

# Der Datenschutzbeauftragte in Behörden

## Funktionen und Aufgaben

Der Datenschutz in Behörden und Betrieben wird dann effektiv umgesetzt, wenn der zu bestellende behördliche Datenschutzbeauftragte (nachfolgend bDSB genannt) tatsächlich arbeitet. Dazu bedarf es vor allem der Unterstützung durch die Dienststellenleitung. Im Hinblick auf den Datenschutz haben zudem Personalräte die Aufgabe, die Einhaltung des BDSG zu überwachen. Sie können zusätzlich über die Mitbestimmungsrechte bei der Einführung von technischen Überwachungseinrichtungen (§ 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG) oder auch beim Einsatz von Personalfragebogen (§ 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG<sup>1</sup>) den Datenschutz der Beschäftigten mitregeln. Insoweit gibt es in Behörde und Betrieb hinsichtlich des Beschäftigten-Datenschutzes eine doppelte Kontrollkompetenz.

Mit der Novellierung des BDSG im Jahre 2001 haben auch Behörden einen bDSB zu bestellen. Die EG-Datenschutzrichtlinie sieht die Institution eines bDSB nicht zwingend vor.<sup>2</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat sich aber für die interne Selbstkontrolle in Form eines bDSB entschieden (§§ 4f und § 4g BDSG). Die Alternative wäre die Schaffung einer staatlichen Meldebehörde gewesen. Die EG-Datenschutzrichtlinie betont jedoch in Erwägungsgrund 49: »Ein solcher Beauftragter, ob Angestellter des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder externer Beauftragter, muss seine Aufgaben in vollständiger Unabhängigkeit ausüben können.«<sup>3</sup> Diese Vorgabe scheint in der Praxis nicht immer erfüllt zu sein.

Nachfolgend wird die Bestellung des bDSB, dessen rechtliche Stellung, seine Aufgaben und die Zusammenarbeit mit dem Personalrat dargestellt.

### I. Pflicht zur Bestellung

Öffentliche Stellen (Behörden) und sonstige unter den Anwendungsbereich des BDSG fallende Einrichtungen, sogenannte »nicht öffentliche Stellen«, haben einen bDSB zu bestellen. Öffentliche Stellen des Bundes sind die Behörden, die Organe der Rechtspflege und andere öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen des Bundes, der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts ungeachtet ihrer Rechtsform. Im öffentlichen Bereich ist der Adressat für die Bestellung des bDSB die Behörde.<sup>4</sup>

Nicht öffentliche Stellen sind juristische Personen (z.B. Aktiengesellschaften, GmbH), Personengesellschaften (z.B. Gesellschaften bürgerlichen Rechts), auch nicht rechtsfähige Vereinigungen (z.B. politische Parteien, Gewerkschaften) ebenso wie natürliche Personen (z.B. Ärzte, Rechtsanwälte, Architekten).

Öffentliche Stellen des Bundes haben das BDSG und öffentliche Stellen der Länder das jeweilige Landesdatenschutzgesetz anzuwenden, wobei in den Anwendungsbereichen der Landesdatenschutzgesetze, Verwei-

se für bestimmte Einrichtungen auf das BDSG vorgenommen werden. So ist für öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen das BDSG anzuwenden.

Öffentliche Stellen der Länder haben nach den jeweiligen Landesdatenschutzgesetzen einen Beauftragten für den Datenschutz zu bestellen (s. Tabelle 1). Dies ist nicht immer verpflichtend. So ist die Bestellung nach den Datenschutzgesetzen in Baden-Württemberg, Hamburg, Saarland oder Schleswig-Holstein als »Kann-Vorschrift« ausgestaltet. Diese Regelungen entsprechen wohl nicht den Vorgaben der EU-Datenschutzrichtlinie. Einige Landesdatenschutzgesetze schreiben auch die Bestellung eines Stellvertreters vor. Zu nennen sind hier die Datenschutzgesetze der Länder Berlin, Nordrhein-Westfalen oder des Saarlands.

**Tabelle 1 – Bestellung von bDSB in den Landesdatenschutzgesetzen**

| Gesetz   | Vorschrift   | Vorgabe                                 |
|----------|--------------|---|
| BDSG     | §§ 4f und 4g | »Muss-Vorschrift«                       |
| LDSG BW  | § 10         | »Kann-Vorschrift«                       |
| BayDSG   | Art. 25      | »Muss-Vorschrift«                       |
| BlnDSG   | § 19a        | »Muss-Vorschrift«<br>+ Stellvertreter   |
| BbgDSG   | § 7a         | »Muss-Vorschrift«                       |
| BrDSG    | § 7a         | »Muss-Vorschrift«                       |
| HmbDSG   | § 10a        | »Kann-Vorschrift«                       |
| HDSG     | § 5          | »Muss-Vorschrift«                       |
| DSG MV   | § 20         | »Muss-Vorschrift«                       |
| NDSG     | § 8a         | »Muss-Vorschrift«                       |
| DSG NRW  | § 32a        | »Muss-Vorschrift«<br>+ Stellvertreter   |
| LDSG RP  | § 11         | ab 10 Beschäftigte<br>»Muss-Vorschrift« |
| SDSG     | § 8          | »Kann-Vorschrift« +<br>Stellvertreter   |
| SächsDSG | § 11         | »Kann-Vorschrift«                       |
| DSG-LSA  | § 14a        | »Muss-Vorschrift«                       |
| LDSG SH  | § 10         | »Kann-Vorschrift«                       |
| ThürDSG  | § 10a        | »Muss-Vorschrift«                       |

1 Entsprechende Mitbestimmungsrechte sind auch in fast allen Landespersonalvertretungsgesetzen vorhanden. Näher hierzu Schierbaum, PersR 2008, 344 ff.

2 S. Art. 18 Abs. 2 EG-Datenschutzrichtlinie

3 Vgl. hierzu: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., § 4f Rn. 2; Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 6. Aufl., § 4f Rn. 3 ff.

4 Vgl. Däubler/Klebe/Wedde/Weichert (Fn. 3), § 4f Rn. 5.

5 Vgl. BAG, Urteil v. 13.3.2007 – 9 AZR 612/05 –, RDV 2007, 123 f.

Bei öffentlichen Stellen hat jede Behörde einen bDSB zu bestellen. Soweit aufgrund der Struktur einer öffentlichen Stelle erforderlich, genügt die Bestellung eines bDSB für mehrere Bereiche. Zudem besteht die Möglichkeit, einen externen bDSB zu bestellen, so dass ein Datenschützer in »seiner« Behörde als interner und für eine andere Behörde als externer Datenschützer fungieren kann.

Die Bestellung hat **schriftlich** zu erfolgen, wobei der bDSB bei der Bestellung so zu verpflichten ist, dass er seine Aufgaben nach dem BDSG auch wahrnehmen kann. Eine bloße Mitteilung reicht nicht aus, da die Bestellung eine besondere Beauftragung darstellt, die nicht im Wege des Direktionsrechts übertragbar ist.<sup>5</sup> Die Schriftform ist rechtsbegründend. Fehlt es an der schriftlichen Vereinbarung, ist die Bestellung unwirksam und der Bußgeldtatbestand verwirklicht.<sup>6</sup>

Verweigert ein vom Arbeitgeber ausgewählter Mitarbeiter die Bestellung zum bDSB, so wird diese Person nicht bestellt werden dürfen, da dieser »widerwillige« bDSB nicht über die erforderliche Zuverlässigkeit verfügen wird.<sup>7</sup>

Zum bDSB darf nur eine natürliche Person bestellt werden und nicht eine juristische Person (z.B. Unternehmensberatungsgesellschaft), was aus § 4f BDSG hergeleitet werden kann. Denn nur natürliche Personen können über Fachkunde und Zuverlässigkeit verfügen.

Bei der Bestellung selbst hat der Personalrat nach dem BDSG kein Mitbestimmungsrecht. Es können aber Mitbestimmungsrechte zum Tragen kommen, wenn die Bestellung mit einer Einstellung oder Versetzung verbunden ist. Der Personalrat hat bei Arbeitnehmern ein Mitbestimmungsrecht bei Einstellung oder Versetzung zu einer anderen Dienststelle (§ 75 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 BPersVG) und bei Beamten ein eingeschränktes Mitbestimmungsrecht bei Einstellung oder Versetzung in einer anderen Dienststelle (§ 76 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 BPersVG). In einigen Landespersonalvertretungsgesetzen hat der Personalrat sogar bei der Bestellung und Abberufung des bDSB ein Mitbestimmungsrecht, z.B. § 74 Abs. 1 Nr. 3 HPVG, § 79 Abs. 3 Nr. 2 LPVG BW, § 67 Abs. 1 Nr. 9 NPersVG.

## II. Qualifikation

Das BDSG hat die Bestellung eines bDSB schon immer an zwei Qualifikationsmerkmale geknüpft, nämlich Fachkunde und Zuverlässigkeit. Diese beiden Kriterien werden aber vom Gesetzgeber nicht näher präzisiert. Die Kommentare zum BDSG, die ständig wachsende Zahl der bDSB, die Gründung von Standesorganisationen, die Einrichtung von Ausbildungsprogrammen, die Interventionen von Aufsichtsbehörden und der Gerichte sind Faktoren, die dazu beigetragen haben, die Konturen der Anforderungen an Fachkunde und Zuverlässigkeit zu schärfen.<sup>8</sup> Nichts desto trotz gibt es kein festes Anforderungsprofil.<sup>9</sup>

### 1. Fachkunde

In Bezug auf die geforderte Fachkunde wird der zu stellende bDSB insbesondere über technische, rechtliche und organisatorische Kenntnisse verfügen müssen. Im Einzelnen heißt das:

- Grundkenntnisse über die Informations- und Kommunikationstechnik,
- Kenntnisse über die Betriebsorganisation sowie allgemeine betriebswirtschaftliche Kenntnisse,
- allgemeine rechtliche Kenntnisse, Kenntnisse des Datenschutzrechts und sonstiger relevanter Rechtsvorschriften.

Die organisatorischen Kenntnisse müssen im Zusammenhang mit seiner sozialen Kompetenz gesehen und beurteilt werden. So verlangt das BDSG, dass der bDSB, Personen, die an der Verarbeitung personenbezogener Daten beteiligt sind, mit den Erfordernissen des Datenschutzes vertraut zu machen hat (§ 4g Abs. 1 BDSG). Im Rahmen der durchzuführenden Schulungsmaßnahmen aber auch bei der Umsetzung des Datenschutzes in Behörde oder Betrieb kommt ihm eine starke Vermittlungsfunktion zu.<sup>10</sup>

Bei allen Anforderungen hinsichtlich der Fachkunde bedeutet das aber nicht, dass der bDSB über ausgeprägte Spezialkenntnisse im rechtlichen, technischen oder organisatorischen Bereich verfügen muss. So räumt das BDSG bei der Bestellung zum bDSB weder Juristen noch Informatikern oder Betriebswirten den Vorrang ein. Wichtig ist jedenfalls, dass die erforderliche Fachkunde bereits zum Zeitpunkt der Bestellung vorhanden sein muss.<sup>11</sup>

### 2. Zuverlässigkeit

Neben der Fachkunde muss der bDSB auch die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche Zuverlässigkeit besitzen. Bei der Zuverlässigkeit sind subjektive genauso wie objektive Faktoren zu bedenken. Die subjektiven beziehen sich auf **persönliche Eigenschaften**, die objektiv auf mögliche **Interessenkollisionen**.

Hinsichtlich der subjektiven Eigenschaften wird also niemand zum bDSB bestellt werden können, der durch persönliche Unzuverlässigkeit aufgefallen ist. Dieses Erfordernis der persönlichen Integrität soll u.a. verhindern, dass ein für andere Arbeiten nicht qualifizierter Beschäftigter auf die Position des bDSB »abgeschoben« wird.<sup>12</sup> Persönliche Unzuverlässigkeit ist anzunehmen, wenn jemand im Rahmen seiner bisherigen Tätigkeit mit besonders sensiblen Daten – also mit besonderen Arten personenbezogener Daten nach § 3 Abs. 9 BDSG – umgehen musste und sich nicht an die gesetzlichen Vorschriften gehalten hat.

Eine verlässliche Kontrolle des Datenschutzes setzt eine klare Trennung zwischen der verantwortlichen Stelle und dem bDSB voraus. Fehlt diese Trennung, entstehen Interessenskonflikte, die eine konsequente Anwendung

<sup>6</sup> Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb, Datenschutzrecht, Loseblatt, § 4f Rn. 56a f.

<sup>7</sup> Vgl. Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 9. Aufl., § 4 f Rn. 31.

<sup>8</sup> Vgl. Simitis (Fn. 3), § 4f Rn. 83 mit weiteren Nachweisen.

<sup>9</sup> Vgl. Simitis (Fn. 3), § 4f Rn. 84.

<sup>10</sup> Vgl. Simitis (Fn. 3), § 4f Rn. 91.

<sup>11</sup> Vgl. Simitis (Fn. 3), § 4f Rn. 93 mit weiteren Nachweisen.

<sup>12</sup> Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb (Fn. 6), § 4f Rn. 92; Gola/Schomerus (Fn. 7), § 4f Rn. 23.

der gesetzlichen Anforderungen an den bDSB infrage stellt.<sup>13</sup> Das Problem der Interessenkollision kann sich dann ergeben, wenn der Beschäftigte »nebenamtlich« mit der Aufgabe des bDSB betraut ist. So darf ein Beschäftigter nicht zum bDSB bestellt werden, wenn er etwa folgende Leitungspositionen innehat: Mitglieder der Dienststellenleitung, Leiter der Abteilung Informationstechnik (IT), Leiter der Personalabteilung, Leiter der Rechtsabteilung.<sup>14</sup> Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz<sup>15</sup> sieht Interessenkonflikte dann, wenn der bDSB gleichzeitig Aufgaben wahrnimmt in den Bereichen

- Personal,
- ADV/IT oder in
- Organisationseinheiten mit besonders umfangreicher oder sensibler Verarbeitung personenbezogener Daten oder
- der Geheimschutzbeauftragte.

Hier wird deutlich, dass die Einschätzungen in Bezug auf mögliche Interessenskonflikte weit auseinandergehen.

Auch wenn dieses umstritten ist, wird ein Mitglied der Interessenvertretung zum bDSB bestellt werden können.<sup>16</sup> Eine ablehnende Haltung kann weder aus § 4f Abs. 2 BDSG abgeleitet werden, noch wäre es mit dem Benachteiligungsverbot des § 8 BPersVG vereinbar.<sup>17</sup>

Zuverlässigkeit hat aber auch vor allem damit zu tun, dass dem bDSB die für die Tätigkeit erforderliche Arbeitszeit zur Verfügung gestellt wird. Dieses scheint gerade in kleinen Behörden und Dienststellen im Bezug auf die Umsetzung des Datenschutzes problematisch zu sein. Es empfiehlt sich bei der Bestellung Arbeitszeiten für die Tätigkeit als bDSB zu vereinbaren. Dies sollte in einer Arbeitsplatzbeschreibung festgehalten werden.<sup>18</sup>

### III. Rechtliche Stellung

Die Vorgaben zur rechtlichen Stellung des bDSB sind in § 4f Abs. 3 und 4 BDSG verankert.

#### 1. Zuordnung zur Leitung

Nach § 4f Abs. 3 BDSG ist der bDSB dem Leiter der öffentlichen Stelle bzw. nicht-öffentlichen Stelle unmittelbar zu unterstellen. Auf diese Weise hat er direkten Zugang zu den wichtigsten Entscheidungsträgern, so dass seine Initiativen nicht auf dem »Dienstweg« versickern.<sup>19</sup> Die Herausnahme aus der sonst üblichen Hierarchie erhöht die Autorität und erleichtert den Informationsfluss, kann aber die fehlende Durchsetzungsmacht nicht ersetzen.<sup>20</sup> Mit der Zuordnung zur Leitung hat der bDSB jederzeit das Recht, sich schriftlich oder mündlich an die Leitung zu wenden, um z.B. auf Gesetzesverstöße hinzuweisen, Verbesserungsvorschläge zu machen, von der Leitung die Abstellung von Missständen und entsprechende Weisungen an die Beschäftigten zu verlangen. Dadurch wird die Leitung ihrerseits angehalten, sich intensiv um den Datenschutz zu kümmern. Grundsätzlich ist der bDSB nur der Leitung gegenüber Rechenschaft schuldig.

#### 2. Weisungsfreiheit

Der bDSB ist nach § 4f Abs. 3 BDSG bei der Ausübung seiner Fachkunde weisungsfrei. Durch diese Regelung wird der Leitung untersagt, in die Tätigkeit des bDSB einzugreifen. Der bDSB kann selbst entscheiden, wann und wie er welche Initiativen ergreift. So kann ihm auch eine bestimmte Meinung oder datenschutzrechtliche Lösung nicht vorgeschrieben werden. Er ist nicht der Erfüllungsgehilfe der Geschäftsleitung.<sup>21</sup> Im Rahmen seiner Tätigkeit als bDSB ist er zwar weisungsfrei, als Beschäftigter hat er allerdings den Anordnungen seines Arbeitgebers zu befolgen. Die Weisungsfreiheit erstreckt sich auch auf die Mitarbeiter des bDSB, soweit sie für ihn tätig sind. Selbstverständlich kann die Geschäftsleitung dem bDSB Prüfaufträge erteilen, denn Prüfaufträge sind keine Weisungen.<sup>22</sup>

Die Weisungsfreiheit in Sachen des Datenschutzes schließt aber eine »Dienstaufsicht« nicht aus. Widmet sich der bDSB seinen Aufgaben gar nicht oder nur in nachlässiger Weise, kann dies durchaus mit Abmahnungen und in schweren Fällen mit dem Widerruf der Bestellung oder einer außerordentlichen Kündigung beantwortet werden.<sup>23</sup>

#### 3. Vorschlagsrecht

Weisungsfreiheit des bDSB bedeutet keineswegs auch Entscheidungs- oder Weisungsbefugnis gegenüber Stellen oder Beschäftigten in Behörde oder Betrieb. Die Entscheidungsbefugnis liegt ausschließlich bei der Leitung der Stelle, die personenbezogene Daten verarbeitet. So trägt die Leitung auch letztlich die Verantwortung für die Umsetzung des Datenschutzes. Der bDSB kann also nur Vorschläge machen. Komplikationen sind jedenfalls solange nicht zu erwarten, wie auf die Vorschläge des bDSB auch entsprechende Maßnahmen von der Leitung ergriffen werden. In jedem Fall ist eine Missachtung der Vorschläge des bDSB als ein Verstoß gegen das BDSG zu sehen. Der bDSB kann sich gemäß § 4g Abs. 1 BDSG auch an die Aufsichtsbehörde wenden.

#### 4. Benachteiligungsverbot

Ein Arbeitgeber hat vielfältige Möglichkeiten einen missliebigen bDSB zu »bestrafen«<sup>24</sup>. Diese reichen von der allmählichen Isolierung über die Umgehung bei Beförde-

<sup>13</sup> Vgl. Simitis (Fn. 3), § 4f Rn. 97.

<sup>14</sup> Vgl. Schierbaum/Kiesche, CR 1992, 730. Der Meinungsstand in der Literatur geht weit auseinander. Einigkeit scheint jedoch hinsichtlich des aufgelisteten Personenkreises zu bestehen.

<sup>15</sup> Vgl. Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz (Hrsg.), Datenschutz in Betrieb und Behörde, 3. Aufl.

<sup>16</sup> Vgl. Däubler/Klebe/Wedde/Weichert (Fn. 3), § 4f Rn. 32; Gola/Schomerus (Fn. 7), § 4f Rn. 28; ablehnend: Simitis (Fn. 3), § 4f Rn. 108.

<sup>17</sup> Vgl. Gola/Schomerus (Fn. 7), § 4f Rn. 28 mit weiteren Nachweisen.

<sup>18</sup> Vgl. Gola/Schomerus (Fn. 7), § 4f Rn. 25.

<sup>19</sup> Vgl. Däubler/Klebe/Wedde/Weichert (Fn. 3), Rn. 43.

<sup>20</sup> Vgl. Däubler, Gläserne Belegschaften?, 5. Aufl., S. 326.

<sup>21</sup> Vgl. Bergmann/Möhrlte/Herb (Fn. 6) § 4f Rn. 124.

<sup>22</sup> Vgl. Simitis (Fn. 3), § 4f Rn. 124.

<sup>23</sup> Vgl. Däubler/Klebe/Wedde/Weichert (Fn. 3), § 4f Rn. 47; vgl. auch Simitis (Fn. 3), § 4f Rn. 125 f.

<sup>24</sup> Vgl. Gola/Schomerus (Fn. 7), § 4f Rn. 53.

rungen bis hin zu Entlassungen, die seit dem 1.9.2009 wegen dem im BDSG verankerten besonderen Kündigungsschutz schwieriger werden. Unter Umständen muss jedoch jeder bDSB, der seine Aufgabe ernst nimmt und sorgfältig erfüllt, mit derartigen Reaktionen rechnen.

Neben dem besonderen Kündigungsschutz besteht gemäß § 4f Abs. 3 BDSG ein Benachteiligungsverbot. So darf der bDSB wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht benachteiligt werden. Dabei reicht eine objektive Benachteiligung aus, d.h. Vorsatz oder Fahrlässigkeit sind nicht erforderlich.<sup>25</sup> Ob das Benachteiligungsverbot in der Praxis greift, ist fraglich, da die Benachteiligung »wegen der Erfüllung seiner Aufgaben« erfolgen muss, was im konkreten Fall zu ermitteln ist.

Personalräte haben im Rahmen ihres Überwachungsrechts hinsichtlich der Einhaltung bestehender Gesetze darauf hinzuwirken, dass der bDSB nicht benachteiligt wird.

Die erfolgreiche Umsetzung des Datenschutzes beruht im Wesentlichen darauf, dass der Arbeitgeber das BDSG selbst und die Arbeit des bDSB nicht als »notwendiges Übel« sieht, das ihm vom Gesetzgeber vorgeschrieben wird, sondern den bDSB bei der Erfüllung seiner Aufgabe aktiv unterstützt. Es reicht also nicht aus, ihn nicht zu benachteiligen und sich sonst passiv zu verhalten. Eine solche Haltung ist mit der Verantwortlichkeit für den Datenschutz in Behörde und Betrieb unvereinbar.

#### IV. Unterstützungspflicht

In § 4f Abs. 5 BDSG ist festgelegt, dass die öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen den bDSB bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen haben und ihm insbesondere Hilfspersonal, Einrichtungen, Geräte und Mittel zu Verfügung zu stellen haben. Mit der Novellierung zum 1.9.2009 hat gemäß § 4f Abs. 3 BDSG die verantwortliche Stelle dem bDSB die Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen zu ermöglichen und deren Kosten zu übernehmen.

##### 1. Arbeitszeit

Zur Unterstützung gehört in erster Linie, dass ein bDSB von etwaigen sonstigen Arbeitsaufgaben zu entlasten ist, so dass er die vom BDSG vorgesehenen Aufgaben auch tatsächlich wahrnehmen kann.<sup>26</sup> Der bDSB braucht also ausreichend Zeit zur Wahrnehmung seiner Aufgaben, so dass es problematisch und u.U. unrechtmäßig ist, wenn einem Beschäftigten die Datenschutztätigkeit zusätzlich zu seinen anderen Aufgaben übertragen wird. Die Entscheidung darüber, ob ein hauptamt- oder nebenamtlicher bDSB bestellt wird und wie viel Arbeitszeit ein nebenamtlicher bDSB zur Verfügung »gestellt bekommt«<sup>27</sup>, richtet sich nach den konkreten Umständen der einzelnen verantwortlichen Stelle.

Es dürfte jedoch regelmäßig dann ein »Full-Time-bDSB« zu bestellen sein, wenn mehr als 500 Bildschirmgeräte angeschlossen sind. Dasselbe gilt, wenn beispielsweise in einem Unternehmen mehr als 30 Programmierer

beschäftigt sind.<sup>28</sup> Das Arbeitsgericht Offenbach ist der Auffassung, dass die Position des bDSB in einem Betrieb mit knapp 300 Arbeitnehmern »maximal 20 % der Tätigkeit eines vollzeitbeschäftigten Angestellten ausmacht«<sup>29</sup>. Es muss hier jedoch u.a. berücksichtigt werden, dass die »Datenverarbeitungslandschaft« um 1990 in den Betrieben und Behörden eine andere war als heute.

Die Bestellung eines bDSB ohne ein ausreichendes Zeitkonto stellt immer einen Verstoß gegen die innerbetriebliche oder innerbehördliche Organisation des Datenschutzes (Anlage zu § 9 Satz 1) dar. Sowohl die Aufsichtsbehörde (§ 38 Abs. 5 BDSG) als auch der Bundesbeauftragte (§ 24 Abs. 1 BDSG) können bei Prüfungen erforderliche Maßnahmen hinsichtlich der Arbeitszeit des bDSB anordnen.<sup>30</sup>

Es muss festgestellt werden, dass klare und praktikable Regelungen fehlen, wann ein nebenamtlicher und wann ein hauptamtlicher bDSB zu bestellen ist<sup>31</sup> und wie viel Arbeitszeit einem nebenamtlich bestellten bDSB zur Verfügung gestellt werden muss.

##### 2. Sachmittel und Personal

Damit der bDSB seine umfangreichen Aufgaben erfüllen kann, besteht die Verpflichtung des Arbeitgebers, ihn auch hinsichtlich Personal und Sachmittel zu unterstützen. Hier sind ihm insbesondere Räume (Bürraum und Schulungsraum), Einrichtungsgegenstände, Mittel für Literatur und Geräte zur Verfügung zu stellen.

##### 3. Zugangs- und Einsichtsrechte

Der bDSB muss Zugang zum Rechenzentrum und zu allen anderen für seine Aufgabenerfüllung einschlägigen Geschäftsräume sowie Einsicht in alle Geschäftsunterlagen haben, die mit der Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang stehen.

##### 4. Fortbildung

Seit dem 1.9.2009 ist in § 4f Abs. 3 BDSG geregelt, dass dem bDSB zur Erhaltung der zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen Fachkunde die Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen zu ermöglichen ist und deren Kosten vom Arbeitgeber zu tragen sind. Das bedeutet, dass der bDSB vor dem Hintergrund der sich verändernden technischen und rechtlichen Vorgaben, seine Fachkunde auf den aktuellen Stand halten kann. Hinsichtlich

25 Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb (Fn. 6), § 4f Rn. 130.

26 Vgl. Däubler/Klebe/Wedde/Weichert (Fn. 3), § 4f Rn. 55.

27 Im Rahmen seiner gesetzlich verankerten »Weisungsfreiheit« kann sich ein nebenamtlicher bDSB jederzeit von der sonstigen Arbeit für Datenschutzaufgaben freistellen. Das ist aber gerade in kleinen Behörden reine Theorie, denn in der Praxis wird der bDSB erst einmal seiner eigentlichen Arbeitsaufgabe nachgehen.

28 Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb (Fn. 6), § 4f Rn. 165; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert (Fn. 3), § 4f Rn. 55.

29 Vgl. Arbeitsgericht Offenbach, Beschluss v. 19.2.1992 – 1 BV 79/91 –, CR 1993, 776.

30 Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb (Fn. 6), § 4f Rn. 164; Simitis (Fn. 3), § 4f Rn. 150.

31 Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb (Fn. 6), § 4f Rn. 165.

der Kosten wird der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt, die Teilnahmegebühren, Fahrt, Unterbringung und Verpflegung tragen müssen. Denn die Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen gehört zu den dienstlichen Aufgaben des bDSB.<sup>32</sup>

## 5. Führen von Übersichten

Dem bDSB sind gemäß §4g Abs.2 BDSG von der verantwortlichen Stelle eine Übersicht über die in §4e Nr.1 bis 9 BDSG genannten Angaben sowie über zugriffsberechtigte Personen zur Verfügung zu stellen. Diese sogenannten Verfahrensübersichten umfassen folgende Informationen:

1. Name oder Firma der verantwortlichen Stelle,
2. Inhaber, Vorstände, Geschäftsführer oder sonstige gesetzliche oder nach der Verfassung des Unternehmens berufene Leiter und die mit der Datenverarbeitung beauftragen Personen,
3. Anschrift der verantwortlichen Stelle,
4. Zweckbestimmungen der Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung,
5. eine Beschreibung der Kategorien der betroffenen Personen und der diesbezüglichen Daten oder Datenkategorien,
6. Empfänger oder Kategorien von Empfängern, denen die Daten mitgeteilt werden können,
7. Regelfristen zur Löschung der Daten,
8. eine geplante Datenübermittlung an Drittstaaten,
9. eine allgemeine Beschreibung, die es ermöglicht, vorläufig zu beurteilen, ob die Maßnahmen nach §9 zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung angemessen sind.

Zusätzlich sind die zugriffsberechtigten Personen zu den jeweiligen Anwendungen aufzulisten. Im Rahmen seines Überwachungsrechts hinsichtlich bestehender Gesetze hat der Arbeitgeber den Personalrat über die zu führenden Verfahrensverzeichnisse zu informieren.<sup>33</sup>

## V. Verschwiegenheitspflicht

Nach §4f Abs.4 BDSG ist der bDSB zur Verschwiegenheit über die Identität des Betroffenen sowie über Umstände, die Rückschlüsse auf den Betroffenen zulassen, verpflichtet, soweit er nicht von dem Betroffenen befreit wird. Die Verschwiegenheitspflicht des bDSB ist nicht beschränkt auf den Betroffenen, von dem personenbezogene Daten gespeichert werden. Vielmehr geht es auch um die Personen, die Verletzungen des Datenschutzes anderer rügen. Entdeckt der bDSB bei einer Überprüfung Verstöße gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen durch einen Beschäftigten, so ist er nach der Zielrichtung der Verschwiegenheitspflicht nicht daran gehindert, dessen Identität der Leitung des Betriebs mitzuteilen, damit die notwendigen Maßnahmen getroffen werden können.<sup>34</sup>

Wird ein bDSB von einem einer besonderen Schweigepflicht unterworfenen Berufsinhaber (z.B. Arzt, Rechtsanwalt, Psychologen<sup>35</sup>) bestellt oder prüft er schweige-

pflichtige Personen, so erstreckt sich die Schweigepflicht hinsichtlich der Patienten/Mandanten/Klienten auch nach §203 Abs.3 StGB auf den internen oder auch externen bDSB. Verletzt der bDSB seine Schweigepflicht macht er sich nach §203 StGB strafbar. Zusätzlich steht dem bDSB nach §4f Abs.4a BDSG ein Zeugnisverweigerungsrecht zu, von dem ihn der schweigepflichtige Berufsinhaber entbinden kann.<sup>36</sup>

## VI. Widerruf der Bestellung und Kündigungsschutz

Nach §4f Abs.3 BDSG kann der Widerruf der Bestellung zum bDSB in entsprechender Anwendung des §626 BGB und bei nicht-öffentlichen Stellen zusätzlich auf Verlangen der Aufsichtsbehörde erfolgen. Ein Widerruf der Bestellung kann nur erfolgen, wenn Gründe vorliegen, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Zudem kann die Aufsichtsbehörde dem Unternehmen aufgeben, den bDSB abzurufen, wenn er nicht über die erforderliche Fachkunde oder Zuverlässigkeit verfügt oder seine Datenschutzaufgaben nicht wahrnimmt. Dieses Recht steht dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz bei öffentlichen Stellen des Bundes nicht zu.

Der Gesetzgeber hat mit der Novellierung des BDSG zum 1.9.2009 dem bDSB zusätzlich zu dem Abberufungsschutz einen besonderen Kündigungsschutz gesetzlich zugesichert. D. h. die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist grundsätzlich unzulässig und nur dann ausnahmsweise zulässig, wenn »Tatsachen vorliegen, welche die verantwortliche Stelle zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung der Kündigungsfrist berechtigen«. Somit ist der bDSB ähnlich wie ein Personalratsmitglied gegen jede Form der ordentlichen Kündigung geschützt. Es ist lediglich eine außerordentliche Kündigung möglich. Zudem ist eine ordentliche Kündigung auch noch innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Bestellung unzulässig.<sup>37</sup>

## VII. Aufgaben des bDSB

In §4g BDSG sind die wichtigsten Aufgaben des bDSB festgelegt. Dieses stellt jedoch keine abschließende Aufzählung dar.<sup>38</sup> So wird in §4d Abs.6 BDSG dem bDSB etwa die Aufgabe zugeschrieben, die Vorabkontrolle durchzuführen.

### 1. Allgemeine Aufgaben

Nach §4g Abs.1 BDSG wirkt der bDSB auf die Einhaltung des BDSG sowie anderer Rechtsvorschriften über den Datenschutz hin. Nach dem alten BDSG hatte der bDSB die Ausführung des BDSG »sicherzustellen«. Die-

32 Vgl. Däubler/Klebe/Wedde/Weichert (Fn. 3), §4f Rn. 61g.

33 Vgl. BAG, Beschluss v. 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 –, AIB 1987, 287 ff.

34 Vgl. Gola/Schomerus (Fn. 7), §4f Rn. 50.

35 Es handelt sich um den in §203 StGB aufgelisteten Personenkreis.

36 Vgl. Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 5.Aufl., S. 434; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert (Fn. 3), §4f Rn. 54a.

37 Vgl. Däubler, DuD 2010, 22 f.; Schwab/Erhard, NZA 2009, 1118 ff.; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert (Fn. 3) §4f Rn. 70 ff.

38 Vgl. Däubler/Klebe/Wedde/Weichert (Fn. 3), §4g Rn. 1 ff.

ses war und ist schon deshalb nicht möglich, da der bDSB keine Weisungsbefugnis besitzt. Denn nur der Dienststellenleiter kann letztendlich die Einhaltung datenschutzrechtlicher Regelungen »sicherstellen«, wofür er ja auch die Verantwortung trägt und auch im Einzelfall haftet.

## 2. Umsetzung der Generalklausel

Bei der Aufgabe, auf die Einhaltung des BDSG hinzuwirken, hat der bDSB

- das BDSG in konkrete Verfahrensregeln umzusetzen,
- die Prüfung der Zulässigkeit der Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung gemäß § 4 Abs. 1 BDSG vorzunehmen,
- das Gebot der Datenvermeidung und Datensparsamkeit umzusetzen (§ 3a BDSG),
- dafür zu sorgen, dass die Individualrechte der Beschäftigten auf Benachrichtigung, Auskunft, Berichtigung, Löschung und Sperrung (§§ 33 ff. BDSG) umgesetzt werden,
- auf die Umsetzung und Einhaltung der technischen und organisatorischen Maßnahmen gemäß § 9 BDSG hinzuwirken.

Der bDSB hat aber auch in Bezug auf den Schutz der Beschäftigtendaten die Einhaltung anderer Rechtsvorschriften über den Datenschutz sicherzustellen. In Bezug auf die Bürger-/Patienten-/Klientendaten kommen weitere Datenschutzvorschriften in Betracht (z.B. das SGB). Hinsichtlich des Beschäftigtendatenschutzes kommen u.a. folgende Vorgaben in Betracht:

- Informations-, Beratungs- und Mitbestimmungsrechte des Personalrats zum Datenschutz,
- Begrenzung der Fragen, die der Arbeitgeber bei und nach der Einstellung stellen darf,
- Recht auf Akteneinsicht,
- die Wahrung der Berufsgeheimnisse, wie etwa die Schweigepflicht des Betriebsarztes,
- Dienstvereinbarungen und Sprüche der Einigungsstelle<sup>39</sup>.

## 3. Einzelaufgaben

In § 4g Abs. 1 sind unter den Nrn. 1 und 2 und Abs. 2 und in § 4d Abs. 5 und 6 BDSG beispielhaft Einzelaufgaben aufgelistet. Dabei handelt es sich um

- die Überwachung der ordnungsgemäßen Anwendung der Datenverarbeitungsprogramme,
- die Unterweisung der Beschäftigten,
- Führen von Übersichten,
- Vorabkontrolle.

### a) Überwachung der Programmanwendung

Nach § 4g Abs. 1 Nr. 1 BDSG hat der bDSB die ordnungsgemäße Anwendung der Datenverarbeitungsprogramme, mit deren Hilfe personenbezogene Daten verarbeitet werden, zu überwachen. Um diese Aufgabe wahrnehmen zu können, ist der bDSB vor Einführung entspre-

chender Programme über Vorhaben der automatisierten Datenverarbeitung personenbezogener Daten rechtzeitig zu unterrichten. Diese Unterrichtungspflicht, die sich bereits aus der in § 4f Abs. 5 BDSG festgelegten Unterstützungspflicht ergibt, umfasst mindestens die Informationen, die auch dem Personalrat zur Verfügung gestellt werden müssen. Oder anders ausgedrückt sind das die Informationen, die in den sogenannten Verfahrensübersichten vorgehalten werden müssen.

### b) Schulungen

In § 4g Abs. 1 Nr. 2 BDSG ist festgelegt, dass der bDSB die bei der Verarbeitung personenbezogener Daten tätigen Personen durch geeignete Maßnahmen mit den Vorschriften des BDSG sowie mit den anderen Vorschriften über den Datenschutz vertraut zu machen hat. Durch diese Regelung soll bei den Beschäftigten das Bewusstsein für die Bedeutung und Notwendigkeit des Datenschutzes geschaffen werden. Der bDSB muss die Schulungen grundsätzlich selbst durchführen. Er kann, soweit der Gegenstand es angebracht erscheinen lässt, externe Experten hinzuziehen.<sup>40</sup>

Die Schulungen müssen während der Arbeitszeit stattfinden. Die verantwortliche Stelle ist insoweit verpflichtet, die Beschäftigten von den Aufgaben freizustellen.<sup>41</sup> Die Behördenleitung hat die erforderlichen Räume und Mittel zur Verfügung zu stellen. Dabei sind die bestehenden Mitbestimmungsrechte des Personalrates zu beachten (§§ 75 Abs. 3 Nr. 7, 76 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG).<sup>42</sup>

Die Schulung der Beschäftigten ist eine der wesentlichen Voraussetzungen dafür, dass der Datenschutz in der Behörde »gelebt« wird.

### c) Vorabkontrolle

Der bDSB hat die nach § 4d Abs. 5 und 6 BDSG vorgesehene Vorabkontrolle durchzuführen. Dazu sind dem bDSB in der Planungsphase der Einführung einer technischen Einrichtung zur Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten die Verfahrensübersicht zur Verfügung zu stellen. Wie der bDSB die Vorabkontrolle durchführt, bleibt ihm selbst überlassen. Vorabkontrollen sind jedoch immer dann durchzuführen, soweit automatisierte Verarbeitungen besondere Risiken für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen aufweisen. In jedem Fall ist eine Vorabkontrolle durchzuführen, wenn

- besondere Arten personenbezogener Daten verarbeitet werden oder
- die Verarbeitung personenbezogener Daten dazu bestimmt ist, die Persönlichkeit des Betroffenen zu bewerten, einschließlich seiner Fähigkeit, seiner Leistung oder seines Verhaltens.

Von einer Vorabkontrolle soll abgesehen werden können, wenn eine gesetzliche Verpflichtung oder die

39 Vgl. Gola/Schomerus (Fn. 7), § 4g Rn. 2 ff.; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert (Fn. 3), § 4g Rn. 7.

40 Vgl. Simitis (Fn. 3), § 4g Rn. 59.

41 Vgl. Simitis (Fn. 3), § 4g Rn. 58.

42 Vgl. Gola/Schomerus (Fn. 7) § 4g Rn. 20; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert (Fn. 3), § 4g Rn. 18.

Einwilligung des Betroffenen vorliegt oder die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Betroffenen erforderlich ist.

In Zweifelsfällen hat der bDSB sich an die Aufsichtsbehörde bzw. an den Bundesbeauftragten für den Datenschutz zu wenden.

#### d) Führen von Übersichten

Wie bereits erwähnt müssen dem bDSB gemäß §4g Abs.2 BDSG die Übersichten nach §4e BDSG von der Dienststellenleitung zur Verfügung gestellt werden.

Der bDSB hat auf Antrag die Angaben der Verfahrensbeschreibung (§4e BDSG) jedermann in geeigneter Weise verfügbar zu machen. Davon ausgenommen sind die technischen und organisatorischen Datenschutzmaßnahmen und das Zugriffsberechtigungskonzept. Von dieser Vorgabe sind bestimmte in §6 BDSG genannte Stellen ausgenommen, so z.B. die Behörden der Staatsanwaltschaft und der Polizei sowie öffentliche Stellen der Finanzverwaltung.

### VIII. Personalrat und bDSB

#### 1. Zusammenarbeit

Der Datenschutz der Beschäftigten kann in zweierlei Hinsicht in der Dienststelle abgesichert werden. Zum einen durch den bDSB, der insbesondere darauf hinwirken muss, dass die in §4g BDSG genannten Aufgaben umgesetzt werden. Zum anderen hat der Personalrat hinsichtlich der Umsetzung des Datenschutzes der Beschäftigten starke Beteiligungsrechte. So ist insoweit bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten das Mitbestimmungsrecht des Personalrats nach §75 Abs.3 Nr.17 BPersVG zwingend zu beachten, da eine Missachtung der Mitbestimmung zur Unzulässigkeit der Datenverarbeitung führt.<sup>43</sup>

Auch wenn es eine Überschneidung der Aufgaben des bDSB mit den Aufgaben des Personalrats hinsichtlich des Beschäftigtendatenschutzes gibt, muss jede Seite ihre Kontrollaufgabe unabhängig von einander unter den

jeweils geltenden Bedingungen und mit den zur Verfügung stehenden Mitteln erfüllen.<sup>44</sup> Da es einen doppelten Kontrollauftrag gibt, bietet sich eine Zusammenarbeit zwischen bDSB und Personalrat an. Auch wenn von einer Verpflichtung des bDSB zur Kooperation mit dem Personalrat gesprochen wird<sup>45</sup>, kann es sich bei dem Gebot einer Zusammenarbeit nur um eine Empfehlung handeln.

#### 2. Gegenseitige Kontrolle

Der Personalrat hat im Rahmen seines Überwachungsrechts hinsichtlich bestehender Gesetze auch die Einhaltung des BDSG und damit auch die Aufgabenerfüllung des bDSB zu überwachen. Dabei sollte sich die Überwachungsaufgabe gegen den Dienststellenleiter richten, der für die Umsetzung des BDSG und die Aufgabenerfüllung des bDSB verantwortlich ist.

Strittig ist die Frage, ob der bDSB im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung ein Kontrollrecht gegenüber dem Personalrat hat. Die Diskussion um dieses Thema ist durch die Rechtsprechung des BAG<sup>46</sup> vom 11.11.1997 weitgehend geklärt worden. Das BAG führt dazu aus, dass entsprechende Kontrollmaßnahmen dem Arbeitgeber zuzurechnen sind, da es sich bei dem bDSB um den »verlängerten Arm« des Arbeitgebers handelt. Denn der Arbeitgeber bestellt den bDSB allein. Die Einflussnahme des Betriebsrats bei der Bestellung ist eher gering. Eine Kontrolle des Betriebsrats will das BAG dann nicht ausschließen, wenn es bei der Bestellung des bDSB ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gäbe<sup>47</sup>. Zudem betont das BAG, dass der Betriebsrat den Datenschutz in seinem eigenen Bereich umsetzen muss. Dieses gilt in gleicher Weise für den Personalrat.

*Bruno Schierbaum  
BTQ Niedersachsen GmbH  
Oldenburg*

<sup>43</sup> Vgl. Gola/Schomerus (Fn. 7), §4g Rn. 6.

<sup>44</sup> Vgl. Simitis (Fn. 3), §4g Rn. 7.

<sup>45</sup> Vgl. Simitis (Fn. 3), §4g Rn. 8.

<sup>46</sup> Vgl. BAG, Beschluss v. 11.11.1997 – 1 ABR 21/97 –, DuD 1998, 227 ff.

<sup>47</sup> Ein entsprechendes Mitbestimmungsrecht gibt es nicht im BPersVG. Es gibt jedoch Landespersonalvertretungsgesetze, nach denen der Personalrat ein echtes Mitbestimmungsrecht bei der Bestellung und Abberufung des bDSB hat, z.B. §74 Abs. 1 Nr. 3 HPVG, §79 Abs. 3 Nr. 2 LPVG BW, §67 Abs. 1 Nr. 9 NPersVG.