



BERATUNGSSTELLE FÜR
TECHNOLOGIEFOLGEN UND QUALIFIZIERUNG
im Bildungswerk der DAG im Lande Niedersachsen e.V.

Donnerschwer Str. 64
26123 Oldenburg
Tel.: 04 41 / 8 20 68

Arbeits-, Sozial- und Personalrecht

BRUNO SCHIERBAUM/EBERHARD KIESCHE

Der betriebliche Datenschutzbeauftragte

Bestellung und Abberufung, persönliche Voraussetzungen und rechtliche Stellung

Mit der zunehmenden Einführung und Anwendung von DV-Systemen, mit deren Hilfe personenbezogene Daten verarbeitet werden, gewinnt der Arbeitnehmerdatenschutz und damit auch die Umsetzung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) in immer mehr Betrieben an Bedeutung. So wächst auch die Anzahl der Betriebe, die gemäß § 36 Abs. 1 BDSG verpflichtet sind, einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten zu bestellen. In einem Basisaufsatz werden vorliegend Bestellung und Abberufung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten ebenso behandelt wie die persönlichen Voraussetzungen für dieses Amt, d.h. insbesondere die erforderliche Qualifikation.

Auch die rechtliche Stellung des Datenschutzbeauftragten im Betrieb beleuchtet der Beitrag näher.

In einer weiteren Abhandlung, die in Kürze erscheinen wird, stehen die Aufgaben des betrieblichen Datenschutzbeauftragten und die Aufgaben des Betriebsrates bei der Kontrolle und Umsetzung des Arbeitnehmerdatenschutzes im Mittelpunkt.

Bruno Schierbaum und Dr. Eberhard Kiesche sind wissenschaftliche Mitarbeiter bei der Beratungsstelle für Technologiefolgen und Qualifizierung (BTQ) im Bildungswerk der DAG im Lande Niedersachsen e.V., Oldenburg.

I. Schutz des Persönlichkeitsrechts

1. Gefahrenlage

Mit Hilfe von Personalabrechnungs- und Informationssystemen, Zeiterfassungssystemen, Betriebsdatenerfassungssystemen, digitalen Telefonnebenstellenanlagen usw. können grundsätzlich eine große Anzahl personenbezogener Daten von Arbeitnehmern gespeichert, verarbeitet und ausgewertet werden. Dadurch besteht die Gefahr, daß die freie Entfaltung der Persönlichkeit der Beschäftigten in besonderer Weise gefährdet sein kann.¹ Als spezifische Gefahren für die Persönlichkeit der Arbeitnehmer, die mit dem Einsatz dieser Systeme einhergehen können, werden allgemein die Möglichkeit umfassender und kontinuierlicher Erfassung von Daten, deren jederzeitige Abruf- und Verfügbarkeit, der Kontextverlust der Daten, die Unmöglichkeit für die Arbeitnehmer sich der Kontrolle zu entziehen, der Wegfall der »Gnade des Vergessens« und vor allem die Datenverknüpfung und -kombination genannt.²

2. Antwort des Gesetzgebers

Diesen Gefahren soll insbesondere das BDSG³ entgegenwirken, dessen Zweck darin besteht, »den einzelnen davor zu schützen, daß er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird« (§ 1 Abs. 1 BDSG).

Werden in Betrieben (nicht-öffentliche Stellen) personenbezogene Daten verarbeitet, kommt dem gemäß § 36 Abs. 1 BDSG zu bestellenden betrieblichen Datenschutzbeauftragten im Rahmen der Anwendung, Umsetzung und Kontrolle des BDSG besondere Bedeutung zu. Da in der Praxis sowohl bei Geschäftsleitungen, betrieblichen Datenschutzbeauftragten und auch bei Betriebsräten, die gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die

Einhaltung des BDSG zu überwachen haben, erhebliche Defizite in bezug auf die Umsetzung des BDSG bestehen, erscheint es angezeigt, die Bestellung und Abberufung, die persönlichen Voraussetzungen und die rechtliche Stellung des Datenschutzbeauftragten im Betrieb in ihrem gegenseitigen Zusammenhang darzustellen.

II. Bestellung und Abberufung

1. Pflicht zur Bestellung

a) Gesetzliche Regelung

Die maßgebende Bestimmung für die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten ist § 36 Abs. 1 BDSG. Danach besteht die Verpflichtung für Unternehmen zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten

- bei automatisierter Verarbeitung, wenn in der Regel mindestens fünf Arbeitnehmer ständig personenbezogene Daten verarbeiten,
- bei nicht-automatisierter Verarbeitung, wenn mindestens zwanzig Arbeitnehmer ständig personenbezogene Daten verarbeiten.

b) Begriff der automatisierten Verarbeitung

Es handelt sich um automatisierte Verarbeitung, wenn die wesentlichen Verfahrensschritte, wie z.B. Erfassung, Speicherung, Veränderung und Übermittlung mit Hilfe programmgesteuerter Geräte ablaufen;⁴ dabei reicht es aus, daß die Tätigkeit der einzelnen Beschäftigten in einer der Verarbeitungsphasen geschieht.⁵

c) Begriff des Arbeitnehmers

Als Arbeitnehmer im Sinne des § 36 BDSG sind Vollzeit- und Teilzeitkräfte und auch Auszubildende, Volontäre und Praktikanten, wohl auch Beschäftigte in arbeitnehmerähnlichen Verhältnissen wie Heimarbeiter und kleine Handelsvertreter anzusehen.⁶

d) Merkmal »ständig«

Die Arbeitnehmer müssen jedoch »ständig« und »in der Regel« mit der Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sein. »Ständig« beschäftigt mit der Verarbeitung von personenbezogener Daten sind Arbeitnehmer dann, wenn in ihrem Arbeitsprogramm die Verarbeitung personenbezogener Daten einen festen Bestandteil einnimmt. Dabei ist das Tatbestandsmerkmal »ständig« mithin erfüllt, wenn die Aufgabe nur gelegentlich, bspw. einmal im Monat anfällt, der Arbeitnehmer sie aber stets vorzunehmen hat. Die Intensität der Beschäftigung ist nicht von Bedeutung.⁷

e) Merkmal »in der Regel«

»In der Regel« bei der Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt bedeutet, daß die Zahl von fünf

1) *Firing/Auffarth/Kaiser/Heithert*, BetrVG, 17. Aufl., München 1992, § 75 Rdnr. 21.

2) Vgl. *Däubler*, Gläserne Belegschaften? 2. Aufl., Köln 1990, S. 194; *Fabrizius/Krafz/Thiele/Wiese/Kreutz*, BetrVG, Bd. 2, 4. Aufl., Neuwied 1990, § 75 Rdnr. 78; BAG, Beschluß v. 6.12.1983 EzA § 87 BetrVG Nr. 1, S. 37 f.

3) Das BDSG vom 20.12.1990 ist im BGBl. I, S. 2955 vom 29.12.1990 verkündet worden und am 1.6.1991 in Kraft getreten. Es ist als Art. 1 Teil des Gesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes vom 20.12.1990. Das novellierte BDSG löst das Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung vom 27.1.1977, das am 1.1.1978 in Kraft getreten ist, ab.

4) Vgl. *Auernhammer*, Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl. Köln 1981, § 28 Rdnr. 4; *Gola*, Betrieblicher Datenschutz, Wiesbaden 1989, S. 132; *Wohlgemuth*, Datenschutz für Arbeitnehmer, 2. Aufl., Neuwied 1988, S. 254.

5) Vgl. *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh*, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., Baden-Baden 1981, § 28 Rdnr. 37; *Ordemann/Schomerus/Gola*, Bundesdatenschutzgesetz, 5. Aufl., München 1992, § 36 Anm. 2.6; *Wohlgemuth* (FN 4), S. 255; *Auernhammer* (FN 4), § 28 Rdnr. 57.

6) Vgl. *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* (FN 5) § 28 Rdnr. 34 ff.; *Tinnefeld/Tubies*, Datenschutzrecht, München 1988, S. 149; *Koch*, Datenschutzhandbuch für die betriebliche Praxis, Freiburg i. Breisgau 1987, S. 238; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht, Handkommentar, Losseblatt, Stand: Febr. 1991, § 36 Rdnr. 22.

7) Vgl. *Ordemann/Schomerus/Gola* (FN 5), § 36 Anm. 2.6; *Auernhammer* (FN 4), § 28 Rdnr. 4; *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* (FN 5), § 28 Rdnr. 30; *Schaffland/Wiltfang*, Bundesdatenschutzgesetz, Stand: Juli 1992, § 36 Rdnr. 11 f.; *Bergmann/Möhrle/Herb* (FN 6), § 36 Rdnr. 24.

bzw. zwanzig Arbeitnehmern als »Normalzustand« (regelmäßiger, üblicher Zustand) anzusehen ist, also zur Bewältigung der Aufgabe »Verarbeitung personenbezogener Daten« diese Zahl von Arbeitnehmern benötigt wird.⁸ Kurzfristige Schwankungen wirken sich nicht aus. Sollte die Zahl der Arbeitnehmer vorübergehend unter fünf bzw. zwanzig sinken, bleibt es bei der Verpflichtung, einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen.⁹ Sinkt die Zahl der Arbeitnehmer, die personenbezogene Daten verarbeiten, nicht nur vorübergehend unter fünf bzw. zwanzig, entfällt die Verpflichtung aus § 36 BDSG.¹⁰

Muß nach den Voraussetzungen des BDSG kein betrieblicher Datenschutzbeauftragter bestellt werden, z.B. weil nur vier Arbeitnehmer ständig mit der Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind, muß die Geschäftsleitung selbst die nach dem BDSG vorgeschriebenen Aufgaben übernehmen.¹¹ Es muß festgestellt werden, daß nach der Bestimmung des § 36 Abs. 1 BDSG die Grenze, wann ein Datenschutzbeauftragter zu bestellen ist, ungenau ist und somit ein gewisser Spielraum für Manipulationen besteht.¹²

f) Willkür des Gesetzgebers

Grundsätzlich stellt sich jedoch auch nach der Novellierung des BDSG die Frage, wo die Zahlen fünf bzw. zwanzig herrühren. Sicherlich nicht daher, daß automatische Verarbeitung viermal größere Gefahren mit sich bringen kann als manuelle. Das Problem der Persönlichkeitsgefährdung stellt sich jedoch nicht so sehr unter dem Aspekt der Anzahl, der mit der Personaldatenverarbeitung beschäftigten Mitarbeiter. So kann davon ausgegangen werden, daß nur eine Person an einem entsprechend ausgestatteten PC ähnlich viel anfangen kann, wie eine Bedienermannschaft von zwanzig Mitarbeitern in einem Rechenzentrum der siebziger Jahre. Es kann festgestellt werden, daß die Grenzziehung eher willkürlich vorgenommen worden ist, »allenfalls von dem Bemühen getragen, Kleinbetriebe von zusätzlichen Organisationspflichten zu befreien.«¹³

g) Frist zur Bestellung

Ein Datenschutzbeauftragter muß nach § 36 Abs. 1 BDSG von einem Unternehmen innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Verarbeitung personenbezogener Daten bestellt werden. Die Bestellung bedarf der Schriftform, wobei der Datenschutzbeauftragte so zu verpflichtet ist, daß er seine Aufgaben nach den Vorschriften des BDSG wahrnehmen kann. Eine bloß schriftliche Mitteilung reicht nicht aus, da die Bestellung eine besondere Beauftragung darstellt, die nicht im Wege des Direktionsrechts übertragbar ist.¹⁴ Fehlt es an einer schriftlichen Vereinbarung, ist die Bestellung unwirksam, da die speichernde Stelle ihrer Verpflichtung aus § 36 BDSG nicht nachgekommen ist.¹⁵

Zum Datenschutzbeauftragten dürfen nur natürliche Personen bestellt werden und nicht juristische Personen, wie z.B. Unternehmensberatungsgesellschaften, was unter anderem aus § 36 Abs. 2 BDSG hergeleitet

werden kann, denn nur Personen verfügen über Zuverlässigkeit und Fachkunde.¹⁶

Wird ein Datenschutzbeauftragter nicht bestellt, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen oder wird ein Datenschutzbeauftragter nicht ordnungsgemäß bestellt, handelt der Arbeitgeber ordnungswidrig im Sinne des § 44 Abs. 1 Nr. 5 BDSG und kann gemäß § 44 Abs. 2 BDSG mit einer Geldbuße bis zu 50.000,- DM belegt werden.

2. Abberufungsmöglichkeiten

a) Gesetzlich vorgesehene Wege

Eine Abberufung (Widerruf der Bestellung), d.h. eine vorzeitige Beendigung der Tätigkeit, kann nach § 36 Abs. 3 Satz 4 BDSG nur über zwei Wege erreicht werden: zum einen auf Verlangen der Aufsichtsbehörde, zum anderen in entsprechender Anwendung von § 626 BGB.

b) Verlangen der Aufsichtsbehörde

Die Abberufungsmöglichkeit durch die Aufsichtsbehörde ist in § 36 Abs. 3 BDSG als auch in § 38 Abs. 5 BDSG geregelt. Gemäß § 38 Abs. 5 BDSG wird der Aufsichtsbehörde das Recht eingeräumt, die Abberufung des Datenschutzbeauftragten zu verlangen, wenn er die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit nicht besitzt. Der Arbeitgeber tut gut daran, der Aufforderung nachzukommen, da keine ordnungsgemäße Bestellung vorliegt und somit ein Bußgeld gemäß § 44 BDSG verhängt werden kann.¹⁷

c) Abberufung aus »wichtigem Grund«

Daneben kann eine Abberufung nur erfolgen, wenn Gründe vorliegen, die eine fristlose Kündigung nach § 626 BGB rechtfertigen, d.h. für den Widerruf der Bestellung ist somit ein »wichtiger Grund« notwen-

8) Vgl. *Ordemann/Schomerus/Gola* (FN 5), § 36 Anm. 2.4; *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* (FN 5), § 28 Rdnr. 29; *Bergmann/Möhrle/Herb* (FN 6), § 36 Rdnr. 21.

9) Vgl. *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* (FN 5), § 28 Rdnr. 29; *Ordemann/Schomerus/Gola* (FN 5), § 36 Anm. 2.4.

10) Vgl. *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* (FN 5), § 28 Rdnr. 43; *Ordemann/Schomerus/Gola* (FN 5), § 36 Anm. 2.9.

11) Vgl. *Koch* (FN 6), S. 239 f.

12) Vgl. *Gola* (FN 4), S. 133.

13) *Koch* (FN 6), S. 238; vgl. auch *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* (FN 5), § 28 Rdnr. 28.

14) Vgl. *Bergmann/Möhrle/Herb* (FN 6), § 36 Rdnr. 36.

15) Vgl. *Gola* (FN 4), S. 136; *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* (FN 5), § 28 Rdnr. 84.

16) Vgl. *Wohlgemuth* (FN 4), S. 259; *Gola* (FN 4), S. 136; *Ordemann/Schomerus/Gola* (FN 5), § 36 Anm. 3.3; *Auerhammer* (FN 4), § 28 Rdnr. 12; anderer Auffassung *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* (FN 5), § 28 Rdnr. 50 ff.; wohl auch *Ehrich*, *Der betriebliche Datenschutzbeauftragte*, DB 1991, 1983.

17) Vgl. *Gola*, Die Position des betrieblichen Datenschutzbeauftragten nach dem neuen BDSG, DuD 1991, 342 f. und *Bergmann/Möhrle/Herb* (FN 6), § 36 Rdnr. 84 ff.; nach Auffassung von *Dörr/Schmidt*, *Neues Bundesdatenschutzgesetz – Handkommentar*, Köln 1991, S. 119 handelt es sich lediglich um eine »Kann-Vorschrift«, d.h. der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, dem Verlangen der Aufsichtsbehörde nachzukommen.

dig. Durch diese Regelung erhält der »hauptamtlich« beschäftigte Datenschutzbeauftragte einen uneingeschränkten Kündigungsschutz, sein Beschäftigungsverhältnis ist nicht ordentlich kündbar.¹⁸

Bei einem Datenschutzbeauftragten, der noch andere Funktionen im Unternehmen wahrnimmt, kann jedoch eine ordentliche Kündigung ausgesprochen werden, wenn Gründe für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich aus der anderweitig ausgeübten Tätigkeit ergeben und so als wichtiger Grund für den Widerruf der Bestellung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses insgesamt durchschlagen.¹⁹

Fehlt bei der Abberufung des Datenschutzbeauftragten ein in § 36 Abs. 3 Satz 4 BDSG genannter Grund zur Abberufung, so ist diese entsprechend § 134 BGB nichtig und daher unwirksam.²⁰

d) Keine Mitbestimmung des Betriebsrats

Bei der Bestellung und Abberufung des Datenschutzbeauftragten wird auch im novellierten BDSG dem Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht eingeräumt, d.h. die Bestellung des Datenschutzbeauftragten ist als datenschutzrechtlicher Vorgang mitbestimmungsfrei. Unverständlich ist, daß die Vorschläge von Teilen des Schrifttums²¹ und auch die Forderungen der Gewerkschaften, dem Betriebsrat bei der Bestellung und auch bei der Abberufung von Datenschutzbeauftragten ein Mitbestimmungsrecht einzuräumen, im BDSG keinen Niederschlag gefunden haben.²² Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates würde dazu beitragen, eine Person zu bestellen, die auch nachhaltig die Rechte der Beschäftigten vertritt. Bei der bestehenden Regelung ist eine unzureichende Kontrolle vorprogrammiert, denn in der Regel wird der Arbeitgeber eine Person zum Datenschutzbeauftragten bestellen, von deren Kontrolle

die wenigsten Unannehmlichkeiten zu befürchten sind.²³

Ist die Bestellung und Abberufung mit einem betriebsverfassungsrechtlichen Vorgang verbunden, kann das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gemäß § 99 BetrVG zum Tragen kommen.²⁴

III. Persönliche Voraussetzungen

1. Gesetzliche Regelung

Da der betriebliche Datenschutzbeauftragte eine besondere Stellung in Unternehmen einnimmt, werden an ihn auch besondere Anforderungen gestellt. In § 36 Abs. 2 BDSG wird verlangt, daß der Datenschutzbeauftragte die zur Erfüllung dieser Aufgaben erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit besitzt.

2. Fachkunde

a) Allgemeine Voraussetzungen

Ein Datenschutzbeauftragter erfüllt die Anforderungen in bezug auf die geforderte Fachkunde, wenn er in der Lage ist, die in § 37 BDSG direkt oder indirekt genannten Aufgaben wahrzunehmen. Mittlerweile existiert ein relativ klar umrissenes Berufsbild, das aus den Aufgaben und den praktischen Erfahrungen hergeleitet wurde.²⁵ So muß ein Datenschutzbeauftragter insbesondere über technische, rechtliche und organisatorische Kenntnisse verfügen, das heißt im einzelnen:

- Grundkenntnisse über Verfahren und Techniken der automatischen Datenverarbeitung,
- allgemeine betriebswirtschaftliche Kenntnisse sowie Kenntnisse über die Betriebsorganisation,
- allgemeine juristische Kenntnisse, Kenntnisse des Datenschutzrechtes und sonstiger relevanter Rechtsvorschriften.²⁶

Zudem werden pädagogisch/didaktische Kenntnisse für erforderlich gehalten, da der Datenschutzbeauftragte die Mitarbeiter im Rahmen von Schulungsveranstaltungen mit den Datenschutzvorschriften vertraut machen muß.²⁷

b) Ausrichtung am Einzelfall

Die im Einzelfall an die Fachkunde gestellten Anforderungen werden an den speziellen Verhältnissen in dem Unternehmen und der sich daraus ergebenden besonderen Erfordernis für den Datenschutz auszurichten sein.²⁸ Es liegt auf der Hand, daß in größeren Unternehmen der Datenschutzbeauftragte mit einem weitgefächerten Aufgabenspektrum nicht alle Aufgaben beherrschen und bewältigen kann, so daß ihm ein Mitarbeiterstab von Spezialisten in einzelnen Fachgebieten zur Verfügung gestellt werden muß.²⁹

Verfügt ein Datenschutzbeauftragter bei seiner Bestellung noch nicht über die notwendige Qualifikation, muß er diese unverzüglich erwerben, wobei er von dem

18) Vgl. Gola, Das neue BDSG und die betriebliche Praxis, Personalwirtschaft 1991, S. 36; Schaffland/Wiltfang (FN 7), § 36 Rdnr. 65b.

19) Vgl. Schaffland/Wiltfang (FN 7), § 36 Rdnr. 65e; Gola/Wronka, Das neue BDSG und der Arbeitnehmerdatenschutz, RDV 1991, 171 f.; vgl. ausführlicher dazu: Ehrich (FN 16), S. 1984 und Ordemann/Schomerus/Gola (FN 5), § 36 Anm. 5; demgegenüber die Auffassung von Beder, Datenschutzbeauftragter im Unternehmen, CR 1990, 619, der die Ansicht vertritt, daß der Arbeitgeber durch § 36 Abs. 3 Satz 4 BDSG an einer ordentlichen Kündigung gehindert sein soll.

20) Vgl. Ehrich (FN 16), S. 1984.

21) Vgl. z.B. Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (FN 5), § 28 Rdnr. 88; Schapper, Auftrag und Kontrollfunktion des betrieblichen Datenschutzbeauftragten im Wandel der Informationstechnik 1991, S. 121, in: Gliss/Hentschel/Wronka (Hrsg.), Betrieblicher Datenschutz aus betrieblicher, behördlicher und wissenschaftlicher Sicht, Köln 1991.

22) Vgl. Ehrich (FN 16), S. 1981 mit weiteren Nachweisen.

23) Vgl. Wagner, Betriebsrat und neues Bundesdatenschutzgesetz, AiB 1991, 422.

24) Beachte dazu BAG CR 1992, 170.

25) Vgl. LG Ulm, Beschluß v. 31.10.1990, RDV 1991, 40 f. = CR 1991, 103 f.; vgl. auch Koch (Hrsg.), Der betriebliche Datenschutzbeauftragte, Köln 1991.

26) Vgl. Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (FN 5), § 28 Rdnr. 114 ff.; Ordemann/Schomerus/Gola (FN 5), § 36 Anm. 3.6; Schaffland/Wiltfang (FN 7), § 36 Rdnr. 22; Wohlgemuth (FN 4), S. 257; Gola (FN 4), S. 134 f.; LG Ulm (FN 25).

27) Vgl. Schaffland/Wiltfang (FN 7), § 36 Rdnr. 22; Bergmann/Möhrle/Herb (FN 6), § 36 Rdnr. 53; vgl. auch LG Ulm (FN 25).

28) Vgl. Auernhammer (FN 4), § 28 Rdnr. 9; Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (FN 5), § 28 Rdnr. 114.

29) Vgl. Auernhammer (FN 4), § 28 Rdnr. 9 und Rdnr. 17; Ordemann/Schomerus/Gola (FN 5), § 36 Anm. 3.6.

Unternehmen in geeigneter Weise zu unterstützen ist.³⁰ Dabei können Bescheinigungen über die Teilnahme an einschlägigen Seminaren als Nachweis für die angeeigneten Kenntnisse gegenüber der Aufsichtsbehörde dienen.³¹

3. Zuverlässigkeit

a) Unklarheit des Kriteriums

Größere Schwierigkeiten ergeben sich dabei, die Anforderungen, die an die Zuverlässigkeit zu stellen sind, festzulegen. Dabei werden als Fähigkeiten und Eigenschaften insbesondere Integrität, Verschwiegenheit, Verantwortungsbewußtsein, Gründlichkeit und Durchsetzungsvermögen genannt.³² Solche Umschreibungen lassen »eher Ratlosigkeit und Unsicherheit erkennen, denn eine genaue Vorstellung dessen, was das Gesetz eigentlich will«.³³ Da es sich um kaum verlässliche Kriterien handelt, werden sie sich bei Auseinandersetzungen, ob die speichernde Stelle den Anforderungen des § 36 Abs. 2 BDSG gerecht wird, nicht eignen. Je mehr man sich mit solchen Umschreibungen zufrieden gibt, desto fragwürdiger wird die Justiziabilität des § 36 Abs. 2 BDSG und somit auch die praktische Relevanz.³⁴

b) Berücksichtigung früheren Verhaltens

Von größerer Bedeutung wird das bisherige Verhalten des in Aussicht genommenen Datenschutzbeauftragten sein. So kann niemand zum betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestellt werden, der im Betrieb durch persönliche Unzuverlässigkeit aufgefallen ist.³⁵ Dies ist z.B. der Fall, wenn jemand im Rahmen seiner bisherigen Tätigkeit mit medizinischen Daten oder Personalakten umgehen mußte und sich nicht an die gesetzlichen Vorschriften gehalten hat.³⁶

c) Vermeidung von Interessenkollisionen

Im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung sind darüber hinaus auch mögliche Interessenkollisionen zu berücksichtigen, die bei »nicht hauptamtlich« beschäftigten Datenschutzbeauftragten auftreten können. So darf nicht ein Mitarbeiter zum Datenschutzbeauftragten bestellt werden, der gleichzeitig eine Position innehat, die ihn in Konflikte mit seinen Kontrollaufgaben bringen kann. Daher können nach herrschender Meinung folgende Personen nicht zu Datenschutzbeauftragten bestellt werden: Mitglieder der Geschäftsleitung, EDV-Leiter, Personalleiter, Marketingleiter, Leiter der Revisionsabteilung, Leiter der Rechtsabteilung etc.³⁷ Zudem sollte die Bestellung von Betriebsräten vermieden werden, da Interessenkollisionen ebenfalls vorprogrammiert sind.³⁸ Vereinzelt wird auch bezweifelt, ob ein leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG wegen seiner Unternehmensnähe zum Datenschutzbeauftragten bestellt werden kann.³⁹

Wer einen Datenschutzbeauftragten bestellt, dem eindeutig die persönlichen Voraussetzungen »Fach-

kunde« und/oder »Zuverlässigkeit« fehlen, handelt ordnungswidrig und kann mit einer Geldbuße bis zu 50.000,- DM belegt werden (§ 44 BDSG).⁴⁰

IV. Rechtliche Stellung

1. Zuordnung zur Geschäftsleitung

Nach § 36 Abs. 3 BDSG ist der Datenschutzbeauftragte der Geschäftsleitung unmittelbar zu unterstellen. Er darf also keiner anderen Stelle im Unternehmen zugeordnet werden als der Geschäftsleitung. Damit hat er jederzeit das Recht, sich schriftlich oder mündlich an die Geschäftsleitung zu wenden, um z.B. Gesetzesverstöße aufzuzeigen, Verbesserungsvorschläge zu machen, von ihr Abstellung von Mißständen und entsprechende Weisungen an Fachabteilungen zu verlangen. Dadurch wird die Geschäftsleitung ihrerseits angehalten, sich ebenfalls intensiv um den Datenschutz zu kümmern.⁴¹ Grundsätzlich ist der Datenschutzbeauftragte auch nur der Geschäftsleitung Rechenschaft schuldig.⁴²

2. Weisungsfreiheit

a) Wahrung der Eigeninitiative

Der Datenschutzbeauftragte »ist bei der Anwendung seiner Fachkunde weisungsfrei« (§ 36 Abs. 3 BDSG). Durch diese Regelung wird dem Arbeitgeber untersagt, in die Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten einzugreifen. Der Datenschutzbeauftragte kann selbst entscheiden, wann und wie er welche Initiativen ergreift. Eine bestimmte Meinung oder Lösung kann ihm nicht vorgeschrieben werden. Er ist also nicht Erfüllungsgelhilfe der Geschäftsleitung.⁴³

Im Rahmen seiner Tätigkeit als Datenschutzbeauf-

30) Vgl. Wohlgemuth (FN 4), S. 251; Schaffland/Wiltfang (FN 7), § 36 Rdnr. 24.

31) Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb (FN 6), § 36 Rdnr. 54; Schaffland/Wiltfang (FN 7), § 36 Rdnr. 24.

32) Vgl. Auernhammer (FN 4), § 28 Rdnr. 10; Schaffland/Wiltfang (FN 7), § 36 Rdnr. 23 f.; Wohlgemuth (FN 4), S. 257.

33) Vgl. Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (FN 5), § 28 Rdnr. 118.

34) Vgl. FN 33.

35) Vgl. Ordemann/Schomerus/Gola (FN 5), § 36 Anm. 3.7.

36) Vgl. Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (FN 5), § 28 Rdnr. 119; Auernhammer (FN 4), § 28 Rdnr. 10.

37) Vgl. ausführlich Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (FN 5), § 28 Rdnr. 122 ff.; vgl. auch Tinnefeld/Tubies (FN 6), S. 151; Wohlgemuth (FN 4), S. 258 f.; Gola (FN 4), S. 135; Däubler (FN 2), S. 164 f.; Ordemann/Schomerus/Gola (FN 5), § 36 Anm. 3.4; zu großzügig Schaffland/Wiltfang (FN 7), § 36 Rdnr. 29 ff.

38) Vgl. Beder, Betriebsrat und betrieblicher Datenschutzbeauftragter, CR 1990, 475 f.; vgl. auch Tinnefeld, Datenschutzbeauftragter im Unternehmen, CR 1991, 32; a.A. Ordemann/Schomerus/Gola (FN 5), § 36 Anm. 3.5.

39) Vgl. Däubler (FN 2), S. 165; vgl. auch Tinnefeld (FN 38), S. 32 und Wohlgemuth (FN 4), S. 259 mit weiteren Nachweisen.

40) Vgl. Auernhammer (FN 4), § 28 Rdnr. 8; Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (FN 5), § 28 Rdnr. 128.

41) Vgl. Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (FN 5), § 28 Rdnr. 141 f.; Auernhammer (FN 4), § 28 Rdnr. 11; Schaffland/Wiltfang (FN 7), § 36 Rdnr. 26; Bergmann/Möhrle/Herb (FN 6), § 36 Rdnr. 65 f.

42) Vgl. Louis, Grundzüge der Datenverarbeitung, Köln 1981, S. 170; Schaffland/Wiltfang (FN 7), § 36 Rdnr. 26.

43) Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb (FN 6), § 36 Rdnr. 72.

tragter ist er weisungsfrei, als Arbeitnehmer hat er allerdings die Anordnungen seines Arbeitgebers zu befolgen. Die Weisungsfreiheit erstreckt sich auch auf die Mitarbeiter des Datenschutzbeauftragten, soweit sie für ihn tätig sind.⁴⁴

b) Bloßes Vorschlagsrecht

Weisungsfreiheit des Datenschutzbeauftragten bedeutet jedoch nicht auch Entscheidungsfreiheit oder Weisungsbefugnis gegenüber anderen Stellen im Unternehmen, wenn er Verstöße gegen die Datenschutzvorschriften festgestellt hat. Die Entscheidungsbefugnis liegt ausschließlich beim Arbeitgeber, der personenbezogene Daten verarbeitet. Von dessen Entscheidung hängt es ab, ob und in welchem Umfang entsprechende Maßnahmen ergriffen werden. Letztlich trägt der Arbeitgeber die Verantwortung für die Verwirklichung des Datenschutzes. Der Datenschutzbeauftragte kann also nur Vorschläge machen.

Dabei sind Komplikationen solange nicht zu erwarten, wie auf die Vorschläge des Datenschutzbeauftragten hin auch entsprechende Maßnahmen vom Arbeitgeber ergriffen werden.⁴⁵ Eine Mißachtung der Ratschläge des Datenschutzbeauftragten stellt jedoch aus der Perspektive des BDSG eine potentielle Gefährdung des Datenschutzes dar. So kann sich in solchen Fällen der Datenschutzbeauftragte an die Aufsichtsbehörde wenden.⁴⁶

3. Benachteiligungsverbot

a) Formen der Benachteiligung

»Ein Arbeitgeber hat vielfältige Möglichkeiten, einen mißliebigen Beauftragten zu »bestrafen«. Sie reichen von der allmählichen Isolierung über die Umgehung bei der Beförderung bis hin zur Entlassung.«⁴⁷ Grundsätzlich muß jedoch jeder Beauftragte, der seine Aufgaben sorgfältig erfüllt, mit derartigen Reaktionen rechnen.

b) Geringe Schutzwirkung

Der Datenschutzbeauftragte darf gemäß § 36 Abs. 3 Satz 3 BDSG wegen der Erfüllung seiner Aufgabe nicht benachteiligt werden. Dabei reicht eine objektive Benachteiligung aus, d.h. Vorsatz oder Fahrlässigkeit sind nicht erforderlich.⁴⁸

44) Vgl. *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* (FN 5), § 28 Rdnr. 196 f.; *Auernhammer* (FN 4), § 28 Rdnr. 15; *Schaffland/Wiltfang* (FN 7), § 36 Rdnr. 27.

45) Vgl. *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* (FN 5), § 28 Rdnr. 151; vgl. auch *Schaffland/Wiltfang* (FN 7), § 36 Rdnr. 27; *Ordemann/Schomerus/Gola* (FN 5), § 36 Anm. 6.3.

46) Vgl. *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* (FN 5), § 28 Rdnr. 151; *Ordemann/Schomerus/Gola* (FN 5), § 38 Anm. 2.5.

47) Vgl. *Ordemann/Schomerus/Gola* (FN 5), § 36 Anm. 7.1.

48) Vgl. *Bergmann/Möhrle/Herb* (FN 6), § 36 Rdnr. 77.

49) Vgl. *Louis* (FN 42), S. 171.

50) Vgl. hierzu § 36 Abs. 3 Satz 4 BDSG.

51) Vgl. *Louis* (FN 42), S. 172; vgl. auch *Wohlgemuth* (FN 4), S. 262.

52) Vgl. *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* (FN 5), § 28 Rdnr. 159; *Bergmann/Möhrle/Herb* (FN 6), § 36 Rdnr. 81.

Obwohl der Kündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten in § 36 Abs. 3 Satz 4 BDSG verstärkt wurde, wird das Benachteiligungsverbot in der Praxis jedoch nur selten greifen, da die Benachteiligung, »wegen der Erfüllung seiner Aufgaben« erfolgen muß, was jeweils im konkreten Fall zu ermitteln ist.⁴⁹

Dieser Schwachpunkt kann auch nicht dadurch aufgehoben werden, daß die Beweislast dem Arbeitgeber aufgebürdet wird. Der Arbeitgeber muß letztlich in einem Arbeitsgerichtsprozeß darlegen, daß eine Kündigung,⁵⁰ eine unterlassene Beförderung oder ein sonstiger erkennbarer Nachteil nicht auf die Stellung des Datenschutzbeauftragten zurückzuführen ist.⁵¹ Da § 36 Abs. 3 BDSG ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist, führt ein verbotswidriges Verhalten zu Schadensersatzanspruch.⁵² Fälle, in denen aufgrund einer Benachteiligung Schadensersatz zugesprochen wäre, sind aus der Praxis nicht bekannt.

4. Kontrolle der Umsetzung

Die Umsetzung des BDSG und somit auch die »erfolgreiche« Arbeit des Datenschutzbeauftragten hängt zum einen von der bestellten Person, zum anderen aber insbesondere von der Geschäftsleitung ab, da nur sie letztendlich entsprechende Datenschutzmaßnahmen umsetzen kann. Vor diesem Hintergrund kommt der Aufsichtsbehörde als externe Kontrollinstanz eine wichtige Funktion zu. Darüber hinaus hat der Betriebsrat gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sowohl die Umsetzung und Einhaltung des BDSG als auch die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten zu überwachen. Eine effektive Kontrolle durch den Betriebsrat und die Aufsichtsbehörde können somit auch zur Stärkung der Position des betrieblichen Datenschutzbeauftragten beitragen.

V. Zusammenfassung

□ Gemäß § 36 Abs. 1 BDSG sind Unternehmen verpflichtet, einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen, wenn bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten in der Regel mindestens fünf Arbeitnehmer ständig beschäftigt sind oder bei nicht-automatisierter Verarbeitung in der Regel mindestens zwanzig Arbeitnehmer beschäftigt sind.

□ Muß nach den Voraussetzungen des BDSG kein betrieblicher Datenschutzbeauftragter bestellt werden, weil beispielsweise lediglich vier Personen personenbezogene Daten verarbeiten, muß die Geschäftsleitung selbst die nach dem BDSG vorgesehenen Aufgaben übernehmen.

□ Die Bestellung bedarf der Schriftform, wobei der zu bestellende Datenschutzbeauftragte so zu verpflichten ist, daß er seine Aufgaben nach dem BDSG auch wahrnehmen kann. So reicht eine bloße schriftliche Mitteilung nicht aus.

□ Die Position des Datenschutzbeauftragten ist mit der Novellierung des BDSG verstärkt worden. So kann nach § 36 Abs. 3 Satz 4 BDSG ein Widerruf der Bestel-

lung nur auf Verlangen der Aufsichtsbehörde erfolgen oder in entsprechender Anwendung des § 626 BGB. Ob für den »nicht-hauptamtlich« tätigen Datenschutzbeauftragten damit eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist, ist umstritten.

□ Bestellung und Abberufung unterliegen nach dem BDSG nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates. Ist mit der Bestellung und Abberufung jedoch ein betriebsverfassungsrechtlicher Vorgang verbunden, kann das Mitbestimmungsrecht gemäß § 99 BetrVG zum Tragen kommen.

□ Der betriebliche Datenschutzbeauftragte muß über umfassende rechtliche, technische, organisatorische und pädagogisch-didaktische Kenntnisse verfügen.

□ Die geforderte Zuverlässigkeit umfaßt Fähigkeiten und Eigenschaften wie Integrität, Verschwiegenheit, Verantwortungsbewußtsein, Gründlichkeit und Durchsetzungsvermögen. Ein wichtiger Maßstab für die Zuverlässigkeit stellt das bisherige Verhalten der zu stellenden Person dar. Aufgrund der gestellten Anforderungen an die Zuverlässigkeit verbietet es sich nach

herrschender Meinung, wegen einer möglichen Interessenskollision, Mitglieder der Geschäftsleitung, Personalleiter, Leiter der Revisionsabteilung, Leiter der Rechtsabteilung zu Datenschutzbeauftragten zu bestellen.

□ Wird ein Datenschutzbeauftragter nicht bestellt, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, oder wird eine Person zum Datenschutzbeauftragten bestellt, die nicht die erforderliche Zuverlässigkeit und Fachkunde besitzt, handelt der Arbeitgeber ordnungswidrig im Sinne des § 44 Abs. 1 Nr. 5 BDSG und kann gemäß § 44 Abs. 2 BDSG mit einer Geldbuße bis zu 50.000,- DM belegt werden.

□ Obwohl der Datenschutzbeauftragte unmittelbar der Geschäftsleitung unterstellt ist, ist er bei der Anwendung seiner Fachkunde weisungsfrei (§ 36 Abs. 3 BDSG). Er ist also nicht der Erfüllungsgehilfe der Geschäftsleitung und kann selbst entscheiden, wann und wie er welche Initiativen ergreift. Die Weisungsfreiheit erstreckt sich auch auf die Mitarbeiter des Datenschutzbeauftragten.

aus: Computer und Recht 12/1992, S. 726 - 732

BTO BERATUNGSSTELLE FÜR
TECHNOLOGIEFOLGEN UND QUALIFIZIERUNG
im Bildungswerk der DAG im Lande Niedersachsen e.V.
Donnerschwer Str. 64
26123 Osterburg
Tel.: 04 41 / 8 20 68