

A man in a blue shirt and dark trousers is walking down a long aisle in a server room. The aisle is lined with glass-fronted server racks. The ceiling is high with yellow structural beams and recessed lighting. The man is holding a blue folder and looking towards the camera. His reflection is visible in the glass doors of the server racks on both sides.

# Unentbehrliche Wächter

**DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE** *Das neue europäische Datenschutzrecht hat die Rolle des behördlichen und betrieblichen Datenschutzers gestärkt. Keine Behörde und kaum ein Unternehmen kommen noch an ihm vorbei. Das ist gut so. Die gesetzlichen Grundlagen sind aber alle neu. Dieser und der nachfolgende Beitrag schaffen den Überblick.*

VON BRUNO SCHIERBAUM

**M**it der Umsetzung der EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), die spätestens am 25. Mai 2018 erfolgt sein muss, wird für Behörden in jedem Fall und für Unternehmen mit Einschränkungen weiterhin die Pflicht bestehen, einen internen Datenschutzbeauftragten zu benennen. Die DSGVO enthält dazu die folgenden Vorgaben:

- Benennung: Art. 37 DSGVO
- Stellung: Art. 38 DSGVO
- Aufgaben: Art. 39 DSGVO

Ergänzend zur Grundverordnung wird das neue Bundesdatenschutzgesetz (BDSG-neu) anzuwenden sein, das als Artikel 1 Bestandteil des Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetzes (DSAnpUG) ist.<sup>1</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat die Öffnungsklausel des Art. 37 Abs. 4 DSGVO genutzt und folgende ergänzende Regelungen zum Datenschutzbeauftragten verabschiedet:

- Datenschutzbeauftragte öffentlicher Stellen: §§ 5 – 7 BDSG-neu
- Datenschutzbeauftragte nicht-öffentlicher Stellen: § 38 BDSG-neu

Die Öffnungsklausel können auch die Bundesländer nutzen, um ihre Landesdatenschutzgesetze den Vorgaben der DSGVO anzupassen. Soweit ersichtlich, gibt es auf Landesebene wenig Aktivitäten in dieser Hinsicht.

### Datenschutzbeauftragter ist Pflicht

Die DSGVO sieht die Benennung eines Datenschutzbeauftragten in Unternehmen und Behörden vor. In Art. 37 Abs. 1 DSGVO ist eine Aufzählung enthalten, wann diese in jedem Fall vorzunehmen ist. Dabei wird unterschieden zwischen Behörden, also öffentlichen Stellen, und Privatunternehmen, den nicht-öffentlichen Stellen.

#### ► Benennung durch öffentliche Stellen

Die Bestellung ist verpflichtend für Behörden oder sonstige öffentlichen Stellen, Art. 37 Abs. 1a DSGVO. Ausgenommen werden nur Gerichte, die im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit handeln. Soweit diese administrative Aufgaben für den Bereich der Justizverwaltung

wahrnehmen, wie zum Beispiel im Rahmen der Personalplanung und -verwaltung in Bezug auf ihre Beschäftigten, greift diese Ausnahme nicht und ein Datenschutzbeauftragter ist zu bestellen.<sup>2</sup>

Öffentliche Stellen müssen in jedem Fall einen Datenschutzbeauftragten benennen.<sup>3</sup> Aktuell sehen die Vorgaben in den Landesdatenschutzgesetzen uneinheitlich aus, was die Bestellung des behördlichen Datenschutzbeauftragten anbelangt. Eine solche ist nicht in jedem Bundesland für öffentliche Stellen verpflichtend. So ist die Bestellung in Baden-Württemberg, Hamburg, Saarland oder Schleswig-Holstein als »Kann-Vorschrift« ausgestaltet.

Einige Datenschutzgesetze schreiben zudem die Bestellung eines Stellvertreters vor, etwa die in Berlin, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen oder des Saarlands. Nach dem Landesdatenschutzgesetz Rheinland-Pfalz muss die Bestellung nur erfolgen, wenn mindestens zehn Beschäftigte personenbezogene Daten verarbeiten. Diese Vorgaben können mit dem 25. Mai 2018 in der Praxis nicht mehr weiter angewendet werden. Natürlich ist weiterhin beispielsweise freiwillig ein Stellvertreter bestimmbar.

Die Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten sieht für sogenannte nicht-öffentliche Stellen anders aus.

#### ► Benennung durch nicht-öffentliche Stellen

Als nicht-öffentliche Stellen werden weiterhin solche bezeichnet, die nicht den öffentlichen Stellen des Bundes oder der Länder zuzurechnen sind.<sup>4</sup>

Dabei kommt es auf die Rechtsform der Einrichtung nicht an, so kann es sich etwa um eine GmbH, OHG, AG, Stiftung oder um einen eingetragenen Verein handeln. Die DSGVO sieht einen internen Datenschutzbeauftragten in zwei Fällen vor:

1. Wenn die Kerntätigkeit eines Verantwortlichen (eines Unternehmens) in der Durchführung von Verarbeitungstätigkeiten besteht, die aufgrund ihrer Art, ihres Umfangs und/oder ihrer Zwecke eine umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung von betroffenen Personen erforderlich machen, ist ein Datenschutzbeauftragter benennen, Art. 37 Abs. 1 b DSGVO.

### DARUM GEHT ES

1. Bei der Benennung des Datenschutzbeauftragten sind die neuen gesetzlichen Vorgaben zu beachten.
2. Unternehmensgruppen als auch öffentliche Stellen können gemeinsame Beauftragte bestimmen.
3. Die Interessenvertretung ist in vielen Fällen bei der Bestellung des Datenschutzbeauftragten zu beteiligen.

<sup>1</sup> Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (DSAnpUG-EU) BGBl. vom 5.7.2017, 2097 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Sydow (Hrsg.), EU-DSGVO, Art. 37 Rn. 56; Niklas/Fass, Der Datenschutzbeauftragte nach der DSGVO, in: NZA 17/2017, 1091

<sup>3</sup> Vgl. Marschall/Müller, Der Datenschutzbeauftragte im Unternehmen zwischen BDSG und DSGVO, in: RDV 9/2016, 415

<sup>4</sup> In § 2 BDSG-neu werden die Begriffe »öffentliche Stelle des Bundes«, »öffentliche Stellen der Länder« und »nicht-öffentliche Stellen« verwendet.

**EU-DATENSCHUTZ-GRUNDVERORDNUNG****Art. 37 Abs. 1 und 2 – Benennung eines Datenschutzbeauftragten**

(1) Der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter benennen auf jeden Fall einen Datenschutzbeauftragten, wenn

a) die Verarbeitung von einer Behörde oder öffentlichen Stelle durchgeführt wird, mit Ausnahme von Gerichten, die im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit handeln,

b) die Kerntätigkeit des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters in der Durchführung von Verarbeitungsvorgängen besteht, welche aufgrund ihrer Art, ihres Umfangs und/oder ihrer Zwecke eine umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung von betroffenen Personen erforderlich machen, oder

c) die Kerntätigkeit des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters in der umfangreichen Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten gemäß Artikel 9 oder von personenbezogenen Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten gemäß Artikel 10 besteht.

(2) Eine Unternehmensgruppe darf einen gemeinsamen Datenschutzbeauftragten ernennen, sofern von jeder Niederlassung aus der Datenschutzbeauftragte leicht erreicht werden kann.

2. Ein Datenschutzbeauftragter ist zu benennen, wenn die Kerntätigkeit des Verantwortlichen in der umfangreichen Verarbeitung besonderer Arten personenbezogener Daten besteht, Art. 37 Abs. 1c DSGVO (siehe zu besonderen Arten personenbezogener Daten Art. 9 DSGVO).

Diese Vorgaben können in der Praxis zu Diskussionen führen, unter anderem mit der Folge, dass viele Unternehmen künftig keinen Datenschutzbeauftragten bestellen müssen. Denn es sind einige unbestimmte Rechtsbegriffe in der genannten Vorschrift enthalten, wie »Kerntätigkeit« und »umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung«.

► Vorgaben des BDSG-neu

Die Diskussion erübrigt sich ein Stück weit, da der deutsche Gesetzgeber tätig geworden ist. Durch die Nutzung der Öffnungsklausel in Art. 37 Abs. 4 DSGVO bleibt durch die ergänzenden Vorschriften des § 38 BDSG-neu die Vorgabe des § 4f Abs. 1 BDSG-alt erhalten, nach der Unternehmen, bei denen mehr als neun Personen personenbezogene Daten verarbeiten, (weiterhin) einen Datenschutzbeauftragten bestellen müssen.

Muss ein Unternehmen aufgrund der Verarbeitungen eine Datenschutzfolgenabschätzung vornehmen, ist unabhängig von der Zahl der Beschäftigten ein Datenschutzbeauftragter zu bestellen, § 38 Abs. 1 BDSG-neu. Dieses gilt auch, wenn personenbezogene Daten zum Zwecke der geschäftsmäßigen Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- und Meinungsforschung verarbeitet werden.

Greifen die Vorgaben des Art. 37 Abs. 1 DSGVO, ist ebenfalls unabhängig von der Anzahl der Personen, die personenbezogene Daten verarbeiten, ein Datenschutzbeauftragter zu benennen.

► Schriftform ist sinnvoll

Während das aktuelle BDSG eine schriftliche Bestellung des Datenschutzbeauftragten vorsieht, schreibt die DSGVO keine Schriftlichkeit vor. Aber allein durch die Tatsache, dass

eine unterbliebene Benennung nach Art. 83 Abs. 4a DSGVO mit einem Bußgeld von 10 Mio. Euro oder im Fall eines Unternehmens von bis zu zwei Prozent seines gesamt erzielten Jahresumsatzes des Vorjahres sanktioniert werden kann, ist eine schriftliche Bestellung nachdrücklich zu empfehlen.<sup>5</sup>

Die in Art. 5 Abs. 2 DSGVO verankerte Rechenschaftspflicht hinsichtlich der Umsetzung der Grundsätze der Verarbeitung des Art. 5 DSGVO kann als ein weiterer Aspekt für die schriftliche Bestellung gesehen werden.<sup>6</sup> So ist bei der Prüfung durch die Datenschutz-Aufsichtsbehörden der Nachweis möglich.<sup>7</sup>

Verzichtet man auf die Schriftform, sollte die Aufstellung des Datenschutzbeauftragten in geeigneter Weise dokumentiert werden, zum Beispiel mit dem Zeitpunkt der Wirksamkeit der Benennung, die vom Datenschutzbeauftragten übernommenen gesetzlichen Aufgaben, das zur Verfügung gestellte Zeitkontingent und die zur Verfügung gestellten Ressourcen.<sup>8</sup> Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist in einem bestehenden Beschäftigungsverhältnis bei einer Bestellung zum Datenschutzbeauftragten ein schriftlicher Änderungsvertrag erforderlich.<sup>9</sup>

► Berufliche Qualifikation

Die DSGVO verlangt in Art 37 Abs. 5 DSGVO folgende Qualifikationen des Datenschutzbeauftragten:

- berufliche Qualifikation,
- Fachwissen auf dem Gebiet des Datenschutzrechts und der Datenschutzpraxis,
- Fähigkeit zur Erfüllung der in der DSGVO genannten Aufgaben.

Die Grundverordnung sieht vor, dass der Datenschutzbeauftragte sowohl in rechtlicher als auch in technischer Hinsicht über ein spezifisches Fachwissen verfügen muss, um so bezogen auf die praktischen Anforderungen des Unternehmens zur Umsetzung des Datenschutzes beitragen zu können. Ansonsten gibt die Verordnung wenig Anhaltspunkte in Bezug auf die erforderliche Qualifikation.

Der Erwägungsgrund 97 stellt heraus, dass das erforderliche Niveau des Fachwissens sich insbesondere nach den durchgeführten Ver-

<sup>5</sup> Vgl. Ehmann, Die Bestellung zum Datenschutzbeauftragten, in: Datenschutz-Praxis, 9/2017, 2; Jaspers/Reif, Der Datenschutzbeauftragte nach der DSGVO: Bestellpflicht, Rechtstellung und Aufgaben, in: RDV 2/2016, 63; Marschall/Müller, aaO., 416

<sup>6</sup> Vgl. Marschall/Müller, aaO., 416

<sup>7</sup> Vgl. Kühling/Buchner (Hrsg.), DSGVO, Art. 37 Rn. 32; Sydow (Hrsg.), aaO., Art. 37 Rn. 121; vgl. auch Gola/Pötters/Wronka, Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz, 481

<sup>8</sup> So Der Hess. Datenschutzbeauftragte, Der behördliche und betriebliche Datenschutzbeauftragte nach neuem Recht, Juni 2017, 10

<sup>9</sup> Vgl. Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, § 4f Rn. 26 mit weiteren Nachweisen

## CHECKLISTE

## Wesentliche Neuerungen zum internen Datenschutzbeauftragten

### Benennung eines Datenschutzbeauftragten

- Benennung durch jede Behörde:
  - aktuell bestehende Ausnahmen in einigen Landesdatenschutzgesetzen sind nicht mehr anzuwenden;
- keine Verpflichtung einen Stellvertreter zu bestellen (aktuell in einigen LDSG vorgesehen).
- Nicht-öffentliche Stellen (Unternehmen), Benennung in jedem Fall, wenn
  - die Kerntätigkeit eine regelmäßige und systematische Überwachung von Personen erforderlich machen;
  - die Kerntätigkeit darin besteht, sensible Daten (Art. 9 DSGVO) zu verarbeiten;
  - eine Datenschutzfolgenabschätzung (Art. 35 DSGVO) erforderlich ist.
- Schriftform der Bestellung nicht erforderlich
- Bestellung eines Konzerndatenschutzbeauftragten für mehrere Unternehmen einer Unternehmensgruppe:
  - muss für alle Beschäftigten erreichbar sein
- Mehrere Behörden können einen gemeinsamen Datenschutzbeauftragten bestellen.
- Veröffentlichung der Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten

### Stellung und Aufgaben des Datenschutzbeauftragten

- frühzeitige Einbindung in alle Fragen des Datenschutzes
- Bericht an höchster Ebene (keine direkte Unterstellung der höchsten Ebene)
- kein besonderer Kündigungsschutz nach der DSGVO
- Beratung und Unterstützung betroffener Personen (nicht nur Beschäftigte, sondern auch Kunden, Bürger, Klienten oder Patienten)
- Sensibilisierung und Schulung der Beschäftigten muss nicht vom Datenschutzbeauftragten durchgeführt werden (lediglich Überwachungsrecht).
- Datenschutzfolgenabschätzung muss nicht durch den Datenschutzbeauftragten durchgeführt werden (nur beratende Funktion).
- Anlaufstelle / Ansprechpartner für die Datenschutz-Aufsicht

arbeitsvorgängen und dem erforderlichen Schutz für die verarbeiteten personenbezogenen Daten richten sollte.<sup>10</sup>

Die konkrete Qualifikation des Datenschützers folgt im Grunde genommen dem Risikoansatz, der nach Art. 35 DSGVO zur Datenschutzfolgenabschätzung vorzunehmen ist.<sup>11</sup> Das heißt, transferiert das Unternehmen keine personenbezogenen Daten ins außereuropäische Ausland, ist eine Qualifikation auf diesem Gebiet für ihn nicht erforderlich.

#### ► Interner/externer Datenschutzbeauftragter

Der Datenschutzbeauftragte kann Beschäftigter des Verantwortlichen sein, aber auch als

externe Person im Rahmen eines Dienstleistungsvertrags für ein Unternehmen tätig werden, Art. 37 Abs. 6 DSGVO. Für einen externen Datenschutzbeauftragten spricht dessen Spezialisierung für diese Tätigkeit und unter Umständen eine höhere Fachkompetenz. Er wird auch nicht in Interessenkonflikte kommen können. Zu bedenken ist jedoch, dass eine externe Person mit den betrieblichen Abläufen nicht so vertraut ist wie ein intern Beschäftigter und dass er nicht jederzeit verfügbar ist. Man wird – auch wenn das umstritten ist<sup>12</sup> – keine juristische Person, etwa eine Unternehmensberatungsgesellschaft, bestellen können, denn diese verfügt nicht über die in Art. 37 Abs. 5 DSGVO genannten Qualifikationen, »berufliche Qualifikation«, »Fachwissen«

## EU-DATENSCHUTZ-GRUNDVERORDNUNG

### Art. 37 Abs. 3 bis 5 – Benennung eines Datenschutzbeauftragten

(3) Falls es sich bei dem Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter um eine Behörde oder öffentliche Stelle handelt, kann für mehrere solcher Behörden oder Stellen unter Berücksichtigung ihrer Organisationsstruktur und ihrer Größe ein gemeinsamer Datenschutzbeauftragter benannt werden.

(4) In anderen als den in Absatz 1 genannten Fällen können der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter oder Verbände und andere Vereinigungen, die Kategorien von Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern vertreten, einen Datenschutzbeauftragten benennen; falls dies nach dem Recht der Union oder der Mitgliedstaaten vorgeschrieben ist, müssen sie einen solchen benennen. Der Datenschutzbeauftragte kann für derartige Verbände und andere Vereinigungen, die Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter vertreten, handeln.

(5) Der Datenschutzbeauftragte wird auf der Grundlage seiner beruflichen Qualifikation und insbesondere des Fachwissens benannt, das er auf dem Gebiet des Datenschutzrechts und der Datenschutzpraxis besitzt, sowie auf der Grundlage seiner Fähigkeit zur Erfüllung der in Artikel 39 genannten Aufgaben.

<sup>10</sup> So der Erwägungsgrund 97, Satz 3 zur DSGVO  
<sup>11</sup> Kühling/Buchner (Hrsg.), aaO., Art. 37 Rn. 114

<sup>12</sup> Vgl. hierzu: Sydow (Hrsg.), aaO., Art. 37 Rn. 117 ff.; Der Hess, Datenschutzbeauftragte, aaO., 12

oder »Fähigkeit«.<sup>13</sup> Das können nur Merkmale einer natürlichen Person sein. Selbst wenn mit einem Dienstleistungsunternehmen ein Vertrag über die Benennung eines externen Datenschutzbeauftragten abgeschlossen wird und mehrere Personen an der Beratung zum Datenschutz beteiligt sind, sollte ein Hauptverantwortlicher benannt werden.<sup>14</sup>

#### ► Teilzeit-/Vollzeit und Interessenkonflikt

Der Datenschutzbeauftragte kann auch andere Aufgaben und Pflichten wahrnehmen. Der Verantwortliche stellt sicher, dass derartige Aufgaben und Pflichten nicht zu einem Interessenkonflikt führen, Art. 38 Abs. 6 DSGVO. Diese Regelung stellt auch klar, dass der Datenschutzbeauftragte nicht ein Vollzeit-Datenschutzbeauftragter sein muss, aber es darf keinen Interessenkonflikt geben.

Ein solcher liegt offensichtlich dann vor, wenn sich der Datenschutzbeauftragte selbst kontrollieren müsste. Das ist etwa der Fall, wenn er gleichzeitig Geschäftsführer, IT-, Personal-, Marketing- oder Vertriebsleiter ist.<sup>15</sup>

Die umstrittene Frage, ob ein Mitglied des Betriebsrats Datenschutzbeauftragter sein kann, sollte durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG), die eine Inkompatibilität ausschließt, geklärt sein.<sup>16</sup> Ein Betriebsratsmitglied kann das Amt des Datenschutzbeauftragten ausüben, sonst wäre eine Benachteiligung des Beschäftigten und Betriebsratsmitglieds nach § 78 BetrVG gegeben. Gleiches gilt für Mitglieder des Personalrats.

#### ► Konzerndatenschutzbeauftragter

Unternehmensgruppen können einen gemeinsamen Datenschutzbeauftragten bestellen, sofern er von jeder Niederlassung aus leicht erreichbar ist, Art. 37 Abs. 2 DSGVO. Die Unternehmensgruppe ist als Gruppe definiert, die aus einem herrschenden und den von diesen abhängigen Unternehmen besteht, Art. 4 Abs. 19 DSGVO.

Die leichte Erreichbarkeit kann anhand der drei Kriterien, räumliche, sprachliche und zeitliche Erreichbarkeit beurteilt werden.<sup>17</sup> Der räumliche Aspekt erfordert, dass ein persönliches Treffen mit dem Datenschutzbeauftragten mit geringem Aufwand möglich sein

muss. Die Erreichbarkeit mit Kommunikationsmitteln kann hier wohl nicht gemeint sein, denn dann würde die Vorschrift »ins Leere laufen«.<sup>18</sup> Denn Fernkommunikation ist weltweit möglich. Um einzelne Niederlassungen zu erreichen, müsste die maximale Entfernung im Rahmen einer Tagesreise – Hin- und Rückfahrt – innerhalb der üblichen Arbeitszeiten bewältigt werden können.<sup>19</sup>

Hinsichtlich des sprachlichen Aspekts ist zu verlangen, dass der Datenschutzbeauftragte die Sprachen aller Niederlassungen fließend beherrscht. Auch daran kann eine vom Deutschen abweichende Arbeitssprache – zum Beispiel ist die Arbeitssprache im Unternehmen Englisch – nichts ändern.<sup>20</sup> Der zeitliche Aspekt beinhaltet, dass der Datenschutzbeauftragte tatsächlich kurzfristig zu erreichen ist und von seiner Arbeitsbelastung her auch alle Niederlassungen betreuen kann.

Soll in einem Konzern, in dem es aktuell in jeder GmbH einen Datenschutzbeauftragten geben muss, ein Konzerndatenschutzbeauftragter bestellt werden, kann dieser nicht ohne Weiteres die einzelnen Beauftragten ersetzen, denn diese haben nach dem BDSG und auch nach der DSGVO einen Abberufungsschutz, so dass diese weiter im Amt bleiben werden. Denn nach der Rechtsprechung des BAG führt die Absicht der konzernweiten Betreuung des Datenschutzes in dem konkreten Fall durch einen externen Beauftragten nicht zu einem wichtigen Grund zur Abberufung des Datenschutzbeauftragten nach § 4 f Abs. 3 BDSG.<sup>21</sup>

#### ► Gemeinsamer Datenschutzbeauftragter bei Behörden

Öffentliche Stellen können für mehrere Behörden oder Stellen einen gemeinsamen Datenschutzbeauftragten bestellen, Art. 37 Abs. 3 DSGVO. Dabei sind die Organisationsstruktur und die Größe der Stellen zu berücksichtigen. Regelungen in einzelnen Landesdatenschutzgesetzen, die ausschließlich einen internen Datenschutzbeauftragten erlauben, sind künftig nicht mehr zulässig.<sup>22</sup>

#### ► Veröffentlichung der Kontaktdaten

Der Verantwortliche veröffentlicht die Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten und

<sup>13</sup> Vgl. Paal/Pauly (Hrsg.), DSGVO, Art. 37 Rn. 15

<sup>14</sup> So wohl Der Hess. Datenschutzbeauftragte, aaO., 12

<sup>15</sup> Vgl. mit weiteren Beispielen: Kühling/Buchner (Hrsg.), DSGVO, Art. 38 Rn. 40 ff.

<sup>16</sup> Vgl. BAG 23.3.2011 – 10 AZR 562/09, in: ZD 2/2011, 82 ff.; auch wenn es in diesem Fall um ein BR-Mitglied ging, kann in Bezug auf Personalratsmitglieder keine andere Einschätzung vorgenommen werden; vgl. auch: Wybitul (Hrsg.), Handbuch EU-DSGVO, Art. 38 Rn. 31

<sup>17</sup> Vgl. hierzu: Kühling/Buchner (Hrsg.), aaO., Art. 37 Rn. 27 f

<sup>18</sup> Vgl. Paal/Pauly (Hrsg.), DSGVO, Art. 37 Rn. 40; Kühling/Buchner (Hrsg.), aaO., Art. 37 Rn. 28

<sup>19</sup> Vgl. Paal/Pauly (Hrsg.), aaO., Art. 37 Rn. 40; vgl. auch Niklas/Fass, aaO., in: NZA 17/2017, 1093

<sup>20</sup> Vgl. Kühling/Buchner (Hrsg.), aaO., Art. 37 Rn. 28

<sup>21</sup> Vgl. BAG 23.3.2011 – 10 AZR 562/09, in: RDV 2011, 237 ff.; vgl. auch Jaspers/Reif, aaO., 63

<sup>22</sup> Vgl. Jasper/Reif, aaO., 63

teilt diese der Aufsichtsbehörde mit. Die Verordnung lässt offen, was darunter zu verstehen ist.

Es ist wohl nicht die Veröffentlichung in einer Tageszeitung gemeint, sondern dem Zweck der Vorgabe folgend, ist das Veröffentlichende der Kontaktdaten auf der Homepage des Verantwortlichen wohl die angemessene Form. Denn es geht um die dauerhafte Auffindbarkeit durch jede Person.<sup>23</sup>

Diese neue Pflicht zur Veröffentlichung der Kontaktdaten muss die Funktion »Datenschutzbeauftragter« enthalten, aber nicht aus Gründen des Datenschutzes zwingend dessen Namen. Durch diese Pflicht wird der Bedeutung des Datenschutzbeauftragten als »Anwalt der Betroffenen« und als fachlicher Ansprechpartner für die Datenschutz-Aufsichtsbehörde deutlich gemacht.<sup>24</sup>

#### ► Aktuell tätige Datenschutzbeauftragte

Wurde in der Vergangenheit ein betrieblicher oder behördlicher Datenschutzbeauftragter nach § 4f Abs. 1 BDSG bestellt, so führt das Inkrafttreten der DSGVO nicht dazu, dass dies rechtswidrig ist. Die nach dem BDSG erfolgte Bestellung wirkt als Benennung nach der DSGVO fort.<sup>25</sup> Mit der Anwendung der DSGVO sind die Rechtsgrundlagen, auf deren Basis einer Bestellung erfolgt ist, nicht rechtswidrig.<sup>26</sup> Zudem enthalten sowohl das aktuelle BDSG als auch die DSGVO einen Abberufungsschutz.

#### ► Beteiligung der Interessenvertretung

Beim Benennen des Beauftragten selbst hat der Betriebs- oder Personalrat nach der DSGVO und dem BDSG-neu kein Mitbestimmungsrecht. Ist dieser Vorgang mit einer Einstellung oder Versetzung verbunden, hat der Betriebsrat ein Informations- und Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 BetrVG.

Der Personalrat hat bei Beschäftigten ein Mitbestimmungsrecht bei Einstellung oder Versetzung zu einer anderen Dienststelle nach § 75 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 BPersVG und bei Beamten ein eingeschränktes Mitbestimmungsrecht bei Einstellung oder Versetzung in einer anderen Dienststelle nach § 76 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 BPersVG.

Einige Landespersonalvertretungsgesetze räumen dem Personalrat bei der Bestellung

und zum Teil auch bei der Abberufung des Datenschutzbeauftragten ein Mitbestimmungsrecht ein (zum Beispiel § 66 Nr. 6 PersVG Bra, § 74 Abs. 1 Nr. 3 HPersVG, § 88 Abs. 1 Nr. 37 HmbPersVG, § 79 Abs. 3 Nr. 2 LPVG BW, § 67 Abs. 1 Nr. 9 NPersVG, § 72 Abs. 4 Nr. 6 LPVG NW, § 80 Abs. 2 Nr. 8 LPersVG RP).

#### ► Sanktionen

Verstöße gegen die Vorgaben der Art. 37 bis 39 DSGVO können künftig mit Geldbußen von bis zu 10 Mio. Euro oder im Falle eines Unternehmens bis zu zwei Prozent seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes sanktioniert werden. Diese in Art. 83 DSGVO festgelegten Bußgeldtatbestände stellen im Vergleich zum BDSG eine erhebliche Sanktionsverschärfung dar.

In Bezug auf Behörden hat der deutsche Gesetzgeber die Öffnungsklausel der DSGVO genutzt und nach § 43 Abs. 3 BDSG-neu geregelt, dass gegen Behörden keine Geldbußen verhängt werden.

#### Fazit

Die Benennung eines internen Datenschutzbeauftragten sollte gerade in Unternehmen nicht »auf die leichte Schulter genommen werden«, denn Verstöße können künftig mit empfindlichen Geldbußen sanktioniert werden. Alle Behörden müssen einen Datenschutzbeauftragten bestellen, so dass Sonderregelungen in einzelnen Landesdatenschutzgesetzen (Freiwilligkeit oder Bestellung ab 10 Personen) nicht mehr anzuwenden sind.

Behörden können einen gemeinsamen Datenschutzbeauftragten und Unternehmensgruppen einen gemeinsamen Konzerndatenschutzbeauftragten bestellen. Aber aktuell bestellte Datenschützer in Unternehmen haben einen Abberufungsschutz, so dass der Konzernbeauftragte wohl zusätzlich bestellt werden muss. ◀



**Bruno Schierbaum,**  
BTQ Niedersachsen GmbH  
schierbaum@btq.de  
www.btq.de

Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit der Stellung und den Aufgaben des betrieblichen und behördlichen Datenschutzbeauftragten.

## BUNDESDATEN-SCHUTZGESETZ-NEU

### § 38 – Datenschutzbeauftragte nichtöffentlicher Stellen

(1) Ergänzend zu Artikel 37 Absatz 1 Buchstabe b und c der Verordnung (EU) 2016/679 benennen der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter eine Datenschutzbeauftragte oder einen Datenschutzbeauftragten, soweit sie in der Regel mindestens zehn Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigen. Nehmen der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter Verarbeitungen vor, die einer Datenschutz-Folgenabschätzung nach Artikel 35 der Verordnung (EU) 2016/679 unterliegen, oder verarbeiten sie personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zweck der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung, haben sie unabhängig von der Anzahl der mit der Verarbeitung beschäftigten Personen eine Datenschutzbeauftragte oder einen Datenschutzbeauftragten zu benennen.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu Sydow (Hrsg.), aaO., Art. 37 Rn. 128 f.

<sup>24</sup> Vgl. Jasper/Reif, aaO., 65

<sup>25</sup> Vgl. Laue/Nink/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 199; Sydow (Hrsg.), aaO., Art. 37 Rn. 125

<sup>26</sup> Vgl. Ehmann, Gilt eine vorhandene Bestellung zum Datenschutzbeauftragten weiter?, in: Datenschutz-Praxis 10/2017, 1