- ggf. der Abschluss eines Auftragsverarbeitungsvertrages mit Drittanbietern³⁶ sowie die DS-GVO-Konformität einer ggf. stattfindenden Datenübermittlung ins außereuropäische Ausland erforderlich. Zudem ist
- der Grundsatz der Speicherbegrenzung (Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO bzw. § 5 Abs. 1 Ziff. 5 DSGVO-EKD) zu beachten, also ein Löschkonzept zu erstellen,
- ggf. eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen (Art. 35 DS-GVO, § 34 DSGVO-EKD),³⁷

³² Siehe dazu auch [A.2.2.3.3.3](#)

³³ Siehe dazu bereits oben [A.1.4.6](#)

³⁴ Vom Einsatz von SuperCookies/Evercookies/Zombie-Cookies sollte jedenfalls abgesehen werden. Bei diesen handelt es sich um Cookies, die dauerhaft und vor allem versteckt gespeichert sind, so dass sie von den Nutzer*innen nur schwer oder gar nicht entfernt werden können, zumal sie sich nach dem Löschen selbständig neu installieren.

³⁵ Siehe ergänzend zur Einholung der Einwilligung die Empfehlungen der CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés [die nationale

Datenschutz-Aufsichtsbehörde Frankreichs mit Sitz in Paris]) zum Einsatz von Cookies und anderen Tracking Devices: https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/draft_recommendation_cookies_and_other_trackers_en.pdf (zuletzt abgerufen am 21. August 2020).

³⁶ Siehe hierzu [A.1.4.7](#)

³⁷ Siehe hierzu die sog. „Muss“-Liste der gemeinsamen Datenschutzkonferenz der Datenschutzbeauftragten: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/ah/20181017_ah_DSK_DSFA_Muss-Liste_Version_1.1_Deutsch.pdf (zuletzt abgerufen am 7. November 2020)

- die Datenschutzerklärung anzupassen und
- die technischen und organisatorischen Maßnahmen (TOM) gemäß dem Stand der Technik angemessen umzusetzen und ständig darauf zu überprüfen.

Unabhängig davon, welche Cookies konkret eingesetzt werden,

- es sollten immer nur solche eingesetzt werden, die auch tatsächlich genutzt werden;
- in ihnen abgelegte Daten sollten möglichst anonymisiert – mindestens aber pseudonymisiert – werden;
- der Lebenszyklus von Cookies sollte aktiv verwaltet und
- ihre Speicherdauer sowie die Aufzeichnungsdauer von Logfiles sollten – möglichst auf die Dauer des Aufrufs des Dienstes – oder aber anderweitig begrenzt werden; ferner sollten
- die Schablonen zur Interpretation der in den Cookies gespeicherten Informationen nicht veröffentlicht werden. Anderes kann nur gelten, sofern die Website in ein Open-Source-Umfeld gefasst ist. Dann ist speziell darauf zu achten, nur unbedingt benötigte Informationen in Cookies zu speichern.

Praxis-Tipp:

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass das Nutzen von Kartendiensten nur dann geschehen sollte, wenn die datenschutzsichere Nutzung der Daten durch die Anbieter sichergestellt ist. Das ist bislang regelmäßig nicht der Fall, da sich kostenfreie Bereitstellung dieser Dienste als Geschäftsmodell nur vor dem Hintergrund der Datennutzung lohnt. So ist es zwar für Anbieterinnen verlockend, den Gratisdienst einzusetzen, ethisch vertretbar ist es aber häufig nicht, da für diesen Vorteil die Nutzer*innen mit ihren Daten zu bezahlen haben.³⁸

Erfolgt dennoch eine Einbindung sollte die Anwendung in der Grundeinstellung möglichst nicht scharfgeschaltet, sondern erst durch ein aktives, informiertes Handeln der Nutzer freischaltbar sein (z. B. durch Betätigung eines Schiebreglers).

Ein besonderes Problem stellt das sogenannte **Profiling** dar. Vom Einsatz solcher Techniken, die ohnehin **nur bei Einhaltung anspruchsvoller Voraussetzungen rechtlich überhaupt möglich** sind, ist **grundsätzlich abzuraten**.

A.2.2.2.4 Überprüfung bereits bestehender Websites:

Auch wenn Sie keine neue Website planen, ist das Vorstehende auch für bestehende Websites zu beachten. Diese sollten mindestens auf Folgendes überprüfen werden:

- Ist die Datenschutzerklärung an die Transparenzpflichten der DS-GVO angepasst?
- Werden Analysetools (zB. Google Analytics, Matomo etc.)

eingesetzt (was datenschutzkonform kaum möglich ist)? Ist der Einsatz von Analysetools überhaupt erforderlich oder reichen die statistischen Auswertungen, die der Hostler zur Verfügung stellt, aus?

- Werden Cookies eingesetzt? Sind diese „notwendig“ oder dienen Sie weiteren Interessen (Marketing/Werbeinteressen)?

Nur für die Funktionalität einer Website zwingend notwendige eigene Session-Cookies benötigen keine **aktive, informierte und explizite Einwilligung** der Nutzer*innen (aber mindestens eines **Datenschutzhinweises**).

A.2.2.2.5 Checkliste Cookies

- Werden ohne Einwilligung (aber mit einem Datenschutzhinweis) nur eigene technisch notwendige Session-Cookies eingesetzt?
- Ist die Einrichtung eines Cookie-Banners/Consent-Tools notwendig (kommen also nicht nur essentielle eigene Session-Cookies zum Einsatz)?
- Ist der Einsatz aller weiteren Cookies, insbesondere auch Third-Party-Cookies, durch aktive, explizite und informierte Opt-ins abgesichert?
- Werden generell nur solche Cookies eingesetzt, die auch tatsächlich genutzt werden?
- Wird umfassend und transparent über alle eingesetzten Cookies informiert?
- Wird der Lebenszyklus von Cookies aktiv verwaltet und ist ihre Speicherdauer sowie die Aufzeichnungsdauer von Logfiles auf das notwendige Maß begrenzt und Daten, soweit wie möglich, anonymisiert oder – wenn nicht möglich – pseudonymisiert?
- Ist sichergestellt, dass die Schablonen zur Interpretation der in den Cookies gespeicherten Informationen Dritten nicht zugänglich sind (außer bei Einbettung in ein Open-Source-Umfeld, dann aber mit entsprechender Einwilligung)?
- Ist sichergestellt, dass die Nutzung der Website nicht von der Einwilligung in die Nutzung nicht-essentieller Cookies abhängig gemacht wurde?
- Ist der Einsatz nicht-essentieller Cookies durch aktive, explizite und informierte Einwilligung nicht nur abgesichert, sondern auch gut dokumentiert?
- Ist bei Datenübertragungen an Dritte und Einbindung von Drittdiensten ein Auftragsverarbeitungsvertrag (AV-Vertrag) abgeschlossen?
- Ist die Übermittlung von Daten ins außereuropäische Ausland ggf. DS-GVO-konform bzw. überhaupt möglich?
- Wird bei Nutzungen der Verarbeitungsfunktionen im Endgerät (zB. die Speicherung von Daten) eine aktive, explizite und informierte Einwilligung eingeholt?
- Ist den Nutzer*innen die einfache Verwaltung der Cookies inklusive eines nachträglichen Widerrufs ihrer Einwilligungen (wie oben beschrieben) ermöglicht?

³⁸ Die Verwendung der Kartenapp sollte nicht einfach durch einen Screenshot ersetzt werden, wenn nicht die Rechte an dessen Verbreitung gesichert sind. Anderenfalls könnte ein Verstoß gegen das Urheberrecht vorliegen.

- Werden neben den Einwilligungen für Cookies auch Einwilligungen für weitere einwilligungsbedürftige Verarbeitungstätigkeiten, wie z.B. auch eventuelle Verfahren zur Verfolgung der Nutzer durch Zählpixel oder diverse Fingerprinting-Methoden, soweit diese nicht aufgrund einer anderen Rechtsgrundlage zulässig sind, eingeholt?
- Ist der Grundsatz der Speicherbegrenzung (Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO bzw. § 5 Abs. 1 Ziff. 5 DSGVO-EKD) hinreichend beachtet, insbesondere ein Löschkonzept erstellt?
- Ist die Datenschutzerklärung im Hinblick auf alle Verarbeitungsvorgänge angepasst worden?
- Ist eine Datenschutz-Folgenabschätzung iSv. Art. 35 DS-GVO, § 34 DSGVO-EKD durchzuführen?³⁹
- Entsprechen die begleitenden technischen und organisatorischen Maßnahmen (TOM) dem Stand der Technik und wird dies regelmäßig überprüft?

A.2.2.3 Weitere Anforderung an Websites

A.2.2.3.1 Grundkonstruktion

Hinsichtlich der Gestaltung einer Website ist auf die insoweit wesentlichen Punkte zu achten.

- Die Website muss **entsprechend dem aktuellen Stand der Technik programmiert und betrieben** werden. Die Verwendung eines veralteten Codes kann zu schweren Sicherheitsmängeln führen, die die Entwendung personenbezogener Daten einfach machen, und Haftungs- und Gewährleistungsansprüche auslösen können.
- Bei der Programmierung/Gestaltung einer Website/App ist dem Grundsatz **Privacy by Design** und **Privacy by Default** Genüge zu tun,⁴⁰ es ist also sicherzustellen, dass die Gestaltung der Website so ausfällt, dass **keine oder nur so wenig personenbezogene Daten wie möglich** durch sie verarbeitet werden (**Datenminimierung**). Diese Vorgabe entspricht dem Grundsatz, dass nur so viele personenbezogene Daten verarbeitet werden sollen, wie zur Erreichung des legitimen Zwecks erforderlich sind. Konfigurationsaufwand soll vermieden werden und ein ausreichendes Datenschutzniveau ohne Anpassungen von vornherein gewährt sein.
- Das mit der Erstellung der Website beauftragte Unternehmen muss sich **schriftlich dazu verpflichten**, den aktuellen Stand der Technik einzuhalten und die Forderung nach Privacy by Design und Default zu erfüllen.
- Bei der werkvertraglichen **Abnahme der Leistung muss das überprüfend berücksichtigt** werden.

Mit der datenschutzkonformen Erstellung der Website ist es noch nicht ganz getan. Die Website besteht ja nicht für sich

selbst, sondern muss auf einem Webserver gehostet werden. Als per definitionem (grundsätzlich) öffentlich erreichbares System muss ein Webserver ebenfalls dem aktuellen Stand der Technik entsprechend gesichert sein. Die insoweit notwendige angemessene Konfiguration und Zertifizierung, etwa durch die Installation eines (kostenpflichtigen)⁴¹ ssl-Zertifikats, sollte durch Fachkräfte erfolgen.

Falls die Einrichtung eines Servers nicht on-premises, also nicht im Unternehmen der Anbieterin selbst erfolgen soll, so kann der Webserver auch gemietet werden. Professionelle Hosts bieten den datensicheren Betrieb solcher Systeme gegen Entgelt an. Bei der Auswahl sollte auf **einschlägige Zertifizierungen** geachtet werden, allen voran **nach ISO/IEC 27001**. Trotz Mietung eines Webserver trifft die Anbieterin aber weiterhin die volle datenschutzrechtliche Verantwortung, die durch Abschluss eines **Auftragsverarbeitungsvertrag** – einschließlich von Weisungsrechten – sicherzustellen ist (siehe A.1.4.7). Haftungsrechtliche Ausgleichs- und Freistellungsansprüche sind aber möglich, um das wirtschaftliche Risiko im Ergebnis zu mindern.

Werden dagegen personenbezogene Daten verarbeitet (die Erhebung reicht dafür aus), dann muss der Datenaustausch zwischen den Nutzer*innen und dem Server **ssl-verschlüsselt** erfolgen. Dies ist mittlerweile Standard und wird von professionellen Hosts regelmäßig angeboten.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten muss immer dann eine **Einwilligung**, ein Opt-in voraussetzen, sofern kein **anderer gesetzlicher Grund** für die Verarbeitung gegeben ist. Ist ein anderer Grund gegeben, sollte die Verarbeitung **nicht** (zusätzlich) auf die Einwilligung gestützt werden, da deren Einholung anderenfalls das **Gebot der Fairness und Transparenz** verletzen könnte. Der Rechtsgrund für die Verarbeitung von Daten kann in der Durchführung des Vertrages oder in besonderen gesetzlichen Erlaubnistatbeständen liegen.

Bei personenbezogenen Daten besonderer Kategorien kann mit einer Einwilligung aber auch mit den spezifischen Erlaubnistatbeständen gearbeitet werden, sofern diese im jeweiligen Anwendungsfall einschlägig sind. Dies ist sehr gewissenhaft zu prüfen.⁴²

A.2.2.3.2 Anforderungen nach Telemediengesetz und Telekommunikationsgesetz

Vielfach, wenn nicht sogar überwiegend, wird davon ausgegangen, dass das TMG im Hinblick auf seine datenschutzrechtlich relevanten Vorschriften (§§ 11 bis 15a TMG) durch die DS-GVO weitestgehend verdrängt wird. Bis zur letztendlichen Klärung durch den Gesetzgeber, die mit Erlass der ePrivacy-Verordnung⁴³ eintreten sollte, sind bei Betrieb einer Website neben den datenschutzrechtlichen Vorschriften

über das Hosting-Unternehmen angeboten wird.

⁴² Siehe zur Einwilligung schon oben A.1.4.2.1 und A.1.4.2.2.

⁴³ Sie wird die ePrivacy-Richtlinie (2002/58EG) einschließlich ihrer Ergänzung durch die sogenannte Cookie-Richtlinie (2009/136/EG) ablösen.

³⁹ Wird die Datenschutz-Folgenabschätzung zusätzlich veröffentlicht, ist diese zugleich ein Instrument der Vertrauensbildung gegenüber den Nutzer*innen.

⁴⁰ Siehe dazu auch B.1.1.1.3.

⁴¹ Auch eine kostenlose Zertifizierung kann möglich sein, wenn sie zuverlässig

auch Vorschriften des Telemediengesetzes (TMG) und des Telekommunikationsgesetzes (TKG) zu beachten. Bei der Anwendung des TMG (und des TKG) darf aber der Standard der DS-GVO bzw. des DSGVO-EKD nicht unterschritten werden. Das heißt, dass etwaige Bereichsausnahmen oder sonstige Privilegierungen nicht durchgreifen. Lediglich dort, wo die DS-GVO keine Regelungen trifft (Auskunft ggü. öffentlichen Stellen, Modalitäten der Abrechnung, Aufbewahrungsfristen, Datenspeicherung zu Rechtsverfolgungszwecken), bleibt Raum für eine ergänzende Anwendung der nationalen Gesetze.

A.2.2.3.2.1 Impressum

Gemäß § 5 TMG haben die Anbieterinnen **umfangreiche Angaben** auf ihrer Website im Impressum zu hinterlegen. Dazu gehören ua. Name und Niederlassungsanschrift, die Rechtsform und Vertretungsberechtigung, Register und Registernummer, die zuständige Aufsichtsbehörde, Kontaktinformation und Umsatzsteueridentifikationsnummer.

Weitergehende Informationspflichten können sich im Einzelfall über § 5 Abs. 2 TMG aus anderen Vorschriften ergeben, etwa aus dem Fernabsatzrecht (§§ 312b ff. BGB), den Regelungen über den elektronischen Geschäftsverkehr (§ 312e BGB), dem Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (§ 36 f. VSBG), der ODR-Verordnung (EU) Nr. 524/2013, dem Fernunterrichtsschutzgesetz, der Preisangabenverordnung oder aus gesellschaftsrechtlichen Angabepflichten.

Für die typische diakonische Anbieterin ist in den hier näher verdeutlichten Fällen ggf. auch die Angabe einer presserechtlich inhaltlich verantwortlichen Person i.S.v. § 18 Abs. 2 MStV⁴⁴ und der Datenschutzbeauftragten erforderlich bzw. empfehlenswert. Zusätzlich kann die Verweisung auf die der Nutzung des Internetangebots gegebenenfalls zugrundeliegenden AGB angezeigt sein.

Die Pflichtangaben müssen „leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar“ und stets aktuell gehalten werden. Insbesondere sollten sie möglichst nicht mehr als ein Klick von jeder Unterseite entfernt sein.

A.2.2.3.2.2 Bestands- und Nutzungsdaten

Gemäß Art. 6 Abs. 1 b) DS-GVO, § 6 Nr. 5 DSGVO-EKD darf die Diensteanbieterin personenbezogene Daten der Nutzer*innen

nur – unter entsprechender Aufklärung in Datenschutzhinweisen – erheben und verwenden, soweit diese **für den Abschluss des Vertrages** und dessen inhaltliche Ausgestaltung und Änderung (**Bestandsdaten**) sowie Erfüllung (**Nutzungsdaten**) zwingend erforderlich sind.

Darüber hinausgehend darf die Diensteanbieterin personenbezogene Daten der Nutzer*innen gemäß Art. 6 Abs. 1 f) DS-GVO, § 6 Nr. 8 DSGVO-EKD nur erheben und verwenden, soweit dies erforderlich ist, um die Inanspruchnahme von Telemedien **tatsächlich zu ermöglichen und/oder abzurechnen (Nutzungsdaten)**, soweit die Datenschutzinteressen der Betroffenen im Einzelfall nicht höher zu bewerten sind. Erlaubt sind also z. B. Datenverarbeitungen der IP-Adresse während der Dauer des reinen Surfens auf einer Website.

Zu den Nutzungsdaten, die ausschließlich zweckgebunden erhoben werden dürfen, können auch Merkmale zur Identifikation der Nutzer*innen, Angaben über Beginn und Ende sowie des Umfangs der jeweiligen Nutzung und Angaben über die von den Nutzer*innen in Anspruch genommenen Telemedien verarbeitet werden, wenn diese z. B. für Abrechnungszwecke erforderlich sind. Wird zum Beispiel ein bestimmtes Online-Angebot bei Inanspruchnahme nach Minuten abgerechnet, so stellen die Login-Daten der Nutzerin und die protokollierte Verbindungsdauer ein entsprechendes Nutzungsdatum dar.

Nutzungsdaten dürfen über das Ende des Nutzungsvorgangs hinaus verwendet werden, soweit sie für Zwecke der Abrechnung erforderlich sind (Abrechnungsdaten – § 15 Abs. 4 TMG) und – im Rahmen eines AV-Vertrags (§§ 28, 29 DS-GVO) – auch an andere Diensteanbieterinnen sowie Dritte übermittelt werden, soweit dies zur Ermittlung des Entgelts und seiner Abrechnung erforderlich ist (§ 15 Abs. 5 S. 1 TMG). Gemäß § 15 Abs. 6 TMG darf die Abrechnung aber nicht die Inanspruchnahme von Telemedien-Anbieter, Zeitpunkt, Dauer, Art, Inhalt und Häufigkeit bestimmter von einer Nutzerin/einem Nutzer in Anspruch genommener Telemedien erkennen lassen, es sei denn, die Nutzerin/der Nutzer verlangt einen Einzelnachweis.⁴⁵ Zur Erfüllung bestehender gesetzlicher, satzungsmäßiger oder vertraglicher Aufbewahrungsfristen darf die Diensteanbieterin die Daten sperren (§ 15 Abs. 4 S. 2 TMG).

Im Ergebnis entspricht das Vorstehende nichts anderem als dem Grundsatz der Datenminimierung und Speicherbegrenzung sowie Zweckbindung und Rechtmäßigkeit. Daten dürfen nur soweit und solange gespeichert werden, wie es zur Erreichung des jeweils legitimen – durch Gesetz, Vertrag oder Einwilligung begründeten – Zwecks erforderlich ist.

⁴⁴ Der Medienstaatsvertrag soll bis Ende 2020 den Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (RStV) ablösen. Die Vorgängerregelung findet sich in § 55 Abs. 2 RStV.

⁴⁵ Zur Speicherdauer erklärt § 15 Abs. 7 und 8 TMG: Die Diensteanbieterin darf Abrechnungsdaten, die für die Erstellung von Einzelnachweisen über die Inanspruchnahme bestimmter Angebote auf Verlangen des Nutzers verarbeitet werden, höchstens bis zum Ablauf des sechsten Monats nach Versendung der Rechnung speichern. Werden gegen die Entgeltforderung innerhalb dieser Frist Einwendungen erhoben oder diese trotz Zahlungsaufforderung nicht beglichen, dürfen die Abrechnungsdaten weiter gespeichert werden, bis die Einwendungen abschließend geklärt sind oder die Entgelt-

forderung beglichen ist. Liegen der Diensteanbieterin zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte vor, dass seine Dienste von bestimmten Nutzern in der Absicht in Anspruch genommen werden, das Entgelt nicht oder nicht vollständig zu entrichten, darf er die personenbezogenen Daten dieser Nutzer über das Ende des Nutzungsvorgangs sowie die in Absatz 7 genannte Speicherfrist hinaus nur verwenden, soweit dies für Zwecke der Rechtsverfolgung erforderlich ist. Die Diensteanbieterin hat die Daten unverzüglich zu löschen, wenn die Voraussetzungen nach Satz 1 nicht mehr vorliegen oder die Daten für die Rechtsverfolgung nicht mehr benötigt werden. Der betroffene Nutzer ist zu unterrichten, sobald dies ohne Gefährdung des mit der Maßnahme verfolgten Zweckes möglich ist.

A.2.2.3.2.3 Fernmeldegeheimnis

§ 88 TKG konkretisiert das in Art. 10 GG bereits verfassungsrechtlich verankerte Fernmeldegeheimnis (auch als sogenanntes Postgeheimnis bekannt). Schon die Tatsache, dass jemand an einer Telekommunikation beteiligt war, unterfällt dem Fernmeldegeheimnis. Ruft jemand beispielsweise die Telefonseelsorge an, darf die Rufnummer der Anruferin/des Anrufers **grundsätzlich nicht gespeichert werden**, denn das Angebot ist ja kostenlos, so dass der Grund zur temporären Speicherung von Nutzungsdaten entfällt.⁴⁶

A.2.2.3.3. Sonstige Anforderungen und Besonderheiten

A.2.2.3.3.1 Datenschutzerklärung/-Information⁴⁷

Websites benötigen eine Datenschutzerklärung. Zwar sind die Anforderungen an eine Unterrichtung der Nutzer durch die DS-GVO gestiegen. Viele der durch das Gesetz verlangten Informationen müssen für jede Funktion der Website gesondert bewertet werden. Daher bleibt es nicht aus, dass der Umfang der Datenschutzerklärungen weiter zunehmen wird. Da dies im Zweifel zu längeren Datenschutzerklärungen führt, birgt es die Gefahr, dass die damit bezweckte **Transparenz** der Datenverarbeitung mangels Kenntnisnahme durch die Nutzer nicht erreicht wird.

Eine gestufte Darstellung, etwa mit Einrückungen und Hervorhebungen (ein sogenannter „**layered approach**“), kann die Lesbarkeit verbessern und damit die Rechtswirksamkeit deutlich erhöhen. Je mehr Daten erhoben werden, desto umfangreicher muss informiert werden, und desto mehr muss in einem fortwährenden Überprüfungsprozess die Richtigkeit der Information sichergestellt werden.

Die Informationen müssen gem. Art. 13 Abs. 1 DS-GVO spätestens „bei Erhebung“ der personenbezogenen Daten gegeben werden.⁴⁸ Im Falle von Verarbeitungen im Rahmen von Verträgen oder Einwilligungen sind die Informationen zusätzlich bereits vor Vortragsabschluss bzw. Einwilligung bereit zu stellen.

Datenschutzerklärungen sollten regelmäßig **mit nur einem Klick erreichbar** sein.⁴⁹

Praxistipp:

Datenschutzerklärungen orientieren sich in der Praxis häufig an der Struktur der Art. 13, 14 DS-GVO bzw. §§ 17, 18 DSGVO-EKD. Unter der Überschrift „Zwecke“ werden dann alle Zwecke sämtlicher Datenverarbeitungen zusammengefasst und entsprechend unter der Überschrift „Rechtsgrundlagen“ alle entsprechenden Rechtsgrundlagen usw. Dies dürfte eine transparente Information der Nutzer*innen häufig behindern.

Transparenter ist eine Datenschutzerklärung, die nach Zwecken differenziert und je Zweck jeweils die Rechtsgrundlage, den oder die Empfänger/Empfängerkategorie(n), die Frage der Drittlandübermittlung, die Speicherdauer bzw. Kriterien für die Speicherdauer etc. angeben. Angaben aber, die vom Zweck unabhängig sind, und also als allgemeine Angaben „vor die Klammer“ gezogen werden können, sollten auch entsprechend konzentriert dargestellt werden: Das sind im Wesentlichen die Angabe

- der verantwortlichen Stelle (es sei denn, Teile der Datenverarbeitung sind Fälle von Gemeinsamer Verantwortlichkeit nach Art. 26 DS-GVO);
- des Datenschutzbeauftragten;
- das Beschwerderecht bei der Aufsichtsbehörde (und die [bundeslandspezifische] Angabe derer);
- die Rechte der betroffenen Person (ausgenommen aber die Information über das Widerspruchsrecht nach Art. 21 DS-GVO sowie über das Recht zum Widerruf einer Einwilligung Art. 13 Abs. 2 lit. c Art. 7 Abs. 3 S. 3 DS-GVO, weil diese Rechte nur bei bestimmten Rechtsgrundlagen der Verarbeitung gegeben sind).

Wenn über mehrere Arten von Datenverarbeitungen informiert werden soll, kann es sich anbieten, die Datenschutzerklärung teilweise (also hinsichtlich der zweckspezifischen Angaben) in tabellarische Form zu fassen. Das gilt insbesondere, wenn nach Art. 14 Abs. 1 lit. d DS-GVO auch über die Datenkategorien informiert werden muss. Als Spalten einer solchen Tabelle kommen beispielsweise uA. in Betracht (von links nach rechts):

- Zweck;
- (soweit nach Art. 14 Abs. 1 lit. d DSGVO erforderlich: Datenkategorien);
- Quelle (jedenfalls wenn die Quelle nicht der Nutzer selbst ist, siehe Art. 14 Abs. 2 lit. f DS-GVO);
- Rechtsgrundlage;
- Speicherdauer/Kriterien für die Speicherdauer;
- Empfänger/Empfängerkategorie(n);
- ggf. Information nach Art. 13 Abs. 1 lit. d, Art. 13 Abs. 2 lit. c DS-GVO sowie Information über das Widerrufsrecht.

⁴⁶ Ein anderes kann dann gelten, wenn die Speicherung aus anderen Gründen erforderlich ist; etwa zum Führen einer Sperrliste, die vor missbräuchlichen Kontaktaufnahmen schützen soll.

⁴⁷ Siehe zu deren Erstellung die „Arbeitshilfe zur Umsetzung von Informationspflichten“ des Beauftragten für den Datenschutz der EKD (https://datenschutz.ekd.de/wp-content/uploads/2019/06/bfd_Handr-Infopflichten-dina5_Internet_01-2020.pdf - zuletzt abgerufen am 26. Juni 2020).

⁴⁸ Daten müssen grundsätzlich beim Betroffenen selbst erhoben werden. Stammen Sie dennoch aus anderen z. B. öffentlich zugänglichen Quellen, über die der Betroffene seine Daten selbst zugänglich gemacht hat (z. B. Social Media, Adress-/Telefon-Datenbanken, Mitarbeiter-Webseiten von Unternehmen), dann treffen den Datenverarbeiter dennoch – nachträgliche – Informationspflichten (Art. 14 DS-GVO, § 18 DSGVO-EKD).

⁴⁹ Working Paper 260 der Artikel-29-Datenschutzgruppe, S. 8.

Einen guten Leitfaden für die Erstellung einer gleichermaßen effektiven wie wirksamen Datenschutzerklärung/ Datenschutzinformation bietet die „Arbeitshilfe zur Umsetzung von Informationspflichten“ des Beauftragten für den Datenschutz der EKD.⁵⁰

A.2.2.3.3.2 Social-Media-Plugins

Social-Media-Plugins **sollten nicht direkt in die Website implementiert** werden, da sonst die IP-Adresse der Nutzer*innen bei Aufruf unmittelbar übermittelt wird. Über die **Zwei-Klick-Methode** kann eine sichere Einbindung erfolgen. Der erste Klick öffnet das Fenster mit den Datenschutzhinweisen und erst ein ggf. erfolgreicher zweiter, die notwendige Einwilligung beinhaltender Klick lädt das betreffende Plug-In. Der Einsatz von Social-Media-Plug-Ins ist in der Datenschutzerklärung vollständig und verständlich zu verdeutlichen.⁵¹

Zu beachten ist, dass die **Einbindung von Dritt-Inhalten** einen Beitrag der Website-Betreiberin als **aktiver Beitrag** zur Entscheidung über die Mittel der Verarbeitung darstellt und damit eine **datenschutzrechtliche (Mit-)Verantwortlichkeit** begründen kann. Nach Ansicht des EuGH kann allein daraus bereits eine **gemeinsame Verantwortlichkeit** iSd. Art. 26 DS-GVO/§ 29 DSGVO für rechtswidrigen Verarbeitungsvorgänge oder nicht ausreichender Beachtung datenschutzrechtlicher Vorgaben durch den Dritt-Anbieter erwachsen.⁵²

A.2.2.3.3.3 Newsletter

Sofern über die Website die Anmeldung für einen Newsletter möglich sein soll, welche stets einwilligungspflichtig sind, ist das Anmeldeformular datensparsam und datenschutzfreundlich und inklusive eines Datenschutzhinweises⁵³ zu gestalten. E-Mail-Adressen oder Mobilnummern sind dabei über das **Double-Opt-in-Verfahren** zu verifizieren. Checkboxes dürfen **nicht vorangekreuzt** sein. Über die zum Versand ggf. genutzte Dienstleisterin ist in der Datenschutzerklärung entsprechend zu **informieren**. In jeder als Newsletter versandte E-Mail etc. ist die Möglichkeit zur **Austragung** aus dem Newsletter zu gewähren.

A.2.2.3.3.4 Gemeinsame Verantwortlichkeit

Wesentlich für Kooperationen ist zudem die **Regelung zur gemeinsamen Verantwortlichkeit**, Art. 26 DS-GVO, § 29 DSGVO-EKD. Hierzu ist eine **Vereinbarung zu schließen**. Hieraus können sich gerade für Plattformen besondere Konsequenzen ergeben. Es sind die eine gemeinsame Verant-

wortlichkeit in der jeweiligen Konstellation möglicherweise begründenden Umstände und die daraus ggf. folgenden Konsequenzen **gut zu durchdenken**.

Für die Anbieterinnen einer Plattform folgt daraus die Bestärkung der Verpflichtung, die Plattform datenschutzkonform und **risikoavers** auszugestalten. Auch ist es wichtig, dass die Plattformbetreiberin die Anbieterinnen auf Datenschutzkonformität in Anspruch nimmt, um den eigenen **Sicherungspflichten** nachzukommen. Aus der gemeinsamen Verantwortlichkeit ergeben sich auch Folgen für die Erfüllung der **Rechenschaftspflicht**,⁵⁴ und zwar nicht nur der Form nach. Ist von einer gemeinsamen Verantwortlichkeit auszugehen, so erstreckt sich die Nachweispflicht auch auf die betreffenden Anwendungen, die über die Plattform angebunden sind.

A.2.2.3.3.5 Checkliste zu den (weiteren) Anforderungen an Websites

- Ist die Website entsprechend dem aktuellen Stand der Technik programmiert und betrieben?
- Sind bei Ihrer Programmierung/Gestaltung den Grundsätzen Privacy by Design und Privacy by Default genüge getan?
- Ist das mit der Erstellung der Website beauftragte Unternehmen schriftlich dazu verpflichtet worden, den aktuellen Stand der Technik einzuhalten und die Forderung nach Privacy by Design und Default zu erfüllen? Wird die Erfüllung bei Abnahme der Leistung überprüfend berücksichtigt?
- Werden über Formulare datenschutzkonform nur solche Daten abgefragt, die auch tatsächlich genutzt werden? Sind Pflichtfelder ggf. deutlich als Pflichtfelder gekennzeichnet? Werden nur diejenigen personenbezogenen Daten abgefragt, die zur Erreichung des jeweils legitimen – durch Gesetz, Vertrag oder Einwilligung abgesicherten – Zweckes notwendig sind?
- Sind die Informationen zur Verarbeitung persönlicher Daten im Vorfeld von Vertragsabschlüssen und Einwilligungen – und darüber hinaus auch die generelle Datenschutzerklärung – transparent, gut sichtbar eingebunden und leicht aufrufbar (maximal ein Klick)?
- Ist die Datenschutzerklärung im Hinblick auf die zu gebenden Informationen vollständig und dennoch übersichtlich gestaltet (ggf. „layered approach“)?
- Ist die Seite hinreichend verschlüsselt (aktuelles ssl-Zertifikat) sowie alle Datenverarbeitungsprozesse durch die notwendigen TOM abgesichert?
- Sind ggf. Social-Media-Plugins sicher und transparent eingebunden und werden diese erst durch eine aktive und informierte Handlung der Nutzer*innen scharf geschaltet?

⁵⁰ <https://datenschutz.ekd.de/infotek-items/arbeitshilfe-zur-umsetzung-von-informationspflichten/> (zuletzt abgerufen am 26. Juni 2020).

⁵¹ Siehe hierzu auch die Ausführungen zum Einsatz von Cookies in der Langfassung dieses Kompendiums (Vertiefungsdokument) unter B.2.2.3.

⁵² Siehe zur gemeinsamen Verantwortlichkeit ferner ausführlich unten B.1.1.1.8.3.

⁵³ Siehe hierzu A.2.2.3.3.1.

⁵⁴ Siehe dazu genauer unter B.1.1.1.5.

- Werden Skripte nur auf dem eigenen Server gespeichert und ist so ein Laden von Drittanbietern verhindert?
- Werden Fotos auf der Website grundsätzlich⁵⁵ nur bei Einwilligung der Abgebildeten verwendet (sofern diese erkennbar sind)?
- Ist die Anmeldung für einen Newsletter per Double-Opt-in gesichert? Können sich die Empfänger*innen in jedem Newsletter austragen und informiert die Datenschutzerklärung ggf. über die Newsletter-Dienstleisterin?
- Ist die professionelle Wartung der Website sichergestellt, um sie stets angriffssicher zu halten, ebenso wie das regelmäßige Backup?
- Ist eine möglicherweise gegebene gemeinsame Verantwortlichkeit hinreichend bedacht und das aus ihr ggf. folgende Risiko durch angemessene Vereinbarungen moderiert?
- Ist die Einbindung von datenverarbeitenden Drittdiensten durch Auftragsverarbeitungsverträge inkl. Weisungsrechten gegenüber dem Drittdienst abgesichert?
- Ist, soweit nötig, eine Datenschutz-Folgenabschätzung⁵⁶ durchgeführt worden?
- Ist die Möglichkeit der Störerhaftung gesehen worden und in die Planung eingeflossen?

A.2.2.4 Verantwortung und Haftung für Inhalte im Internet

A.2.2.4.1 Grundsätze

Die Frage, wer Verantwortung für Inhalte im Internet übernehmen muss, wird umso wichtiger, je größer die Bedeutung des Mediums für die Gesellschaft wird. Demgemäß ist das **Haftungsrisiko** für Provider als Diensteanbieterin, die fremde Informationen speichern, zum Abruf bereithalten oder durchleiten, in der Praxis erheblich gewachsen. Ganz gleich, ob es sich um **Content-, Access-, Cache- bzw. Usenet- oder Hostprovider** handelt – ⁵⁷ fast alle verarbeiten erhebliche Mengen an Daten, die sich schon aufgrund ihres Umfangs einer verantwortungsvollen inhaltlichen Prüfung zu entziehen scheinen. Demgemäß hoch ist das Bedürfnis, sich **gegen potentielle Haftungsrisiken** abgesichert zu wissen.

Bezüglich der Einzelheiten wird auf das **Vertiefungsdokument** verwiesen.

Zusammenfassend wird hier Folgendes festgehalten:

A.2.2.4.2 Zusammenfassung zu Haftung und Verantwortung

- Grundsätzlich trifft die Provider hinsichtlich fremder Inhalte keine Überwachungs- und Nachforschungspflicht ex ante; einer Haftung für fremde Rechtsverletzungen können sie in der Regel entgehen, wenn sie ab Kenntnis von einem Rechtsverstoß unverzüglich – ex post – alles ihnen Mögliche und Zumutbare unternehmen, um den Verstoß zu beseitigen (notice and take down [react]), es sei denn, es handelte sich um eine für den Provider offensichtliche Rechtsverletzung.
- Eine Intensivierung der Sorgfaltspflichten kann sich aber insbesondere dann ergeben, wenn ein Rechtsverstoß bereits bekannt ist und wiederholt zu werden droht (stay down). Dies kann ggf. geeignete technische Vorkehrungen und – je nach Art der Plattform und des Rechtsverstoßes – sogar manuelle Überprüfungen zur Verhinderung gleichartiger Rechtsverstöße erfordern.
- Für eigene, d. h. selbst eingestellte oder – z. B. durch einen Deep-Link – zu eigen gemachte fremde Inhalte ist keine besondere Haftungsbeschränkung möglich; die Inhalte und Links müssen sorgfältig ausgewählt bzw. gesetzt und unverzüglich entfernt werden, wenn sich eine Rechtsverletzung abzeichnet.
- Es ist darauf zu achten, dass sich die Anbieterin nur solche fremden Inhalte – ggf. auch durch eine gezielte Linksetzung – zu eigen macht, die inhaltlich geprüft sind.
- Usenet-Provider gelten (lediglich) als Cache-Provider im Sinne des § 9 TMG, können regelmäßig dessen Haftungsbeschränkungen für sich in Anspruch nehmen und jedenfalls dann exkulpiert, wenn eine Überprüfung technisch nicht möglich oder zumutbar ist.
- Eine Verschärfung der Haftungsregelungen (Provider-Privileg) durch die kommende E-Privacy-Verordnung ist möglich. Eine Verschlechterung der Situation für die hier interessierenden Konstellationen ist dabei ebenfalls möglich, aber eher unwahrscheinlich. Dies sollte aber beobachtet werden.
- Eine Haftung nach dem NetzDG kommt im Rahmen der vorliegend interessierenden Konstellation aufgrund seiner relativ hoch liegenden Anwendungsschwelle nur ausnahmsweise in Betracht.
- Auch die Umsetzung der DSM-Richtlinie⁵⁸ dürfte im vorliegend interessierenden Zusammenhang keine zusätzliche Verschärfung der Haftungssituation begründen. Die allgemeine zivilrechtliche Haftung für Urheberrechtsverletzung bleibt aber unberührt.

⁵⁵ Zur Verwendbarkeit von Personenfotos ohne Einwilligung siehe § 23 Abs. 1 KUG.

⁵⁶ Siehe hierzu [B.1.1.1.7](#).

⁵⁷ Content-Provider stellen eigene Inhalte selbst zur Verfügung, wogegen ein Host-Provider (Plattformen für Dritt-Angebote, Social Media-Anbieter, Blog-Anbieter, Kommentarspalten etc.) eine Ressource für fremde Inhalte von Dritten bzw. Usern bietet (Für die Frage, ob ein konkreter rechtswidriger Inhalt einem voll haftbaren Content-Providing oder einem haftungsrechtlich privilegierten Host-Providing zuzuordnen ist, ist immer nur für den konkreten

Content und nicht für das Angebot des Providers insgesamt zu beurteilen) Access-Provider vermitteln fremde Informationen im Internet oder anderen Netzen bzw. leiten sie durch bzw. ermöglichen überhaupt den Zugang zum Internet rein technisch. Als Usenet-Provider bezeichnet man gemeinhin Betreiberinnen eines Netzwerkes von Diskussionsforen im Internet, die die Daten nur im Wege des „Mirroring“ redundant speichern. Als Oberbegriff wird gemeinhin „Internetprovider“ gewählt.

⁵⁸ Die Umsetzung wird demnächst im Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG) erfolgen.

A.2.3 SPEZIFISCHER ANWENDUNGSFALL: ONLINE-BERATUNG

A.2.3.1 Definition von Online-Beratung erste Anforderungen

Die DGOB definiert Online-Beratung „als Setting, das sich in unterschiedliche Präsentationsformen differenziert, z.B. schriftgestützte Präsentationen (webbasierte Mailberatung, Chat- und Forenberatung) oder Präsentationen, die audiovisuelle Kanäle nutzen (z.B. Videoberatung etc.).“⁵⁹

Damit vermittelt die Online-Beratung dem Ratsuchenden einen alternativen **Zugang** zu den Beratungsleistungen, der allerdings den Einsatz von **internetbasierten digitalen Telemedien** voraussetzt. Die Methode bleibt dadurch aber grundsätzlich unberührt. Damit ist also gleichzeitig klargestellt, dass es sich bei der Online-Beratung nicht etwa um eine neue Methode, sondern nur um einen neuen Modus handelt, in dem die üblichen Methoden angewendet werden können.

Die Tatsache, dass die Online-Beratung ohne physische Nähe auskommt, bedeutet natürlich nicht, dass die an sie zu stellenden Anforderungen geringer ausfallen. Im Gegenteil: Gerade durch die zu beachtenden technischen Besonderheiten liegen die Anforderungen in einigen Aspekten mitunter sogar höher. Das kann etwa die Fragen des Datenschutzes und der Datensicherheit betreffen, wovon noch zu sprechen sein wird. Sollen digitale Lösungen zur Anwendung kommen, ist festzustellen, ob die eingesetzte Technik und die dem Angebot zugrundeliegende Organisation eine vertrauliche Kommunikation gewährleisten. Online-Beratung sollte daher nur unter der Bedingung angeboten werden, dass die dazu notwendigen fachlichen und technischen Kenntnisse und Kompetenzen vorliegen. Einschlägige Fort- und Weiterbildungen können hierbei helfen. Sie setzt auch ihre Sicherung durch die Einhaltung der notwendigen technisch-organisatorischer Maßnahmen (TOM) voraus.⁶⁰

Die zu gewährleistende Vertraulichkeit der Kommunikation verlangt im Regelfall den Einsatz spezialisierter, auf den Einsatzbereich angepasster Software. Diese garantiert insbesondere

- die sichere Verschlüsselung und
- die Vermeidung von Kommunikation außerhalb abgesicherter webbasierter Systeme (so wäre beispielsweise der Einsatz von [unverschlüsselter] E-Mail unzulässig und berufsethisch nicht vertretbar (siehe dazu auch [A.2.3.5.1.5](#)) sowie

- die Einhaltung der sonstigen Anforderungen der DS-GVO (bzw. des BDSG und des DSG-EKD);
- dass keine Sammlung und Weitergabe von Metadaten erfolgt, was idR. von kostenfreien sozialen Netzwerken für deren Nutzung vorausgesetzt wird; und
- dass nur Medien genutzt werden, die dem Fernmeldegeheimnis nach § 88 TKG unterfallen,⁶¹ und bei deren Nutzung die strengen Vorgaben des TKG⁶² beachtet werden.

Die Verantwortung für die Nutzung unsicherer und unzulässiger Verbindungswege kann – unabhängig ihres Verstoßes gegen das Berufsethos – nicht auf die Ratsuchenden rechtlich wirksam abgewälzt werden.

A.2.3.2 Nutzungsbedingungen und Datenschutzerklärung in der Online-Beratung

A.2.3.2.1 AGB/Nutzungsbedingungen

Es empfiehlt sich, im Rahmen der Online-Beratung die Verwendung von Nutzungsbedingungen. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Nutzer*innen (dazu das Muster D.2.5 im Anhang zum **Vertiefungsdokument**) als auch im Hinblick auf die Mitarbeiter*innen (dazu das Muster D.2.6 im Anhang zum **Vertiefungsdokument**). Die Muster können grundsätzlich auch für die Beratung per App eingesetzt werden.

A.2.3.2.2 Datenschutzerklärung

Auf die Arbeitshilfe zur Erstellung einer Datenschutzerklärung des Datenschutzbeauftragten der EKD wird hingewiesen.⁶³ Das Muster einer Datenschutzerklärung wird im Anhang zum **Vertiefungsdokument** mitgeliefert (D.1.1, D.2.1, D.2.2).⁶⁴

A.2.3.3 Datenschutzrechtliche Spezifika

Auf die bereits zu (Beratungs-)Apps gemachten Hinweise, insbesondere zur Einwilligung ([A.1.4.2.1](#)) sowie zu den Vorschriften des TKG ([A.1.4.4](#)) wird hier ergänzend hingewiesen. Diese gelten übertragenen Sinne auch im Zusammenhang mit entsprechenden Online-Beratungsangeboten.

Wo immer möglich, sollte die Beratung **anonym** erfolgen. So lässt sich der Aufwand im Hinblick auf den Datenschutz deutlich reduzieren. Die (schriftliche) **Einwilligungserklärung** Beratungsinteressierter sowie die Aushändigung von Daten-

⁵⁹ Vorstandspapier 01/2018 der DGOB zur Definition von Online-Beratung, <https://dg-onlineberatung.de/wp-content/uploads/2020/06/Definition-Online-Beratung-Website.pdf> (zuletzt abgerufen am 22. Mai 2020).

⁶⁰ Siehe zu den TOM auch die vertiefenden Ausführungen in der Langfassung dieses Compendiums näher unter C.1.1.1.5.1

⁶¹ Der Begriff Telekommunikation wird in § 3 Nr. 22 TKG definiert. Der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses erstreckt sich somit nicht nur auf klassische Sprachtelefonie, sondern auch auf moderne Datenübertragungsformen, also insbesondere auch die digitale Nachrichtenübertragung

zwischen Computern, da unter § 3 Nr. 23 auch Server oder Router zur Steuerung und Vermittlung von Online-Kommunikation und die Einwahlknoten von Internet Providern fallen.

⁶² Siehe hierzu [A.1.4.4](#)

⁶³ <https://datenschutz.ekd.de/infotehek-items/arbeitshilfe-zur-erstellung-einer-datenschutzerklaerung/> (zuletzt abgerufen am 28. August 2020).

⁶⁴ Als Orientierung bietende und anzupassende Vorlage kann auch die Datenschutzerklärung der Caritas Online-Beratung (<https://www.caritas.de/hilfeundberatung/onlineberatung/datenschutz>) dienen.

schutzinformation (s.o. unter [A.2.3.2](#)) sind aber immer erforderlich. Zur Einwilligung Minderjähriger siehe oben [A.1.4.2.2](#).

A.2.3.4 Verschlüsselte E-Mails

Eine Verschlüsselung von E-Mails, die über eine bloße Transportverschlüsselung hinausgeht (also eine Ende-zu-Ende-Verschlüsselung), verlangt den zuverlässigen Einsatz technischer Hilfsmittel **auf beiden Seiten**. Mailprogrammen ist die Fähigkeit der Verschlüsselung grundsätzlich nicht von vornherein eigen, sondern muss regelmäßig über Plugins **nachgerüstet** werden. Da die Anwendung solcher Plugins auch aufgrund des technischen Aufwands bislang **nicht weit verbreitet** ist, muss im Regelfall also davon ausgegangen werden, dass sie auf der Gegenseite nicht zum Einsatz kommen. Dadurch müssen die Berufsgeheimnisträger*innen auch davon ausgehen, dass anvertraute Geheimnisse nicht **ausreichend geschützt** sind und daher im Sinne des § 203 StGB strafbar offenbart werden können. Zudem sind alle technischen Lösungen grundsätzlich auch mögliche Schwachstellen, bedürfen also der Pflege, wie etwa des regelmäßigen Updates und der Überwachung ihrer Sicherheit. Aber auch E-Mails selbst, und ganz besonders unverschlüsselte, können Einfallstore für digitale Angriffe (zB. über Viren, Würmer und Trojaner) sein. Keylogger haben in der Vergangenheit nicht nur zu datenschutzrechtlichen Problemen, sondern auch zu Erpressungen geführt.

Im besten Fall sollte bei Eingang einer unverschlüsselten E-Mail mit einer Antwort wie der folgenden reagiert werden:

„Vielen Dank für Ihre Nachricht! Wir möchten Sie darüber informieren, dass wir in unserer Funktion als Berufsgeheimnisträger*innen zum Schutz der Sie betreffenden Informationen verpflichtet sind. Da eine ausreichend vertrauliche Kommunikation über E-Mail nicht sichergestellt werden kann, bitten wir Sie, unsere Antwort über folgenden Link einzusehen, wodurch ein geschützter Kommunikationskanal zwischen uns eröffnet wird. Bitte klicken Sie dafür hier⁶⁵.“

Der vorbezeichnete Link kann etwa auf die verschlüsselte Kommunikation über eine Website (https) führen. Der verschlüsselte Zugriff auf dort hinterlegte Daten kann entweder über einen ssl-verschlüsselten Webserver erfolgen, auf dem die Daten eingesehen werden können. Oder es wird eine verschlüsselte E-Mail-Verbindung zwischen dem Server und der Berufsgeheimnisträgerin eingerichtet.⁶⁶

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine E-Mail nur unter besonderen Bedingungen ein geeignetes Medium der Beratung darstellen kann und damit **im Regelfall nicht ohne Weiteres zum Austausch vertraulicher Informationen ge-**

nutzt werden sollte. Dadurch sind zwar Nachteile im Sinne der Spontanität der Kontaktaufnahme verbunden. Deren Inkaufnahme lohnt in Anbetracht der schweren Sicherheitsbedenken allerdings regelmäßig nicht.

Wenn die E-Mail als Medium fest installiert werden soll, sind ausschließlich solche Formate zu wählen, die

- 1) die Vertraulichkeit durch Verschlüsselung, also eine verschlüsselte Ende-zu-Ende-Kommunikation gestatten,
- 2) die Vertraulichkeit durch Datenintegrität sicherstellen, dass also eine Manipulation der übermittelten Informationen erkannt werden kann, etwa durch den Einsatz qualifizierter elektronischer Signaturen.

A.2.3.5 Strafrechtliche Aspekte in der Online-Beratung

A.2.3.5.1 § 203 StGB

A.2.3.5.1.1 Allgemeines, insb. Verschwiegenheitspflichten

Ratsuchende müssen sich in jedem Falle darauf verlassen können, dass mit den von ihnen gemachten Angaben zuverlässig professionell umgegangen wird. Das besonders schützenswerte Verhältnis zwischen den Berufsgeheimnisträgern und ihren Klient*innen darf durch die Digitalisierung gerade nicht gefährdet werden. Daher hat sich jede digitale Entwicklung auch diesem Thema zu stellen und es als maßgebend einzubeziehen.

Neben den allgemeinen Bestimmungen zum Datenschutz⁶⁷ tritt bei Berufsgeheimnisträgern zusätzlich eine nach § 203 StGB **strafbewehrte Verschwiegenheitsverpflichtung** hinzu, die sie einseitig verpflichtet. § 203 StGB normiert die Verschwiegenheitspflicht nicht selbst, sondern setzt ihr Bestehen voraus. Dieses wird regelmäßig durch die jeweils einschlägige Berufsordnung begründet.

War noch unter Geltung des Bundesdatenschutzgesetzes der alten Fassung (in § 1 Abs. 3 BDSG aF) ein Vorrang der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten vor dem Datenschutzrecht gegeben – die Datenschutzgesetze waren also auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch gesetzlichen Schweigepflichten unterliegende Berufe nicht anwendbar –, sieht die DS-GVO keine Bereichsausnahme für die Datenverarbeitung durch Berufsgeheimnisträger mehr vor. Die Regeln laufen daher parallel nebeneinander. Daher ist eine mögliche Entbindung von der Schweigepflicht strikt von der datenschutzrechtlichen Einwilligung zu trennen (unterschiedliche Rechtsbereiche). Letztere ist daher – zusätzlich zur Entbindung – für eine beabsichtigte Offenlegung von personenbezogenen Daten einzuholen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen.

⁶⁵ Der Link zum geschützten Angebot wird hier hinterlegt.

⁶⁶ Die Einrichtung eines ssl-verschlüsselten Servers sollte einem nach ISO/IEC 27001 zertifizierten Unternehmen überlassen werden. Die Anwendung zertifizierter Branchensoftware kann sich ebenfalls empfehlen.

⁶⁷ Siehe hierzu [A.1.4](#), [A.2.2.2](#), [A.2.2.3.3](#) und [B.1.1](#).

Durch die Digitalisierung von Leistungen ergeben sich hieraus aber keine sachlichen Veränderungen. Wer der Verschwiegenheitspflicht unterliegt, sollte dies wissen auch ohne Leistungen digital zu erbringen.

A.2.3.5.1.2 Ausnahmen

Neben den verschiedenen Pflichten zur Verschwiegenheit gibt es aber auch Fälle, in denen das Schweigen gebrochen werden muss oder jedenfalls gebrochen werden darf. Das kann in der Praxis vor allem dann der Fall sein, wenn Mitarbeitende der Beratungsstelle von einer anrufenden Person einen Hinweis auf eine geplante oder aufgrund Wiederholungsgefahr erneut drohende schwere Straftat erhält. Auch bei drohendem Suizid oder sonstigen akuten Lebensgefährdungen kann die Verständigung von Polizei und Rettungskräften geboten sein.

A.2.3.5.1.3 Gehilfen und Verschwiegenheitspflichten

Gehilfen oder bei den Schweigepflichtigen zur Vorbereitung auf den Beruf tätigen Personen dürfen die Schweigepflichtigen die Geheimnisse gegenüber offenbaren, da anderenfalls ein ordnungsgemäßer Betriebsablauf bzw. eine ordnungsgemäße Ausbildung nicht möglich wäre. Diese Begrenzung der Schweigepflicht kann aber nur dann gerechtfertigt werden, wenn diese zusätzlichen Personen ebenfalls der Schweigepflicht unterworfen werden. Dafür sorgt § 203 Abs. 4 S. 1 1. Var. StGB.⁶⁸

Hierüber und über den Umfang der (auch datenschutzrechtlichen) Schweigepflicht – sollten die Berufsgeheimnisträger*innen die Hilfspersonen – nicht zuletzt auch zu Zwecken der Dokumentation – in gegenzeichnender Weise umfassend schriftlich aufklären und die Hilfspersonen über das Dienstverhältnis hinaus zum Schweigen verpflichten.

A.2.3.5.1.4 Einbindung Dritter (Dienstleister)

Externe Dienstleister können eingebunden werden, wenn

- die Offenbarung für eine ordnungsgemäße Durchführung der Leistungen des Dritten erforderlich ist,
- der Dritte der Anwendung der DS-GVO unterworfen ist (und bestenfalls eine Zertifizierung nach der ISO/IEC 27000-er-Reihe nachweisen kann sowie seine Technik innerhalb der EU betreibt),

- die Zusammenarbeit mit dem Dritten vertraglich geregelt ist (Datenverarbeitung im Auftrag, Auftragsverarbeitungs-Vertrag (AVV – siehe dazu A.1.4.7), Art. 28 Abs. 3 DS-GVO, § 30 DSGVO-EKD), wobei der Dritte geeignet auf die Einhaltung der Auflagen und deren Umsetzung in technisch-organisatorische Maßnahmen (TOM) sowie
- auf die Verschwiegenheitspflicht umfassende hingewiesen und explizit verpflichtet werden muss, und
- die Ratsuchenden im Rahmen ihrer Einwilligung gemäß des Transparenzgebots der DS-GVO aufgeklärt werden, für welche Zwecke und in welcher Weise die persönlichen Daten verarbeitet, ggf. weitergegeben und gespeichert werden, wann eine Löschung der Daten erfolgt und wie die Einwilligung widerrufen werden kann.

A.2.3.5.1.5 Einverständnis/Einwilligung

Es ist möglich – wenn auch nur in gut begründeten Ausnahmefällen zu empfehlen –, mit einem ausdrücklichen, informierten und dokumentierten Einverständnis (Opt-in) der/des Berechtigten die Befugnis zur und damit die Straflosigkeit der Offenbarung des Privatgeheimnisses herzustellen. Mitunter wird das genutzt, wenn sich die Berechtigten über einen ungeschützten Kanal (beispielsweise E-Mail oder ein Messenger wie WhatsApp) bei der Beratungseinrichtung melden und um Beratung bitten. Auch wenn damit die strafrechtliche Verantwortlichkeit ausgeräumt werden kann, bliebe dies aus berufsethischen Gründen fragwürdig.

Zudem wirft dies datenschutzrechtliche Probleme auf. Daher sollte die Verwendung ungeschützter Kanäle, soweit sie überhaupt erfolgt, auf das absolut notwendige Minimum beschränkt und, sobald wie möglich, wieder auf einen verschlüsselten Kommunikationsweg gewechselt werden (siehe auch A.2.3.1 und A.2.3.5).

A.2.3.5.2 § 202a StGB

Seit Inkrafttreten der letzten Änderung in 2007 stellt § 202a StGB eine der wichtigsten **praxisrelevanten Normen des sogenannten IT- und Datenstrafrechts** dar. Als klassisches Lehrbuchbeispiel kann der „Hackerangriff“ gelten, bei dem extern auf die IT-Systeme zugegriffen wird. Allerdings erschöpft sich die Bedeutung der Vorschrift darin nicht und wird **häufig durch Unternehmensleitungen unterschätzt**. Ist den Mitarbeitenden beispielsweise die **private Nutzung von Betriebs-IT (etwa Laptops) gestattet**, kann **jeder unbefugte Zugriff** des Arbeitgebers ein Ermittlungsverfahren zur Folge haben, wenn die Mitarbeiter selbst einen Zugriffsschutz eingerichtet haben. Das Sich-Verschaffen des Zugangs zu den dergestalt geschützten Systemen kann auch ohne die Absicht, von Daten tatsächlich Kenntnis zu nehmen, strafbar sein.

⁶⁸ Zusätzlich sollten die Schweigeverpflichteten – zur Absicherung ihrer eigenen Schweigeverpflichtung sowie Dokumentationszwecken – gegenüber den bei ihnen zur Vorbereitung auf den Beruf tätigen Personen sowie

Gehilfen eine schriftliche und gegenzeichnende Belehrung über die Verschwiegenheitsverpflichtungen vornehmen (siehe in der Langfassung dieses Kompendiums D.2.3 und D.2.4).

Ist die private Nutzung eines zur Betriebs-IT gehörenden Gerätes also gestattet, sollte der Zugriff durch den Arbeitgeber grundsätzlich nicht ohne Abstimmung erfolgen.

A.2.3.5.3 § 201 StGB

Auch an § 201 StGB ist zu denken, an das Verbot des Abhörens und Aufzeichnens von Gesprächen. Zwar ist das bloße Mithören grundsätzlich nicht erfasst, insbesondere nicht, wenn – es beispielsweise zu Ausbildungszwecken geschieht und – mit vorheriger Einwilligung der geschützten Person passiert. Wenn diese aber auf die Vertraulichkeit besteht, könnte die Strafandrohung aktiviert sein. Nach gleicher Maßgabe ist auch ein Mitschnitt des Gespräches zulässig bzw. unzulässig,

Bei einer ausnahmsweisen Einwilligung ist zudem stets auf eine strenge Konformität des Vorgehens und der Verarbeitung mit der DSGVO/DSG-EKG zu achten.

Nicht-gesprochene Medien sind nicht durch § 201 StGB erfasst. So unterfällt etwa ein Live-Chat nicht dem § 201 StGB, wohl aber dem § 203 StGB (s.o.).

A.2.3.5.4 § 223 StGB

Eine weitere in strafrechtlicher Hinsicht relevante Vorschrift ist § 223 StGB. Danach ist strafbar, wer „einen anderen körperlich misshandelt oder an der Gesundheit beschädigt“. Da mit der Digitalisierung neue Verfahrens- und Behandlungswege eröffnet werden, ist eine Körperverletzung, die beispielsweise auch durch psychisch zugefügte Schmerzen begründet werden kann, auch auf digitalem Wege möglich.

Sofern innovative, digitale Wege der Behandlung erfolgen sollen, können an die Aufklärungspflicht erhöhte Anforderungen zu stellen sein. Alle relevanten Vor- und Nachteile (zB. der Einsatz einer neuen und noch nicht endgültig erprobten Methode) sind dann im Zuge der Aufklärung der Klientin/des Klienten umfassend darzustellen, so dass eine informierte eigenverantwortliche Entscheidung getroffen werden kann. Die technische Innovation darf keinesfalls zu einer Beeinträchtigung der Rechte der Klient*innen bzw. Patient*innen führen, deren Selbstbestimmung ein kaum zu überschätzendes Gut darstellt.

A.2.2.3.3.6 Checkliste zu den (weiteren) Anforderungen an Websites

- Ist bekannt, welche Mitarbeiter*innen der besonderen Verschwiegenheitsverpflichtung unterfallen und sind diese hinsichtlich der Konsequenzen umfassend informiert und hierauf verpflichtet?

- Ist sichergestellt, dass alle Arbeitsprozesse auf die Verpflichtung zur Verschwiegenheit angemessen und effektiv Rücksicht nehmen?
- Ist die ggf. erfolgende Einbindung Dritter nach dem oben stehenden Katalog rechtssicher gestaltet?
- Wird nur in sehr gut begründeten und dokumentierten Ausnahmefällen mit der Einwilligung/dem Einverständnis der betroffenen Person gearbeitet?
- Ist ein eventuelles Mithören von vertraulichen Informationen durch weitere Berufsgeheimnisträger durch Einwilligung/ Einverständnis gesichert?
- Ist der Einsatz digitaler Behandlungsmethoden durch eine umfassende und dokumentierte Aufklärung der Betroffenen über sämtliche Risiken begleitet, so dass diese eine informierte, eigenverantwortliche Entscheidung treffen können?

TEIL B

In den vorangehenden Kapiteln wurde bereits anhand der Besonderheiten der jeweils gewählten Anwendungsart (App oder Online-Plattform/-Beratung) auf spezifische Fragestellungen eingegangen. Ziel dieses Abschnittes ist es, diejenigen Fragen näher zu beleuchten, die sich für beide gleichermaßen stellen.

B.1 DATENSCHUTZ UND IT-SICHERHEIT

Zentrale Bedeutung im Rahmen von Digitalisierungsprojekten haben freilich Datenschutz und IT-Sicherheit. Für die beiden sich ergänzenden Rechtsgebiete steht die Verhinderung des unberechtigten Zugriffs auf schützenswerte Daten im Vordergrund, wobei die Vorschriften zur IT-Sicherheit – im Gegensatz zum Datenschutz – auch den Schutz nicht personenbezogener Daten sowie der Infrastruktur bezwecken. Der präventive Ansatz beider Rechtsgebiete lässt eine leistungsfähige Governance damit vom **Vorsorgegedanken** bestimmen. Im Folgenden soll der rechtliche Rahmen einer solchen vorsorgeorientierten Plattform- bzw. Anwendungs-Governance abgesteckt werden, zunächst aus datenschutzrechtlicher (1) und dann aus IT-sicherheitsrechtlicher (2) Perspektive.

B.1.1 DATENSCHUTZ

In seinem für das heutige Datenschutzrecht elementar wichtigen Volkszählungsurteil prägte das Bundesverfassungsgericht bereits 1983 das „**Recht auf informationelle Selbstbestimmung**“. Damit hat das Bundesverfassungsgericht verdeutlicht, dass die Angabe personenbezogener Daten **nie belanglos** ist. Daher muss jede gewählte digitale Lösung, da sie in aller Regel mindestens die Verarbeitung personenbezogener IP-Adressen umfasst, datenschutzrechtlich sicher sein. Es gibt allerdings keinen Grund, sich vor dem Datenschutzrecht zu fürchten. Wird der Datenschutz schon **von Beginn der konkreten Planung an mitgedacht, können Schwierigkeiten weitestgehend vermieden** werden (Stichwort: Privacy by Design und Default⁶⁹).

Seit dem 25. Mai 2018 gilt die DS-GVO, die die bisherige deutsche Regelungspraxis im Wesentlichen fortschreibt, allerdings einen verstärkt risikobasierten Ansatz verfolgt. Über die Öffnungsklausel des Art. 91 DS-GVO hat die EKD von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, sich ein **eigenes Datenschutzrecht** zu geben. Vom Schutzniveau bleibt dieses aber nicht hinter den Vorgaben der DS-GVO zurück. Im Folgenden wird auf die Vorschriften beider Rechtskreise Bezug genommen.

Zunächst sollen die Grundzüge dargestellt werden. Besonders wesentliche Aspekte werden nachfolgend vertieft.

⁶⁹ Siehe dazu sogleich genauer unter [B.1.1.1.3](#).

B.1.1.1 Einzelne Aspekte

Das Datenschutzrecht ist so konzipiert, dass es durch Beherrschungsasymmetrien entstehende informationelle Benachteiligungen der Nutzer*innen zu **verhindern bzw. ausgleichen sucht**.

B.1.1.1.1 Verbotsprinzip

Zentraler Aspekt des Datenschutzrechts ist es, dass **jegliche Datenverarbeitung grundsätzlich verboten** ist. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz lassen die DS-GVO – und mit ihr alle weiteren Datenschutzvorschriften – nur zu, sofern und soweit eine Rechtsgrundlage die Datenverarbeitung erlaubt oder die betroffene Person einwilligt.

Die Datenverarbeitung auf Plattformen und sonstigen Anwendungen kann vor allem auf Basis

- einer Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a iVm. Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 und 8 DS-GVO (§ 6 Ziff. 2 iVm. § 4 Ziff. 13 und §§ 11 und 12 DSGVO-EKD),
- der Erfüllung eines Vertrages nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b DS-GVO (§ 6 Ziff. 5 DSGVO-EKD) oder
- einer Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO (§ 6 Ziff. 3 und 4 DSGVO-EKD)

rechtmäßig erfolgen.

Das Merkmal „**Erfüllung des Vertrages**“ ist weit zu verstehen und umfasst grundsätzlich auch die Begründung⁷⁰, die Änderung, Durchführung und die Beendigung von Verträgen sowie die nachvertraglichen Sorgfaltspflichten; erfasst sind auch vertragsähnliche Konstellationen.⁷¹

Hinblick auf die **Interessenabwägung** ist hervorzuheben, dass hierzu im Einzelfall auch die Nutzung der Daten für weitere Anwendungen⁷², die Weiterentwicklung der Technik sowie Abwehr, Prävention und Nachverfolgung von IT-Sicherheitsattacken gehören kann.

Der **Einwilligung** kommt aber – jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang – die wesentlichste Bedeutung zu. Liegt sie vor, steht einer angemessenen Datenverarbeitung kaum etwas im Wege, wenn auch freilich die Rechenschaftspflicht nach Art. 5 Abs. 2 und Art. 24 Abs. 1 2. Hs. DS-GVO (§ 5 Abs. 2 iVm. § 27 Abs. 1 S. 1 DSGVO-EKD) die Informationspflichten nach Art. 12 ff. DS-GVO sowie die sonstigen Rechte der Betroffenen nach Art. 16 ff. DS-GVO (§§ 16 ff. DSGVO-EKD) zu beachten sind.

Aufgrund ihrer weitreichenden Wirkung sind an das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung hohe Anforderungen, insbesondere an ihre **Freiwilligkeit** und **Informiertheit** sowie **Zweckbestimmtheit** und **-beachtung zu stellen**.

Insbesondere darf das Zustandekommen eines Vertrags nicht von einer Einwilligung in eine dafür nicht erforderliche Verarbeitung (zB. Newsletter oder Werbetacking) abhängig sein (Kopplungsverbot).

Praxis-Hinweis:

Es ist zu beachten, dass die Verarbeitung sich nicht entweder auf eine Einwilligung oder einen anderen rechtlichen Grund stützen darf. Die Verantwortliche kann also nicht einfach einen anderen rechtlichen Grund heranziehen, wenn die Einwilligung nicht gegeben oder widerrufen wird. Das würde der notwendigen Transparenz und Fairness nicht gerecht. Es ist daher immer dann, wenn andere rechtliche Gründe zur Verarbeitung bestehen, nicht mit der Einwilligung zu arbeiten.

B.1.1.1.2 Zweckbindung und -änderung

Die Daten dürfen grundsätzlich nur zu dem Zweck verarbeitet werden, zu welchem sie ursprünglich rechtmäßig erhoben wurden. Die Datenverarbeiterin ist an den originären Zweck der Datenverarbeitung bei allen weiteren Schritten grundsätzlich gebunden. Die Festlegung eines neuen Zwecks (die „Umwidmung“ der Verarbeitung) ist grundsätzlich ausgeschlossen. Die Zweckänderung muss sich selbst wieder durch einen gesetzlichen Erlaubnistatbestand⁷³ oder eine Einwilligung rechtfertigen lassen.

B.1.1.1.3 Privacy by Design und Privacy by Default

Lauschende Geräte und Anwendungen sollten der Vergangenheit angehören. Die (DS-GVO Art. 5 DSGVO, 25, vgl. § 71 BDSG) und das DSGVO-EKD (§ 28 DSGVO-EKD) verlangen, dass dem Datenschutz bereits bei der Gestaltung der Technik (by design) und der Voreinstellungen von zB. Apps und Webseiten (by default) Rechnung getragen wird. Das erfordert, dass sich die Verantwortliche schon sehr früh, nämlich bereits in der **Planungsphase** mit dem Thema Datenschutz umfassend beschäftigt und dessen Prinzipien einbezieht. Dabei ist dem **Grundsatz der Datenminimierung** zu entsprechen, Konfigurationsaufwand zu vermeiden und ein ausreichendes Datenschutzniveau zu gewähren. Jede Anwendung darf nur die für ihre Funktion essentiellen Daten erheben. Die Datenverarbeitung muss jederzeit für die Nutzer*innen transparent und steuerbar sein und möglichst anonymisiert und, wenn dies im Rahmen der legitimen Zwecke nicht umsetzbar ist, möglichst pseudonymisiert erfolgen.

Die Dienstleisterin, die die Anwendung entwirft, muss **vertraglich verpflichtet** werden, Privacy by Design und Default

⁷⁰ Vorvertragliche Maßnahmen werden von § 6 Ziff. 5 DSGVO-EKD klarstellend als mitumfasst benannt.

⁷¹ Albers/Veit, in: Wolff/Brink (Hrsg.); BeckOK Datenschutzrecht, 31. Ed., Rz. 30f. zu § 6 DS-GVO.

⁷² Nachträgliche Zweckänderungen der Datenverarbeitung ohne Einwilligung

des Betroffenen sind allerdings nur in engen Grenzen möglich (Art. 6 Abs. 4 DS-GVO, § 7 DSGVO-EKD, §§ 23, 24 BDSG).

⁷³ Nachträgliche Zweckänderungen sind ohne Einwilligung des Betroffenen nur in engen Grenzen möglich (Art. 6 Abs. 4 DS-GVO, § 7 DSGVO-EKD, §§ 23, 24 BDSG).

als Leitlinie zu beachten, und sollte dies nach Umsetzung **schriftlich bestätigen**. Bei der Abnahme der Leistung ist dies **überprüfend zu berücksichtigen**.

B.1.1.1.4 Transparenzgebot

Eine der wesentlichsten Aspekte der durch das Datenschutzrecht verfolgten Selbstbestimmung des Einzelnen ist es, für Transparenz der Datenverarbeitungen zu sorgen. Für die Verantwortlichen folgt daraus, der betroffenen Person **in angemessener Weise Informationen zur jeweiligen Datenverarbeitung zu geben**. Durch leicht zugängliche Informationen sollen insbesondere die in Betracht kommenden **Datenströme – auf eine verständliche Art und Weise – nachvollziehbar** werden.

Praxishinweis:

Die bisherige Praxis langer, inhaltlich und zeitlich kaum zu erfassender Texte, dürfte dem nicht genügen. Eine **gestufte Darstellung**, etwa mit Einrückungen und Hervorhebungen, kann die Lesbarkeit verbessern und damit die Rechtswirksamkeit erhöhen (**layered approach**).⁷⁴ Je mehr Daten erhoben, desto umfänglicher muss informiert werden, und desto mehr muss in einem fortwährenden Überprüfungsprozess die Richtigkeit der Information sichergestellt sein.

B.1.1.1.5 Dokumentationspflicht und fortlaufende Evaluation (Datenschutzkonzept/Datenschutzmanagement)

Darüber hinaus haben die Verantwortlichen im Falle einer anlassbezogenen oder auch anlasslosen Überprüfung durch die Autoritäten, insb. die behördlichen Datenschutzbeauftragten, ein **wirksames Datenschutzmanagement (Datenschutzkonzept) nachzuweisen**.

Ein DS-GVO-konformer **Datenschutz setzt ein Datenschutzmanagement-System auf Basis eines PDCA-Zyklus (Demingkreis)** voraus. Prozesse sind nicht nur einmalig zu definieren und etablieren, sondern **permanent zu überprüfen und ggf. anzupassen**.



Fig. B.1: Illustration eines PDCA-Zyklus (Demingkreis)

⁷⁴ Siehe dazu A.2.2.3.3.1.

Spätestens mit der Einführung digitaler Lösungen empfiehlt es sich, ein **Datenschutzkonzept** zu etablieren.⁷⁵

B.1.1.1.6 Betroffenenrechte

Technisch-organisatorische Maßnahmen sind auch und gerade im Hinblick auf die Rechte der Betroffenen wesentlich, damit sie diese effektiv geltend machen können. Dies entspricht nicht nur den Interessen der Betroffenen, sondern auch denen der Verantwortlichen, die so **gleichzeitig ihre Compliance sichern und den Arbeitsaufwand geringhalten**. Die Umsetzung der Betroffenenrechte ist **bereits bei der Planung** einer jeden Lösung zu berücksichtigen.

Zu den Betroffenenrechten nach Art. 13 – 22 DS-GVO bzw. §§ 16 – 25 DSGVO gehören das Recht auf Information,⁷⁶ Auskunft,⁷⁷ Berichtigung und Löschung, Einschränkung der Verarbeitung, Datenübertragbarkeit, das Widerspruchsrecht sowie das Recht, keiner Entscheidung aufgrund einer automatisierten Verarbeitung unterworfen zu sein.⁷⁸ Aus dem Recht zur Datenübertragbarkeit oder -portabilität folgt, dass Anbieterinnen der sozialen Wohlfahrt bestenfalls darauf achten, dass sie ihren Nutzer*innen ein **Höchstmaß an funktionaler Interoperabilität ihrer Daten gewähren**. Die Daten sollen sich auch im Falle eines Wechsels des Dienstes unproblematisch nutzen lassen.

B.1.1.1.7 Datenschutz-Folgenabschätzung⁷⁹ (DSFA)

Wie gezeigt, fordern die Datenschutzgesetze an verschiedensten Stellen eine risikobasierte Herangehensweise. Bei voraussichtlich **hohem Risiko** einer Verarbeitung für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen ist vor **Aufnahme der Datenverarbeitung eine Datenschutz-Folgenabschätzung** vorzunehmen (Art. 35 Abs. 1 DS-GVO bzw. § 34 DSGVO und § 67 BDSG). Allerdings eröffnen die in den Vorschriften verwendeten Begriffe einen relativ großen Interpretationsspielraum.

Insbesondere die Verarbeitung besonders schützenswerter Daten, insb. Gesundheits- und Krankheitsdaten, kann in Verbindung mit weiteren risikoerhöhenden Faktoren die Durch-

⁷⁵ Siehe dazu näher auch die Hinweise des BfD-EKD <https://datenschutz.ekd.de/infothek-items/arbeitshilfe-zur-erstellung-eines-datenschutzkonzeptes/> (zuletzt abgerufen am 13. Juli 2020).

⁷⁶ Auf die Arbeitshilfe zur Umsetzung der Informationspflichten des Beauftragten für Datenschutz der EKD wird hingewiesen: <https://datenschutz.ekd.de/infothek-items/arbeitshilfe-zur-umsetzung-von-informationspflichten/> (zuletzt abgerufen am 11. September 2020).

⁷⁷ Der Auskunftsanspruch ist in seinem Umfang durchaus begrenzt. Er ist nicht vergleichbar mit dem Recht auf Akteneinsicht oder Einsicht in die Patientenakte nach § 630g BGB, sondern soll den Berechtigten (nur) einen angemessenen Überblick über die verarbeiteten Daten geben.

⁷⁸ Zu den Inhalten der Rechte im Einzelnen siehe etwa Reich: Überblick über Betroffenenrechte nach der Datenschutz-Grundverordnung und dem Bundesdatenschutzgesetz (neu), VuR 2018, S. 293 ff.

⁷⁹ Siehe zu den Einzelheiten einer DSFA ergänzend das ausführliche Kurzpapier #04 des Datenschutzbeauftragten der EKD, https://datenschutz.ekd.de/wp-content/uploads/2018/04/04-Kurzpapier_Datenschutz-Folgenabschätzung.pdf (zuletzt abgerufen am 18. Juni 2020).

führung einer Datenschutz-Folgenabschätzung indizieren, vor allem aufgrund der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung sowie bei **Verwendung neuer Technologien**.

B.1.1.1.8 Weitere relevante Aspekte

B.1.1.1.8.1 Übermittlung von Daten in ein Drittland

Nach den Maßgaben der DS-GVO dürfen personenbezogene Daten grundsätzlich nur dann in ein Drittland übermittelt werden, wenn dieses ein **angemessenes Schutzniveau** gewährleistet, was von der Europäischen Kommission festzustellen ist. Liegt kein derartiger **Angemessenheitsbeschluss** vor, darf eine solche Übermittlung nur erfolgen, wenn die Übermittlerin der personenbezogenen Daten **geeignete Garantien** über die von der Kommission erarbeiteten **Standardvertragsklauseln** gewährleistet und wenn die betroffenen Personen über durchsetzbare Rechte und wirksame Rechtsbehelfe verfügen. Falls weder ein Angemessenheitsbeschluss vorliegt noch geeignete Garantien über Standardvertragsklauseln bestehen, kann die Übermittlung in engen Fällen noch bei Bestehen geeigneter und gelebter **Binding Corporate Rules**⁸⁰ erfolgen, was seitens des verantwortlichen Diensteanbieters sorgfältig abgeklärt sein sollte.

B.1.1.1.8.2 Spezialfall USA

Nachdem der EuGH auch den **Privacy Shield-Beschluss 2016/1250 für ungültig** erklärt hat, ist die Datenübermittlung in die USA zunächst nur noch unter der Bedingung des Bestehens geeigneter **Standardvertragsklauseln bzw. von Binding Corporate Rules** möglich, die aber sehr selten sein dürften.⁸¹ Eine „Gnadenfrist“ zur Umstellung existiert nicht. Eine Übermittlung von Daten in die USA (und andere Drittstaaten) kann allerdings nur dann über Standardvertragsklauseln hinreichend abgesichert werden, wenn über **zusätzliche Maßnahmen** das gleiche Datenschutzniveau wie in der EU gewährleistet ist. Dabei müssen die Umstände der Daten transfers von Fall zu Fall betrachtet werden. Dies erschwert derzeit die Nutzung und Einbindung von Diensten und Komponenten U.S.-amerikanischer IT-Unternehmen. Eine spezifische Beratung hierzu ist unumgänglich.

B.1.1.1.8.3 Gemeinsame Verantwortlichkeit

Wesentlich für im hier interessierenden Kontext häufig vorkommende **Kooperationen** ist zudem die **Regelung zur**

gemeinsamen Verantwortlichkeit, Art. 26 DS-GVO, § 29 DSGVO-EKD.⁸² Eine gemeinsame Verantwortlichkeit ist vertraglich zu regeln und muss **transparent** sein. Das heißt, dass die **Rollenverteilung** (insbesondere in Bezug auf die jeweiligen tatsächlichen Funktionen und Beziehungen der gemeinsam Verantwortlichen gegenüber den Betroffenen sowie in Bezug auf Informationspflichten und Betroffenenrechte) so klar erfolgt, dass den Aufsichtsbehörden eine leichte Ausübung ihrer Kontroll- und Überwachungspflichten möglich ist.

Die klare Pflichtenverteilung muss auch für die Betroffenen transparent sein. Entweder wird diesen die getroffene Vereinbarung zur Verfügung gestellt oder deren **wesentlicher Inhalt** in den Datenschutzhinweisen leicht verständlich wiedergespiegelt. Um den Betroffenen die Wahrnehmung ihrer Rechte zu ermöglichen, sollten folgende Informationen zusätzlich enthalten sein:

- die Beteiligten und deren Sitz bzw. Niederlassung, deren Funktion und Beziehung zu den Betroffenen;
- die von den Beteiligten jeweils verfolgten Zwecke und die jeweiligen Mittel, derer sie sich zur Datenverarbeitung bedienen;
- die verwalteten Datenbestände und deren Orte sowie die Angabe, worauf sich die gemeinsame Verantwortung erstreckt;
- zeitlicher und inhaltlicher Rahmen des Verhältnisses, dem die gemeinsame Verantwortlichkeit zugrunde liegt;
- Informationen darüber, welche der Beteiligten welche Informationspflichten erfüllen und welchen datenschutzrechtlichen Aufgaben nachkommen.

B.1.1.2 Checkliste DS-GVO (allgemein)

- Wird die Umsetzung des Datenschutzes unabhängig (z.B. vom DSB) geprüft werden, also nicht vom Projektteam selbst?
- Ist die Datenschutzbeauftragte in die Planung eines Vorhabens/einer Lösung von Anfang an einbezogen?
- Ist ein an den Grundsätzen der Datenminimierung, Transparenz und an Betroffenenrechten ausgerichtetes angemessenes Datenschutzkonzept und –management vorhanden? Wird dieses innerhalb eines PDCA-Zyklus laufend aktualisiert?
- Besteht Klarheit über Art, Zweck und Umfang der zu erhebenden personenbezogenen Daten?
- Besteht Klarheit über den Schutzbedarf der zu erhebenden Daten, insbesondere Einwilligungserfordernissen, und ist das Schutzkonzept auf entsprechendem Niveau?

⁸⁰ Diese sind im DSGVO-EKD zwar nicht vorgesehen, kommen aber ausnahmsweise in Betracht.

⁸¹ Siehe im Einzelnen die klare Handreichung des Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württembergs, <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2020/08/LfDI-BW-Orientierungshilfe-zu-Schrems-II.pdf> (zuletzt abgerufen am 03. September 2020).

⁸² Zur Abgrenzung der (gemeinsam) Verantwortlichen von den Auftragsverarbeiterinnen siehe die Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR (https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf – zuletzt abgerufen am 25. September 2020).

- Ist eine Datenschutz-Folgenabschätzung indiziert und ggf. durchgeführt?
- Ist ein transparentes Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten erstellt worden, das sämtliche Vorgänge erfasst, bei denen personenbezogene Daten verarbeitet werden?
- Ist zu jeder Verarbeitungstätigkeit festgelegt, aus welchem Grund die Daten welcher Personen verarbeitet werden und zu welcher Kategorie die Daten gehören (zB. Gesundheitsdaten)?
- Ist ein Verzeichnis zu den möglichen Empfängern der Daten angelegt?
- Ist Privacy by Default und by Design sichergestellt?
- Ist die effektive Umsetzung der Rechte der Betroffenen gesichert?
- Ist insbesondere die Datenportabilität gesichert?
- Sind Löschfristen festgelegt? Werden sie hinsichtlich ihrer Angemessenheit regelmäßig überprüft und auf ihre Einhaltung überwacht?
- Ist die Einholung der aktiven, informierten und freiwilligen Einwilligung in den angezeigten Fällen gesichert und für jeden Einzelfall hinreichend dokumentiert?
- Sind in Auftragsvertragsverträgen die Haftung im Innenverhältnis geregelt und mit Freistellungsklauseln abgesichert?
- Sind die Sicherstellung der Einhaltung des Datenschutzes in den Auftragsvertragsverträgen garantiert und ein Weisungsrecht eingeräumt?
- Sind die Auftragsverarbeiterinnen zertifiziert (etwa nach ISO/IEC 27001)?
- Sind besondere Vorkehrungen getroffen worden, sofern personenbezogene Daten in ein Drittland übermittelt werden bzw. ist geprüft, ob die Übermittlung zulässig ist?
- Sind alle geeigneten und notwendigen technischen und organisatorischen Maßnahmen (TOM) zum Datenschutz umgesetzt?
- Ist eine ggf. bestehende gemeinsame Verantwortlichkeit erkannt und transparent und angemessen zwischen den Verantwortlichen geregelt?
- Ist ein Zugriffskonzept erstellt und werden Zugriffe auf Daten dokumentiert?
- Besteht eine Handlungsanweisung/ein Prozess für den Fall eines Datenschutzvorfalls?
- Ist (bei Vorliegen der Voraussetzungen) eine Datenschutzbeauftragte benannt?
- Werden die Mitarbeiter*innen regelmäßig geschult und werden regelmäßig Audits durchgeführt?
- Sind die Mitarbeiter*innen insbesondere zur Verschwiegenheit hinsichtlich der aus der Verarbeitung personenbezogener Daten folgenden Kenntnisse informiert und – über das Dienstverhältnis hinaus – verpflichtet?

B.1.2 IT-SICHERHEIT

Die IT-Sicherheit geht mit Gefährdungen für die in Anspruch genommene technische Infrastruktur unter den Aspekten von Verlässlichkeit, Authentizität und Zugriffsmöglichkeiten um.

Anmerkung:

Zur Verdeutlichung sei angemerkt, dass es sich hier nicht etwa um eine Dopplung der bereits unter der Maßgabe des Datenschutzes diskutierten technischen Maßnahmen handelt. Vielmehr geht es der IT-Sicherheit darum, generell die Organisation und deren – auch nicht personenbezogene – Daten sowie Infrastruktur zu schützen.

Als Kernanliegen sind die Herstellung von **Safety**, der immanenten Sicherstellung des Funktionierens und der Verfügbarkeit eines Systems sowie die Herstellung von **Security**, dem Schutz der IT-Systeme vor Angreifern oder vor Sabotage, zu benennen.

Die nach § 1 Abs. 3 S. 1 ITSVO-EKD⁸³ zu beachtenden Empfehlungen des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) zur Informationssicherheit und zum IT-Grundschutz,⁸⁴ die nur durch vergleichbare Sicherheitsstandards ersetzt werden dürfen, § 1 Abs. 3 S. 2 ITSVO-EKD, sind zu beachten. Die Evangelische Kirche in Deutschland stellt Muster-IT-Sicherheitskonzepte⁸⁵ nach dieser Maßgabe zur Verfügung.

Die **IT-Grundschutz-Methodik** zeichnet sich durch einen **ganzheitlichen Ansatz** aus. Durch die geeignete Kombination von organisatorischen, personellen, infrastrukturellen und technischen Sicherheitsanforderungen wird ein Sicherheitsniveau erreicht, das für den **jeweiligen Schutzbedarf angemessen und ausreichend** ist, um geschäftsrelevante Informationen zu schützen. Darüber hinaus bilden die Anforderungen **des IT-Grundschutz-Kompodiums** nicht nur eine Basis für hochschutzbedürftige IT-Systeme und Anwendungen, sondern erläutern an vielen Stellen, wie ein höheres Sicherheitslevel erreichbar ist.⁸⁶

Wer sich mit dem BSI-Grundschutz beschäftigt, ist mitunter von der schier Fülle von Informationen und Anforderungen überwältigt. War der Grundschutzkatalog ursprünglich sehr umfangreich (rd. 5.000 Seiten), ist die Darstellung vor wenigen Jahren deutlich vereinfacht worden. Heute erlauben die sogenannten 200er-Dokumente (BSIS-Standard 200-1 bis 200-3) eine leichtere und schnelle Annäherung an die allgemeinen Anforderungen, die an ein Managementsystem für Informationssicherheit (ISMS) zu stellen sind. Nach dem Einstieg über die allgemeinen Anforderungen nach BSI-Standard 200-1 kann anhand des BSI-Standard 200-2 zur IT-Grundschutz-Methodik ein solides ISMS aufgebaut werden.⁸⁷

⁸³ <https://www.kirchenrecht-ekd.de/document/32147> (zuletzt abgerufen am 04. Juni 2020)

⁸⁴ https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/ITGrundschutz/itgrundschutz_node.html (zuletzt abgerufen am 04. Juni 2020)

⁸⁵ <https://datenschutz.ekd.de/infotehk-items/rat-der-ekd-erlaesst-it-sicherheitsverordnung/> (zuletzt abgerufen am 04. Juni 2020)

⁸⁶ Der IT-Grundschutz kann insoweit als eine praxisorientierte Herangehensweise angesehen werden, die Anforderungen der ISO/IEC 27001 und deren Erweiterung nach ISO/IEC 27701 umzusetzen.

⁸⁷ Siehe dazu insbesondere den Leitfaden des BSI zur Basis-Absicherung nach IT-Grundschutz (https://www.bayern.de/fileadmin/user_upload/docs/pdf/Leitfaden_zur_IT-Basis-Absicherung.pdf - zuletzt abgerufen am 26. Juni 2020).

Dabei steht mit der Standard-Absicherung **die bewährte IT-Grundschutz-Vorgehensweise** zur Verfügung. Sie wird vorbereitet durch die Basis-Absicherung, die eine grundlegende Erst-Absicherung in der Breite ermöglicht, sowie durch die Kern-Absicherung, die sich dem Schutz der besonders schützenswerten Daten einer Institution widmet. Der BSI-Standard 200-3 zum Risikomanagement enthält alle risikobezogenen Arbeitsschritte bei der Umsetzung des IT-Grundschutzes.

Der Einstieg in das IT-Grundschutz-Kompendium, das seit 2018 jährlich in einer aktualisierten Edition erscheint, ist über das Inhaltsverzeichnis themenbezogen sehr gut möglich. Das Kompendium enthält die IT-Grundschutz-Bausteine, in denen jeweils Gefährdungen und Sicherheitsanforderungen für ein Thema der Informationssicherheit übersichtlich auf rund zehn Seiten erläutert werden. Mit den Bausteinen erhalten Anwender konkrete Empfehlungen zur Umsetzung der IT-Grundschutz-Methodik. Die IT-Grundschutz-Bausteine sind in Prozess- und System-Bausteine aufgeteilt und in insgesamt zehn Schichten untergliedert.

In geeigneten Fällen ist zudem die Technische Richtlinie des BSI für Digitale Gesundheitsanwendungen (TR-03161)⁸⁸ zu beachten, die sich unmittelbar an Hersteller von digitalen Gesundheitsanwendungen für mobile Endgeräte (vgl. § 33a SGB V) wendet. Damit erschöpft sich das mögliche Anwendungsfeld der Richtlinie aber nicht. Alle mobilen Anwendungen, die sensible Daten verarbeiten, wozu natürlich auch das bloße Speichern gehört, sollten die Vorgaben der Richtlinie als Mindestanforderungen erfüllen.

Bei der Planung des Systems ist besonders zu beachten, dass vorgegebene Schnittstellen und Formate alle Beteiligten in Zukunft binden. **Pfadabhängigkeiten** sind dadurch womöglich im wahrsten Sinne des Wortes „vorprogrammiert“. Derlei Problemen kann immerhin teilweise durch eine strikte System-Hierarchie begegnet werden, indem das System in unterschiedliche Hierarchie-Ebenen unterteilt wird, um so modulartige Änderungen besser zu ermöglichen.

B.1.3 ERSTELLUNG/ BESTELLUNG EINER DIGITALEN LÖSUNG

B.1.3.1 Projektmanagement

Es empfiehlt sich in vielen Fällen, die erfolgreiche Einführung umfassenderer digitaler Lösungen als **Projekt zu organisieren**. Eine gewisse Orientierung dabei kann der Leitfaden kirchliches Projektmanagement bieten.⁸⁹

B.1.3.2 Die Auswahl von Lösungen anhand der Testbarkeit der Sicherheit

Wie oben gesehen, muss die ausgewählte Lösung nicht nur **effektiv** und **ansprechend** sein, sondern auch **hinreichend sicher**. Diese Sicherheit kann unterschiedlich gewährleistet werden – abhängig von ihrer Quelle.

Am einfachsten ist dies bei einer **Eigenentwicklung**. Bei ihnen lässt sich die Sicherheit der Lösung bereits bei ihrer Entwicklung **genuin einplanen**. Sicherheitsspezifische Vorgaben bzgl. Konzeption, Umsetzung und Betrieb werden dabei teilweise mit der Ausschreibung veröffentlicht, teilweise aber auch erst im Rahmen des Projekts erarbeitet. Letzteres führt dazu, dass Webanwendungen und Apps immer wieder mit Schwachstellen behaftet sind, die für unterschiedliche Angriffe ausgenutzt werden können. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, bei der Eigenprogrammierung vor allem **auf Zweierlei zu achten**:

Zum einen ist die genuine Einplanung hinreichender Sicherheit nur dann möglich, wenn auch die entscheidende **Sensibilität** auf Seiten der Entwickler vorhanden ist. Diese ist mitunter stark abhängig vom Anwendungsfeld, das für die Entwickler neu sein kann. Für den **anwendungsfachlichen Hintergrund** zu sorgen, kann insoweit eine wesentliche Aufgabe der auftraggebenden Stelle sein. Dies ist umso erforderlicher, je geringer die Erfahrung der Entwickler im betreffenden Anwendungsfeld ist.

Zum anderen empfiehlt es sich, den „**Industriestandard**“ **der sicheren Softwareentwicklung** zu wahren. Dabei helfen etwa die BSI-Leitfäden zur Entwicklung sicherer Webanwendungen⁹⁰, der Baustein „Software-Entwicklung“⁹¹ aus dem BSI-Grundschutz-Kompendium, Kategorie „Konzeption und Vorgehensweisen“. Hilfreiche kostenlose Dokumente stellen

⁸⁸ <https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/TechnischeRichtlinien/TR03161/BSI-TR-03161.html> (zuletzt abgerufen am 04. Juni 2020)

⁸⁹ https://www.kirchenfinanzen.de/download/Leitfaden_kirchliches_Projektmanagement.pdf

⁹⁰ https://www.bsi.bund.de/DE/Publikationen/Studien/Webanwendungen/index_htm.html (zuletzt abgerufen am 26. Juni 2020).

⁹¹ https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/ITGrundschutz/ITGrundschutz-Kompendium/bausteine/CON/CON_8_Software-Entwicklung.html (zuletzt abgerufen am 26. Juni 2020).

ferner die Anleitungen des Open Web Application Security Project® (OWASP) dar, darunter insbesondere:

- OWASP Application Security Verification Standard⁹²
- OWASP Mobile Security Testing Guide⁹³
- OWASP Mobile Top 10⁹⁴
- OWASP Top Ten⁹⁵
- OWASP Web Security Testing Guide⁹⁶
- OWASP API Security Project⁹⁷
- OWASP Automated Threats to Web Applications⁹⁸

Sofern einschlägig sollte die Beachtung dieser Standards nach Möglichkeit **vertraglich vereinbart** werden. Unterstützend kann der Praxisleitfaden Softwareprüfung und –freigabe der EKD⁹⁹ herangezogen werden, der mit guten **Checklisten** aufwartet.

Über die Einhaltung der beschriebenen Standards hinausgehend, empfehlen sich abschließende **Sicherheits-Audits und Penetrationstests**, die ggf. bei darauf spezialisierten Unternehmen in Auftrag gegeben werden können.

Sofern Open-Source-Software eingesetzt werden soll, empfiehlt sich ebenfalls der Einsatz von **Sicherheits-Audits und Penetrationstests**. Dies gilt genauso auch bei quellcode-geschützter Dritt-Software, die aber deutlich schwieriger zu prüfen ist.

B.1.3.3 Weitere wesentliche Aspekte bei Planung/Einkauf

Die Entscheidung, Software **inhouse** zu entwickeln, führt nicht unbedingt zu einer Kosten- und Aufwandsersparnis. Das Gegenteil kann der Fall sein, da die erfolgreiche Entwicklung von Software ihre effektive Organisation voraussetzt. Sofern die Entscheidung auf einen externen Dienstleister fällt, sollte dieser bestenfalls umfassende Kenntnisse im einschlägigen Bereich nachweisen können.¹⁰⁰ Der Auftragserteilung sollte eine möglichst **präzise Beschreibung** der an das Arbeitsergebnis zu stellenden Anforderungen zugrunde liegen.

Wie oben (siehe insbesondere B.1.1.1.3) gezeigt, ist dabei insbesondere der durch Art. 25 DS-GVO bzw. § 28 DSGVO-EKD eingeforderte Datenschutz durch Technikgestaltung („by design“) und datenschutzfreundliche Voreinstellungen („by default“) sicherzustellen, und zwar von Anfang an, da **nachträgliche Änderungen** häufig aufwendig und teuer sind.

Wird ein Dritter mit der Programmierung einer Anwendung beauftragt, handelt es sich um einen Software-Erstellungsvertrag. Der Vertrag muss sicherstellen, dass die Programmierung ggf. auch die **Vorgaben** der Store-Betreiberin einhält und für eingebundene Inhalte Dritter (insbesondere Texte, Audio, Video) die **erforderlichen Rechte** zum Vertrieb über die App vorliegen, sofern der Anbieter diese Inhalte nicht selbst bereitstellt. Geschieht dies nicht, ist der Vertrieb der App gefährdet. Ferner können im Einzelfall Vorgaben des Vergaberechts zu beachten sein.

Auch der Einsatz von **Open-Source-Software** kann **weitreichende rechtliche Konsequenzen** haben. So verpflichten einige Lizenzen die Lizenznehmerin bei veröffentlichten Veränderungen dazu, den Quellcode der Veränderungen oder Ergänzungen unter der ursprünglichen Lizenz zugänglich zu machen („**Copyleft**“). Dann muss die Anbieterin zwingend den Programmcode der proprietären App **offenlegen**. Problematisch kann dies insbesondere dann sein, wenn zusätzlich zu OSS-Komponenten proprietäre Komponenten von Drittanbietern verwendet werden und deren Bedingungen eine Offenlegung nicht zulassen. Der Vorteil von Open-Source-Lizenzen liegt gleichwohl häufig in der Kostenreduktion.

B.1.3.4 Vergaberechtliches

In vergaberechtlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass sich aufgrund der Komplexität von Software-Projekten die **Verhandlungsvergabe** (Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb) häufig anbieten wird. Gegenüber der öffentlichen und der beschränkten Ausschreibung bietet die Verhandlungsvergabe den **Vorteil** einer geringeren formellen Strenge und einer erhöhten (Nach)Steuerbarkeit des Vergabeprozesses. Gemäß § 8 Abs. 4 Ziff. 3 UVgO bietet sich die Verhandlungsvergabe in den Fällen an, in denen die Leistung aus objektiven Gründen nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist,¹⁰¹ insbesondere, wenn zu ihrer Festlegung ein enger und fortlaufender Austausch zwischen Auftraggeberin und Auftragnehmerin erforderlich ist. Gemäß § 8 Abs. 4 Ziff. 10 UVgO kann die Verhandlungsvergabe auch dann das richtige Verfahren sein, wenn nur ein Unternehmen zur Leistungserbringung in Betracht kommt, etwa weil es als einziges über das notwendige Sonderwissen verfügt. Die Leistung muss dazu mit außergewöhnlichen Schwierigkeiten oder Eigenarten verbunden sein. Eine entsprechende Behauptung genügt nicht. Die Umstände sind vielmehr aufgrund angemessener Markterkundung zu ermitteln und zu dokumentieren.

⁹² <https://owasp.org/www-project-application-security-verification-standard/> (zuletzt abgerufen am 26. Juni 2020).

⁹³ <https://owasp.org/www-project-mobile-security-testing-guide/> (zuletzt abgerufen am 26. Juni 2020).

⁹⁴ <https://owasp.org/www-project-mobile-top-10/> (zuletzt abgerufen am 26. Juni 2020).

⁹⁵ <https://owasp.org/www-project-top-ten/> (zuletzt abgerufen am 26. Juni 2020).

⁹⁶ <https://owasp.org/www-project-web-security-testing-guide/> (zuletzt abgerufen am 26. Juni 2020).

⁹⁷ <https://owasp.org/www-project-api-security/> (zuletzt abgerufen am 26. Juni 2020).

⁹⁸ <https://owasp.org/www-project-automated-threats-to-web-applications/>

(zuletzt abgerufen am 26. Juni 2020).

⁹⁹ <https://datenschutz.ekd.de/2017/08/23/praxisleitfaden-softwarepruefung-und-freigabe-ist-online/> (zuletzt abgerufen am 28. Juli 2020).

¹⁰⁰ Ergänzend sei zur Auswahl hingewiesen auf den Praxisleitfaden Softwareprüfung und –freigabe der EKD, der ein allgemeines und standardisiertes Verfahren zur Prüfung und zur Freigabe von Software beschreibt: <https://datenschutz.ekd.de/2017/08/23/praxisleitfaden-softwarepruefung-und-freigabe-ist-online/> (zuletzt abgerufen am 10. September 2020).

¹⁰¹ Wenn also „die Leistung nach Art und Umfang, insbesondere ihre technischen Anforderungen, vor der Vergabe nicht so eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können“.

Die Entscheidung über die Vergabeart ist – besonders im Rahmen der Verhandlungsvergabe – **vollständig, ausführlich, nachvollziehbar und einzelfallbezogen** zu begründen.

B.1.3.5 IT-Vertragsgestaltung

B.1.3.5.1 EVB-IT

Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT) sind ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Leistungen im Bereich der Informationstechnik. Sie bieten eine gute Grundlage für Beschaffungsverträge. Die Vorlagen¹⁰² sind sehr umfangreich und umfassen auch komplexe Systemverträge. Die EVB-IT haben die BVB (Besondere Vertragsbedingungen für die Beschaffung von DV-Leistungen) im Wesentlichen abgelöst. Es existieren nur noch zwei¹⁰³ BVB (zu Miete und Planung).

Die EVB-IT sind ergänzende Vertragsbedingungen (im Sinne von § 9 Abs. 1 S. 3 VOL/A) und haben **keinen Gesetzescharakter**. Sie gelten nur, wenn sie **vereinbart** sind und können zwingende gesetzliche Regeln – beispielsweise des BGB – **nicht verdrängen**. Sie können aber individualvertraglich entsprechend angepasst werden.

Die EVB-IT können durch Vereinbarung Vorrang vor der VOL/B haben. Das typische Vertragskonvolut bei Einbeziehung der EVB-IT umfasst daher das Vertragsformular, die Leistungsbeschreibung sowie die EVB-IT AGB und die VOL/B.

B.1.3.5.1.1 Anwendungsverpflichtung

Eine Anwendungsverpflichtung kann sich für Einrichtungen der Freien Wohlfahrt insbesondere aus den zuwendungsspezifischen Auflagen ergeben.

B.1.3.5.1.2 Besonderheit: Haftungsbegrenzung

Die EVB-IT sehen zugunsten der Anbieterinnen **Haftungsbeschränkungen** vor. Dies ist auch für die Auftraggeberinnen ein Vorteil, da viele Anbieterinnen anderenfalls aufgrund der **Unkalkulierbarkeit der Haftung** kein Angebot abgeben können. Dabei ist die Einbeziehung der EVB-IT auch für die Auftraggeberin insoweit ein Vorteil, als die Haftungsbeschränkung **intern vertreten** werden kann; sie gälte sonst leicht als unberechtigte Bevorteilung der Anbieterin.

B.1.3.5.1.3 Rahmenvertragliche Regelungen

Die EVB-IT sind überwiegend für Einzelvorhaben entworfen. Sie bieten nur in begrenztem Maße über einzelne IT-Leistungen („Basisverträge“) hinausgehende, auf mehrere verbundene IT-Leistungen bezogene sog. „Systemverträge“. Es fehlen ihnen **rahmenvertragliche Regelungen**, die beispielsweise bei agilen Verfahren (dazu sogleich) wichtig werden. Diese müssen ggf. nachgetragen werden. So ist die Notwendigkeit des Abschlusses von **Einzelverträgen** im Hinblick auf ihre Granularität¹⁰⁴ zu regeln. Ferner sind Regelungen notwendig zur **Laufzeit** des Vertrages. Diese muss grundsätzlich **befristet** sein.¹⁰⁵ Zu regeln ist auch das Schicksal der Einzelverträge im Falle der **Kündigung** des Rahmenvertrages.¹⁰⁶ Auch Regelungen zu einer eventuellen **Mindestabnahme** und **Exklusivität** sind zu treffen.¹⁰⁷

B.1.3.5.1.4 Checkliste EVB-IT

- Ist die Einbeziehung der EVB-IT geprüft worden?
- Ist die Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen zugunsten der Auftragnehmerin geprüft worden?
- Sind ggf. rahmenvertragliche Regelungen (Laufzeit, Kündigung, Mindestabnahme, Exklusivität etc.) ergänzend bestimmt worden?

B.1.3.5.2 Mögliche Probleme bei Verträgen über Software

Der Einkauf von Software kann eine Reihe von Problemen begründen. Ein häufig relevantes **vertragsrechtliches Problem** besteht bereits in der Frage der Natur des Vertrages. Da das Dienstvertragsrecht **kein „echtes“ Gewährleistungsmodell** kennt, sollte seine Anwendung möglichst vermieden werden. Im Regelfall bietet die werkvertragliche Ausgestaltung **dezidierte Vorteile** (Stichwort Abnahme) für die Auftraggeberin. Sie strebt einen möglichst hohen Grad an Sicherheit an, dass die Arbeitsergebnisse den vereinbarten Spezifikationen entsprechen und die vereinbarte Vergütung erst dann zu zahlen ist, wenn das Arbeitsergebnis der vertraglichen Vereinbarung entspricht. Zu diesem Zweck sollten die zugesagten Leistungen, Arbeitspakete und Erstellungsfristen und die jeweils nach Abnahme zu leistenden (Teil-)Vergütungen möglichst genau spezifiziert werden.

¹⁰² https://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/Aktuelle_EVB-IT/aktuelle_evb_it_node.html (zuletzt abgerufen am 16. Juni 2020)

¹⁰³ https://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/Noch_geltende_BVB/noch_geltende_bvb_node.html (zuletzt abgerufen am 16. Juni 2020).

¹⁰⁴ ZB. im Hinblick auf einzelne Schritte oder (nur) auf Abschnitte bezogen.

¹⁰⁵ Ohne besondere vergaberechtliche Begründung grundsätzlich vier Jahre nach § 21 Abs. 6 VgV bzw. sechs Jahre nach § 15 Abs. 4 UVgO.

¹⁰⁶ Automatisches Erlöschen, unabhängiges Weiterlaufen oder (abhängige) Kündigung kommen in Betracht. Insbesondere für den Fall, dass eine zielführende Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zu erwarten ist, sollte die Kündigung eingeräumt werden. AGB-rechtliche Bindungen sind ggf. zu beachten. Danach könnte nicht gleichzeitig grund- und entschädigungslos gekündigt werden.

¹⁰⁷ Auf die Regelung von Obergrenzen sollte hingewiesen werden, sofern sie nicht (ausnahmsweise) etwa aus Billigkeitsgründen zu fordern sind.

Im Hinblick auf eine **effektive Gewährleistung** sind sowohl bei **Werk- wie auch bei Kaufverträgen** insbesondere folgende Punkte regelungsbedürftig:¹⁰⁸

- Beginn und Dauer der Gewährleistung (im Interesse der Anbieterin möglichst langfristig und im Hinblick auf Rechtsmängel angemessen länger, da sie häufig erst später erkennbar werden)¹⁰⁹;
- Hemmung und Neubeginn der Verjährung sollten nicht entgegen dem Interesse der Auftraggeberin stark eingeschränkt werden;
- Gegenstand der Gewährleistung, insbesondere bei Kombination von Leistungen (zB. Konflikt zwischen Gewährleistung und Pflege im Falle von Software);
- die Ersatzvornahme sollte bestenfalls nicht oder nur unter sehr engen Bedingungen ausgeschlossen werden;
- Beweislast für Werkerstellung, korrekte Umsetzung und Fehlerfreiheit (Auftragnehmerin);
- Reaktionszeiten und Zeiten für die Behebung der Mängel¹¹⁰; und
- Fristen und Zusammenarbeit zwischen Leistungsempfänger und Leistungserbringer (ua. dem Betrieb des Leistungsempfängers);
- Über die Gewährleistung hinausgehende Garantieab-sprachen zu Eigenschaften und Funktionen von Software- und IT-Systemen sollten ggf. erwogen werden;

B.1.3.5.3 Checkliste Vertrag Softwareerstellung (allgemein)¹¹¹

- Sind die Anforderungskriterien im Hinblick auf die Auftragnehmerin geklärt?
- Ist ein Non Disclosure-Agreement (NDA) abgeschlossen, um schützenswerte Informationen auch vor Vertragsschluss hinreichend zu schützen?
- Nach dem Recht welchen zivilrechtlichen Vertragstyps soll sich die Gewährleistung richten? Ist nach der Gesamtanlage des Vertrages damit zu rechnen, das ein ggf. entscheidendes Gericht zu derselben Einordnung gelangt?
- Steht das anzuwendende (nationale) Recht fest und trägt es die gewollten rechtlichen Konsequenzen? Soll das anwendbare Recht und/oder ein Gerichtsstand für Rechtsstreitigkeiten vertraglich festgelegt werden?
- Ist eine präzise Beschreibung der Anforderungen an das/die Arbeitsergebnis/se, die jeweiligen Erstellungsfristen und zur notwendigen Abnahme vor den (Teil-)Vergütungen zur Vertragsgrundlage gemacht worden?

- Bestehen generelle Absprachen über das Verhältnis von möglichen Nachbesserungen/Anpassungen/ Neuspezifizierungen während des Erstellungsprozesses im Verhältnis zu Vertrags-/Leistungs-erweiterungen sowie den Grundsätzen hierfür anfallender bzw. zu vereinbarenden Vergütungen?
- Steht ggf. die Einschaltung von Subunternehmen auf verlässlicher Grundlage (Zuverlässigkeit und Verschwiegenheitsverpflichtungen, insbesondere im Zusammenhang mit dem Zugriff auf besonders schützenswerte Daten)? Eine Unterscheidung nach Kernbereich und Hilfstätigkeiten kann sich insoweit anbieten.
- Gehen die Haftungsbeschränkungen der Auftragnehmerin nicht über den sachgemäßen Rahmen hinaus?
- Ist die Vertraulichkeit der Vertragsparteien und von dieser eingesetzten Personal/Subunternehmen hinreichend umfassend und sachgerecht geregelt und ihre Verletzung ggf. auch sanktioniert? Sind sachgerechte Ausnahmen definiert worden?
- Sieht der Vertrag angemessene Regeln zum Datenschutz (insbesondere einen AV-Vertrag) vor? Gelten die Datenschutzregeln auf für die konkret mit der Umsetzung befassten Subunternehmen/Personen?
- Sind Mitwirkungspflichten (und sonstigen Obliegenheiten) der Auftraggeberin eindeutig und angemessen geregelt und ist ggf. ein Prozess der Mitwirkung geregelt?
- Besteht ein besonderes Interesse an der Höchstpersönlichkeit der Leistungserbringung bzw. der Teamgröße? Ist der Einfluss der Auftraggeberin auf die Projektbesetzung auf Seite der Ausführenden hinreichend („Staffing“)? Ist die Tragung in diesem Zusammenhang ggf. anfallender Kosten geregelt?
- Verhindert die Vertragsgestaltung ggf. ausreichend die Annahme der Arbeitnehmerüberlassung, aber auch von Dienstverhältnissen des eingesetzten Personals mit der Auftraggeberin?
- Sind die BSI- und OWASP-Standards zur Softwareentwicklung – soweit einschlägig – vereinbart?
- Sieht der Vertrag angemessene Regeln zur Verwertung von Urheberrechten und sonstiger geistiger Eigentumsrechte aller vertraglich einbezogenen Parteien vor?
- Sind die eingeräumten Nutzungsrechte für alle beabsichtigten Nutzungsarten weit und detailliert genug formuliert? Hat die Auftragnehmerin zugesichert, dass sie in der Lage ist, die Nutzungsrechte frei von Rechten Dritter zu übertragen?
- Ist eine (territorial und inhaltlich) angemessene Regelung zur Freistellung der Auftraggeberin von Ansprüchen Dritter bei Verletzung von deren Schutzrechten

¹⁰⁸ Mutatis mutandis, also in einem angepassten Sinne sind die Punkte weitgehend auch auf Verträge über Software as a Service (SAAS) zu übertragen, bei denen es sich regelmäßig um Miet- bzw. Pachtverträge handelt.

¹⁰⁹ Vor diesem Hintergrund empfiehlt sich der Ausschluss der Anwendung der Fiktion des § 377 HGB auf Rechtsmängel.

¹¹⁰ Es empfiehlt sich, die Mängeldefinition im Rahmen der Sachmängelgewährleistung mit derjenigen im Rahmen der Abnahme zu synchronisieren, und zwar sowohl im Hinblick auf die relevanten Spezifikationen wie auch auf die Kategorien. Sind in Wartungs- und Pflegeverträgen bestimmte

Service Level (Reaktionszeiten) vereinbart, können diese hier ebenfalls Anwendung finden.

¹¹¹ Auf die Praxishilfe Ausgewogene Vertragskonzepte der Bitkom (<https://www.bitkom.org/sites/default/files/file/import/Praxishilfe-Ausgewogene-Vertragskonzepte-final.pdf> - zuletzt abgerufen am 10. Juli 2020) wird ergänzend verwiesen. Darin finden sich für eine Reihe der dargestellten Probleme auch Formulierungsvorschläge für Vertragsklauseln. Diese sind zu unterscheiden von AGB, da sie nicht einseitig verwendet werden, sondern als Grundlage für Vertragsverhandlungen dienen sollen.

gegeben und bezieht diese eine Absprache über die Vorgehensweise bei Vergleichsverhandlungen mit den Dritten mit ein?

- Trifft der Vertrag Regelungen, die eine sichere Grundlage für die Erstellung und Weiterverwertung auf Basis von OSS gewährleisten (falls gewünscht)? Stehen ggf. Bedingungen zur Nutzung vorbestehender Komponenten einer OSS-Verwertung entgegen?
- Sind die ggf. zu leistenden Beiträge der Auftraggeberin bei (gemeinsamer oder getrennter) Weiterverwertung durch die Auftragnehmerin hinreichend geschützt?
- Sind die wesentlichen Punkte zur Gewährleistung geregelt worden? Ist die Anwendung der Fiktion des § 377 HGB auf Rechtsmängel vorsorglich ausgeschlossen worden?
- Sollen über eine Gewährleistung hinausgehende Garantien vereinbart werden?
- In welchem Umfang und zu welchen Bedingungen soll die Auftragnehmerin nach Projektabschluss für Fragen zur Funktionalität und Umsetzung des IT-Systems zur Verfügung stehen?
- Ist das Haftungsrisiko der Auftraggeberin in angemessener Weise beschränkt worden?
- Ist die Behandlung und Ausführung eines Change Request möglichst praktisch geregelt?
- Sind Sicherheits- und Penetrationstests vorgesehen?

B.2 GoBD-FÄHIGKEIT DER ANWENDUNG¹¹²

Die Grundsätze zur ordnungsmäßigen Führung und Aufbewahrung von Büchern, Aufzeichnungen und Unterlagen in elektronischer Form sowie zum Datenzugriff (GoBD) sollen eine **reibungslose Betriebsprüfung durch Steuerprüfer und Finanzamt** gewährleisten, indem die steuerlich relevanten Geschäftsunterlagen ordnungsgemäß geführt und aufbewahrt werden.

Bei Planung einer digitalen Lösung sind auch Fragen der ordnungsgemäßen Buchführung von Beginn an **mitzudenken**. Nach § 140 AO sind die außersteuerlichen Buchführungs- und Aufzeichnungspflichten, die auch steuerlich relevant sind, auch für das Steuerrecht zu erfüllen. Außersteuerliche Buchführungs- und Aufzeichnungspflichten ergeben sich insbesondere aus den Vorschriften der **§§ 238 ff. HGB** und aus den dort bezeichneten handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung (GoB). Für einzelne Rechtsformen ergeben sich **flankierende Aufzeichnungspflichten** z. B. aus §§ 91 ff. Aktiengesetz, §§ 41 ff. GmbH-Gesetz oder § 33 Genossenschaftsgesetz. Des Weiteren sind zahlreiche **gewerberechtliche oder branchenspezifische Aufzeichnungsvorschriften** vorhanden, die gem. § 140 AO im konkreten Einzelfall für die Besteuerung von Bedeutung sind. Daneben sind alle Unterlagen aufzubewahren, die **zum Verständnis und zur Überprüfung** der für die Besteuerung gesetzlich vorgeschriebenen Aufzeichnungen im Einzelfall von Bedeutung sind.¹¹³ Dazu zählen neben Unterlagen in Papierform auch alle Unterlagen in Form von Daten, Datensätzen und elektronischen Dokumenten, die dokumentieren, dass die Ordnungsvorschriften umgesetzt und deren Einhaltung überwacht wurde.

Bei der Führung von Büchern sind im digitalen wie analogen Bereich die folgenden allgemeinen Grundsätze zu beachten:

- der Grundsatz der **Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit** sowie die
- Grundsätze der **Wahrheit, Klarheit und fortlaufenden Aufzeichnung**, dh. insbesondere der **Vollständigkeit** unter Beachtung der **Einzelaufzeichnungspflicht**, der **Richtigkeit**, der **Zeitnähe** von Buchungen und Aufzeichnungen, der **Ordnung** und der **Unveränderbarkeit**.

Alle genannten Grundsätze müssen während der Dauer der Aufbewahrungsfrist **nachweisbar** erfüllt werden.

Daher müssen auch die Verarbeitung der einzelnen Geschäftsvorfälle¹¹⁴ sowie das dabei angewandte Buchführungs- oder Aufzeichnungsverfahren nachvollziehbar sein. Die Buchungen und die sonst erforderlichen Aufzeichnungen müssen durch einen Beleg nachgewiesen sein oder nach-

¹¹² Vgl. zu den zu beachtenden Grundsätzen das BMF-Schreiben vom 29. November 2019 zu den Grundsätzen zur ordnungsmäßigen Führung und Aufbewahrung von Büchern, Aufzeichnungen und Unterlagen in elektronischer Form sowie zum Datenzugriff (GoBD) (https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Weitere_Steuerthemen/Abgabenordnung/2019-11-28-GoBD.pdf?__blob=publicationFile&v=12 – zuletzt abgerufen am 14. Juli 2020). Mit dem BMF-Schreiben werden die GoBD neugefasst. Es tritt an die Stelle des BMF-Schreibens vom 14. November 2014, BStBl I S. 1450.

¹¹³ vgl. BFH-Urteil vom 24. Juni 2009, BStBl II 2010 S. 452.

¹¹⁴ Geschäftsvorfälle sind alle rechtlichen und wirtschaftlichen Vorgänge, die innerhalb eines bestimmten Zeitabschnitts den Gewinn bzw. Verlust oder die Vermögenszusammensetzung in einem Unternehmen dokumentieren oder beeinflussen bzw. verändern (z. B. zu einer Veränderung des Anlage- und Umlaufvermögens sowie des Eigen- und Fremdkapitals führen).

gewiesen werden können (**Belegprinzip**). Und die einzelnen Geschäftsvorfälle müssen sich in ihrer Entstehung und Abwicklung **lückenlos verfolgen** lassen (**progressive und retrograde Prüfbarkeit**). Sie sind vollzählig und lückenlos aufzuzeichnen (Grundsatz der **Einzelaufzeichnungspflicht**; vgl. AEAO zu § 146 AO Nr. 2.1), wobei die Aufzeichnung jedes einzelnen Geschäftsvorfalles nur dann nicht zumutbar ist, wenn es technisch, betriebswirtschaftlich und **praktisch unmöglich** ist, die einzelnen Geschäftsvorfälle aufzuzeichnen (BFH-Urteil vom 12. Mai 1966, IV 472/60, BStBl III S. 371). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist ggf. von den Steuerpflichtigen nachzuweisen.

Vor diesem Hintergrund ist es ein **entscheidendes Merkmal einer guten digitalen Lösung**, dass sie es ermöglicht, jeden in ihrem Rahmen erfolgenden und erheblichen Geschäftsvorfall im genannten Sinne nachvollziehbar aufzeichnen und belegen zu können. Sofern einschlägig, sollte beispielsweise der **gesamte Prozess einer Vertragsabwicklung** von dem sie begründenden Klick der Nutzerin/des Nutzers ggf. über die Leistungsabwicklung bis hin zur Zahlung durch die Anwendung selbst **dokumentiert** sein. Hierzu kann es erforderlich und oder sachgemäß sein, dass die Anwendung (beispielsweise als Vor- oder Nebensystem) in der Lage ist, **zweckentsprechend mit einer anderen Software zu kommunizieren**. Das eingesetzte System ist schließlich angemessen zu sichern und gegen unberechtigte Eingaben und Veränderung zu schützen. Es muss ferner die Gewähr dafür bieten, dass alle relevanten Informationen (Beleg, Grundaufzeichnung, Buchung) nicht unterdrückt oder ohne Kenntlichmachung (Protokollierung) überschrieben, gelöscht, geändert oder verfälscht oder durch neue ersetzt werden. Spätere Änderungen sind ausschließlich so vorzunehmen, dass sowohl der ursprüngliche Inhalt als auch die Tatsache, dass Veränderungen vorgenommen wurden, erkennbar bleiben.

Je nach Einsatz der Anwendung kann sich empfehlen, ihre GoBD-Fähigkeit **unabhängig testen** zu lassen.

B.2.1 CHECKLISTE GoBD

- Sind sämtliche einschlägige Aufzeichnungspflichten (allgemein HGB, nach Rechtsform und branchenspezifisch) beachtet worden?
- Wird dem Belegprinzip, der progressiven und retrograden Prüfbarkeit wie auch der Einzelaufzeichnungspflicht Rechnung getragen?
- Wird dabei den Prinzipien der Wahrheit, Klarheit, Vollständigkeit, Richtigkeit, Zeitnähe, Ordnung und Unveränderbarkeit Rechnung getragen?
- Ist die Kompatibilität der Lösung sichergestellt?

B.3 EINBEZIEHUNG DER MITARBEITENDEN-VERTRETUNG (MAV)

Aufgabe der MAV ist es, die Rechte der Mitarbeitenden zu wahren. Bei Ausführung dieser Tätigkeit hat natürlich auch die MAV die Einhaltung der Regeln des Datenschutzes sicherzustellen. Darum geht es an dieser Stelle aber nicht.¹¹⁵ Es geht vielmehr darum, dass der MAV bei Einführung digitaler Lösungen Mitbestimmungsrechte zustehen können. Beim Einsatz digitaler Lösungen geht es insoweit darum, den Einsatz der Technik so mitzugestalten, dass den Arbeitnehmer*innen keine Nachteile entstehen. Es sollte daher bei der Einführung einer jeden technischen Lösung, die sich auf den Arbeitsablauf der Beschäftigten auswirkt, die **MAV in die Planung einbezogen** werden. Deren Ablehnung der Einführung einer Neuerung aufgrund mangelnder Information kann durch die frühzeitige und kooperative Einbeziehung häufig vermieden werden. Dies ist im Hinblick auf Fragen des Datenschutzes hilfreich, betrifft aber natürlich auch weitere Bereiche. So kann etwa auch die Freigabe von im Internet zu platzierenden Inhalten problematisch sein, wenn aufgrund einer hierarchischen Struktur ein besonderes Protokoll einzuhalten ist.

Im Hinblick auf die Digitalisierung kann sich insbesondere im Hinblick auf § 40 lit. h, i und j Mitbestimmungsrechtsgesetz der EKD die **Notwendigkeit der Mitbestimmung** ergeben. Das Mitbestimmungserfordernis nach lit. j kann ggf. dadurch ausgeschlossen werden, dass eine **Überwachung der Mitarbeitenden** ohne wesentliche technische Veränderung der eingesetzten Software nicht stattfinden kann. Dies ist der Vertretung in geeigneter Form nachzuweisen.¹¹⁶

Ggf. ist hinsichtlich der Nutzung einer bestimmten Anwendung auch eine Dienstvereinbarung abzuschließen, die durch eine Rahmendienstvereinbarung/Betriebsvereinbarung vorbereitet werden kann. **Ziele und Modi des Einsatzes**, das **Verfahren zur Beteiligung und Mitbestimmung** sowie der **Datenschutz** sind darin im Wesentlichen zu beschreiben. Auch Empfehlungen zu Arbeitszeiten und psychischen Belastungen, die mitunter aus Leistungsverdichtungen und -erweiterungen resultieren, aber sich auch aus Veränderungen der Arbeitsgestaltung wie im Rahmen des Agilen Arbeitens ergeben können, können angebracht sein. Sowohl in diesen Vereinbarungen als auch in den Nutzungsbestimmungen/Nutzungsbedingungen einer dienstlich einzusetzenden Software sollte immer ausdrücklich klargestellt und zugesichert werden, dass die Software **nicht zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle der Mitarbeitenden verwendet** wird.

¹¹⁵ Siehe hierzu etwa den Flyer des Beauftragten für Datenschutzes des EKD (https://datenschutz.ekd.de/wp-content/uploads/2019/10/Flyer-MAV-und-Datenschutz_Druck.pdf - zuletzt abgerufen am 13. Juli 2020).

¹¹⁶ Um die eigene Kompetenz zu vertiefen, wird der MAV in geeigneten Fällen die Kooperation mit der Datenschutzbeauftragten suchen.

B.3.1 CHECKLISTE EINBEZIEHUNG DER MITARBEITENDEN-VERTRETUNG (MAV)

- Ist die MAV frühzeitig über die Einführung der Lösung informiert und ggf. in die Planung einbezogen worden?
- Ist geprüft worden, ob ein Mitbestimmungserfordernis besteht?
- Kann ein Mitbestimmungserfordernis ggf. durch technische Veränderungen ausgeschlossen werden?

B.4 RECHTS- UND ORGANISATIONSFORMEN

Für die Umsetzung der Anwendung muss eine angemessene Form gefunden werden. In einigen Fällen ist es zwar möglich und angezeigt, die Anwendung im Rahmen der bestehenden Organisation ohne weitere erhebliche Veränderungen etwa als „Projekt“ aufzusetzen. Der für einen erfolgreichen und **nachhaltigen Betrieb einer digitalen Anwendung** vorauszusetzende Aufwand darf aber **weder in finanzieller noch in personeller Hinsicht unterschätzt** werden. Schon das Aufsetzen einer Lösung kann so anspruchsvoll sein, dass es die Möglichkeiten der bestehenden Struktur überfordert. Darüber hinaus ist immer zu bedenken, dass der **langfristige Erfolg** einer Anwendung auch dadurch bestimmt wird, wie gut sie **technisch und inhaltlich gepflegt**, also insbesondere an die sich **verändernden Bedingungen** und Ansprüche angepasst wird. Im Ergebnis wird daher die Einbettung der Anwendung in die Regelstrukturen nicht immer sinnvoller Weise möglich sein. Eine gute Bestandsaufnahme, Zielbestimmung und Planung sind elementar und können zu der Entscheidung führen, eine Anpassung der Struktur vorzunehmen.

Es kann sich in diesem Zusammenhang anbieten, Erstellung und/oder Betrieb der Anwendung **in eine eigene Organisation auszugliedern**. Dabei stellen sich Fragen der Form, insbesondere zur Rechtsform der Organisation. Die in der Sozialwirtschaft anzutreffenden Rechts- und Organisationsformen sind vielfältig und auch einem stetigen Wandel unterzogen.



Fig. B.2: Gesamtübersicht der Rechts- und Organisationsformen

B.4.1 AUSWAHL DER PASSENDEN RECHTSFORM

Die passende Rechtsform kann nur ausgewählt werden, wenn alle wesentlichen Parameter bekannt sind. Daher kann im Folgenden nur im Allgemeinen eine gewisse Orientierung gegeben werden.¹¹⁷ Diese kann die **Beratung im Einzelfall** aber nicht ersetzen.

Insbesondere dann, wenn eine Kooperation zwischen verschiedenen gemeinnützigen Organisationen in eine passende Rechtsform eingekleidet werden soll, ist mit Vorsicht vorzugehen. Hierzu werden unter **B.4.1.3** noch weitere Hinweise gegeben.

B.4.1.1 Subjektive Auswahlkriterien hinsichtlich der Rechtsform

Hinsichtlich der Aufgaben und Tätigkeiten unterliegen die Stiftung, der Verein und die GmbH jeweils in **gleicher Weise** den Maßstäben der §§ 51 ff. AO über steuerbegünstigte Zwecke, die jeweils zwingend einzuhalten sind.

Da der Begriff der Stiftung häufig **als positiv konnotiert** bewertet wird, entscheiden sich mitunter Gründungen für diese Rechtsform, ohne besonderes Augenmerk auf die juristischen Konsequenzen gelegt zu haben. Die Verselbständigung des Stiftungsvermögens bedingt den Verlust der Möglichkeit der Einflussnahme, spätere Korrekturen sind kaum möglich. Eine Stiftung kommt daher im Ergebnis wohl nur in Betracht, wenn sie sich aufgrund der Vermögenssituation mehr oder minder aufdrängt, wenn also eine Stifterin/ein Stifter gerade die in Betracht kommende Lösung finanzieren möchte. Aufgrund der regelmäßig hohen Anfangsinvestition bei Digitalisierungsprojekten käme dann insbesondere eine **Verbrauchsstiftung** oder die Stiftung eines Grundstocks für den fortdauernden Betrieb mitsamt der zusätzlichen Spende des notwendigen Anfangskapitals in Betracht.

Die mittlerweile mögliche Gründung einer gGmbH hat die Praxis bereits **stark bereichert**. Nicht wenige entscheiden sich mittlerweile hierfür. Die **Satzung** der gGmbH kann so gestaltet werden, dass eine **Änderung** des Zwecks nur unter **besonderen Bedingungen** möglich ist. Damit kann die gGmbH **funktional** einer Stiftung **angenähert** werden. Allerdings findet das Stiftungsrecht auf eine Stiftungs-gGmbH keine Anwendung. Auch untersteht sie nicht der staatlichen Stiftungsaufsicht.

Auch die Rechtsform des eingetragenen Vereins (e.V.), die die häufigsten Neugründungen im diakonischen Bereich

beschreibt, dürfte grundsätzlich positiv konnotiert sein. Für einige Tätigkeitsfelder (wie beispielsweise dem organisierten Sport) ist sie faktisch Pflicht, wenn es auf Spenden, Zusammenarbeit und sonstige Unterstützung ankommt. Für einen Verein gilt, dass dieser **eingangs derart mit Vermögen ausgestattet** sein sollte, dass die Verwirklichung des gemeinnützigen Zwecks zumindest für einen gewissen, nicht unerheblichen Zeitraum, ggf. bis zur Generierung regelmäßiger Beiträge, gesichert ist. Ähnliches gilt für eine Stiftung, deren Dotationskapital gesetzlich ebenfalls nicht festgeschrieben ist. Die Stiftungsbehörden der Länder überprüfen die Vermögensausstattung der Stiftung allerdings regelmäßig anhand einer **Mittel-Zweck-Relation**, nach der der Zweck einer Stiftung mit dem Stiftungsvermögen nachhaltig und dauerhaft erfüllbar sein muss. Art und Umfang des Stiftungsvermögens muss so gewählt werden, dass der Stiftungszweck aus den normalerweise erzielbaren Erträgen – auch unter Berücksichtigung üblicher Geldwertentwicklung – dauerhaft zu verwirklichen ist.

B.4.1.2 Rechtliche Auswahlkriterien hinsichtlich der Rechtsform

Wie bereits erwähnt, kann nur in Kenntnis der genauen Sachlage des Einzelfalls eine Abwägung aller in Betracht kommenden Erwägungen erfolgen. Erste Orientierungspunkte sind die allgemein in der Betriebswirtschaftslehre identifizierten Auswahlkriterien:

- Haftungsrisiko,
- Gewinn- und Verlustbeteiligung,
- Finanzierungsmöglichkeiten,
- Ausgestaltung von Leitung und Kontrolle,
- Flexibilität der gesellschaftsrechtlichen Vertragsgestaltung,
- Rechnungslegung, Prüfung und Publizität sowie
- einmalige und laufende Kosten der Rechtsform.

Freilich können diese Kriterien nicht nur isoliert betrachtet werden, sondern stehen mitunter in Wechselwirkung zueinander (bspw. das Haftungsrisiko mit dem Einfluss auf die Geschäftsführung). Im vorliegenden Zusammenhang interessieren die folgenden Faktoren besonders:

B.4.1.2.1 Haftung

Einen wesentlichen Nachteil aller **Personengesellschaften** besteht in der Tatsache der **grundsätzlich unbeschränkten Haftung** ihrer Gesellschafter. Diese besteht, sobald die Gesellschaft im Rechtsverkehr, also nach außen hin auftritt, **akzessorisch**. Das heißt, dass für die Gesellschafterinnen¹¹⁸ **automatisch** die Haftung begründet ist, sofern und soweit Verbindlichkeiten gegen die Gesellschaft bestehen. Ferner haften sie unmittelbar und **primär**, können also direkt ohne

¹¹⁷ Vgl. ergänzend auch die Darstellung einiger Auswahlkriterien auf der Existenzgründerseite der Bundesregierung (BMWi): https://www.existenzgruender.de/SharedDocs/Downloads/DE/Checklisten-Uebersichten/Recht-Verhandlungsgespraech/01_uebersicht-Rechtsformen.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 12. August 2020).

¹¹⁸ Ausgenommen ist insoweit freilich die Kommanditistin bei der KG.

Umweg über die Gesellschaft in Anspruch genommen werden. Zudem ist die Haftung der Gesellschafterinnen **unbeschränkt**. Ihr gesamtes Vermögen steht den Gläubigern zur Befriedigung zur Verfügung (quasi „**haften alle für alles mit allem**“). Auch im Rahmen der Gemeinnützigkeit sind Ausnahmen zur persönlichen Haftung im Regelfall nur bei **ausdrücklicher Vereinbarung** mit den Haftungsgläubigern denkbar. Leistet eine Gesellschafterin gegenüber den Gläubigern, hat sie allerdings einen entsprechenden **Ausgleichsanspruch** gegen die Gesellschaft (§ 713 bzw. 670 BGB) sowie – subsidiär – gegenüber den übrigen Gesellschafterinnen (§ 426 BGB).

Praxis-Hinweis:

Die Frage der Haftung dürfte bei der Auswahl der richtigen Rechtsform eine der wesentlichsten, wenn nicht gar die wesentliche, sein. Ist der **Einsatz größeren Kapitals** angestrebt, empfiehlt sich schon deshalb die **Gründung einer Personengesellschaft regelmäßig nicht**.

Unabhängig davon ist die Haftung bei Kooperationen ein Problem, da über einen möglicher Weise notwendig werdenden (und der Höhe nach unbegrenzten) **Verlustausgleich** immer auch eine **Mittelfehlverwendung** droht, die zum Verlust der Gemeinnützigkeit führen kann.

Durch

- den **richtig bestimmten Zweck** der Kooperation,
- die **Sicherstellung seiner Verfolgung** und
- die **passende Auswahl der zur Verfügung gestellten Mittel**

können entsprechende Risiken aber durchaus eingegrenzt werden.

Auch beim Verein kann sich eine persönliche Haftung des Vorstands ergeben, sofern es sich um einen **nicht rechtsfähigen** (also nicht eingetragenen) Verein handelt.

Gänzlich anders sieht die Rechtslage bei **Kapitalgesellschaften** aus. Bei diesen ist die Haftung der handelnden Geschäftsführung sowie der Gesellschafterinnen im Regelfall aufgrund der besonderen Haftungsstruktur der Kapitalgesellschaften **ausgeschlossen**. Besonderheiten bestehen insbesondere vor und während der Gründung.

B.4.1.2.2 Gründungsaufwand und Vermögen

Soweit es nur um kurzfristige, einfache und kaum haftungsbedingte Projekte geht, spielt der Gründungsaufwand die entscheidende Rolle. Dann kommt etwa die aufwendige Gründung einer Stiftung, die in anderen Fällen – vor allem aufgrund ihrer Bestandsgarantie – interessant sein kann, nicht in Betracht. Eher wird die Zusammenarbeit in Form einer GbR attraktiv sein, die sich ohne Aufwand und Stammkapital gründen lässt.

Das Stammkapital für eine **GmbH** beträgt mindestens € 25.000. Bei der UG, der sogenannten **Mini-GmbH** kann das Gründungskapital schon mit € 1 erbracht werden, ist aber – aufgrund jährlicher Rücklagepflichten – zügig auf € 25.000 zu erhöhen. Die Gesellschafteranteile der GmbH können prinzipiell frei veräußert und abgetreten werden. Allerdings bedürfen Gründungsakt und die Übertragung von Geschäftsanteilen der notariellen Beurkundung. Gleiches gilt für eine Kapitalerhöhung und die mit dieser verbundene Schaffung weiterer Gesellschafteranteile. Auch für eine UG wird für die Gebührenermittlung das Mindeststammkapital von 25.000 Euro unterlegt. Bei einer Standardgründung mit Musterprotokoll reduzieren sich die Kosten; das Gründungsverfahren ist vereinfacht. Allerdings ist eine Standardgründung einer **gemeinnützigen GmbH nicht möglich**, weil die Satzung im Hinblick auf Selbstlosigkeit und Vermögensbindung sowie Unmittelbarkeit und Ausschließlichkeit **anzupassen** ist.

Vertiefung:

Drei wesentliche Grundsätze bestimmen das Gemeinnützigkeitsrecht. Neben dem in § 57 AO verankerten Prinzip der Unmittelbarkeit (auf das in [B.4.1.3.2](#) näher eingegangen wird), sind Ausschließlichkeit (§ 56 AO) und Selbstlosigkeit (§ 55 AO) zu garantieren, will man die unter „Gemeinnützigkeit“ gefassten Steuerbegünstigungen in Anspruch nehmen. Ein gemeinnützig tätiger Akteur muss seine Zwecke selbstlos, ausschließlich und unmittelbar verfolgen. Bei der Selbstlosigkeit geht es darum, dass nicht in erster Linie eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt werden. Das wäre vor allem dann der Fall, wenn die Erzielung von Gewinnen im Vordergrund steht. Aber auch die Zahlung deutlich überhöhter Gehälter kann die Selbstlosigkeit in Frage stellen. Ein Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsgebot kann beispielsweise dann vorliegen, wenn ein steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb in der Gesamtschau zum Selbstzweck wird und damit eigenständig neben den steuerbegünstigten Zweck tritt oder diesen gar verdrängt.

Weil sie im Gegenzug Anteile an der Kapitalgesellschaft erhalten, stellt für die Gesellschafter die Leistung der Stammeinlage bei Errichtung der GmbH eine reine **Vermögensumschichtung** da. Das gleiche gilt im Falle des Erwerbs von Anteilen an einer bestehenden GmbH. Für die Leistung der Stammeinlage kann – zumindest sofern die Notwendigkeit dafür begründbar ist – die **freie Rücklage** eingesetzt werden, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine steuerbegünstigte oder eine steuerpflichtige Gesellschaft handelt.

Die **Beteiligung an einer GmbH** ist gemeinnützigkeitsrechtlich zwar in der Regel dem Bereich der **Vermögensverwaltung** zuzurechnen und damit **grundsätzlich steuerfrei**. Handelt die GmbH **gewerblich**, gilt für die Geschäftsführung bestimmenden Gesellschafter die Steuerbegünstigung nur dann, wenn die GmbH selbst steuerbegünstigt oder rein vermögensverwaltend tätig ist, vgl. Ziff. 3 AEAO zu § 64 AO. Auch finden die Grundsätze der Betriebsaufspaltung keine Anwendung, wenn die GmbH wie auch ihre Gesellschafterinnen gemeinnützig sind.

Beim **Verein** ist der Gründungsaufwand **gering**. Ein Mindestkapital wird ebenso wenig vorausgesetzt wie eine formalisierte Abschlussprüfung. Das Mitgliedschaftsrecht begründet anders als bei der GmbH **keine eigentümerähnliche Vermögensposition**. Die Mitgliedschaft ist ein Personenrechtsverhältnis, so dass dem Mitglied beim Ausscheiden **grundsätzlich keine Abfindungs- oder sonstigen vermögenswerten Ausgleichsansprüche** zustehen. Auch scheidet – im entsprechenden Gegensatz zu Kapitalgesellschaften – die **Übertragung der Mitgliedschaft auf Dritte** aus. Die Mitgliedschaft besteht schlicht zwischen Ein- und Austritt aus dem Verein, die aber – wiederum anders als etwa bei einer GmbH – **rasch und unkompliziert** vollziehbar sind.¹¹⁹ Die Wahl der Rechtsform des Vereins wird insbesondere erfolgen, wenn eine **Vielzahl von (fluktuierenden) Mitgliedern** vorgesehen ist, ohne dass es strukturell einer besonders starken Bindung an diese bedarf. Dagegen kann sich die Gründung einer im Vergleich schwerfälligeren GmbH anbieten, wenn eine **stabile Zusammensetzung des Gesellschafterkreises** gewünscht ist. Ein Nachteil des Vereins kann sich bei seiner **Auflösung** zeigen. Da die Mitglieder eines Vereins keinen Anteil am Verein halten, kann dieser im Falle einer Auflösung auch nicht im Sinne des § 55 Abs. 1 Ziff. 2 (ggf. iVm. Abs. 3) AO an sie zurückfallen. Das Vermögen des Vereins kann damit zwar bei den Mitgliedern, etwa nach § 45 Abs. 3 BGB anfallen, dies wird aber von der Finanzverwaltung ggf. nicht als durch § 55 AO privilegiert angesehen.

Die **Stiftung** ist die Rechtsform, die grundsätzlich den **höchsten Kapitalbedarf** hat, wobei sie aufgrund ihrer nach Gründung eher starren Natur gleichzeitig **besonders unflexibel** ist. Sie kommt daher wohl in der Regel nur als **Förderkörperschaft** in Betracht.

B.4.1.2.3 Eigentümerstellung und Einflussnahme auf die Geschäftsführung

Vermittels ihrer jeweiligen Beteiligungen, die sie als Vermögenswerte halten, sind die Gesellschafterinnen die **Eigentümerinnen** einer Gesellschaft. Der Einsatz des zum Teil hohen Vermögens gemeinnütziger Organisationen wird auch durch die Ausübung der Gesellschafterrechte – im Rahmen der Zweckbindung – gesteuert. Neben den Steuerungsmöglichkeiten der geschäftsführenden Gesellschaftsorgane, besitzen auch die Gesellschafter Einfluss auf das Schicksal der Organisation; abhängig von ihrer jeweiligen Rechtsform und ggf. den Regelungen des Gesellschaftsvertrages. Zu beachten ist, dass im Falle der angestrebten Gemeinnützigkeit die Freiheit bei der Satzungsgestaltung **eingeschränkt** ist, um den gemeinnützigkeitsrechtlichen Anforderungen Genüge zu tun.

Bei der AG ist die Einflussnahme **äußerst beschränkt**. Gemeinnützige AGs finden sich **besonders selten**, weil bei der Gestaltung der Satzung wegen des Grundsatzes der Satzungsstrenge im Aktienrecht (§ 23 Abs. 5 AktG) erheblich **weniger Gestaltungsspielraum** besteht.

Dagegen unterliegt die **GmbH** dem entscheidenden Einfluss ihrer Gesellschafter*innen in allen wesentlichen Fragen der Organisation und Geschäftstätigkeit der Gesellschaft; und zwar unabhängig davon, ob es sich um Gründungsgesellschafter oder später hinzugetretene Gesellschafter handelt. So können die Gesellschafter durch qualifizierten Beschluss die Geschäftsführung ernennen, abwählen und ihr einzelne Aufgaben oder Aufgabenfelder zuweisen. Damit liegt die **bestimmende Verantwortung** für die Gesellschaft im Ergebnis bei den Gesellschafter*innen der GmbH, obwohl sie im Außenverhältnis weder eine bestimmende Funktion noch die Haftung für das Handeln der Gesellschaft übernehmen. Gerade im Vergleich zur selbständigen Stiftung bietet sich die GmbH daher immer dann an, wenn den Gründer*innen an einer **dauerhaften Kontroll- und Steuerungsfunktion** gelegen ist. Sie eignet sich besonders für einen **kleineren Kreis von Investor*innen mit gemeinsamen Ziel** – auch im Bereich eines Public-Private-Partnership (PPP) –, die lenkend auf die Gesellschaftsgeschicke **einwirken** wollen.

Auch bei einem **Verein** kann das geschäftsführende Organ, der Vorstand, nicht unabhängig handeln. Durch Beschluss der Mitgliederversammlung wird der Vereinsvorstand ernannt und abgewählt sowie **an Weisungen gebunden**. Der Einfluss der Mitglieder ist aber anders als bei der GmbH nicht an die jeweilige Kapitalbeteiligung gebunden, sondern durch das **Prinzip der Stimmgleichheit** bestimmt. Aufgrund der naturgemäß höheren Anzahl von Mitgliedern ist die Beschlussfassung hier im Gegensatz zu einer GmbH häufig **schwerfälliger**, was die **Unabhängigkeit des Vorstands erhöhen und die Kontrolldichte verringern** kann. Daher ist der Verein für ein PPP, in welchem sich der Staat oft eine inhaltliche Bestimmungsmöglichkeit sichern möchte, **nur selten geeignet**. Weitere Gremien, wie Beiräte, Ausschüsse, Aufsichtsräte oder Kuratorien können neben der Mitgliederversammlung dem Verein beigelegt werden. Es gilt aber der Grundsatz der **Verbandsautonomie**, so dass die Entscheidungsgewalt nicht uneingeschränkt auf Nichtmitglieder übertragen werden kann.

Überhaupt keine Eigentümerstellung findet sich im Bereich der rechtsfähigen **Stiftung**. Denn diese, vollkommen mitgliederlos, ist eine reine „Selbstverwaltungsorganisation“. Mit dem Stiftungsgeschäft, das der staatlichen Anerkennung bedarf, erwecken die Stifter die rechtsfähige **Stiftung** zum Leben, die sich fortan selbstständig verwaltet und gehört. Sie ist selbst von dem Willen ihrer Gründerinnen vollkommen unabhängig und allein dem Stiftungszweck verpflichtet. Der Stiftung einziges und damit auch einzig bestimmendes Organ ist der Vorstand. Er unterliegt nicht der Kontrolle von Gesellschaftern oder Mitgliedern, die es bei der Stiftung naturgemäß nicht gibt, sondern ist – sofern kein Beirat oder Kuratorium zur Kontrolle bestimmt ist – nur der Stiftungsaufsicht unterworfen. Letztere beschränkt sich aber auf ganz grundsätzliche Gesichtspunkte, die das Tagesgeschäft nicht mit umfasst.

Den Stifter*innen bleibt es allerdings vorbehalten, den Vorstand und ggf. die Mitglieder von Beirat oder Kuratorium

¹¹⁹ Gewissermaßen eine Mischung stellt die AG dar, die aber aufgrund des hohen Kapital-, Gründungs- und Durchführungsaufwands für Kooperationen regelmäßig ungeeignet sein dürfte.

selbst zu bestimmen und auszuwechseln. Der Stiftungsvorstand, der seinen Fortbestand regelmäßig durch Kooptation sichert, dh. die nachträgliche Hinzuwahl neuer Mitglieder durch die alten Mitglieder, ist allein dem Willen der Stifter*innen verbunden. Meist sind die Vorgaben allerdings so angelegt, dass sie auf unbestimmte Dauer angelegte Tätigkeiten nicht unnötig im Voraus einengen. Bei zu eng gefassten Vorgaben kann es im ungünstigsten Fall zu einem **Zweckerfüllungsnotstand** kommen. Aufgrund der besonderen Eigenständigkeit einer Stiftung und der nur beschränkten Kontrolle ist es auf Dauer fraglich, ob der Stiftungszweck im Rahmen gesellschaftlich, politisch und wirtschaftlich veränderter Rahmenbedingungen tatsächlich noch verfolgt werden kann oder muss.

B.4.1.2.4 Lebensdauer und Auflösung

Sowohl die Gesellschafter einer **GmbH** als auch die **Ver-einsmitglieder** können die Auflösung der Körperschaft durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss beschließen. Die **Stiftung** besteht dagegen grundsätzlich in alle Ewigkeit fort, sofern nicht die Satzung andere Regelungen enthält oder die Stiftung aufsichtsrechtlich aufgelöst werden muss.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die (g)**GmbH in vielen Fällen die angemessenste Lösung** ist, insbesondere wenn ein **hoher Einfluss** der Gesellschafter auf die Geschäftsführung angestrebt wird (insbesondere im Bereich des PPP), ein **höherer Kapitaleinsatz** notwendig ist bzw. sich **besondere Haftungsrisiken** ergeben können.

Bei kurzfristigen Projekten, die wenig Kapital benötigen, **kaum Haftungsrisiken** begründen und eine **besondere Flexibilität** voraussetzen, kann aber auch die **GbR** vollkommen ausreichend sein.

Steht dagegen vor allem die (**dauerhafte**) **Vermögenswidmung** zugunsten eines vordefinierten gemeinnützigen Zwecks im Vordergrund, kann die **Stiftung** die richtige Rechtsform sein, sofern der relativ große Aufwand für ihre Gründung und ihre Unflexibilität kein Hindernis darstellen und eine staatliche Anerkennung gewünscht ist.

Bei einer größeren Anzahl von Leistungsbegünstigten oder Beitragenden kann sich die Rechtsform des **Vereins** besonders dann anbieten, wenn die Mitglieder auch **eigene Verantwortung** innerhalb der Körperschaft übernehmen wollen. Wird allerdings auf eine konstante Beteiligung der sich zusammenfindenden Akteure Wert gelegt, scheidet der Verein grundsätzlich aus. Denn das Ausscheiden eines Mitglieds berührt den Bestand des Vereins nicht. Auch ist ein Verein längerfristig angelegt, eignet sich also nicht für kurzfristige Projekte. Der Verein erfordert zudem die Beteiligung von mindestens sieben Personen.

Mitunter kann die **Genossenschaft** zum Verein die bessere Alternative sein. Dies etwa, wenn eine noch festere und längerfristige Bindung gewünscht ist, da sich die Kündigungsmöglichkeiten bei der Genossenschaft weitergehend beschränken lassen.

B.4.1.2.5 Gemeinnützigkeit/ Steuerbegünstigung

Man mag es bedauern, aber allein die Tatsache, dass eine **gemeinnützige Körperschaft** gemeinwohlorientiert arbeitet, schützt freilich nicht vor Auseinandersetzungen mit dem Finanzamt. Die Anerkennung ist nur befristet und wird in periodischen Abständen durch die Finanzverwaltung überprüft. Vereinzelt kommt es zur Aberkennung der Gemeinnützigkeit und/oder einer persönlichen Haftung der Organmitglieder.

Durch Steuervorteile wird die Arbeit der **steuerbegünstigten Körperschaften** unterstützt. Dies geschieht auf doppelte Weise: Zum einen direkt durch Befreiung von Steuerpflichten auf Seiten der Körperschaft; zum anderen dadurch, dass für Dritte (zB. Spender) aufgrund einer Zuwendungsbescheinigung steuerliche Anreize bestehen, Körperschaften zu unterstützen. Insgesamt soll gemeinnützige Arbeit durch die Vorteile attraktiver werden, was wiederum den Staat bei der Förderung sozialer Zwecke entlastet.

Die Anerkennung der Gemeinnützigkeit gleich welcher Organisationsform setzt voraus, dass eine Anzahl an Bedingungen erfüllt ist, namentlich im Hinblick auf die Ausgestaltung der Satzung und der satzungsmäßigen Tätigkeit der Organisation.

B.4.1.2.5.1 Voraussetzungen für die Anerkennung der Gemeinnützigkeit

Voraussetzung ist zunächst, dass es sich bei der in Betracht kommenden Organisation um ein **Körperschaftssteuersubjekt** handelt. Laut § 1 KStG sind dies insbesondere sämtliche Kapitalgesellschaften, Genossenschaften¹²⁰ und (sonstige) juristische Personen des Privatrechts.¹²¹ Zudem muss die Körperschaft **gemeinnützig, mildtätig oder kirchliche Zwecke ausschließlich, selbstlos und grundsätzlich unmittelbar verfolgen**.

Die passende Organisationsform ist zwar eine notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für die Anerkennung der Gemeinnützigkeit. Die Tätigkeit muss nach der **Vier-Sphären-Theorie** auch noch steuerlich privilegiert zugeordnet werden können.

¹²⁰ Auch die nicht eingetragenen, also nicht rechtsfähigen Genossenschaften.

¹²¹ Personengesellschaften, insbesondere die GbR sind keine Körperschaftssteuersubjekte (auch arg. e contrario § 15 Abs. 1 Ziff. 2 EStG) und können so nicht nach §§ 51ff. AO steuerbegünstigt sein. Sie haben aber gleichwohl

Bedeutung im gemeinnützigen Sektor (dazu sogleich B.4.1.3.2). Auch kann ihnen durchaus immerhin zivilrechtlich die Gemeinnützigkeit zuerkannt werden, was etwa zu Haftungserleichterungen führen kann.



Fig. B.3: Die vier Sphären steuerbegünstigter Organisationen

Die Tätigkeiten der Körperschaft müssen entweder dem ideellen Bereich, der Vermögensverwaltung, einem steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb oder einem steuerbegünstigten Zweckbetrieb zuzuordnen sein. Die beiden Letzteren, und insbesondere deren Abgrenzung, sind im hiesigen Zusammenhang besonders relevant.

B.4.1.2.5.2 Steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb und Gemeinnützigkeit

Ein steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb ist **generell erlaubt**. Es kommen für ihn aber Steuerbefreiungen grundsätzlich nicht in Betracht. Regelmäßig besteht also eine Steuerpflicht bei Körperschaft- und Gewerbesteuer. Dies gilt sowohl für Körperschaften, die ausschließlich einen steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhalten als auch für Körperschaften, die neben dem ideellen Bereich (als Zweckbetrieb oder Vermögensverwaltung) auch einen steuerpflichtigen Geschäftsbetrieb unterhalten. Die Körperschaften verlieren also ihre Steuerbegünstigungen für alle dem steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zuzuordnenden Besteuerungsgrundlagen (Einkünfte, Umsätze, Vermögen), § 64 Abs. 1 AO. Nach § 64 Abs. 3 AO werden allerdings betreffende Erträge unter € 35.000 bzw. € 45.000¹²² dergestalt privilegiert, dass diese nicht der Körperschafts- und der Gewerbesteuer unterworfen sind; anderes gilt indes für die Kapitalertragsteuer im Hinblick auf die im Bereich des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes anfallenden Erträge. Alle **Gewinne sind für steuerbegünstigte Zwecke** zu verwenden.

Ein steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb kann die Gemeinnützigkeit einer Organisation allerdings dann insgesamt ausschließen, wenn er zum **Selbstzweck** wird und selbständig neben den gemeinnützigen Zweck tritt oder diesen verdrängt.

B.4.1.2.5.3 Zweckbetrieb

Besondere Privilegien bestehen dagegen für wirtschaftliche Geschäftsbetriebe, die als Zweckbetriebe einzustufen sind. Im **Zweckbetrieb** werden die entgeltlichen Leistungen und die dafür erforderlichen Aufwendungen zur Umsetzung der satzungsmäßigen Ziele einer Körperschaft abgebildet. Wenn ein **Zweckbetrieb** nach §§ 65 bis 68 AO vorliegt, kann etwa eine steuerliche Begünstigung bestehen bleiben, die für einen steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nicht anzuwenden wäre.

Da der Zweckbetrieb in erster Linie ganz vorrangig satzungsgemäßen Zwecken dienen muss, darf er zwar Gewinne erzielen, es aber **nicht in erster Linie** auf deren Erzielung **absehen**, selbst wenn diese für den gemeinnützigen Zweck verwendet werden. Das für seine Leistungen verlangte Entgelt muss sich also mehr oder minder im **Kostenersatz**, also dem konkreten Finanzierungsbedarf des jeweiligen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes **einschließlich zulässiger Rücklagen** erschöpfen. Der Zweckbetrieb ist aber durchaus **als Zuschussgeschäft zulässig**, darf also dauerhaft Verluste machen, (sofern) deren Ausgleich durch ideelle Mittel möglich ist.

Ein Zweckbetrieb scheidet **nach bisheriger Rechtslage** aus, wenn und soweit für den Kooperationspartner nur allgemeine Geschäftsführung und Verwaltungstätigkeiten erbracht werden. Dann handelt es sich in der Regel um eine sogenannte **Servicegesellschaft**.

Hinweis:

Zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses ist noch unklar, ob die im Entwurf des Jahressteuergesetzes 2020 beschlossene Neufassung des § 57 Abs. 3 AO tatsächlich in Kraft treten wird und dadurch unmittelbar gemeinnütziges Handeln im Sinne der AO schon dann anzunehmen ist, wenn die Organisation **planmäßig** mit mindestens einer weiteren steuerbegünstigten Organisation planmäßig zusammenwirkt. Die Gesetzesbegründung führt als Beispiel für ein solches **planmäßiges Zusammenwirken** Wäschereileistungen einer Tochtergesellschaft für den Krankenhausbetrieb der Muttergesellschaft an. Nach bisheriger Rechtslage wurde nur der Krankenhausbetrieb der Muttergesellschaft als Zweckbetrieb eingestuft; die Wäschereileistungen der Tochtergesellschaft waren nicht steuerbegünstigt. Derlei Unternehmen werden bisher als sogenannte Service-Gesellschaften in gewerblicher Form geführt. Aufgrund des gegebenen planmäßigen Zusammenwirkens sollen zukünftig auch die Leistungen der Tochtergesellschaft einen Zweckbetrieb begründen. Das Zusammenwirken beider Gesellschaften wäre dann gemäß § 57 Abs. 3 AO-Entwurf **einheitlich** zu beurteilen. Damit könnten auch Gesellschaften als gemeinnützig anerkannt werden, die ausschließlich derartige Funktionsleistungen an andere steuerbegünstigte Körperschaften erbringen. Nach aktuellem Stand ist hierfür weder ein

¹²² Mit einer Korrektur auf diese Höhe durch das Jahressteuergesetz 2020 ist zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses zu rechnen. Der von der Finanzministerkonferenz der Bundesländer eingebrachte und durch den Entwurf umgesetzte Vorschlag liegt bei € 45.000.

Über-Unterordnungs-Verhältnis noch eine Konzernstruktur vorauszusetzen. Sollte die Gesetzesänderung so beschlossen werden, wären zahlreiche Fragestellungen der Betriebsprüfung, etwa der Abgrenzung von Zweckbetrieb zu steuerpflichtigem Gewerbebetrieb oder der Angemessenheit von Verrechnungspreisen bzw. Gewinnaufschlägen hinfällig.

B.4.1.2.5.4 Mittelweitergabe nach § 58 Ziff. 2 AO

Hinweis:

Zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses ist noch unklar, ob die im Entwurf des Jahressteuergesetzes 2020 beschlossene Neufassung des § 58 AO tatsächlich in Kraft treten wird. Diese sieht eine Vereinheitlichung der Regelungen des § 58 Ziff. 1 und 2 AO vor. Es soll § 58 Ziff. 2 AO ersatzlos entfallen und § 58 Nr. 1 AO ergänzt werden. § 58 Nr. 1 AO-E regelt konkret, dass die Mittelweitergabe an andere steuerbegünstigte Körperschaften unabhängig von ihrer Höhe und einer Zweckidentität möglich sein soll. Die Regelung dessen in der Satzung soll nur für reine Förderkörperschaften erforderlich sein; immer dann also, wenn die Mittelweitergabe die einzige Art der Zweckverwirklichung ist.

Dazu soll eine Vertrauensschutzregelung eingeführt werden. Nach dieser ist der Gute Glaube die Geberkörperschaft geschützt, wenn sie sich die Gemeinnützigkeit der Empfängerkörperschaft hat nachweisen lassen. Der Nachweis kann dabei durch Vorlage der Anlage zum Körperschaftsteuerbescheid oder des Feststellungsbescheids nach § 60a AO erfolgen.

Sofern ein Zweckbetrieb als gemeinnützige Körperschaft Überschüsse generiert,¹²³ können diese an eine andere gemeinnützige Organisation (beispielsweise die Gesellschafterinnen oder Mitglieder) – quasi als Ausnahme zu § 55 Abs. 1 Ziff. 1. AO – im Sinne des § 58 Ziff. 2 AO **weitergeleitet** werden, wenn es sich bei dieser ebenfalls um eine anerkannt gemeinnützige Organisation handelt. Dabei muss sichergestellt sein, dass die Mittel für steuerbegünstigte Zwecke eingesetzt werden. Zu beachten ist nach der Finanzverwaltung ferner der **Halbteilungsgrundsatz**, dass also die Mittel **nicht überwiegend** weitergegeben werden. Rechtsprechung und Wissenschaft gehen mit dieser Maßgabe gemeinhin **deutlich großzügiger** um.

Da es sich um eine Gewinnausschüttung im Sinne des Gesellschaftsrechts handelt, bedarf es eines **Gewinnverwendungsbeschlusses**. Das **Stammkapital** darf nicht angegriffen werden.

B.4.1.2.5.5 Mittelweitergabe nach § 58 Ziff. 3 AO

Darüber hinaus kann unter bestimmten Voraussetzungen nach § 58 Ziff. 3 AO weitergeleitet werden. So können Gewinne aus den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben ganz oder teilweise einer anderen steuerbegünstigten Körperschaft **zur Vermögensausstattung** zugewendet werden, sofern die aus den Vermögenserträgen zu verwirklichenden steuerbegünstigten Zwecke den steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecken der zuwendenden Körperschaft entsprechen.¹²⁴ Sind die Mittel den zeitnah zu verwendenden Mitteln zuzuordnen, so ist die Weitergabe auf höchstens 15% der nach § 55 Abs. 1 Ziff. 5 AO zeitnah zu verwendenden Mittel begrenzt. Zudem ist eine Kettenweiterleitung ausgeschlossen.

Praxis-Hinweis:

Die Weitergabe von Mitteln zur Vermögensausstattung erfordert eine entsprechende Dokumentation des Vorliegens ihrer gesetzlichen Voraussetzungen, § 63 Abs. 3 AO. Anderenfalls wird schwer nachweisbar sein, dass die Geschäftsführung im Rahmen des § 58 Ziff. 3 AO gehandelt und sich damit innerhalb der Satzung bewegt hat.

B.4.1.2.5.6 Umsatzsteuer

Erfolgt eine Leistung gegen Entgelt, ist sie **grundsätzlich umsatzsteuerpflichtig**, § 1 Abs. 1 Ziff. 1 UStG. Lediglich ideelle Tätigkeiten gehören der nichtunternehmerischen Sphäre an, so dass sie per se nicht umsatzsteuerbar sind. Das heißt im Umkehrschluss, dass sowohl Umsätze im Bereich der Vermögensverwaltung, des steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs wie auch des Zweckbetriebs grundsätzlich der Umsatzsteuerpflicht unterfallen. Von dieser Regel macht § 4 UStG weitreichende Ausnahmen zugunsten der Freien Wohlfahrt, insbesondere nach Ziff. 14, 16, 22, 23. Nach Ziff. 18 UStG sind zudem Leistungen der steuerbegünstigten Einrichtungen der Wohlfahrtspflege von der Umsatzsteuer befreit, die **eng mit der Sozialfürsorge und der sozialen Sicherheit verbunden** sind und ohne Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden.

Für wirtschaftliche Geschäftsbetriebe, denen keine Umsatzsteuerbefreiung zuteilwird, kann ggf. ein **ermäßigter Steuersatz** von derzeit 7% greifen. Das kann nach § 12 Abs. 2 Ziff. 8 lit. a UStG der Fall sein, wenn es sich um einen Zweckbetrieb nach § 65 bis 68 AO handelt und der Zweckbetrieb die fraglichen Leistungen selbst erbringt bzw. der Zweckbetrieb nicht in erster Linie der Erzielung von Umsätzen dient, die in unmittelbarer Konkurrenz zum freien Wettbewerb stehen.

¹²³ Die Mittelweiterleitung nach § 58 Ziff. 2 AO ist allerdings nicht auf die Weiterleitung von Überschüssen beschränkt.

¹²⁴ Die Finanzverwaltung betont in diesem Zusammenhang, dass die weitergegebenen Mittel nur dem Zweck zugutekommen dürfen, den Geber- und Empfängerkörperschaft übereinstimmend fördern.

B.4.1.3 Formen der Zusammenarbeit von gemeinnützigen Körperschaften

Für gemeinnützige Organisationen ist es häufig attraktiv, sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks, etwa im Rahmen eines besonderen Projekts, zusammenzuschließen. Die Bündelung von Wissen, Sachmitteln und Personalkräften, verbunden mit der durch einen gemeinsamen Auftritt erreichten Außenwirkung und den Vorteilen der Arbeitsteilung, die auch kleineren Organisationen die Mitwirkung an größeren Projekten ermöglicht, führen mitunter zu umfassenden Synergien.

Die Möglichkeiten der Gestaltung einer solchen Kooperation sind vielfältig, was ihre rechtliche Einordnung mitunter erschwert. Entsprechend vielfältig sind auch die den Kooperationen zugrundeliegenden Kooperationsverträge. Nicht selten fehlt es an einer **klaren Bestimmung der jeweiligen Beiträge**, was zu **tatsächlichen und (steuer)rechtlichen Schwierigkeiten in der Umsetzung** führen kann. In gemeinnützigkeitsrechtlicher Hinsicht sind dabei neben der Frage der zweckentsprechenden Mittelverwendung der Grundsatz der Unmittelbarkeit (§ 57 Abs. 1 AO) und der zeitnahen Mittelverwendung (§ 55 Abs. 1 Ziff. 5 AO) besonders relevant. In einigen Fällen bleibt zum Beispiel unklar, inwieweit die Kooperationspartner eigene Zwecke unmittelbar verwirklichen bzw. die Leistungen einem anderen Kooperationspartner zuzurechnen sein sollen.

Daher ist in der Praxis zu empfehlen, die **Vereinbarungen möglichst klar und konkret** zu fassen. Damit kann insbesondere sichergestellt werden, dass die steuerliche Behandlung wie geplant erfolgt.

Um den Grundsatz der Unmittelbarkeit zu verwirklichen, ist es nicht erforderlich, dass die Beiträge der Kooperationspartner bereits für sich betrachtet die satzungsmäßigen Zwecke verwirklichen. Es reicht vielmehr aus, wenn durch **arbeitsteiliges Zusammenwirken eine gemeinsame Zweckverwirklichung** erfolgt, dass also erst durch das Zusammenwirken der Kooperationsbeiträge die Zweckverwirklichung realisiert wird. Ob jeder einzelne Kooperationspartner seine Zwecke unmittelbar selbst verwirklicht, richtet sich – dazu sogleich näher [B.4.1.3.2](#) – nach der (Mit-)Verantwortung für das Gesamtprojekt. Beiträge ohne inhaltlichen Einfluss können daher hinter den Anforderungen zurückbleiben.

B.4.1.3.1 Kooperation und Haftung

Innerhalb von Kooperationen können **unterschiedliche Haftungsrisiken** begründet werden. Jede Kooperationsvereinbarung sollte daher auch **hinreichende Auskunft- und Nachweispflichten** beinhalten, so zB. zu Tätigkeitspflichten, um den eigenen Pflichten gegenüber der Finanzverwaltung nachkommen zu können. Auch die Vorlage des Feststellungsbescheides nach § 60a AO sollte erfolgen. Schadensersatz- und Strafklauseln können im Einzelfall das Risiko weiter verringern.

B.4.1.3.2 Kooperationen und der Unmittelbarkeitsgrundsatz, GbR und OHG

§ 57 AO fordert, dass die Satzungszwecke von der Körperschaft selbst verwirklicht werden. Dagegen zeichnen sich Kooperationen naturgemäß durch Arbeitsteilung und Mitwirkung aus. Das Unmittelbarkeitsgebot erscheint so als unmittelbares Hindernis. Wie schwer dieses Hindernis wiegt, hängt von der konkreten Kooperationsform ab.

Für die Gewährung der Steuerbegünstigung ist nach § 57 Abs. 1 AO Voraussetzung, dass die Körperschaft ihre steuerbegünstigten Satzungszwecke unmittelbar verfolgt. Dies kann nach S. 2 der genannten Vorschrift auch durch Hilfspersonen geschehen, wenn das Wirken der Hilfsperson wie eigenes Wirken der Körperschaft anzusehen ist. Als Hilfspersonen kommen natürliche Personen, Personenvereinigungen oder juristische Personen in Betracht.

Sofern durch die Kooperationspartner keine Körperschaften im Sinne des § 1 Abs. 1 KStG, insbesondere Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, Vereine und Stiftungen, (aus)gegründet werden, können die Zusammenschlüsse von steuerbegünstigten Körperschaften insbesondere eine Personengesellschaft in Form der GbR (§ 705 BGB) oder gar – in selteneren Fällen – eine Personenhandelsgesellschaft in Form der OHG (§ 105 HGB) ergeben. In der Praxis bedeutet das: Schließen sich also zwei oder mehrere gemeinnützige Partner zwecks der gemeinsamen Durchführung eines Projektes auf gleicher Stufe zusammen, also ohne dass es zu einer Über- bzw. Unterordnung kommt, dann begründet dieser Zusammenschluss in aller Regel eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sofern nicht explizit eine andere Rechtsformwahl getroffen wurde. Denn für die Errichtung einer GbR bedarf es **keiner besonderen Form**, sie entsteht **unmittelbar** bereits mit der mündlichen Abrede oder ggf. aus einer willentlichen gemeinsamen Zweckverfolgung. Sie eignet sich sowohl für die zeitlich begrenzte wie auch die dauerhafte Zusammenarbeit.

Praxishinweis:

In der einfachen Begründbarkeit liegt auch der Grund, warum das Entstehen einer GbR von ihren Gesellschaftern **häufig unerkant** bleibt. Das ist **problematisch**, weil das Vorliegen einer GbR **erhebliche steuerliche Folgen** auslösen kann. Auch eine GbR kommt als Umsatzsteuersubjekt in Betracht und kann einen steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb begründen. Im Folgenden werden Hinweise dazu gegeben, wie unbeabsichtigte steuerliche Folgen vermieden werden.

Um eine GbR zu gründen, ist die rechtsverbindliche Vereinbarung zur Förderung eines **gemeinsamen Zwecks** notwendig. Dieses gemeinsame Ziel kann etwa die Verwirklichung eines gemeinsamen Projektes sein, wobei sich die Partner darüber einig, wer welchen konkreten **Beitrag** zur Zweck-

verwirklichung leistet.¹²⁵ Der jedenfalls vorauszusetzende **Rechtsbindungswille** muss über ein bloßes Zusammenwirken als rein faktische Tatsache hinausgehen. Im Falle einer ausdrücklichen Vereinbarung dürften **selten Probleme** entstehen. Gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen zur Gründung einer GbR können aber auch **formlos** erfolgen.

Für alle Personengesellschaften gilt aber, dass sie das **Privileg der Gemeinnützigkeit nicht erlangen können**. Gemäß § 51 Abs. 1 S. 2 AO ist dieses den Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen im Sinne des § 1 Abs. 1 KStG vorbehalten. Die nach §§ 51 bis 68 AO möglichen steuerlichen Vergünstigungen können also nur von diesen in Anspruch genommen werden,¹²⁶ von den Personen(handels)gesellschaften – nach aktueller Lesart – hingegen nicht.

Daraus darf nicht geschlossen werden, dass die Rechtsformen der Personengesellschaften im gemeinnützigen Sektor per se ohne Funktion blieben. Im Gegenteil: Gerade die Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann eine sinnvolle gesellschaftsrechtliche Form für eine Kooperation zwischen gemeinnützigen Unternehmen darstellen. Auch das Gebot der unmittelbaren Zweckverwirklichung steht der Begründung einer GbR grundsätzlich nicht entgegen. Denn „unmittelbar“ in diesem Sinne bedeutet nicht „allein“ oder „allein verantwortlich“. Es genügt bereits eine **Mitverantwortung** dergestalt, dass das Projekt auch als eigenes Projekt der fraglichen Körperschaft angesehen werden kann.

Allerdings erfolgt die gemeinnützigkeitsrechtliche Einordnung einer Personengesellschaft **nicht automatisch**. Aufgrund der Ausgrenzung aus dem steuerrechtlich zentralen Begriff der Körperschaft ist zur Bestimmung der Gemeinnützigkeit **nicht** auf die Personengesellschaft selbst abzustellen. Ihr fehlt die eigene Steuersubjektivität. Entscheidend ist vielmehr, wie die Tätigkeit der Personengesellschaft im Hinblick auf ihre Gesellschafterinnen wirkt. Insoweit kann eine Zurechnung nach § 57 Abs. 1 S. 2 AO in Betracht kommen, also über das Konstrukt der Hilfsperson (dazu noch genauer [B.4.1.3.2.1](#)).

Für die Annahme der Unmittelbarkeit ist nicht erforderlich, dass die Tätigkeiten eines/r Gesellschafter/in für sich genommen und losgelöst von den Beiträgen der weiteren Kooperationspartner*innen die gemeinnützigen Zwecke verwirklicht. Es genügt die gemeinsame Zweckverwirklichung durch **arbeitsteiliges Zusammenwirken**, so dass **erst kumulativ** durch die weiteren Beiträge die Zweckverwirklichung anzunehmen ist. Ob die eigenen Zwecke selbst unmittelbare Verwirklichung finden, richtet sich nach der (Mit-)Verantwortung der einzelnen Gesellschafterin für alle einschlägigen Projektbeiträge.

Der Beitrag einer oder mehrerer Gesellschafterinnen kann sich aber auch auf rein finanzielle oder sachliche Leistungen beschränken. In diesen Fällen fehlt es an einem eigenen

operativen Beitrag. Eine gemeinnützigkeitsrechtliche Zurechnung über die Hilfsperson ist nicht möglich. Es kommt aber eine Unterstützung nach § 58 Ziff. 1 bis 5 AO in Betracht. Die Abgrenzung zum Einsatz einer Hilfsperson kann in der Praxis schwierig sein, insbesondere wenn die Unterstützung mit weitreichenden Auflagen zur Mittelverwendung verbunden ist. Anders als beim Einsatz als Hilfsperson setzt die Empfängerkörperschaft die empfangenen Mittel jedenfalls für eigene satzungsmäßige Zwecke ein. Sie darf der Förderkörperschaft keine bestimmte Gegenleistung schulden. Es darf also kein Austauschverhältnis vorliegen.

Exkurs zur Mittelweitergabe nach § 58 Ziff. 1 AO

Hinweis:

Zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses ist noch unklar, ob die im Entwurf des Jahressteuergesetzes 2020 beschlossene Neufassung des § 58 AO tatsächlich in Kraft treten wird. Diese sieht eine Vereinheitlichung der Regelungen des § 58 Ziff. 1 und 2 AO vor. Es soll § 58 Ziff. 2 AO ersatzlos entfallen und § 58 Nr. 1 AO ergänzt werden. § 58 Nr. 1 AO-E regelt konkret, dass die Mittelweitergabe an andere steuerbegünstigte Körperschaften unabhängig von ihrer Höhe und einer Zweckidentität möglich sein soll. Die Regelung dessen in der Satzung soll nur für reine Förderkörperschaften erforderlich sein; immer dann also, wenn die Mittelweitergabe die einzige Art der Zweckverwirklichung ist.

Dazu soll eine Vertrauensschutzregelung eingeführt werden. Nach dieser ist der Gute Glaube die Geberkörperschaft geschützt, wenn sie sich die Gemeinnützigkeit der Empfängerkörperschaft hat nachweisen lassen. Der Nachweis kann dabei durch Vorlage der Anlage zum Körperschaftsteuerbescheid oder des Feststellungsbescheids nach § 60a AO erfolgen.

Kommt im Einzelfall eine Mittelweitergabe als Kooperationsbeitrag nach § 58 Ziff. 1 AO in Betracht, so sind – jedenfalls bis zu einer ggf. erfolgenden Anpassung der Gesetzeslage – einige Punkte zu beachten, um die steuerliche Unschädlichkeit der Weitergabe zu sichern. So setzt eine entsprechende Weitergabe voraus, dass die

- Satzung der Förderkörperschaft eine Weitergabe zulässt, und
- die Empfängerkörperschaft selbst
- als steuerbegünstigt anerkannt ist und
- die Mittel tatsächlich für die Verwirklichung der eigenen steuerbegünstigten Zwecke einsetzt.

Lässt man die Weisungsgebundenheit, dh. die willentliche Einbindung in die Verwirklichung der eigenen gemeinnützigen

¹²⁵ Typisch für gemeinnütziges Wirken ist, dass zwei gemeinnützige Körperschaften eine Arbeitsgemeinschaft bilden, um auf eine gemeinschaftliche, gemeinnützige Zweckverwirklichung abzielen. Denkbar ist aber auch die Begründung einer Arbeitsgemeinschaft mit steuerpflichtigen Anbietern.

¹²⁶ Dabei handelt es sich um: Kapitalgesellschaften (AG, Europäische Gesellschaften, KG auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung

[insbesondere die gGmbH]); Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften; Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit; sonstige juristische Personen des privaten Rechts; nichtrechtsfähige Vereine, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen des privaten Rechts; Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Zwecke, für das Vorliegen einer Hilfspersonentätigkeit als Kriterium gelten, kann hiermit eine erste Abgrenzung erfolgen. Eine Mittelweiterleitung kommt bei Fehlen der Weisungsgebundenheit **statt** der Hilfspersonentätigkeit in Betracht.

Praxishinweis:

Im Rahmen einer Kooperation sind die gewollte Konstruktion und die einzelnen Beiträge der Kooperationspartnerinnen vertraglich **sehr klar zu bezeichnen und zu regeln**, da anderenfalls eine **abweichende rechtliche Einordnung** der Beiträge durch die Finanzverwaltung erfolgen kann. Fehlt dann die **satzungsgemäße Grundlage für die Leistungen**, können diese zu einem gemeinnützigkeitsrechtlichen Verstoß führen.

B.4.1.3.2.1 Die Hilfsperson

Anmerkung:

Zur Verdeutlichung wird im Folgenden bezüglich der Hilfsperson auf die GbR zurückgegriffen. Allerdings kann **auch jede andere Organisationsform** die Eigenschaft einer Hilfsperson annehmen, beispielsweise eine gGmbH oder eine Genossenschaft etc. Die folgenden Ausführungen gelten dann im übertragenen Sinne.

Vermittels des Instruments der Hilfsperson (§ 57 Abs. 1 S. 2 AO) kann die Tätigkeit der GbR ihren Gesellschaftern unter Umständen als unmittelbares Wirken im gemeinnützigkeitsrechtlichen Sinne **zugerechnet** werden. Das ist dann der Fall, wenn das Wirken der GbR wie eigenes Wirken der Gesellschafter anzusehen ist; was sich wiederum nach den Umständen des Einzelfalls richtet. Ausschlaggebend sind vor allem die **rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen**, die zwischen der GbR und ihren Gesellschaftern bestehen. Die tatsächlichen Verhältnisse müssen den Vereinbarungen entsprechen. Die einsetzende Körperschaft muss daher **ggf. durch Kontrollen** sicherstellen, dass die Vereinbarungen **eingehalten** werden.

Vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung steht nach dem Gesellschaftsvertrag die Führung der Geschäfte allen Gesellschaftern **gemeinsam** zu; Beschlüsse sind einstimmig zu treffen. Vor dem Hintergrund einer derart umfassenden Einwirkungsmöglichkeit der Gesellschafter und damit gegebenen Weisungsgebundenheit der GbR, ist das Wirken der GbR grundsätzlich allen Projektpartnern zuzurechnen. Anderes könnte dann gelten, wenn die Mitwirkung einzelner Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen oder erheblich beschränkt ist, so dass die betreffende Körperschaft **ohne wesentlichen Einfluss** auf die Tätigkeit

der GbR bleibt. Durch Vorlage von Vereinbarungen muss die steuerbegünstigte Körperschaft gegenüber der Finanzverwaltung – schriftlich – nachweisen, dass sie Inhalt und Umfang der Tätigkeit der Hilfsperson **im Innenverhältnis bestimmen** kann (AEAO zu § 57 Ziff. 2 S. 4). Es muss auch ersichtlich sein, wie die Hilfsperson **Rechenschaft** ablegt. Zudem ist die **Überwachung** der Hilfsperson sicherzustellen (AEAO zu § 57 Ziff. 2 S. 6).

B.4.1.3.2.2 Checkliste: Vereinbarung der Einschaltung als Hilfsperson¹²⁷

Die schriftliche Vereinbarung mit einer ggf. einzuschaltenden Hilfsperson sollte – um Schwierigkeiten mit der Finanzverwaltung zu vermeiden – folgendes beinhalten:

- das Verständnis, dass eine der Vertragsparteien Hilfsperson iSd. § 57 Abs. 1 S. 2 AO der die Hilfsperson einsetzenden Körperschaft ist;
- dass die Hilfsperson bei der Verwendung der ihr zugewendeten Mittel den Weisungen der einsetzenden Körperschaft unterliegt;
- dass die einsetzende Körperschaft den Inhalt und den Umfang der Tätigkeit der Hilfsperson im Innenverhältnis bestimmen kann;
- die Tätigkeit der Hilfsperson den Satzungsbestimmungen der einsetzenden Körperschaft entsprechen muss;
- die einsetzende Körperschaft die Tätigkeit der Hilfsperson überwachen und die weisungsgemäße Verwendung der Mittel sicherstellen kann; und
- dass die Hilfsperson, sofern sie die Mittel der einsetzenden Körperschaft an eine weitere Hilfsperson weitergeben darf, sich zum Abschluss einer entsprechenden eigenen schriftlichen Vereinbarung mit der weiteren Hilfsperson im Sinne der einsetzenden Körperschaft verpflichtet.

Gemeinnützigkeitsrechtlich relevant ist ferner, dass die Hilfsperson **sowohl die gemeinnützigen Zwecke ihrer Gesellschafterinnen wie auch die eigenen Satzungszwecke** verfolgen kann. Das Handeln als Hilfsperson allein begründet die Steuerbegünstigung der eigenen Tätigkeit noch nicht, da die Hilfsperson ja zunächst nur **fremde** (etwa der Gesellschafter oder Auftraggeber)¹²⁸ gemeinnützige Zwecke verwirklicht.

Anders ist dies aber, wenn die Hilfsperson **zugleich auch eigene** steuerbegünstigte Satzungszwecke verfolgt.¹²⁹ Um steuerbegünstigt zu sein, muss die als Hilfsperson tätige Organisation also selbst alle Voraussetzungen der §§ 51 ff. AO erfüllen, insbesondere auch iSv. § 57 AO unmittelbar selbst einen steuerbegünstigten Zweck erfüllen.

¹²⁷ Die konkrete Ausgestaltung sollte im Einzelfall steuer- bzw. rechtsberatend begleitet werden.

¹²⁸ Neben Zusammenschlüssen auf gesellschaftsrechtlicher Ebene kommen auch Auftragsverhältnisse in Betracht. Wichtig ist stets, dass die jeweils

infrage stehenden Beiträge „selbständig und eigenverantwortlich“ erbracht werden.

¹²⁹ Das ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn die Hilfsperson Dienstleistungen gegenüber der sie einschaltenden Körperschaft erbringt.

Hinweis:

In diesem Zusammenhang zeigt sich aber auch ein Zielkonflikt: Um noch von einer eigenen Tätigkeit im Sinne des § 57 Abs. 1 S. 1 AO ausgehen zu können, muss der Hilfsperson trotz der nach § 57 Abs. 1 S. 2 AO zugunsten der Gesellschafter vorauszusetzenden Weisungsgebundenheit ein gewisser eigener Spielraum zur eigenverantwortlichen Handlungsgestaltung bleiben. Idealerweise wird der Hilfsperson im Sinne einer Zieldimension also vorgegeben, welche Aufgabe zu erfüllen ist. Andererseits wird der Hilfsperson bei der Verwirklichung so viel Raum gelassen, dass sie die Tätigkeit selbständig und eigenverantwortlich realisieren kann

In der Praxis wird das Vorliegen der umsatzsteuerlichen Organschaft in der Regel als wichtiges Indiz für das Vorliegen einer Hilfsperson angenommen.

Sobald eine GbR bei Überschreitung der Freigrenzen auch der Erzielung von Einnahmen dient (auch wenn nur ein „Unkostenbeitrag“ erhoben wird), wird ohnehin ein (ggf. steuerpflichtiger) wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb zu bejahen sein, wenn insoweit von einer selbständigen und nachhaltigen Tätigkeit auszugehen ist. Auf Ebene der GbR fällt ggf. Gewerbesteuer an (siehe dazu sogleich B.4.1.3.3.1). Das Privileg der Gemeinnützigkeit lässt sich dann für ihre Gesellschafterinnen überhaupt nur noch auf deren Ebene im Rahmen eines Zweckbetriebes aufrechterhalten. (Auch) die Beteiligung an einer Personengesellschaft kann dabei als Zweckbetrieb iSd. §§ 65 ff. AO zu qualifizieren sein, wenn das Handeln der Tochterpersonengesellschaft den steuerbegünstigten Satzungszwecken der Mutterkörperschaft entspricht und die Voraussetzungen der Zurechnung als Hilfsperson nach § 57 Abs. 1 Satz 2 AO vorliegen.

Hinweis:

Da das Verhalten der Hilfsperson der Geberkörperschaft wie eigenes Wirken zugerechnet wird, ist beispielsweise eine Mittelfehlverwendung durch die Hilfsperson für die Geberkörperschaft selbst schädlich.

Wie oben gesehen, ist das für die GbR allerdings nicht möglich, da es ihr an dem vorauszusetzenden Körperschaftscharakter (§ 1 KStG) fehlt. Auch dann, wenn die GbR keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des § 14 AO ausübt, also allein der ideellen Zweckerfüllung dient, kann sie den Status der Steuerbegünstigung nicht erreichen. Solange sie keine Einnahmen bzw. nur Einnahmen unterhalb der steuerlichen Freigrenze erzielt, ist dies aber im Ergebnis unproblematisch.

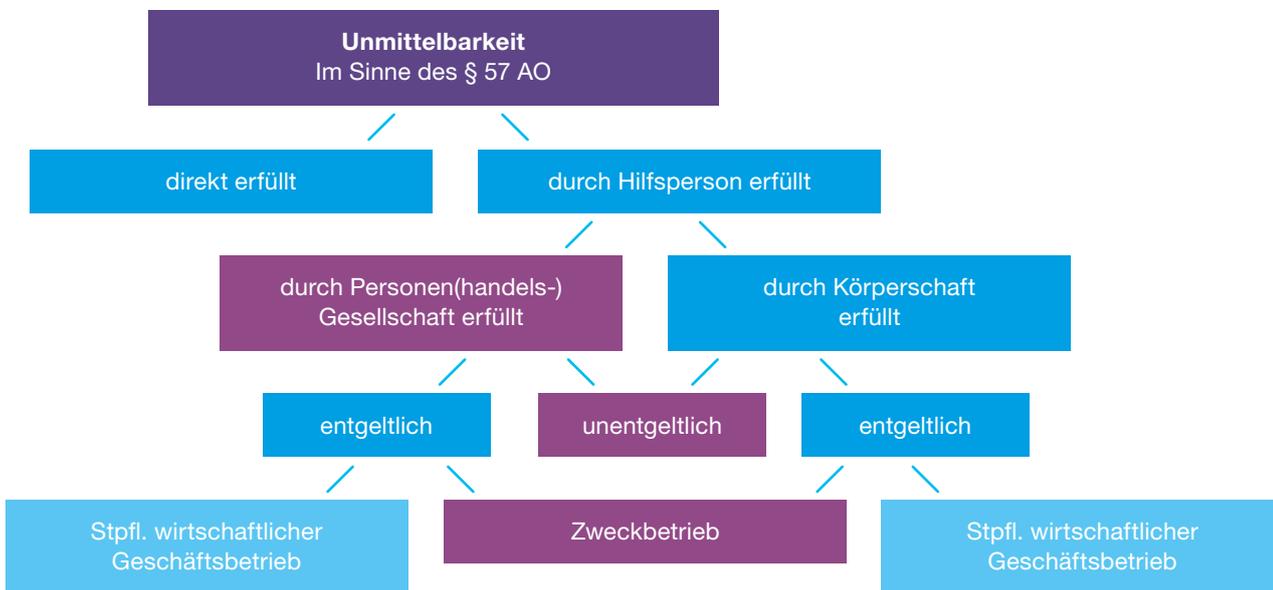


Fig. B.4: Die gemeinnützigkeitsrechtlichen Auswirkungen der Einschaltung einer Hilfsperson zur Zweckerreichung (in Ansehung ihrer Rechtsform und der Frage der Entgeltlichkeit der Leistung) auf die Körperschaft. Vorausgesetzt wird, dass das Wirken der Hilfsperson aufgrund der (gesellschafts-)vertraglich geregelten Befugnisse der Körperschaft wie eigenes Wirken zugerechnet werden kann.

B.4.1.3.3 Steuerliche Aspekte der Kooperation im Rahmen der GbR

Ist die Personengesellschaft nicht lediglich vermögensverwaltend tätig, beziehen gemeinnützige Körperschaften **kraft Rechtsform** grundsätzlich gewerbliche Einkünfte, so dass schon auf Ebene der Personengesellschaft gewerbliche Einkünfte vorliegen können. Die Einkünfte der Personengesellschaft sind den beteiligten Gesellschafterinnen nach dem Transparenzprinzip zuzurechnen.

B.4.1.3.3.1 Besonderheiten bezüglich GbR und Gewerbesteuer

Problematisch bei der Ausgestaltung einer Kooperation in Form einer GbR ist derzeit noch ein besonderer steuerrechtlicher Umstand: Während die GbR nach der Systematik des Einkommen- und Körperschaftsteuerrechts (namentlich dem Transparenzprinzip) kein Steuersubjekt sein und also die Privilegierungen der §§ 51ff. AO auch nicht für sich beanspruchen kann (dies können nur die beteiligten Körperschaften als Gesellschafterinnen), sieht das Gewerbesteuerrecht aufgrund seines Objektsteuercharakters die GbR sehr wohl als Steuersubjekt an. Begründet die Kooperation zweier oder mehrerer gemeinnütziger Träger eine Tätigkeit, die als Gewerbebetrieb nach § 15 Abs. 2 EStG anzusehen ist, laufen daraus resultierende Gewinne nach § 2 Abs. 1 S. 2 GewStG Gefahr, als **gewerbesteuerpflichtig** behandelt zu werden. Im Bereich der Gewerbesteuer fehlt es an einem (umfassenden) **ausdrücklichen** Befreiungstatbestand für personengesellschaftsrechtliche Kooperationsformen.¹³⁰

Praxis-Hinweis:

Die GbR kann im Falle **formeller Satzungsmäßigkeit**¹³¹ versuchen, sich auf die Befreiung nach § 3 Nr. 6 GewStG zu berufen. Hierzu ist allerdings **sowohl eine entsprechende Beratung als auch vorherige Abstimmung mit der Finanzverwaltung dringend** zu empfehlen.

Nach § 180 AO werden folgerichtig die Einkünfte einer GbR einheitlich und gesondert – einschließlich der Einkunftsart(en) – festgestellt. Wenn daher erst auf der Ebene der einzelnen gemeinnützigen Gesellschafterin entschieden wird, ob ihr Ergebnisanteil aus der GbR dem steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zuzuordnen ist, ist die Gewerbesteuer auf Ebene der GbR **bereits angefallen**. Auf Ebene der Gesellschafterin kann dann nur noch eine Steuerbefreiung hinsichtlich der Körperschaftsteuer eintreten.

B.4.1.3.3.1 Lösungsmöglichkeiten

- Neben der oben beschriebenen aber nicht immer erfolgversprechenden Lösung über die formelle Satzungsmäßigkeit kann in der Praxis der Weg der „**Nicht-GbR**“ versucht werden. Dann muss jeder der gemeinnützigen Kooperationspartner sämtliche Verträge mit Dritten unterschreiben, sodass keine Personenmehrheit, sondern die einzelnen Gesellschafterinnen mit Dritten in Vertragsbeziehungen treten. Allerdings ist dieser Weg mit der Unsicherheit behaftet, ob die Finanzverwaltung die zivilrechtliche Gestaltung auch im Rahmen der steuerlichen Einordnung nachvollziehen wird und so die einheitliche Feststellung nach § 180 AO vermieden werden kann.
- Ein erfolgreich erprobter Ansatz ist dagegen die **Innen-GbR**. Bei dieser tritt nur eine der Gesellschafterinnen nach außen auf und handelt auch ausschließlich im eigenen Namen. Zusätzlich bestehen Abreden im Innenverhältnis mit den anderen Gesellschafterinnen im Hinblick auf die gemeinsame Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks. Eine solche Innen-GbR ist keine Personengesellschaft im steuerlichen Sinne.¹³² Daher kann sie auch nicht umsatzbesteuert werden.¹³³ Aus den gleichen Gründen scheidet auch die Gewerbebesteuerung der Innen-GbR.¹³⁴ Bei Vorliegen einer Mitunternehmerschaft erfolgt die Ertragsbesteuerung allein auf Ebene der Gesellschafterinnen. Auf die Gestaltung des Ausgleichs im Hinblick auf Risiko und Gewinn ist in solchen Konstellationen besondere Sorgfalt anzuwenden, um andere Schwierigkeiten zu vermeiden.

Hinweis:

Eine Innen-GbR kann leicht in eine Außen-GbR **umschlagen**. Das ist regelmäßig der Fall, wenn die GbR im Rechtsverkehr, also nach außen auftritt. Problematisch kann das besonders dann werden, wenn die GbR Verluste macht, da ein **Verlustausgleich** im Falle einer **Mittelfehlverwendung** Folgen für die Gemeinnützigkeit der Gesellschafterinnen haben kann. Solange nur eine Innen-GbR besteht, haftet nach außen nur die im Rechtsverkehr auftretende Gesellschafterin. Weder die GbR noch die anderen Gesellschafterinnen kommen dann im Außenverhältnis unmittelbar als Zurechnungssubjekt für gesetzliche oder vertragliche Ansprüche in Betracht. Die Regressmöglichkeiten der nach außen auftretenden Gesellschafterin richten sich allerdings nach dem Auftragsrecht, §§ 713 iVm. 670 BGB. Ist die Haftung im Innenverhältnis **nicht beschränkt**, kann es auch im Rahmen einer bloßen Innen-GbR zu einer Mittelfehlverwendung kommen.

¹³⁰ Auf die durch § 2a GewStG begünstigte Situation wird es im vorliegenden Zusammenhang wohl regelmäßig nicht ankommen. Der Zweck der Arge, die ebenfalls (nur) eine GbR ist, muss sich insoweit nämlich auf die Erfüllung eines einzigen Werkvertrags oder Werklieferungsvertrags beschränken. Besteht ein weiterer Zweck, schließt dieser die Anwendung des § 2a aus, und zwar nicht nur in Bezug auf diesen, sondern insgesamt.

¹³¹ Aus ihrer Satzung muss sich ergeben, dass die GbR ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke verfolgt (§ 59 AO). Dabei müssen die Satzungszwecke und die Art ihrer Verwirklichung so

genau bestimmt sein, dass bereits aufgrund der Satzung geprüft werden kann, ob die satzungsmäßigen Voraussetzungen für Steuervergünstigungen gegeben sind (§ 60 Abs. 1 Satz 1 AO).

¹³² Ertragsteuerlich kann aber auf Mitunternehmerschaft erkannt werden, denn dafür kann das Vorliegen von Mitunternehmerinitiative und Mitunternehmerisiko ausreichen. Die Besteuerung erfolgt auf Ebene der Beteiligten.

¹³³ Eine Umsatzbesteuerung findet nur auf Ebene der Beteiligten statt.

¹³⁴ Auf der Ebene der Gesellschafterinnen greift die Befreiung des § 3 Ziff. 6 GewStG.

- Teilweise veranlagt die Finanzverwaltung im Feststellungsverfahren das Ergebnis aus Einkünften, die auf Gesellschafterebene einem Zweckbetrieb zugeordnet werden können, auf der Ebene der GbR als **Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit** nach § 18 EStG, wodurch die Gewerbebesteuerung der GbR ausgeschlossen ist.

B.4.1.3.3.2 Umsatzsteuerrechtliche Aspekte bei der Kooperation im Rahmen der GbR

Sind Leistungen einer einzelnen gemeinnützigen Körperschaft umsatzsteuerbar,¹³⁵ können sie insbesondere nach den Tatbeständen des § 4 UStG (insbesondere nach Ziff. 18 und 29) befreit sein. Nach **neuer Rechtslage** können beide Befreiungstatbestände auch von Personenvereinigungen wie der GbR in Anspruch genommen werden. Damit dürfte es auf die Geltendmachung der Steuerbefreiung nach Art. 132 Abs. 1 lit. f MwStSystRL nicht mehr ankommen.¹³⁶

Praxishinweis:

Insbesondere das neue Institut der **Kostenteilungsgemeinschaft** (§ 4 Ziff. 29 UStG) kann im Einzelfall eine interessante Lösung sein. Die Kostenteilung darf dabei nur dem **genauen Kostenersatz** entsprechen. Auch die Erfüllung des Kriteriums der Unmittelbarkeit kann problematisch sein, wenn nicht über die Neufassung des § 57 Abs. 3 AO (planmäßiges Zusammenwirken) Abhilfe geschaffen werden kann. Seine Inanspruchnahme könnte allerdings häufig an der aus der MwStSystRL übernommenen **Wettbewerbsklausel** scheitern. Gleichwohl ist dieser Ausnahmetatbestand in jedem Einzelfall gut zu prüfen. Für zukünftige Projekte ist die weitere Entwicklung in diesem Bereich im Auge zu behalten.

Kommt eine Befreiung nach § 4 UStG nicht in Betracht, unterliegt eine GbR, die als Kooperationsform mehrerer gemeinnütziger Körperschaften Leistungen erbringt, grundsätzlich dem vollen Umsatzsteuersatz bzw. dem ermäßigten Steuersatz von 7%. Letzterer gilt, wenn die Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 Ziff. 8 lit. b UStG vorliegen, die Leistungen also, falls die Körperschaften sie anteilig selbst ausführen, insgesamt ermäßigt besteuert würden (nach lit. a).¹³⁷ Sind hingegen **nicht gemeinnützige Partnerinnen** beteiligt, kommt es für die ganze GbR zu einer Besteuerung mit 19%. Tatsächlicher „Schaden“ entsteht im Ergebnis (nur) dann, **wenn und soweit die Leistungsempfängerinnen nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt** sind.

B.4.1.3.3.3 Gestaltungshinweise zu den Besonderheiten der GbR

Das gesetzliche Leitbild einer GbR impliziert, dass grundsätzlich alle Gesellschafterinnen gesamtgeschäftsführungs- und gesamtvertretungsberechtigt sind. Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag hiervon **Ausnahmen** vorsehen, was in der Praxis auch häufig erfolgt.

Im Gesellschaftsvertrag sollte geregelt werden, wann und wie die Gesellschafter ihre Beteiligungen **kündigen bzw. übertragen** können. Dabei sollte auch überlegt werden, an wen die Übertragung möglich sein soll (zB. nur gemeinnützige Körperschaften). Bei der Ausgestaltung des Kündigungsrechts sollte beachtet werden, dass das außerordentliche Kündigungsrecht, die Kündigung aus wichtigem Grund, nicht abbedungen werden kann.

Der Vorteil der GbR, kein Mindestkapital zu benötigen, wird durch den Nachteil erkauft, dass alle Gesellschafter **grundsätzlich uneingeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen für die Verbindlichkeiten der GbR haften**. Ein gewisser Ausgleich dieses Haftungsrisikos kann dadurch erreicht werden, dass mit den jeweiligen Vertragspartnern eine **Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen vereinbart** wird.

Besonders wichtig – aufgrund des drohenden Verlustausgleichs, der auch gemeinnützigkeitsschädlich sein kann – ist, dass die Gesellschafterinnen sich die Möglichkeit verschaffen, ihre Kontrollrechte effektiv auszuüben, um das durch die Tätigkeit der GbR begründete **Haftungsrisiko zu kontrollieren**.

B.4.1.3.4 Zur Kooperation in Form einer GmbH

Während für kurzfristige Kooperationen die GbR in vielen Fällen die beste Kooperationsform sein dürfte, bietet sich die Gründung einer Kapitalgesellschaft insbesondere für längerfristige Kooperationsvorhaben an. Dabei wird die Wahl häufig auf die (g)GmbH fallen. Dabei sind unterschiedliche Gestaltungen im Steuerlichen denkbar:

- Die Kooperations-GmbH beschränkt sich auf die Verwaltung von Vermögen.
- Die Kooperations-GmbH kann selbst steuerbegünstigt sein, sofern sie gemeinnützige Zwecke verfolgt.
- Die GmbH ist als gewerbliche Gesellschaft steuerpflichtig tätig.

In jeder dieser unterschiedlichen Konstellationen ist die Beteiligung steuerlich anders zu behandeln. Insbesondere bestehen Unterschiede hinsichtlich der Aufbringung des Stamm-

¹³⁵ Die Steuerbarkeit ergibt sich aus § 1 Ziff. 1 UStG.

¹³⁶ Die Inanspruchnahme der Ziff. 29 dürfte allerdings gleichermaßen häufig an der übernommenen Wettbewerbsklausel scheitern wie die Inanspruchnahme der Befreiung nach Art. 132 Abs. 1 lit. f MwStSystRL. Die diesbezügliche Ermittlung erfolgt auf Grundlage der Art der erbrachten Leistung sowie auf Grund der objektiven Marktumstände der jeweiligen Leistungserbringung

¹³⁷ Aus betriebswirtschaftlichen Gründen kann es im Hinblick auf eine gegebene Vorsteuerabzugsmöglichkeit mitunter attraktiver sein, die vollständige Befreiung nicht in Anspruch zu nehmen.

kapitals und im Hinblick auf die steuerliche Behandlung von Gewinnabführungen an die Gesellschafter. Was letztere anlangt, gelten die Ausführungen zur GbR entsprechend.

Als Anschaffung einer Beteiligung ist die finanzielle oder sachliche Ausstattung der GmbH für die Mutterorganisation eine Vermögensumschichtung. Ob dies gemeinnützigkeitsrechtlich unbedenklich ist, entscheidet sich danach, welche Mittel verwendet werden. Zeitnah zu verwendende Mittel können eingesetzt werden, wenn die GmbH sie zeitnah für ihre steuerbegünstigten Zwecke einsetzt. Da dies auch für die Anschaffung von nutzungsgebundenem Anlagevermögen gilt, kann das Stammkapital der GmbH auch durch Ausgliederung eines Zweckbetriebs finanziert werden, wenn dieser unmittelbar für die steuerbegünstigten Zwecke der neuen GmbH eingesetzt wird. Für die Ausstattung einer nicht gemeinnützigen GmbH dürfen dagegen keine zweckgebundenen Mittel eingesetzt werden.

B.4.1.3.5 Die Gebote der Ausschließlichkeit und Selbstlosigkeit im Rahmen von Kooperationen

Im Hinblick auf das Gebot der **Ausschließlichkeit** kann eine Kooperation Schwierigkeiten bergen, wenn ihre Tätigkeit im steuerpflichtigen Bereich liegt. Dann darf die Tätigkeit ein **bestimmtes (relatives) Geschäftsvolumen nicht übersteigen**, da der ideelle Zweck immer das Hauptaugenmerk darstellen muss.

Im Hinblick auf das Gebot der **Selbstlosigkeit** können Verluste problematisch werden. Denn steuerschädlich ist der Einsatz zweckgebundener Mittel für nicht durch die Satzung vorgegebene Zwecke. Aufgrund der unbeschränkten Haftung im Rahmen personengesellschaftlicher Konstruktionen kann dies insbesondere problematisch sein, wenn im Rahmen einer unvorhergesehenen Haftung (etwa des Verlustausgleichs) auf gebundene Mittel zurückgegriffen wird. Dies kann eine Mittelfehlverwendung begründen. Darüber hinaus gilt im Rahmen der Gemeinnützigkeit ein umfassendes Angemessenheitsgebot. Keine Personen, insbesondere nicht die Gesellschafterinnen, dürfen durch Ausgaben oder Bevorteilungen, die dem Zweck der Körperschaft fremd sind, begünstigt werden. Es müssen daher insbesondere Preisgestaltung, Gehaltszahlungen und Zuschnitt des Empfängerkreises stets **angemessen** ausfallen.

B.4.1.3.6 Dachverbände und Spitzenorganisationen

Wie gesehen, ist Unmittelbarkeit im Sinne des § 57 AO die Verwirklichung der steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke durch die Körperschaft selbst.

§ 57 Absatz 2 AO durchbricht diesen Grundsatz aber zugunsten der Dach- und Spitzenverbände, die ihre gemeinnützigen Mitgliedskörperschaften fördern oder betreuen, gemeinnützige Zwecke also nicht unmittelbar selbst verfolgen und nur die Selbstverwirklichung ihrer Mitglieder unterstützen.¹³⁸ Dies kann etwa die Zurverfügungstellung einer digitalen Lösung durch einen Dach- oder Spitzenverband, wenn die Satzung Entsprechendes erlaubt und Kapital zweckentsprechend zur Verfügung steht. Eine kostenentsprechende Umlage kann ggf. recht unproblematisch zur Kostendeckung herangezogen werden.

B.4.1.3.7 Kooperationen und Schutz der jeweiligen Beiträge/ Betriebsgeheimnisse

Kooperationen zwischen Sozialunternehmen und Start-ups haben in der Vergangenheit mitunter zu Streitigkeiten über die Verwertung der jeweiligen Beiträge geführt. Vor diesem Hintergrund ist es wichtig, sich bereits in Vorfeld über alle denkbaren Schwierigkeiten möglichst umfassend ein Bild zu machen. Für jede einzelne sollte dann eine Lösungsmöglichkeit verhandelt und vertraglich fixiert werden. Wenn beispielsweise ein Start-up mit Geldern des Sozialunternehmens eine App herstellt, muss klar geregelt sein, ob das Start-up die App später ohne Weiteres unabhängig vom Sozialunternehmen einsetzen oder verkaufen darf.

¹³⁸ Verfolgt ein Dach- oder Spitzenverband gemeinnützige Zwecke selbst unmittelbar, so bedarf es der Fiktion des § 57 Absatz 2 AO nicht. Die Suspension des Unmittelbarkeitserfordernisses wird durch eine Gleichstellung der Dach- und Spitzenverbände erreicht.

B.4.2 CHECKLISTE RECHTS-/ ORGANISATIONSFORM UND KOOPERATIONEN

Vor dem Hintergrund aller vorstehenden Ausführungen sind insbesondere folgende Fragen für eine zielgebende Prüfung im Einzelfall hilfreich. Die Fragen sind zur leichteren Orientierung nach Themengebieten sortiert, sollten aber in jedem Falle vollständig durchgegangen werden.

Satzung

- Deckt die Satzung die erstrebten Ziele (beispielsweise die Entwicklung einer angestrebten Lösung) ab bzw. kann eine ggf. notwendige Änderung der Satzung gemeinnützigkeitsspezifisch abgebildet werden?
- Ist im Falle angestrebter Gemeinnützigkeit die sorgfältige Ausgestaltung der Satzung (ggf. Übernahme der Mustersatzung bzw. vorherige Abstimmung mit der Finanzverwaltung) sichergestellt?

Kapital

- Wird für die erstrebte Lösung Kapital benötigt? Steht ggf. zweckentsprechendes Kapital¹³⁹ zur Verfügung und ist dessen ggf. gebundene Nutzung anforderungsspezifisch (im Falle gebundener Mittel bspw. „zeitnah“) sichergestellt?
- Sofern Anlaufverluste möglich sind: Ist deren zulässiger Ausgleich (zB. durch zweckgebundene Umlagen)¹⁴⁰ sichergestellt?¹⁴¹
- Kann die gewählte Rechtsform mit dem zur Verfügung stehenden Kapital errichtet werden und entspricht die Kapitalausstattung dem gewählten Zweck?
- Ist im Falle der Stiftungsgründung ein im Verhältnis zum angestrebten Stiftungszweck angemessenes Stiftungsvermögen vorhanden und ist insoweit die frühzeitige Abstimmung mit der Finanzverwaltung gesucht worden?

Einnahmen

- Sofern ein Entgelt erhoben wird: Ist damit die Kostendeckung sichergestellt bzw. kann ein Verlust mittelverwendungsrechtlich gerechtfertigt werden?
- Ist festgestellt, ob und ggf. in welcher Höhe das Entgelt einen umsatzsteuerbaren Umsatz begründet?

- Erlauben die de-minimis-Regelungen (etwa § 64 Abs. 3 AO für Erträge unter [derzeit] € 35.000 Euro und nach dem Jahressteuergesetz 2020 voraussichtlich € 45.000) ggf. eine – teilweise oder zeitweise – Vernachlässigung steuerlicher Fragen?
- Erreicht der steuerpflichtige wirtschaftliche Geschäftsbetriebes einen Umfang, der Selbstlosigkeit/Ausschließlichkeit und damit den Status der Gemeinnützigkeit gefährden kann, und kann solchen Gefahren ggf. durch eine Auslagerung auf eine Kapitalgesellschaft (im Sinne der Umlagerung auf Vermögensverwaltung) begegnet werden?

Abstimmung Finanzverwaltung

- Ist (insbesondere bei möglicherweise problematischen oder komplexen Sachverhalten) die Abstimmung mit der Finanzverwaltung möglichst frühzeitig (in der Planungsphase) sichergestellt?
- Ist bei der angestrebten Beteiligung an einer steuerbegünstigten Kapitalgesellschaft deren Einordnung (als Vermögensverwaltung bzw. Zweckbetrieb) vorab mit der Finanzverwaltung abgestimmt?
- Ist die richtige und gemeinnützigkeitsrechtlich unschädliche Einordnung einer Mittelweitergabe nach § 58 AO gesichert?

Organisationsform

- Ist eine dem gewählten Kooperationsziel und den absehbaren steuerlichen Auswirkungen angemessene Organisationsform gewählt worden?
- Ist im Falle eines dem ideellen Bereich oder dem Zweckbetrieb zuzuordnenden Tätigkeit ggf. die Gründung einer gemeinnützigen Rechtsform geprüft worden?
- Im Falle der Gründung einer GbR und ihrer Erbringung entgeltlicher Leistungen: Sind gegebene Möglichkeiten zur Vermeidung des Anfalls von Gewerbesteuer geprüft?

Haftung

- Entspricht die gewählte Rechtsform dem aus der Tätigkeit erwachsenden Haftungsrisiko? (Der Einsatz eines größeren Kapitals verträgt sich beispielsweise grundsätzlich nicht mit der unbeschränkten und persönlichen Haftung der Personengesellschafterinnen)
- Sind verbleibende Haftungsrisiken noch reduzierbar durch eine Absprache unter den Gesellschafterinnen (Freistellung) bzw. individualvertraglich mit möglichen Haftungsgläubigern?

¹³⁹ ZB. dezidierte Projektrücklagen. Auch eine nachrangige Verwendung der Freien Rücklage kann in Betracht kommen.

¹⁴⁰ Eine ausdrückliche Widmung ist notwendig.

¹⁴¹ Bei wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb kommt auch die Darlehensaufnahme

zum Verlustausgleich in Betracht (siehe Ziff. 7 zu § 55 AEAO). Bei neu gegründeten Betrieben werden Anlaufverluste bei 3 Jahre lang toleriert (BFH/NV 09, S. 1837; Ziff. 8 zu § 55 AEAO). Bei guter Begründung kann diese Frist im Einzelfall verlängert werden.

- Ist eine Haftung (insbesondere im Insolvenzfall) beschränkt (Kapitalgesellschaft) und/oder ist sichergestellt, dass es durch eine solche möglicherweise in Betracht kommende Haftung nicht zu Problemen einer Mittelfehlverwendung kommt?
- Sind die sich aus Tätigkeit und gewählter Organisationsform ergebenden Haftungsrisiken hinreichend bedacht worden und sind sie hinreichend aufeinander abgestimmt?

Vertragliche Einzelfragen

- Ist bei der Ausgestaltung des Kündigungsrechts im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages bedacht worden, dass das Recht zur außerordentlichen Kündigung rechtlich nicht beschränkt werden kann?
- Sind im Gesellschaftsvertrag die im Einzelfall als notwendig erachteten Regelungen zur Ausübung der Stimmrechte (qualifizierte Mehrheiten) geregelt worden?
- Sind bei der Gründung einer Gesellschaft ggf. in Betracht kommende Zuwendungsbedingungen (zB. keine Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot) hinreichend berücksichtigt?
- Sind bei Einschaltung einer Hilfsperson die oben (unter [B.4.1.3.2.1](#)) genannten Checklisten-Punkte bedacht?

Kooperationsspezifika

- Sind im Fall einer angestrebten Kooperation die gewollte Konstruktion und die einzelnen Beiträge der Kooperationspartnerinnen klar und eindeutig geregelt, so dass eine abweichende rechtliche Einordnung durch die Finanzverwaltung hinreichend ausgeschlossen ist?
- Ist im Falle einer Kooperation im steuerpflichtigen Bereich sichergestellt, dass der Umfang der Tätigkeit nicht einen Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsgebot begründet?
- Ist der im Rahmen von Kooperationen möglicherweise anfallende Verlust derart unproblematisch, dass er ohne gemeinnützigkeitsrechtliche Konsequenzen (Mittelfehlverwendung) ausgleichbar ist?
- Ist bei Kooperationen dem – dem Prinzip der Selbstlosigkeit entspringenden – umfassenden Angemessenheitsgebot Rechnung getragen (auch Preisgestaltung, Gehälter, Empfängerkreis etc.)?
- Sind im Gesellschaftsvertrag (im Rahmen des rechtlich jeweils möglichen) angemessene angepasste Regelungen zur Auflösung der Kooperation vorgesehen?
- Umfassen ggf. getroffene Kooperationsvereinbarungen hinreichende Auskunfts- und Nachweis-

pflichten, etwa zu den von der Kooperationspartnerin übernommenen Tätigkeitspflichten, um den eigenen Pflichten gegenüber der Finanzverwaltung effektiv nachkommen zu können?

- Ist bei Kooperationen der Feststellungsbescheid der Partnerinnen nach § 60a AO zur Kontrolle vorgelegt worden?
- Ist eine solide Regelung hinsichtlich der Verwertung der durch die Kooperationspartner eingebrachten Beiträge und im Rahmen der Kooperation entstandenen Produkte für die Zeit während und nach der Kooperation getroffen worden? Sind dabei alle denkbaren Konstellationen des Interessengegensatzes der Kooperationspartner berücksichtigt?

Praxis-Hinweis:

Abschließend zu allem ist noch einmal hervorzuheben: Hier können nur allgemeine Hinweise gegeben werden, die die Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Nach den Voraussetzungen des § 89 Abs. 2 AO ist daher gerade in der Planungsphase Rechtssicherheit bei ungeklärten Fragen durch eine verbindliche Auskunft der Finanzverwaltung recht kurzfristig herstellbar. Die Finanzverwaltung, der insoweit eine Fürsorgepflicht obliegt, ist in vielen Fällen sehr kooperativ.

B.5 FINANZIERUNG

Da die Regelfinanzierung im sozialen Bereich (sozialrechtlich normierte Dienstleistungsfinanzierung/Leistungsentgelte) üblicherweise keinen ausreichenden Spielraum für Forschung & Entwicklung sowie Innovationen vorsieht, ist häufig ein Blick über den Tellerrand nötig, wenn (zusätzliche) Geldmittel für diesen Zweck benötigt werden.

In Frage kommen vor allem Eigenmittel, philanthropische Mittel, etwa aus dem **Fundraising, Fördermittel, Fremdkapital** mit Rückzahlungsverpflichtung (z.B. Social Venture Capital) sowie „mittlereretzende“ **Kooperationen** mit anderen Anbietern.¹⁴²

B.5.1 EIGENMITTEL

Eigenmittel setzen sich meist aus kirchlichen Zuwendungen, Spenden und sonstigen Barmitteln wie zum Beispiel Bußgeldern und Mitgliedsbeiträgen zusammen. Bei einer größeren Eigenkapitalbasis sind diese Mittel ein guter Weg für die freie Investitions- und Innovationsfinanzierung sowie auch als Eigenanteil zur Ergänzung anderer Finanzierungswege.

B.5.2 PHILANTHROPISCHE MITTEL

Philanthropische Mittel, d.h. solche, die ohne Rückzahlungsverpflichtung zur Verfügung gestellt werden und eine möglichst hohe Flexibilität in der Verwendung erlauben, können eine gute Möglichkeit zur Innovationsfinanzierung bieten. Im Bereich der Fremdkapitaleinwerbung (mit Rückzahlungsverpflichtung) können für konkrete neuartige Geschäftsmodelle im Bereich der Digitalisierung auch Investitionen durch Sozialinvestoren in Frage kommen, für die es mehr auf die Wirkungsorientierung als auf etablierte Geschäftsmodelle und viele Sicherheiten ankommt (z.B. **Social Venture Capital, Social Impact Bonds**).

B.5.2.1 Fundraising

Fundraising kommt in unterschiedlichen Erscheinungsformen vor. Fundraising kann beispielsweise bereits eine einfache Spendenaktion sein, um eine zeitlich begrenzte

Maßnahme zu ermöglichen; es kann aber auch die bewusste strategische und dauerhafte Ausrichtung eines diakonischen Trägers charakterisieren. Fundraisingmittel sind, je nach Zweckbindung der Mittelgabe, sowohl für die Innovations- als auch die Investitionsfinanzierung einsetzbar. Sie helfen zudem, die Eigenmittelbasis und damit die Liquidität des Trägers zu verbessern.

Neben den überkommenen Finanzierungsmöglichkeiten erfreut sich auch das **Crowdfunding** als eine Unterform des Fundraisings immer stärkerer Beliebtheit, um Mittel für eine steuerbegünstigte Körperschaft einzuwerben. Die Beteiligung einer größeren Anzahl von Personen kann so – auch nicht notwendiger Weise steuerbegünstigte – Projekte stützen. Crowdfunding ist spendenbasiert und nicht-spendenbasiert möglich. Im letzteren Falle wird meist ein Anlagemodell, mindestens aber eine Gegenleistung angeboten. Crowdfunding und Crowdinvesting besitzen also nicht den Charakter einer Spende. Es kann aber eine Spende vorliegen, wenn die steuerbegünstigte Körperschaft, ggf. als Förderkörperschaft, selbst oder über eine Treuhänderin eine Crowd-Plattform mit dem Ziel der Unterstützung eines steuerbegünstigten Zweckes betreibt und es an einer Gegenleistung fehlt.¹⁴³

Das Kleinanlegerschutzgesetz vom 03. Juli 2015¹⁴⁴ brachte diverse Gesetzesänderungen mit sich, die auch von steuerbegünstigten Körperschaften zu berücksichtigen sind. Auch Crowdfunding-Projekte können dabei betroffen sein. Allerdings sieht das Vermögensanlagegesetz, in § 2b (Befreiungen für soziale Projekte)¹⁴⁵ und 2c (Befreiungen für gemeinnützige Projekte und Religionsgemeinschaften)¹⁴⁶ teilweise Befreiungen für steuerbegünstigte Körperschaften vor.

B.5.2.2 Fördermittel

Unter dem Oberbegriff Fördermittel sind Mittel als Darlehen oder Eigenkapitalhilfe aus Förderprogrammen der Kommunen, Länder, dem Bund oder der EU zusammengefasst. Es kann sich dabei um zinsgünstige Darlehen, rückzahlbare oder verlorene Zuschüsse und sogar um Beteiligungen handeln. Innovationen und Projekte können sowohl durch die öffentliche Hand, als auch von öffentlichen und privaten Stiftungen und Soziallotterien bezuschusst werden. Aktuell sind häufig gerade auch Projektmittel für die Digitalisierung vorgesehen.

¹⁴² Mehr Informationen zu ergänzenden Finanzierungsinstrumenten finden Sie auch im Diakonietext 01.2019 „Ergänzende Finanzierung diakonischer Unternehmen im Wettbewerb“ unter: https://www.diakonie.de/fileadmin/user_upload/Diakonie/PDFs/Diakonie-Texte_PDF/01_2019___Finanzierung_diakonischer_Unternehmen_Web.pdf (zuletzt abgerufen am 02. Oktober 2020). Vorteile und Ausgestaltungsmöglichkeiten von Unternehmenskooperationen im diakonischen Kontext finden Sie im Diakonietext 03.2019 „GEMEINSAM.VERANTWORTLICH. Kooperationen zwischen diakonischen und gewerblichen Unternehmen aktiv gestalten“ unter: https://www.diakonie.de/fileadmin/user_upload/Diakonie/PDFs/Diakonie-Texte_PDF/03_2019_GEMEINSAM_VERANTWORTLICH_Web2.pdf

¹⁴³ Siehe BMF, DStR 2018, S. 133.

¹⁴⁴ BGBl 15, S. 1114; zur Gesetzesbegründung siehe BT-Drs 18/3994; 18/4708.

¹⁴⁵ Insbesondere: Vertrieb muss frei von Provisionen erfolgen; Erhöhung der Schwelle für die Prospektspflicht auf € 2,5 Millionen Euro; Deckelung des Sollzinssatzes; Jahresabschluss des Emittenten muss nicht von einem Abschlussprüfer geprüft werden.

¹⁴⁶ Insbesondere: Anbieter muss kein VIB erstellen; Vertrieb muss frei von Provisionen erfolgen; Erhöhung der Schwelle für die Prospektspflicht auf € 2,5 Millionen; Deckelung des Sollzinssatzes; Jahresabschluss des Emittenten muss nicht von einem Abschlussprüfer geprüft werden; vollständige Ausnahme von den besonderen Rechnungslegungspflichten, wenn Vermögensanlagen desselben Emittenten € 250.000 nicht überschreiten.

B.5.3 FREMDKAPITAL

Auch **Social Venture Capital**¹⁴⁷ kann eine vielversprechende Möglichkeit zur Startfinanzierung neuer Geschäftsmodelle mit Digitalisierungsfokus sein. Es handelt sich dabei um einen Ableger des **Venture Capital**, also des Risiko- oder Wagniskapitals, das in der Startup-Szene verbreitet ist und vor einigen Jahrzehnten aus dem angelsächsischen Wirtschaftsraum auf den deutschen Markt übertragen wurde. Diverse **Intermediärgesellschaften** sind spezialisiert auf die Finanzierung von marktfähigen Innovationen im sozialen Bereich und vergeben dazu Kapital von wirkungsorientierten Privatinvestor*innen als Startfinanzierung. Aber Achtung: Wird eine Fremdkapitalfinanzierung (und keine philanthropische Bezuschussung) genutzt, ist bei (im diakonischen Zusammenhang üblicherweise) gemeinnützigen Unternehmen auf die Vereinbarkeit der Rückzahlungskonditionen mit den gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorgaben zu achten.¹⁴⁸

Die Renditeerwartungen der Investoren zeichnen sich durch zwei Aspekte aus und weichen so vom klassischen Risikokapitalmodell ab: Ein direkter angemessener finanzieller Ertrag (monetäre Rendite) wird ergänzt um Ergebnis- und Wirkungsziele (soziale Rendite) des finanzierten Vorhabens beziehungsweise des Sozialunternehmens. Als Ausgestaltung üblich sind dabei entweder die **Direktbeteiligung** in Form des Erwerbs von Unternehmensanteilen (Exitvariante) oder die Fremdfinanzierung mit **Nachrangabrede** (Fremdkapitalvariante), zum Beispiel in der Ausgestaltung als eigenkapitalähnliches Mezzaninkapital oder als einfaches Nachrangdarlehen durch private Investoren oder Fonds.

Interessant ist diese Finanzierungsform insbesondere für junge soziale Unternehmen in der Gründungsphase (Start-ups) und in der Wachstumsphase, wenn diese nicht über bankübliche Sicherheiten und nicht über eine gesicherte Gewinnerwartung verfügen, die es ihnen ermöglicht, bankübliche Kredite zu bekommen. Social Venture Capital wird vorzugsweise für neue Geschäftsmodelle genutzt, also zur Innovationsfinanzierung und deren Skalierung. Voraussetzung ist dafür ein ausgearbeitetes Geschäftskonzept, das die langfristige Marktfähigkeit einer Geschäftsidee nachweist. Im Gegenzug ist in der Regel keine bankentechnische Absicherung nötig. Der Social-Venture-Capital-Investor nimmt meistens auch einen Sitz in einem Begleitgremium (sofern vorhanden oder einzurichten) ein beziehungsweise begleitet das Engagement beratend und erwartet in regelmäßigen Abständen eine umfassende wirkungsorientierte Berichterstattung.

Auch **Social Impact Bonds** könnten eine Überlegung wert sein. Social Impact Bonds als Multi-Stakeholder-Partnerschaft zwischen Sozialunternehmen, Staat und privaten Investor*innen bieten den Vorteil, dass nicht das Sozialunternehmen die Kosten für das innovative Projekt tragen muss, sondern im Erfolgsfall der Staat und im Verlustfall die Investoren die Refinanzierung übernehmen. Private Inve-

stor*innen, in Deutschland übernehmen diese Rolle bisher Stiftungen, übernehmen die Rolle der Vorfinanzierung und im Erfolgsfall zahlt der Staat den Vorfinanzierenden die Investition inklusive einer Verzinsung („pay-for-success“) zurück. Social Impact Bonds sind speziell auf die Dienstleistungsbeziehungsweise Innovationsfinanzierung ausgelegt. Allerdings gibt es in Deutschland bisher erst wenige Beispiele für Social Impact Bonds. Zu bedenken ist, dass bei dieser Finanzierungsart **hohe Anforderungen** an die Wirkungsorientierung und die Anbahnung der Kooperation zwischen den verschiedenen Stakeholdern bestehen. Interessant können Social Impact Bonds vor allem dann sein, wenn Sie eine innovative (in unserem Kontext digital basierte) Dienstleistungsidee im Sinn haben, die bisher noch nicht regelfinanziert ist, die Sie in klare Wirkziele fassen können und Sie bereits in gutem Kontakt zu ihren Leistungsträgern und ggf. innovationswilligen Vorfinanzierer*innen stehen.

B.5.4 KOOPERATIONEN

Kooperationen mit Social Start-ups aus dem Digitalbereich sind im diakonischen Kontext bislang nicht unüblich. Per se ausgeschlossen sind sie keinesfalls. Die digitalen Start-ups sind auf das Digitale spezialisiert und die wohlfahrtlichen Einrichtungen auf die Erbringung sozialer Dienstleistungen. Raum für Kooperation besteht also genug. Aufgrund der häufig **unterschiedlichen Unternehmensphilosophien** wird eine für beide Seiten durchweg vorteilhafte Kooperation indes recht selten sein. Die soziale Dienstleisterin sollte vor allem darauf achten, sich nicht in **Pfadabhängigkeiten** zu begeben.

Sponsoring, verkürzt die Unternehmens-PR mithilfe der Unterstützung eines „guten Zwecks“,¹⁴⁹ erfreut sich nach wie vor einiger Beliebtheit und kann mitunter auch als (teilweises) Finanzierungsmodell im Bereich der Digitalisierung dienen. Auf Seiten der empfangenden Körperschaft sind die Mittel entweder dem ideellen Bereich (mäzenatisches Sponsoring), dem Bereich der Vermögensverwaltung oder dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zuzuordnen.

Anhang Muster

Im Hinblick auf hilfreiche Musterdokumente wird auf die **Langfassung** dieses Kompendiums (Vertiefungsdokument) verwiesen.

¹⁴⁸ Eine weitere Möglichkeit bietet ggf. auch die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung in Form der Ausgliederung eines gewerblichen Zweigs, für den die Aufnahme von Mezzaninkapital weniger Vorgaben unterliegt. Eine vorangehende steuerrechtliche Beratung wird hierzu aber ggf. dringend empfohlen.

¹⁴⁹ Zum umsatzsteuerlichen Nachteil der Sponsorin kann es in Fällen des angenommenen Leistungsaustauschs kommen. Insoweit ist das BMF-Schreiben vom 25. Juli 2014 – IV D 2 – S, DStR 2014, S. 1555 – zu beachten.

IMPRESSUM

Herausgeber:

Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.
Diakonie Deutschland
Caroline-Michaelis-Straße 1
10115 Berlin

Verfasser:

Dr. Daniel Burchardt

Redaktion:

Prof. Dr. Michael Veddern, Marvella Meko Talla

Layout:

Isabell Wirtz

Stand:

Oktober 2020

Die Langfassung dieser Broschüre findet sich unter folgendem Link:

www.diakonie.de/journal/rechtsrahmen-digitalisierung

Das Dokument enthält Links zu Websites Dritter, auf deren Inhalte wir keinen Einfluss haben. Deshalb können wir für diese fremden Inhalte oder die Sicherheit der Seiten auch keine Gewähr übernehmen. Für die Inhalte und Sicherheit der verlinkten Seiten ist stets der jeweilige Anbieter oder Betreiber der Seiten verantwortlich. Die verlinkten Seiten wurden zum Zeitpunkt der Verlinkung auf mögliche Rechtsverstöße überprüft. Rechtswidrige Inhalte oder Sicherheitsmängel waren zum Zeitpunkt der Verlinkung nicht erkennbar. Eine permanente Kontrolle der verlinkten Seiten ist ohne konkrete Anhaltspunkte einer Rechtsverletzung nicht zumutbar. Bei Bekanntwerden von Rechtsverletzungen werden wir derartige Links umgehend entfernen.

Gefördert vom:



Bundesministerium
für Familie, Senioren, Frauen
und Jugend

