

Der betriebliche und behördliche Datenschutzbeauftragte

Die Aufgaben, die Rechte und Pflichten des Datenschutzbeauftragten ›vor Ort‹ genau zu kennen, ist für den Betriebs- oder Personalrat unerlässlich – gerade weil er ein Mitbestimmungsrecht bei dessen Bestellung (und Abberufung) nicht hat. Hier nun eine systematische und umfassende Darstellung dieses Themas unter Berücksichtigung des novellierten Bundesdatenschutzgesetzes.

FÜR DIE UMSETZUNG der Datenschutzbestimmungen in die Praxis ist in erster Linie der Arbeitgeber zuständig – obwohl im BDSG der Begriff Arbeitgeber überhaupt nicht auftaucht, sondern als ›Adressat‹ des Gesetzes die so genannte ›verantwortliche Stelle‹, also das Unternehmen, die Behörde oder sonst eine personenbezogene Daten verarbeitende Einrichtung.

In der Praxis allerdings hat sich gezeigt, dass die eigentlichen Garanten für die Gewährleistung und Kontrolle des Datenschutzes der betriebliche oder behördliche Datenschutzbeauftragte (bDSB)¹ und beim Beschäftigten-Datenschutz der Betriebsrat oder Personalrat sind.

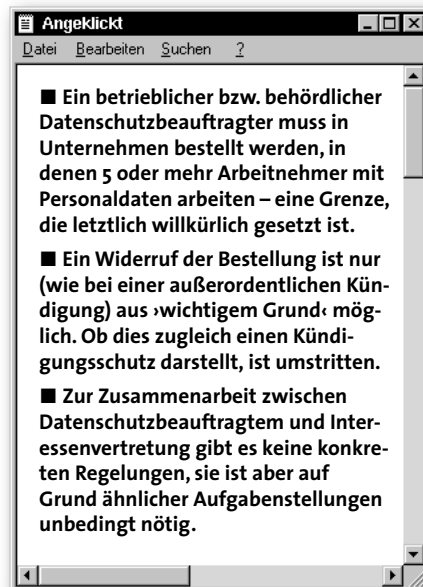
Neu ist vor allem, dass durch die Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes die §§ 36 und 37 BDSG in den ersten Abschnitt des BDSG vorgezogen werden, mit der Konsequenz, dass die Bestellung eines behördlichen Datenschutzbeauftragten im öffentlichen Bereich des Bun-

1... Seine Bestellung, seine Aufgaben und Pflichten regelt das BDSG; auch die Landesdatenschutzgesetze enthalten Regelungen zu den behördlichen Datenschutzbeauftragten, die aber nicht wesentlich von dem hier Dargestellten abweichen.

des damit erstmals gesetzlich vorgeschrieben ist.

Der betriebliche/behördliche Datenschutzbeauftragte

DIE BESTELLUNG UND Abberufung des bDSB (ein Kürzel sowohl für den betrieblichen als auch den behördlichen Datenschutzbeauftragten) ist in § 4 f Abs. 1 BDSG geregelt, wobei gleichzeitig die Beteiligungsrechte der Interessenvertretung zu beachten sind.



Bestellung des bDSB

Nicht-öffentliche ›verantwortliche Stellen‹, die personenbezogene Daten automatisiert erheben, verarbeiten oder nutzen, haben (ebenso wie öffentliche Stellen des Bundes) laut BDSG einen bDSB zu bestellen (§ 4 f Abs. 1 BDSG). Unter ›Stelle‹ versteht das BDSG jede formalrechtlich selbstständige Einheit.

Das gilt trotz des engen *wirtschaftlichen* Verbunds auch in einem Konzern. Rechtlich selbstständige Konzernunternehmen sind daher als eigenständige ›verantwortliche Stellen‹ im Sinne des BDSG anzusehen und somit zur Bestellung eines bDSB verpflichtet. Die Bezeichnung ›Konzernschutzbeauftragter‹ ist daher irreführend, auch wenn sich dieser Begriff mittlerweile eingebürgert hat.

Irreführend ist aber auch schon – das macht dieses Beispiel ebenfalls deutlich – der Begriff des *betrieblichen* Datenschutzbeauftragten selber. Denn nicht jeder einzelne *Betrieb* muss einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestellen, sondern jede rechtlich selbstständige ›Einheit‹, meist also *ein Unternehmen* (das dann durchaus mehrere Betriebe umfassen kann).

Auch in Vereinen, Stiftungen und ähnlichen Einrichtungen kann man ja eigentlich nicht vom ›betrieblichen‹ Datenschutzbeauftragten sprechen. Dennoch hat sich dieser Begriff so eingebürgert, dass er auch hier weiterhin benutzt werden soll.

Die Bestellung des bDSB bei nicht-öffentlichen ›verantwortlichen Stellen‹ (der Einfachheit und besseren Verständlichkeit wegen im Folgenden immer ›Unternehmen‹ genannt) hat spätestens einen Monat nach Aufnahme der automatisierten Datenverarbeitung zu erfolgen. Ausgenommen von der Bestellung sind nur Unternehmen, die nicht mehr als vier Arbeitnehmer mit der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten beschäftigen. Was allerdings nicht bedeutet, dass das BDSG für diese Kleinunternehmen nicht einzuhalten wäre. Vielmehr muss die Geschäftsleitung die nach § 4f und g BDSG vorgeschriebenen Aufgaben selber übernehmen. Für öffentliche Stellen des Bundes gilt die Monatsfrist und auch die Zahl der vier Beschäftigten nicht.

Somit stellt sich auch nach der Novellierung erst recht die Frage, wie der Gesetzgeber eigentlich auf die Grenze von ›vier Arbeitnehmern‹ gekommen ist. Mit dem Schutze von Persönlichkeitsrechten hat das jedenfalls nichts zu tun, denn die *Anzahl* der Datenverarbeiter hängt gerade bei zunehmender Leistungsfähigkeit von IT-Anlagen keineswegs zwingend mit der möglichen Gefährdung der Persönlichkeitsrechte zusammen. Es klafft also weiterhin eine nicht unbeträchtliche Schutzlücke, die auch mit der aktuellen Novellierung des BDSG nicht geschlossen wurde. Die Grenzziehung erscheint jedenfalls eher willkürlich und allenfalls von dem Bemühen getragen, Kleinbetriebe von zusätzlichen Organisationspflichten zu befreien.

Für die Fälle, in denen ein Unternehmen eine Vorabkontrolle nach § 4 d Abs. 5 BDSG durchzuführen hat (siehe: ›Vorabkontrolle – neu im BDSG‹ in CF 11/2001 ab Seite 25) oder geschäftsmäßig personenbezogene Daten zum Zwecke der Übermittlung (z. B. im Bereich des Adressenhandels) nutzt, ist unabhängig von der Anzahl der damit beschäftigten Arbeitnehmer ein bDSB zu bestellen.



Der bDSB muss immer schriftlich bestellt werden (§ 4f Abs. 1 BDSG), wobei er so zu verpflichten ist, dass er seine Aufgaben nach dem BDSG wahrnehmen kann. Eine bloße schriftliche Mitteilung reicht nicht aus, da die Bestellung eine besondere Beauftragung darstellt, die nicht im Wege des Direktionsrechts übertragbar ist. Fehlt es an einer schriftlichen Vereinbarung, ist die Bestellung unwirksam, da die verantwortliche Stelle ihrer Verpflichtung nach § 4f Abs. 1 BDSG nicht nachgekommen ist.

Zum bDSB darf nur eine ›natürliche Person‹ – also eine einzelne Person und nicht etwa eine Unternehmensberatungs-Gesellschaft – bestellt werden. Das kann unter anderem schon daraus abgeleitet werden, dass nur *Personen* über die vom BDSG geforderte Fachkunde und Zuverlässigkeit verfügen können.

Wird ein bDSB nicht bestellt, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen oder wird ein bDSB nicht ordnungsgemäß bestellt, handelt der Arbeitgeber ordnungswidrig im Sinne des § 43 Abs. 1 Nr. 2 BDSG und kann gemäß § 43 Abs. 3 BDSG mit einer Geldbuße bis zu 25 500 Euro belegt werden.

Widerruf der Bestellung

Der Widerruf der Bestellung des bDSB ist nur möglich in Fällen, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würden (§ 626 BGB) und bei Unternehmen im Gegensatz zu öffentlichen Stellen auch nur auf Verlangen der Aufsichtsbehörde (§ 4f Abs. 3 BDSG). Für den Widerruf einer Bestellung muss es also einen ›wichtigen Grund‹ im Sinne des § 626 BGB geben. Durch diese Regelung wird man jedenfalls davon ausgehen müssen, dass der ›hauptamtlich‹ beschäftigte bDSB einen besonderen Kündigungsschutz hat, so dass sein Beschäftigungsverhältnis ›ordentlich‹ gar nicht kündbar ist.

Die Regelung im BDSG wirft allerdings viele Fragen auf, beispielsweise die, ob einem ›teilzeitbeschäftigten‹ bDSB eine ordentliche Kündigung ausgesprochen werden kann, er aber weiterhin bDSB bleibt (bleiben kann).

In der Fachliteratur jedenfalls gab es zum Thema ›Kündigungsschutz‹, das hier nur angedeutet werden soll, eine breit angelegte Diskussion darüber, ob es sich bei dieser Abberufungsregelung tatsächlich um einen echten Kündigungsschutz oder lediglich um einen Abberufungsschutz handelt. Im letzteren Fall müsste der abberufene bDSB dann zum Beispiel in seinem alten Beruf weiter beschäftigt werden – ein Aspekt, der hier nicht näher vertieft werden soll.

Dabei hätte der Gesetzgeber bestehende und immer wiederkehrende Unklarheiten in Bezug auf den ›Kündigungsschutz‹ ohne Weiteres beenden können, indem er beispielsweise eine



Angleichung an die gesetzlichen Vorgaben für die so genannten Umweltbeauftragten vorgenommen hätte...². Für diese ist die *Kündigung des Arbeitsverhältnisses* (also nicht lediglich die Abberufung) nur dann zulässig, wenn Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus einem wichtigen Grund ohne Einhaltung der Kündigungsfrist berechtigen. Dieser besondere Kündigungsschutz für die Umweltbeauftragten – wie er ja auch für Betriebsräte gegeben ist – gilt auch noch für den Zeitraum eines Jahres nach Beendigung der Bestellung ...

Mitbestimmung bei Bestellung und Widerruf

IST DER ARBEITGEBER verpflichtet einen bDSB zu *bestellen*, so unterliegt die Bestellung als solche jedenfalls nach dem BDSG *nicht* der Mitbestimmung der Interessenvertretung. Inwieweit der Betriebsrat nach § 99 BetrVG zu beteiligen ist, soll im ersten Schritt dargestellt werden. Liegt mit der Bestellung des bDSB jedoch gleichzeitig ein *betriebsverfassungsrechtlich* bedeutsamer Vorgang bei der Bestellung vor, so ist der Betriebsrat zu beteiligen (z.B. wenn die Bestellung mit einer Versetzung verbunden ist oder eine Einstellung verbunden ist). Im zweiten Schritt soll die Beteiligung des Personalrats erläutert werden.

Beteiligung des Betriebsrats im Fall eines externen Datenschutzbeauftragten

Wird eine von außen kommende Person zum bDSB bestellt, was nach § 4 f Abs. 2 BDSG den »verantwortlichen Stellen« (in diesem Fall also den Unternehmen) ausdrücklich als Möglichkeit eingeräumt wird, hat der Betriebsrat keinerlei Mitspracherecht. Denn das Betriebsverfassungsgesetz garantiert die

2... **Siehe dazu:** »Betriebsbeauftragte für den Umweltschutz« von Schierbaum/Nahrmann in: *Arbeitsrecht im Betrieb 1/97* ab Seite 36

3... **LAG Frankfurt, Beschluss vom 28. 8. 1989**, in: *Computer und Recht 5/90*, ab Seite 341

Beteiligung des Betriebsrats nur dann, wenn eine Person *in den Betrieb eingliedert* wird – was bei einem externen Datenschutzbeauftragten, der beispielsweise im Rahmen eines Dienstvertrags oder Werkvertrags tätig wird, nicht der Fall ist. Allerdings wird stets zu prüfen sein, ob ein externer bDSB nicht im Einzelfall doch auf Grund seiner konkreten Tätigkeit *in die betriebliche Organisation eingegliedert* wird. Stellt das Unternehmen einem bDSB zum Beispiel einen Büroraum in dem entsprechenden Unternehmen zur Verfügung, liegt eine Eingliederung in den Betrieb vor, so dass jedenfalls nach Auffassung des LAG Frankfurt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG zum Tragen kommt...³.

Beteiligung des Betriebsrats im Fall eines internen Datenschutzbeauftragten

Wird eine aus dem Unternehmen kommende Person zum bDSB bestellt und ist dies mit einer Einstellung oder Versetzung verbunden, steht dem Betriebsrat gemäß § 99 BetrVG ein Zustimmungsverweigerungsrecht zu. Nach § 99 Abs. 1 BetrVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Betriebsrat bei Maßnahmen wie Einstellung und Versetzung die erforderlichen Informationen und Unterlagen zu Verfügung zu stellen. Diese Unterlagen müssen den Betriebsrat in die Lage versetzen, sich ein möglichst genaues Bild von den speziellen Qualifikationen der als bDSB in Aussicht genommenen Person zu machen.

Der Betriebsrat kann dann seine Zustimmung verweigern und zwar auf der Basis der in § 99 BetrVG abschließend genannten Gründe. Vom Betriebsrat wird also zunächst zu prüfen sein, ob die nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung erfolgt ist (§ 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG).

Von zentraler Bedeutung jedoch wird die Frage sein, ob der Arbeitgeber mit seiner Wahl den gesetzlichen *Anforderungen* an den bDSB genügt oder – anders ausgedrückt –, ob mit dieser Maßnahme gegen ein Gesetz verstoßen würde (siehe § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG). Denn als ein Gesetz, dessen Verletzung den Betriebsrat zur Zustimmungsverweige-

rung berechtigen würde, ist auch das BDSG und insbesondere der § 4 f Abs. 2 BDSG anzusehen. Und danach darf nur derjenige zum bDSB bestellt werden, der die zur Erfüllung seiner Aufgaben *erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit* besitzt. Das bedeutet, dass die Überlegungen zur Fachkunde und Zuverlässigkeit des in Aussicht genommenen bDSB keineswegs allein Sache des Arbeitgebers sind.

Handelt es sich bei dem zu bestellen- den bDSB um einen leitenden Angestellten, so ist der Betriebsrat gemäß § 105 BetrVG lediglich zu informieren.

Mitbestimmung bei Widerruf der Bestellung

Der Betriebsrat hat bei der Abberufung des (internen oder externen) bDSB wenig Einflussmöglichkeiten. Die Abberufung kann durch einvernehmliche Vertragsauflösung, beim internen Beauftragten auch durch seine Kündigung als Arbeitnehmer oder durch den Entzug der Aufgabe erfolgen – immer aber nur, wie schon ausgeführt, durch Verlangen der Aufsichtsbehörde oder in entsprechender Anwendung von § 626 BGB (§ 4 f Abs. 3 BDSG).

Bei einer *einvernehmlichen Vertragsauflösung* hat der Betriebsrat keinerlei Interventionsmöglichkeit. Im Falle einer *Kündigung* muss der Arbeitgeber den Betriebsrat nach § 102 BetrVG informieren und seine Stellungnahme (Bedenken, Widerspruch) zur Kenntnis nehmen. Handelt es sich um einen leitenden Angestellten, genügt die rechtzeitige Information (§ 105 BetrVG). Wird dem (angestellten) Datenschutzbeauftragten die *Aufgabe entzogen*, handelt es sich um eine *Versetzung* und der Betriebsrat hat demzufolge ein Zustimmungsverweigerungsrecht gemäß § 99 BetrVG.

Nur wenn zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat in einer Betriebsvereinbarung festgelegt wurde, dass die Bestellung und Abberufung des bDSB einvernehmlich zu regeln ist, kann der Arbeitgeber den bDSB nicht einseitig bestellen oder abberufen.

Beteiligung des Personalrats bei Bestellung und Widerruf der Bestellung

Nach dem BPersVG hat der Personalrat keinerlei Beteiligungsrechte bei der Bestellung eines bDSB. In einigen Landespersonalvertretungsgesetzen unterliegt sowohl die Bestellung als auch die Abberufung des bDSB der Mitbestimmung des Personalrats, so dass er in jedem Fall auch bei der Bestellung einer externen Person zu beteiligen ist. Ein entsprechendes Mitbestimmungsrecht ist z. B. im niedersächsischen Personalvertretungsgesetz in § 67 Abs. 1 NPersVG verankert. So hat der Personalrat bei der »Bestellung und Abberufung von Beauftragten für den Datenschutz« ein Mitbestimmungsrecht.

Persönliche Voraussetzungen des bDSB

WIE SCHON GESAGT: Zum bDSB darf nur bestellt werden, wer über die zur Erfüllung der Aufgaben notwendige Fachkunde und Zuverlässigkeit verfügt (§ 4f Abs. 2 BDSG).

Fachkunde

Ein bDSB erfüllt die Anforderungen in Bezug auf die Fachkunde, wenn er in der Lage ist, die im BDSG direkt oder indirekt genannten Aufgaben wahrzunehmen. Mittlerweile existiert auch ein relativ klar umrissenes »Berufsbild«, das aus den im Gesetz genannten Aufgaben und den praktischen Erfahrungen von bDSB hergeleitet wurde. So muss ein bDSB insbesondere über technische, rechtliche und organisatorische Kenntnisse verfügen, was im Einzelnen heißt:

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

Zudem werden pädagogische und didaktische Kenntnisse für erforderlich gehalten, da der bDSB die Mitarbeiter des Unternehmens im Rahmen von Schulungsmaßnahmen mit den Datenschutzvorschriften vertraut machen muss.

Die im Einzelfall an die Fachkunde gestellten Anforderungen werden sich an den speziellen Verhältnissen zum

Beispiel des Unternehmens und der sich daraus ergebenden Erfordernisse für den Datenschutz auszurichten haben. Es liegt auf der Hand, dass in einer größeren Einrichtung der bDSB mit einem so weit gefächerten Aufgabenspektrum nicht alle anfallenden Aufgaben beherrschen und bewältigen kann, so dass er auch mit den Spezialisten in einzelnen Fachbereichen zusammenarbeiten muss.

Zuverlässigkeit

Größere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn es darum geht die Anforderungen an die Zuverlässigkeit festzulegen. Dabei werden Fähigkeiten und Eigenschaften wie insbesondere Integrität, Verschwiegenheit, Verantwortungsbewusstsein, Gründlichkeit und Durchsetzungsvermögen genannt. Solche Umschreibungen lassen eher Ratlosigkeit und Unsicherheit erkennen und nicht so sehr eine genaue Vorstellung dessen, was das Gesetz eigentlich will. Da es sich um kaum verlässliche Kriterien handelt, werden sie sich für Auseinandersetzungen, ob die verantwortliche Stelle den Anforderungen des § 4f BDSG gerecht wird, nicht eignen.

Von größerer Bedeutung wird das bisherige Verhalten des in Aussicht genommenen bDSB sein. So kann niemand bestellt werden, der im Unternehmen (in der Behörde) durch persönliche Unzuverlässigkeit aufgefallen ist. Dieses wäre beispielsweise dann der Fall, wenn jemand im Rahmen seiner bisherigen Tätigkeit mit medizinischen Daten oder Personalakten umgehen musste und sich dabei nachweisbar nicht an die gesetzlichen Vorschriften gehalten hat.

Beim Prüfen der Zuverlässigkeit sind darüber hinaus auch mögliche Interessenkonflikte zu berücksichtigen, die bei nicht ›hauptamtlich‹ beschäftigten bDSB auftreten können. So darf ein Mitarbeiter nicht zum bDSB bestellt werden, der gleichzeitig eine Position innehat, die ihn in Interessenkonflikte mit seinen Kontrollaufgaben bringen kann. Daher können nach herrschender Meinung folgende Personen nicht zu bDSB bestellt werden:

- Mitglieder der Geschäftsleitung,
- EDV-Leiter,
- Leiter der Personalabteilung oder
- Leiter der Rechtsabteilung.

Die geforderte Zuverlässigkeit des bDSB bedingt auch, dass ihm bei nicht ›hauptamtlicher‹ Tätigkeit die hierfür erforderliche Arbeitszeit, das heißt, eine entsprechende Freistellung von der bisherigen Tätigkeit gewährt wird. Diese sollte im Bestellungsvertrag präzise festgelegt werden.

Rechtliche Stellung des bDSB

DIE VORGABEN ZUR rechtlichen Stellung des bDSB sind in § 4 f Abs. 3 bis 4 BDSG verankert.

Zuordnung zur Leitung

Der bDSB ist der Unternehmensleitung (oder Leitung der öffentlichen Stelle) unmittelbar unterstellt (§ 4 f Abs. 3 BDSG). Er darf also keiner anderen Stelle im Unternehmen zugeordnet werden als der Leitung. Damit hat er jederzeit

das Recht, sich schriftlich oder mündlich an die Leitung zu wenden, um zum Beispiel Gesetzesverstöße anzuzeigen, Verbesserungsvorschläge zu machen, von der Leitung die Abstellung von Missständen und entsprechende Weisungen an die einzelnen Abteilungen zu verlangen. Dadurch wird die Leitung ihrerseits angehalten, sich ebenfalls intensiv um den Datenschutz zu kümmern. Grundsätzlich ist der bDSB auch nur der Leitung gegenüber Rechenschaft schuldig.

Weisungsfreiheit

Der bDSB ist in seiner Eigenschaft als Datenschützer weisungsfrei. Die Weisungsfreiheit erstreckt sich auch auf Mitarbeiter des bDSB. Durch diese Regelung wird der Unternehmensleitung untersagt, in die Tätigkeit des bDSB einzugreifen. Der bDSB kann selbst entscheiden, wann und wie er welche Initiativen ergreift. Eine bestimmte Meinung oder Lösung kann ihm nicht vorgeschrieben werden. Er ist *nicht* der ›Erfüllungsgehilfe‹ der Geschäftsleitung. Im Rahmen seiner Tätigkeit als bDSB ist er also weisungsfrei – als Beschäftigter hat er allerdings die Anordnungen seines Arbeitgebers wie jeder andere Beschäftigte auch zu befolgen.

Benachteiligungsverbot

Ein Arbeitgeber hat trotz der Weisungsfreiheit vielfältige Möglichkeiten einen missliebigen bDSB zu ›bestrafen‹. Diese reichen von der allmählichen Isolierung über die Umgehung bei Beförderungen bis hin zu Entlassung oder Druck auf ›freiwillige‹ Aufgabe der Tätigkeit als Datenschützer. Jeder bDSB, der seine Aufgaben sorgfältig erfüllt, muss wohl mit derartigen Reaktionen rechnen.

Neben dem bereits erwähnten ›Kündigungsschutz‹ gibt es deshalb noch ein generelles Benachteiligungsverbot (§ 4 f Abs. 3 BDSG). Dabei reicht eine objektiv erkennbare Benachteiligung (etwa Übergehen bei Gehaltserhöhungen) aus, Vorsatz oder Fahrlässigkeit sind nicht erforderlich.

Unterstützungspflicht

Die erfolgreiche Arbeit des bDSB beruht wesentlich darauf, dass die Leitung seine Aufgaben nicht nur grundsätzlich

bejaht, sondern ihn bei der Erfüllung seiner Aufgaben unterstützt. Es genügt also nicht, ihn nicht zu benachteiligen, und sich sonst passiv zu verhalten. Eine solche Haltung wäre mit der Verantwortung für den Datenschutz im Betrieb unvereinbar.

Das Gesetz fordert in § 4 f Abs. 5 BDSG eine *aktive* Unterstützung des bDSB. So ist in § 4 f Abs. 5 BDSG festgelegt, dass das Unternehmen dem bDSB insbesondere Hilfspersonal sowie Räume, Einrichtungen, Geräte und Mittel zur Verfügung zu stellen hat. Diese Aufzählung ist nicht abschließend, wobei sich die konkrete Ausstattung des bDSB an den betrieblichen Gegebenheiten auszurichten hat – ähnlich wie es ja auch für den Betriebsrat gilt.

Sachmittel und Personal

Die Verpflichtung des Arbeitgebers, den bDSB bei der Erfüllung seiner umfangreichen Aufgaben aktiv zu unterstützen, erstreckt sich natürlich auch darauf, ihm geeignete Räume (Büroräume und Schulungsräume), Einrichtungsgegenstände, finanzielle Mittel (für Literatur und eigene Weiterbildung) und Geräte zur Verfügung zu stellen.

Zugangs- und Einsichtsrechte

Neben der Bereitstellung von Sachmitteln muss der bDSB selbstverständlich Zugang zum Rechenzentrum und zu allen anderen für seine Aufgabenerfüllung einschlägigen Geschäftsräumen sowie Einsicht in alle Geschäftsunterlagen haben, die mit der Verarbeitung personenbezogener Daten in Zusammenhang stehen.

Arbeitszeit und Fortbildung

Zur Unterstützung gehört auch, dass der bDSB für die Erledigung seiner Aufgaben ausreichend Zeit zur Verfügung gestellt bekommt. Was von besonderer Bedeutung ist, wenn einem Mitarbeiter die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten *neben* anderen Aufgaben übertragen werden.

Ob und wann ein hauptamtlicher bDSB zu bestellen ist, richtet sich nach den konkreten Umständen im Unter-

nehmen der jeweiligen verantwortlichen Stelle. Datenschutz dürfte aber zum Beispiel bei einem Dienstleistungsunternehmen immer dann regelmäßig ein Full-Time-Job sein, wenn mehr als 500 Bildschirmgeräte angeschlossen sind. Dasselbe gilt, wenn in einer DV-Abteilung mehr als 30 Programmierer beschäftigt werden. Das Arbeitsgericht Offenbach vertritt jedenfalls die Auffassung, dass die Position des bDSB in einem Betrieb mit knapp 300 Arbeitnehmern »maximal 20 % der Tätigkeit eines vollzeitbeschäftigten Angestellten ausmacht«⁴. Darüber hinaus muss der Arbeitgeber dem bDSB ermöglichen, sich angemessen und kontinuierlich weiterzubilden. Dieses beinhaltet das Eigenstudium anhand einschlägiger Fachliteratur, aber auch die Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen. Entstehende Kosten trägt der Arbeitgeber.

Führen von Übersichten

Dem bDSB ist von der verantwortlichen Stelle gemäß § 4g Abs. 2 BDSG eine Übersicht über die in § 4e Nr. 1 bis 9 BDSG genannten Angaben sowie über zugriffsberechtigte Personen zur Verfügung zu stellen.

Pflicht zur Verschwiegenheit

Nach § 4f Abs. 4 BDSG ist der bDSB zur Verschwiegenheit über die Identität von Betroffenen verpflichtet, sowie auch über alle Umstände, die Rückschlüsse auf den Betroffenen zulassen – es sei denn, er wurde von dem Betroffenen ausdrücklich von der Verschwiegenheitspflicht befreit.

4... Arbeitsgericht Offenbach, Beschluss vom 19. 12. 1992, in: Computer und Recht, Seite 776; zu berücksichtigen ist bei dieser Entscheidung, dass die genannte Zahl von 300 Beschäftigten nicht bedeutet, dass diese immer auch an Bildschirmgeräten arbeiten müssen.

Die Aufgaben des bDSB

Die Aufgaben des bDSB sind in § 4g BDSG in Form einer Generalklausel und durch eine nicht abschließende Aufzählung von Einzelaufgaben festgelegt. Im Folgenden sollen die Aufgaben im Einzelnen dargestellt werden:



Generalklausel

Nach § 4g Abs. 1 BDSG hat der bDSB auf die Einhaltung des BDSG und anderer Vorschriften über den Datenschutz hinzuwirken. Hierbei handelt es sich um eine »Generalklausel«, nach der der bDSB für die Beachtung aller einschlägigen Datenschutzvorschriften und die Einleitung der hierfür erforderlichen Maßnahmen zu sorgen hat. Im Gesetzestext wird das Wort »hinzuwirken« verwendet, was deutlich macht, dass der Datenschutzbeauftragte keinerlei *Entscheidungskompetenzen* besitzt! Die Sicherstellung und konkrete Umsetzung des Datenschutzes liegt immer beim Arbeitgeber, dem bDSB fehlen die zur Durchsetzung entsprechender Maßnahmen nötigen umfassenden Weisungs- und Eingriffsbefugnisse.

Der bDSB steht also bei der Erfüllung seiner Aufgaben immer im Spannungsfeld zwischen eigenverantwortlicher und weisungsfreier Aufgabenerfüllung einerseits und dem Angewiesensein auf den Arbeitgeber zur Durchsetzung entsprechender Maßnahmen andererseits.

Dies kann zu Konflikten führen, da Datenschutzmaßnahmen von Unternehmensleitung oftmals als »überzogen« und zu kostspielig angesehen werden. Allerdings kann sich der bDSB, um auf die Umsetzung des BDSG hinzuwirken, gemäß § 4g Abs. 1 BDSG an die Aufsichtsbehörde (bzw. den Bundesbeauftragten für den Datenschutz) wenden.

Bei der Aufgabe, die Anwendung des BDSG sicherzustellen, hat der bDSB ...

- das BDSG in konkrete Verhaltensregeln umzusetzen,
- die Prüfung der Zulässigkeit der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung vorzunehmen,
- dafür zu sorgen, dass die Individualrechte der Beschäftigten auf Benachrichtigung, Auskunft, Berichtigung, Löschung und Sperrung gemäß § 33 ff. BDSG beachtet werden,
- die Umsetzung der Einhaltung der technischen und organisatorischen Maßnahmen gemäß § 9 BDSG und der Anlage zu § 9 BDSG (die »acht Gebote des Datenschutzes«, siehe: Cf 2/01 Seite 29) zu überwachen.

Der bDSB hat aber auch die Einhaltung anderer Rechtsvorschriften über den Datenschutz sicherzustellen. Hierzu zählen in Bezug auf den Arbeitnehmer-Datenschutz u.a. folgende Vorschriften:

- freie Entfaltung der Persönlichkeit (§ 75 Abs. 2 BetrVG),
- Informations- und Beteiligungsrechte des Betriebs-/Personalrats,
- Begrenzung der Fragen bei Personalfragebogen,
- Begrenzung der Angaben in schriftlichen Arbeitsverträgen,



- Recht auf Akteneinsicht,
- Betriebs-/Dienstvereinbarungen und Sprüche der Einigungsstelle.

Im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung muss der bDSB also auch darauf achten, dass die einschlägigen Bestimmungen des BetrVG (oder der jeweiligen PersVG) eingehalten werden. Von besonderer Bedeutung ist hier der § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (§ 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG), nach dem »die Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, die Leistung oder das Verhalten der Arbeitnehmer zu überwachen«, der Mitbestimmung unterliegen.

Die Einführung eines DV-Systems, das *objektiv geeignet ist*, Leistung oder Verhalten zu überwachen, und die damit einhergehende Speicherung personenbezogener Daten wären nach dem BDSG unzulässig, wenn dem Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht verweigert worden wäre. Dies gilt in gleicher Weise für das Mitbestimmungsrecht in Bezug auf Personalfragebogen nach § 94 BetrVG (§ 75 Abs. 3 Nr. 8).

Ausdrücklich genannte Einzelaufgaben

In § 4 Abs. 1 BDSG sind unter den Nummern 1 und 2 Einzelaufgaben des bDSB aufgezählt. Der Gesetzgeber konnte und wollte nur diesen Mindestkatalog vorschreiben, da er auf die Organisationsfreiheit des privaten Bereichs nur so weit einwirken will und darf, als dies unbedingt notwendig ist.

Überwachung der ordnungsgemäßen Programmanwendung

Der bDSB hat auf die ordnungsgemäße Anwendung der Datenverarbeitungsprogramme, mit deren Hilfe personenbezogene Daten verarbeitet werden, hinzuwirken. In diesem Zusammenhang muss der bDSB insbesondere sicherstellen, dass datenschutzspezifische Vorschriften wie die Zulässigkeit der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung (§ 4 Abs. 1 BDSG), die Verpflichtung auf das Datengeheimnis, das Gebot der

Datenvermeidung und Datensparsamkeit (§ 3 a BDSG) und die Einhaltung der technischen und organisatorischen Datenschutzmaßnahmen (§ 9 BDSG) durchgeführt werden.

Hierzu ist es notwendig, dass der bDSB rechtzeitig (das heißt: bereits in der Planungsphase!) über die einzuführenden Programme und Geräte vom Arbeitgeber unterrichtet wird. Die Informationen müssen daher vom Umfang und Inhalt mindestens den Informationen entsprechen, die auch dem Betriebsrat zur Verfügung gestellt werden müssen. Nur dies bietet die Voraussetzung dafür, dass der bDSB eigene Vorschläge rechtzeitig entwickeln kann und diese auch Berücksichtigung finden können. So muss der bDSB in der Planungsphase gemäß § 3 a BDSG darauf hinwirken, dass Gestaltung und Auswahl von Datenverarbeitungssystemen sich auch an dem Ziel ausrichten haben, möglichst keine oder so wenig personenbezogene Daten wie möglich zu erheben oder zu verarbeiten (Datenvermeidung und Datensparsamkeit). Zusätzlich ist gemäß § 4 d Abs. 4 und 5 BDSG eine »Vorabkontrolle« durchzuführen (gleich noch etwas mehr dazu).

Eine effektive Überwachung der ordnungsgemäßen Anwendung ist nur dann möglich, wenn eine sorgfältige Programmdokumentation vorliegt, die es dem bDSB ermöglicht, Widersprüche zu Datenschutzbestimmungen offenzulegen. An entsprechenden Unterlagen mangelt es in der Praxis nach wie vor häufig.

Schulung des DV-Personals

Nach § 4 g Abs. 1 Nr. 2 BDSG hat der bDSB die bei der Verarbeitung personenbezogener Daten tätigen Personen mit den Vorschriften des BDSG und anderen Rechtsvorschriften über den Datenschutz und mit den jeweiligen besonderen Erfordernissen des Datenschutzes vertraut zu machen. Dadurch soll bei den Beschäftigten, die personenbezogene Daten verarbeiten, das Bewusstsein für die Bedeutung und Notwendigkeit des Datenschutzes geschaffen werden. Da dieses die ausdrückliche und alleinige Aufgabe des bDSB ist, ist er im Rahmen seiner Weisungsfreiheit berechtigt,

unter Berücksichtigung der betrieblichen Erfordernisse selbst zu bestimmen, welches die geeigneten Maßnahmen zur Schulung der Mitarbeiter sind.

Der Arbeitgeber hat hierfür die erforderlichen Mittel, Räume und so weiter bereitzustellen, wobei die entsprechenden Schulungen während der Arbeitszeit stattzufinden haben. Die Schulung der Mitarbeiter ist sowohl wesentliche Voraussetzung für die konsequente Umsetzung des BDSG überhaupt, als auch für eine Verpflichtung der Beschäftigten auf das Datengeheimnis. So sollte die Verpflichtung der Beschäftigten gemäß § 5 BDSG nur nach einer entsprechenden Schulung erfolgen. Da es sich bei den Schulungen um betriebliche Fortbildung handelt, unterliegen diese Maßnahmen der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 98 BetrVG.

Führen von Übersichten

Nach § 4 g Abs. 2 BDSG hat der Arbeitgeber dem bDSB Übersichten zur Verfügung zu stellen. Es handelt sich dabei um Übersichten über

- Name oder Firma der verantwortlichen Stelle,
- Inhaber, Vorstände, Geschäftsführer oder sonstige gesetzliche oder nach der Verfassung des Unternehmens berufene Leiter und die mit der Datenverarbeitung beauftragten Personen,
- Anschrift der verantwortlichen Stelle,
- Zweckbestimmungen der Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung,
- eine Beschreibung der betroffenen Personengruppen und der diesbezüglichen Daten und Datenkategorien,
- Empfänger oder Kategorien von Empfängern, denen die Daten mitgeteilt werden können,
- Regelfristen für die Löschung der Daten,
- eine geplante Datenübermittlung in Drittstaaten,
- eine allgemeine Beschreibung, die es ermöglicht, vorläufig zu beurteilen, ob die Maßnahmen nach § 9 BDSG zur Gewährleistung der Sicherheit

der Verarbeitung angemessen sind und

- zugriffsberechtigte Personengruppen oder Personen, die allein zugriffsberechtigt sind.

Neu ins BDSG eingefügt ist die Verpflichtung, nach der der bDSB den größten Teil ihm zur Verfügung gestellten Übersichten (ausgenommen sind die technisch-organisatorischen Datenschutzmaßnahmen nach § 9 BDSG) auf Antrag *jedermann* in geeigneter Weise verfügbar zu machen hat.

Dies gilt auch für die Unternehmen, die nach dem BDSG *nicht* verpflichtet sind, einen bDSB zu bestellen. In diesen Fällen ist die Unternehmensleitung gehalten, diese Angaben selbst verfügbar zu machen.

Vorabkontrolle

Neben den aufgeführten Aufgaben hat der bDSB die schon mehrfach genannte ›Vorabkontrolle‹ durchzuführen (§ 4 d Abs. 5 und 6 BDSG). Auch dafür sind dem bDSB die bereits erwähnten Übersichten zur Verfügung zu stellen. Eine ›Vorabkontrolle ist immer dann erforderlich, wenn automatisierte Datenverarbeitungen besondere Risiken für die Rechte und Freiheiten der Betroffene aufweisen.

Die Vorabkontrolle ist dann durchzuführen, wenn ...

- besondere Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9 BDSG) verarbeitet werden oder
- die Verarbeitung personenbezogener Daten dazu bestimmt ist, die Persönlichkeit des Betroffenen zu bewerten einschließlich seiner Fähigkeiten, seiner Leistung oder seines Verhaltens.

Wie der bDSB die Vorabkontrolle im Einzelnen durchführt, bleibt ihm im Rahmen seiner Weisungsfreiheit selbst überlassen.

Die Vorabkontrollen können auch für den Betriebsrat wichtige Informationen bei der Einführung von Informations- und Kommunikationstechniken sein

(siehe auch: ›Vorabkontrolle – neu im BDSG‹ in CF 11/2001 ab Seite 25).

Interessenvertretung und bDSB

DER STELLENWERT DES Datenschutzes und der Persönlichkeitsrechte wird erheblich gestärkt, wenn die Interessenvertretung und der bDSB im Rahmen des Beschäftigten-Datenschutzes eng und konstruktiv zusammenarbeiten – die Grundlagen dafür sind gelegt:

Der bDSB ist verpflichtet auf die Umsetzung und Einhaltung des BDSG und anderer datenschutzrechtlicher Vorschriften hinzuwirken, während der Betriebsrat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die Einhaltung des BDSG zu überwachen hat. Daneben wird der Betriebsrat über seine Mitbestimmungsrechte nach § 94 BetrVG und § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG darauf hinwirken, dass die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer geschützt und gefördert wird (§ 75 Abs. 2 BetrVG). Zwischen den Aufgaben des Betriebsrats und den Aufgaben des betrieblichen Datenschutzbeauftragten besteht also eine starke Verzahnung. Dieses gilt in gleicher Weise für den Personalrat und den bDSB.

Möglichkeiten der Zusammenarbeit

Durch die Ähnlichkeit der Aufgaben des bDSB und der Interessenvertretung drängt sich eine Zusammenarbeit förmlich auf. Weder das BetrVG (BPersVG) noch das BDSG enthalten jedoch Regelungen über das Verhältnis von Interessenvertretung und bDSB. Gleichwohl wird überwiegend angenommen, dass Interessenvertretung und Datenschutzbeauftragter wegen der gleichgelagerten Aufgaben beim Beschäftigten-Datenschutz kooperieren, insbesondere sich informieren und beraten sollten

(was jedoch nicht in jedem Fall die Hinzuziehung eines Sachverständigen nach § 80 Abs. 3 BetrVG ersetzt!).

Die Zusammenarbeit zwischen Interessenvertretung und bDSB wird häufig im Rahmen von Betriebsvereinbarungen geregelt (ob eine Regelung im Rahmen von Dienstvereinbarungensinnvoll ist, ist eher fraglich).

Dabei wird ein Passus wie: »Betriebsrat und bDSB arbeiten vertrauensvoll zusammen!« für eine konkrete Ausgestaltung der Zusammenarbeit nicht

ausreichen. Ein wesentlicher Regelungspunkt wird immer die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Bestellung und Abberufung des bDSB sein. Darüber hinaus ist eine *Pflicht* zur Zusammenarbeit festzulegen, etwa indem der bDSB regelmäßig Bericht erstattet, dem Betriebsrat die Übersichten nach § 4 g Abs. 2 BDSG und die Ergebnisse seiner Vorabkontrollen zur Verfügung stellt. Eine solche, klar geregelte Zusammenarbeit würde die Arbeit des Betriebsrats erheblich erleichtern und zugleich die Position des bDSB stärken.

Gegenseitige Kontrolle

Sowohl die Verpflichtung des Betriebsrats auf das Datengeheimnis als auch die Kontrolle des Betriebsrats durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten ist sehr umstritten, wobei der letztgenannte Punkt durch die



Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts weitgehend geklärt worden ist...⁵.

Die Verpflichtung des Betriebsrats auf das Datengeheimnis gemäß § 5 BDSG ist sehr umstritten, unabhängig davon, ob die Verpflichtung durch den Arbeitgeber oder durch den Datenschutzbeauftragten erfolgt. Die Befürworter einer entsprechenden Verpflichtung sehen den Betriebsrat als Teil der »verantwortlichen Stelle«, so dass Betriebsratsmitglieder, wie alle anderen Beschäftigten auch, auf das Datengeheimnis zu verpflichten sind.

Auf der anderen Seite wird eine solche Verpflichtung abgelehnt, da der Betriebsrat ein vom Arbeitgeber unabhängiges Organ ist und damit jeder Anschein vermieden werden muss, dass *der Arbeitgeber den Betriebsrat überwacht*. Als weiteres Argument kann angeführt werden, dass für den Betriebsrat auf Grund einer ganzen Reihe von Einzelvorschriften (wie §§ 79, 99 Abs. 1, 102 Abs. 2, 82 Abs. 2, 83 Abs. 1 BetrVG) bereits eine entsprechende Schweigepflicht besteht. Soweit die betriebsverfassungsrechtliche Verschwiegenheitspflicht sich nicht auf automatisierte Datenverarbeitung erstreckt, greift insoweit § 5 BDSG auch für Betriebsratsmitglieder.

Da der Versuch einer Verpflichtung von Betriebsratsmitgliedern wiederholt zu Konflikten zwischen Arbeitgebern und Betriebsräten geführt hat, sollte – wenn überhaupt – eine »milde« Form der Verpflichtung gewählt werden.

Der Arbeitgeber oder besser noch der Datenschutzbeauftragte sollte entweder den Betriebsratsmitgliedern eine schriftliche Aufklärung zukommen lassen, die als Verpflichtung im Sinne des § 5 BDSG anzusehen ist, oder der/die Vorsitzende des Betriebsrates sollte die Verpflichtung

5... BAG-Beschluss vom 11. 11. 1997, in: **Datenschutz und Datensicherheit 4/98**, Seite 227 ff, und in: **Computer und Recht 6/98**, Seite 328 ff

6... BAG-Beschluss vom 11. 11. 1997, in: **Datenschutz und Datensicherheit 4/98**, Seite 227 ff

der Betriebsratsmitglieder vornehmen.

In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass die Ablehnung, eine solche Verpflichtungserklärung zu unterschreiben, keinerlei Rechtsfolgen auslöst. So kann der Arbeitgeber dem Betriebsrat auch nicht mit dem Hinweis auf die fehlende Unterschrift die zur Wahrnehmung seiner Aufgaben erforderlichen Informationen verweigern!

Die Frage, ob die heute in aller Regel ja vorhandene eigene Datenverarbeitung des Betriebsrats durch den Datenschutzbeauftragten kontrolliert werden darf oder muss, war bis zum Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 11. 11. 1997...⁶ ebenfalls umstritten.

In der Fachliteratur bestanden (und bestehen noch) zwei gegensätzliche Auffassungen:

Auf der einen Seite wird das Kontrollrecht damit begründet, dass es aus datenschutzrechtlichen Erwägungen keinen Unterschied mache, ob die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch die Personalabteilung oder durch den Betriebsrat erfolge, denn die Kontrolle gehöre in jedem Fall zu den vom BDSG geforderten Schutzvorkehrungen. Auch die von Betriebsräten geäußerte Befürchtung, dass der Arbeitgeber sich über den Datenschutzbeauftragten Information über die Betriebsratsarbeit beschaffe – so diese Position weiter –, sei schon deshalb unbegründet, weil der Datenschutzbeauftragte wegen seiner Unabhängigkeit und Schweigepflicht gegenüber dem Arbeitgeber diesem auch keine Angaben machen dürfe, die die Arbeit des Betriebsrats beeinträchtigen würden.

Auf der anderen Seite wird von einem großen Teil der Fachliteratur eine solche Kontrolle durch den letztlich im Auftrag des Arbeitgebers tätigen Datenschutzbeauftragten abgelehnt, da der Betriebsrat seine Aufgaben eigenständig und unabhängig wahrnehmen können muss.

Die Befürworter des Kontrollrechts selbst haben sehr frühzeitig das Hauptargumente für eine Ablehnung geliefert, indem sie auf die Gefahr hinwiesen, dass dieses Kontrollrecht zum Einfallstor für die Versorgung des Arbeitgebers mit ihm sonst nicht zugänglichen Informa-

tionen werden könne. Da dieses aber vom Betriebsverfassungsgesetz ausdrücklich nicht gewollt ist, ist eine derartige Kontrolle der Betriebsrats Tätigkeit in der Tat als nicht zulässig anzusehen.

Die Diskussion ist nun vorerst durch den bereits angesprochenen BAG-Beschluss beendet worden, in dem sich die Bundesarbeitsrichter den Kontrollgegnern anschließen und unter anderem feststellen, dass der betriebliche Datenschutzbeauftragte gegenüber dem Betriebsrat keinerlei Kontrollbefugnis habe. Denn – so die Begründung – die Kontrollmaßnahmen des betrieblichen Datenschutzbeauftragten seien dem Arbeitgeber zuzurechnen; bei dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten handele es sich um den »verlängerten Arm« des Arbeitgebers. Eine Unterwerfung des Betriebsrats unter die Kontrollbefugnis des betrieblichen Datenschutzbeauftragten würde deshalb einem Vertreter der Arbeitgeberseite Zugang zu grundsätzlich allen Dateien des Betriebsrats eröffnen ohne Rücksicht darauf, ob sie personenbezogene Daten enthalten oder nicht – das aber soll und darf nicht sein.

Zudem stellt das BAG konsequenterweise fest, dass das BDSG auch für die Datenverarbeitung der Betriebsräte gilt. Das bedeutet, dass der Betriebsrat eigenverantwortlich den »Datenschutz im Betriebsratsbüro« regeln und umsetzen muss. So wird der Betriebsrat jedenfalls bei größeren Betriebsratsgremien einen »eigenen« Datenschutzbeauftragten bestellen müssen (siehe: »Des Betriebsrats eigener Datenschützer« in CF 1/99 ab Seite 30).

Bruno Schierbaum, Kontakt: Beratungsstelle für Technologiefolgen und Qualifizierung (ver.di) Niedersachsen in Oldenburg, Telefon 04 41- 8 20 68, schierbaum@btq.de

