

# Der behördliche Datenschutzbeauftragte – eine obligatorische Institution mit der Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie

Das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)<sup>1)</sup> und auch die Landesdatenschutzgesetze müssen bis zum 24. Oktober 1998 novelliert werden. Die Änderung des Datenschutzrechts wird durch die vom Europäischen Parlament und Rat im Oktober 1995 erlassene Richtlinie 95/46/EG „zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr“ (nachfolgend Datenschutz-RL genannt)<sup>2)</sup> erforderlich. Ein Referentenentwurf zur Änderung des BDSG (BDSG-E.) vom 8. 12. 1997 liegt vor<sup>3)</sup>.

Eine der wesentlichen Änderungen für den öffentlichen Bereich bildet die Einführung des behördlichen Datenschutzbeauftragten (bDSB) als obligatorische Institution.

Die Bestellung eines betrieblichen bzw. behördlichen Datenschutzbeauftragten ist bis zum jetzigen Zeitpunkt für den nicht-öffentlichen Bereich (Privatbetriebe) nach § 36 BDSG, für öffentliche Stellen als Sozialleistungsträger nach § 81 SGB X und in einigen Landesdatenschutzgesetzen vorgeschrieben<sup>4)</sup>. Nachfolgend soll ausführlich auf den bDSB eingegangen werden, der nach § 4 f BDSG-E. bestellt werden muß und dessen Aufgaben in § 4 g BDSG-E. festgelegt sind.

## 1. Harmonisierung des Datenschutzes in Europa

In Art. 1 Datenschutz-RL umschreibt die Richtlinie ihren Gegenstand und ihren wesentlichen Regelungsinhalt da-

hingehend, daß die Mitgliedstaaten nach den Bestimmungen der Richtlinie den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten und insbesondere den Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten gewährleisten und nicht den freien Datenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten aufgrund des Datenschutzes beschränken oder untersagen. Die Richtlinie verfolgt den Zweck der Harmonisierung mit der Begründung, daß das unterschiedliche Schutzniveau der Rechte und Freiheiten von Personen, insbesondere der Privatsphäre, bei der Verarbeitung personenbezogener Daten in den Mitgliedstaaten die Übermittlung dieser Daten aus dem Gebiet eines Mitgliedstaates in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaates verhindern kann<sup>5)</sup>.

So ist zur Beseitigung der Hemmnisse für den Verkehr personenbezogener Daten ein gleichwertiges Schutzniveau hinsichtlich der Rechte und Freiheiten von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten in allen Mitgliedstaaten unerlässlich<sup>6)</sup>. Die Gewährleistung eines **Mindeststandards des Datenschutzes** soll ein Mittel zur Erreichung der Freiheit des Datenverkehrs innerhalb

der EU-Mitgliedstaaten sein<sup>7)</sup>. Da den Mitgliedstaaten die Fähigkeit abgesprochen wird, die erheblichen Unterschiede ihrer nationalen Rechtsvorschriften<sup>8)</sup> selbst abzubauen, „ist eine Maßnahme der Gemeinschaft zur Angleichung der Rechtsvorschriften erforderlich.“<sup>9)</sup>

## 2. Umsetzung in einzelstaatliches Recht

Die Richtlinie vom 24. 10. 1995 ist durch das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union, gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf Artikel 100 a EG-Vertrag, gemäß dem Verfahren des Artikels 189 b des Vertrages erlassen worden. Nach Artikel 189 Abs. 3 EG-Vertrag richtet sich die Richtlinie ausschließlich an die Mitgliedstaaten und ist für diese hinsichtlich des zu erreichenden

1) Bundesdatenschutzgesetz vom 20. 12. 1990 verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes. BGBl. S. 2954.

2) Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 24. Oktober zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr; abgedruckt mit den 72 Erwägungsgründen in: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften von 23. November 1995, Nr. L 281/31; Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, Kommentar, 1997; Däubler/Klebe/Wedde, Bundesdatenschutzgesetz, 1996; Cola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz mit Erläuterungen, 1997.

3) Der Gesetzentwurf des BDSG soll noch in diesem Jahr beraten werden und am 1. 1. 1999 in Kraft treten; so Schiffland/Wildfang, Bundesdatenschutzgesetz, Loseblatt, Lieferung 1/98; der Entwurf ist über das Internet abrufbar: <http://www.datenschutzberlin.de/recht/de/bdsg/bdsg1ref.htm>

4) Vgl. hierzu ausführlich: Schierbaum, Kontrolle des Datenschutzes im öffentlichen Bereich, PersR 1997, S. 345 ff.; Schierbaum/Kiesche, Der betriebliche Datenschutzbeauftragte, CR 1992, S. 726 ff.; Vogelsang, Der behördliche Datenschutzbeauftragte, CR 1993, S. 378 ff.; Riegel, Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch externe und interne Datenschutzbeauftragte, ZTR 1997, S. 61 ff.

5) Vgl. Erwägungsgrund 7.

6) Vgl. Erwägungsgrund 8.

7) Vgl. Ehmann/Sutschet, EU-Datenschutzrichtlinie – Umsetzungsbedarf und Auswirkungen aus der Sicht des Arbeitsrechts, RDV 1997, S. 4.

8) So gab es bis in die 90er Jahre keine Datenschutzgesetze in Belgien, Spanien, Italien und Griechenland; vgl. hierzu: Kopp, Der EG-Richtlinienvorschlag zum Datenschutz in Europa, DuD 1993, S. 11.

9) Vgl. Erwägungsgrund 7.

Ziels verbindlich. Den Mitgliedstaaten wird jedoch bei der Umsetzung in nationales Recht ein gewisser Spielraum belassen<sup>10)</sup>. Dabei müssen die Mitgliedstaaten nach Art. 32 Datenschutz-RL die Richtlinie innerhalb von drei Jahren nach ihrer Annahme umsetzen<sup>11)</sup> – d.h. bis zum 24. 10. 1998 – und in den der Umsetzung dienenden Vorschriften selbst oder durch Hinweis bei der amtlichen Veröffentlichung auf die Richtlinie Bezug zu nehmen. Durch dieses Zitiergebot werden die Mitgliedstaaten veranlaßt, sich selbst, der Öffentlichkeit und der Kommission Rechenschaft abzulegen, auf welche Weise die Umsetzung gewährleistet wird<sup>12)</sup>. Mit der Umsetzung in bundesdeutsches Recht wird es u.U. zusätzlich noch eine Übergangsfrist für die Unternehmen geben.

### 3. Umsetzungsbedarf

In der Datenschutz-RL gibt einige Abweichungen zum BDSG, so daß ein **Novellierungsbedarf** erforderlich ist<sup>13)</sup>. Auf den Änderungsbedarf, der sich u.a. aus den Begriffsbestimmungen der Datenschutz-RL (Art. 2 Datenschutz-RL) für die Begriffe der Verarbeitung, der Datei, dem Verantwortlichen für die Datenverarbeitung und der Einwilligung und durch erweiterte Vorgaben für die Datenverarbeitung (Art. 6–8 Datenschutz-RL) ergibt, wird nicht näher eingegangen. Der Änderungsbedarf in bezug auf die Kontrolle des Datenschutzes im öffentlichen Bereich ergibt sich insbesondere aus Art. 18 Datenschutz-RL. Danach sieht die Richtlinie bei der Verarbeitung personenbezogener Daten eine weitreichende Meldepflicht vor, die im BDSG bis jetzt nur bei Auftragsdatenverarbeitung gemäß § 32 BDSG vorgeschrieben ist<sup>14)</sup>.

Nach Art. 18 Abs. 2 Datenschutz-RL kann die Meldepflicht entfallen bzw. vereinfacht werden, bei Verarbeitungen, bei denen im Hinblick auf die verwerteten Daten eine Beeinträchtigung der Rechte und Freiheiten der betroffenen Person unwahrscheinlich ist. Diese Einschränkung steht nicht im Einklang mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>15)</sup>, wonach es belanglose Daten nicht gibt und die Verarbeitung personenbezogener Daten stets einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht darstellt. Eine Meldepflicht bei der Kontrollstelle kann ebenfalls entfallen, wenn der nationale Gesetzgeber die Bestellung eines betrieblichen/behördlichen Datenschutzbeauf-

tragten vorsieht, dem u.a. die unabhängige Überwachung der zur Umsetzung der EG-Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Bestimmungen obliegt. Diese Regelung zum betrieblichen/behördlichen Datenschutzbeauftragten hat auf ausdrücklichen Wunsch von deutscher Seite Eingang in die Richtlinie gefunden<sup>16)</sup>. Im Referentenentwurf zum BDSG finden sich entsprechende Regelungen zum betrieblichen/behördlichen Datenschutzbeauftragten im ersten Abschnitt in den §§ 4 f und g BDSG-E. wieder, so daß die Regelung auch für den öffentlichen Bereich gelten.

### 4. Der behördliche Datenschutzbeauftragte

Mit der Novellierung des BDSG werden die §§ 36 und 37 BDSG mit geringen inhaltlichen Veränderungen in den ersten Abschnitt des BDSG eingefügt, so daß die Bestellung eines bDSB für den **öffentlichen Bereich verbindlich** vorgeschrieben wird. So werden viele öffentliche Stellen hier „Neuland“ betreten, wobei ein Blick in den nicht-öffentlichen Bereich wichtige Hilfestellung bietet. Denn bei allen Fragen rund um den bDSB kann auf die einschlägigen Kommentierungen zum BDSG und auf die Erfahrungen in den Privatbetrieben zurückgegriffen werden.

#### 4.1 Pflicht zur Bestellung

Nach § 4 f BDSG-E. haben öffentliche und nicht-öffentliche Stellen, die personenbezogene Daten automatisiert erheben, verarbeiten oder nutzen einen bDSB **schriftlich** zu bestellen. Eine Bestellung muß ebenfalls erfolgen, wenn personenbezogene Daten auf andere Weise – dieses bedeutet insbesondere manuelle Datenverarbeitung – erhoben, verarbeitet oder genutzt werden und damit in der Regel zwanzig Personen beschäftigt sind. Durch diese Regelung wird der bDSB als obligatorische Institution für den öffentlichen Bereich eingeführt.

**Automatisierte Datenverarbeitung** liegt dann vor, wenn die wesentlichen Verfahrensschritte, wie Erhebung, Erfassung, Speicherung, Veränderung und Übermittlung mit Hilfe programmgesteuerter Geräte ablaufen; dabei reicht es aus, daß die Tätigkeit der einzelnen Beschäf-

tigten in einer der Verarbeitungsphasen geschieht<sup>17)</sup>. Mit dem zunehmender Zentralisierung der EDV insbesondere durch die verstärkte Einführung von PCs und Netzwerken sind die Voraussetzungen für eine Bestellung eines bDSB in den meisten Betrieben und Verwaltungen erfüllt, so daß Datenverarbeitung „auf andere Weise“ die Ausnahme für die Bestellung eines bDSB sein wird.

Wird in § 36 Abs. 1 BDSG der Begriff des „Arbeitnehmers“ verwendet, ist in § 4 f Abs. 1 BDSG-E. von „Personen“ die Rede. Gemeint sind hier neben Vollzeit- und Teilzeitkräfte, Auszubildende, Volontäre, Praktikanten wohl auch Beschäftigte in arbeitnehmerähnlichen Verhältnissen wie Heimarbeiter und kleine Handelsvertreter<sup>18)</sup>. In der Regel bedeutet, daß die Zahl von zwanzig Personen als „Normalzustand“ anzusehen ist. Kurzfristige Schwankungen wirken sich nicht aus.

Den nicht-öffentlichen Stellen wird eine Frist von einem Monat nach Aufnahme der Datenverarbeitung eingeräumt. Dies gilt für den öffentlichen Bereich nicht. 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 schriftli-

10) Vgl. Erwägungsgrund 3.

11) Für die Bundesrepublik Deutschland ergibt sich nicht nur die Notwendigkeit, das BDSG, sondern auch die Datenschutzgesetze der Länder und sämtliche Gesetze, die datenschutzrechtliche Regelungen enthalten, an den Anforderungen der Richtlinie anzupassen und zu novellieren; vgl. Kopp, Auswirkungen der EG-Datenschutzrichtlinie auf das Arbeitsleben, in: Tinnefeld u. a. (Hg.), Arbeit in der mobilen Kommunikationsgesellschaft, 1996, S. 245.

12) Vgl. Dammann/Simitis, (Fn. 2), Art. 32 Anm. 3.

13) Der Novellierungsbedarf ist nicht Gegenstand dieser Abhandlung. Vgl. zu diesem Thema ausführlich: Dammann/Simitis (Fn. 2); Brühann/Zerdick, Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie, CR 1996, S. 429 ff.; Brühann, EU-Datenschutzrichtlinie – Umsetzung in einem vernetzten Europa, RDV 1996, S. 12 ff.; Ehmann/Sutschet, (Fn. 7), S. 3 ff.; Wohlgemuth, Auswirkungen der EG-Datenschutzrichtlinie auf den Arbeitnehmerdatenschutz, BB 1996, S. 690 ff.; Weber, EG-Datenschutzrichtlinie – Konsequenzen für die deutsche Gesetzgebung, CR 1995, S. 297 ff.

14) Vgl. zur Auftragsdatenverarbeitung: Schierbaum, Datenschutz bei Auftragsdatenverarbeitung, Computer Fachwissen 1997, S. 25 ff.

15) Vgl. BVerfG, Urteil v. 15. 12. 1983, NJW 1984, S. 419 ff.

16) Vgl. Weber, (Fn. 13), S. 298.

17) Vgl. Schierbaum/Kiesche, (Fn. 4), S. 727; Gola/Schomerus, (Fn. 2), Anm. 2.4 jeweils mit weiteren Nachweisen.

18) Vgl. Koch, Datenschutz-Handbuch für die betriebliche Praxis, 1997, S. 457; Bergmann/Möhrle/Herb, Datenschutzrecht – Handkommentar, Loseblatt, § 36 Rn. 17 a ff.

che Mitteilung reicht nicht aus, da die Bestellung eine besondere Beauftragung darstellt, die nicht im Wege des Direktionsrecht übertragbar ist<sup>19</sup>. Fehlt es an einer schriftlichen Vereinbarung, ist die Bestellung unwirksam.

Zum bDSB dürfen nur **natürliche Personen** bestellt werden und nicht juristische Personen, wie z.B. Unternehmensberatungsgesellschaften, was aus § 4 f BDSG-E. hergeleitet werden kann, denn nur Personen verfügen über Fachkunde und Zuverlässigkeit.

#### 4.2 Abberufung

Nach § 4 f Abs. 3 BDSG-E. kann die Abberufung eines bDSB nur über zwei Wege erreicht werden: zum einen in entsprechender Anwendung des § 626 BGB und zum anderen nur im Einvernehmen mit dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und bei nicht-öffentlichen Stellen nur auf Verlangen der Aufsichtsbehörde.

Eine **Abberufung** kann nur erfolgen, wenn Gründe vorliegen, die eine **außerordentliche Kündigung** rechtfertigen, d. h. für den Widerruf der Bestellung ist somit ein „wichtiger Grund“ notwendig. Diese Regelung ist vom Gesetzgeber sehr unklar gehalten worden und somit wird in der Literatur diskutiert, ob der Abberufungsschutz auch einen tatsächlichen Kündigungsschutz beinhaltet oder ob Abberufung und Kündigung als zwei voneinander unabhängige Vorgänge anzusehen sind. Auf diese Diskussion soll hier nicht näher eingegangen werden<sup>20</sup>.

Der Gesetzgeber könnte bestehende Unklarheiten in bezug auf den „Kündigungsschutz“ dadurch vermeiden, indem eine Anpassung an die Vorgaben für die Umweltbeauftragten vorgenommen wird. So ist es völlig unverständlich, daß mit der Novellierung des BDSG der bDSB in bezug auf den Kündigungsschutz nicht mit den Umweltbeauftragten gleichgestellt wird. Für diesen Personenkreis ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nur dann zulässig, wenn Tatsachen vorliegen, die den Betrieb zur Kündigung aus wichtigen Grund ohne Einhaltung der Kündigungsfrist rechtfertigen. Dieser besondere Kündigungsschutz gilt auch für den Zeitraum eines Jahres nach Beendigung der Bestellung<sup>21</sup>.

Daneben kann eine Abberufung nur auf Verlangen der Aufsichtsbehörde oder nur im Einvernehmen mit dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz erfolgen.

#### 4.3 Persönliche Voraussetzungen

Nach § 4 f Abs. 2 BDSG-E. darf zum Beauftragten für den Datenschutz nur bestellt werden, wer die zur Erfüllung der Aufgaben notwendige **Fachkunde** und **Zuverlässigkeit** besitzt.

##### Fachkunde

Ein bDSB erfüllt die Anforderungen in bezug auf die Fachkunde, wenn er in der Lage ist, die in § 4 g BDSG-E. direkt oder indirekt genannten Aufgaben wahrzunehmen. Mittlerweile existiert ein relativ **klar umrissenes Berufsbild**, das aus den Aufgaben und den praktischen Erfahrungen hergeleitet wurde<sup>22</sup>. So muß ein bDSB insbesondere über technische, rechtliche und organisatorische Kenntnisse verfügen, was im einzelnen heißt:

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

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

Die im Einzelfall an die Fachkunde gestellten Anforderungen werden an den speziellen Verhältnissen in der öffentlichen Stelle und der sich daraus ergebenden Erfordernis für den Datenschutz auszurichten haben. Es liegt auf der Hand, daß in einer größeren Einrichtung der bDSB mit einem weitgefächerten Aufgabenspektrum nicht alle Aufgaben beherrschen und bewältigen kann, so daß ihm ein **Mitarbeiterstab von Spezialisten** in einzelnen Fachgebieten zur Verfügung gestellt werden muß. Verfügt ein bDSB bei seiner Bestellung noch nicht über die notwendige Qualifikation, muß er diese unverzüglich erwerben, wobei er von dem Leiter der öffentlichen Stelle in geeigneter Weise zu unterstützen ist. Dabei können Bescheinigungen über die Teilnahme an einschlägigen Seminaren als Nachweis für die angeeigneten Kenntnisse gegenüber der Aufsichtsbehörde dienen.

#### Zuverlässigkeit

Größere Schwierigkeiten ergeben sich dabei, die Anforderungen, die an die Zuverlässigkeit zu stellen sind, festzulegen. Dabei werden als Fähigkeiten und Eigenschaften insbesondere **Integrität, Verschwiegenheit, Verantwortungsbewußtsein, Gründlichkeit und Durchsetzungsvermögen** genannt. Solche Umschreibungen lassen „eher Ratlosigkeit und Unsicherheit erkennen, denn eine genaue Vorstellung dessen, was das Gesetz eigentlich will“<sup>23</sup>. Da es sich um kaum verlässliche Kriterien handelt, werden sie sich bei Auseinandersetzungen, ob die speichernde Stelle den Anforderungen des § 4 f BDSG-E. gerecht wird, nicht eignen. Gibt man sich mit solch fragwürdigen Beschreibungen zufrieden, wird die Justiziabilität der Vorschrift im BDSG und somit auch dessen praktische Relevanz sehr fragwürdig.

Von größerer Bedeutung wird das **bisherige Verhalten** des in Aussicht genommenen Datenschutzbeauftragten sein. So kann niemand bestellt werden, der im Betrieb durch persönliche Unzuverlässigkeit aufgefallen ist. Dies ist z. B. der Fall, wenn jemand im Rahmen seiner bisherigen Tätigkeit mit medizinischen Daten oder Personalakten umgehen mußte und sich nicht an die gesetzlichen Vorschriften gehalten hat<sup>24</sup>.

Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung sind darüber hinaus auch **mögliche Interessenkollisionen** zu berücksichtigen, die bei „nicht hauptamtlich“ beschäftigten bDSB auftreten können. So darf nicht ein Mitarbeiter 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

19) Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb. (Fn 18), § 36 Rn. 36.

20) Vgl. hierzu und zum Meinungsstand: Gola/Schomerus, (Fn. 2), § 36 Anm. 8.2.

21) Vgl. zu den Betriebsbeauftragten für den Umweltschutz: Schierbaum, Betriebsbeauftragte für den Umweltschutz, ArbB 1997; S. 36 ff.

22) Vgl. LG Ulm, Beschluß v. 31. 10. 1990, RDV 1991, S. 40; Koch u. a., Der betriebliche Datenschutzbeauftragte, 1995, S. 52 ff.; Wächter, Fachkunde und Zuverlässigkeit als offene gesetzliche Maßstäbe, in: Ehmann (Hg.), Der Datenschutzbeauftragte im Unternehmen, 1993, S. 91 ff.; Schlemann, Recht des betrieblichen Datenschutzbeauftragten, 1996, S. 189 ff.

23) Vgl. Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl. 1981, § 28 Rn. 118; Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz vom 20. Dezember 1990, 1991, § 36 Rn. 18.

24) Vgl. Auernhammer, (Fn. 23), § 36 Rn. 18.

bestellt werden: Mitglieder der Geschäfts- oder Dienststellenleitung, EDV-Leiter, Leiter der Personalabteilung, Leiter der Rechtsabteilung<sup>25</sup>.

#### 4.4 Rechtliche Stellung

##### Zuordnung zur Leitung

Nach § 4 f Abs. 3 BDSG-E. ist der bDSB dem **Leiter der öffentlichen Stelle** oder der nicht-öffentlichen Stelle unmittelbar zu **unterstellen**. 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 z. B. Gesetzesverstöße anzuzeigen, Verbesserungsvorschläge zu machen, von der Leitung 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<sup>26</sup>.

##### Weisungsfreiheit

Der bDSB ist nach § 4 f Abs. 3 BDSG-E. in seiner Eigenschaft als Datenschutzbeauftragter **weisungsfrei**. Durch die Regelung wird der Leitung 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 Leitung<sup>27</sup>. Im Rahmen seiner Tätigkeit als bDSB ist er weisungsfrei, als Beschäftigter hat er allerdings die Anordnungen seines Arbeitgebers zu befolgen. Die Weisungsfreiheit erstreckt sich auch auf die Mitarbeiter des bDSB, soweit sie für ihn tätig sind.

##### Bloßes Vorschlagsrecht

Weisungsfreiheit des bDSB bedeutet jedoch nicht auch Entscheidungsfreiheit oder Weisungsbefugnis gegenüber anderen Stellen im Betrieb, wenn er Verstöße gegen das Datenschutzrecht festgestellt hat. Die Entscheidungsbefugnis liegt ausschließlich bei der Leitung der öffentlichen oder nicht-öffentlichen Stelle, die personenbezogene Daten verarbeitet. Von dessen Entscheidung hängt es ab, ob und in welchem Umfang entsprechende Maßnahmen ergriffen werden. Letztlich trägt die Leitung die Verantwortung für die

Verwirklichung des Datenschutzes. Der bDSB kann also nur **Vorschläge** machen.

Dabei sind Komplikationen solange nicht zu erwarten, wie auf die Vorschläge des bDSB hin auch entsprechende Maßnahmen von der Leitung ergriffen werden<sup>28</sup>. Eine Mißachtung der Ratschläge des bDSB stellt jedoch aus der Perspektive des BDSG eine potentielle Gefährdung des Datenschutzes dar.

##### Benachteiligungsverbot

Ein Arbeitgeber hat vielfältige Möglichkeiten einen mißliebigen bDSB zu „bestrafen“. Die reichen von der allmählichen Isolierung über die Umgehung bei der Beförderung bis hin zur Entlassung. Grundsätzlich muß jedoch jeder bDSB, der seine Aufgaben sorgfältig erfüllt, mit derartigen Reaktionen rechnen.

Neben dem bereits erwähnten besonderen „Kündigungsschutz“ besteht ein **generelles 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>29</sup>. Das Benachteiligungsverbot wird in der Praxis wohl selten greifen, da die Benachteiligung „wegen der Erfüllung seiner Aufgaben“ erfolgen muß, was im konkreten Fall zu ermitteln ist<sup>30</sup>. Da § 4 f Abs. 3 BDSG-E. ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist, führt verbotswidriges Verhalten zu Schadenersatzansprüchen. Fälle, in denen aufgrund einer Benachteiligung Schadenersatz zugesprochen wäre, sind aus der Praxis nicht bekannt.

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 reicht nicht aus, ihn nicht zu benachteiligen, sich sonst aber passiv zu verhalten. Eine solche Haltung ist mit der Verantwortlichkeit für den Datenschutz in Betrieb und Verwaltung unvereinbar. D. h. das Gesetz fordert in § 4 f Abs. 5 BDSG-E. daher eine aktive Unterstützung des bDSB<sup>31</sup>.

#### 4.5 Unterstützungspflicht

In § 4 f Abs. 5 BDSG-E. 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** zur Verfügung zu stellen hat.

#### Sachmittel und Personal

Damit der bDSB seine umfangreichen Aufgaben erfüllen kann, besteht die Verpflichtung des Arbeitgebers ihn zu unterstützen. Hierzu sind ihm insbesondere **Räume** (Büroraum und Schulungsräume), **Einrichtungsgegenstände, Mittel** (für Literatur und eigene Weiterbildung) und **Geräte** zur Verfügung zu stellen.

##### Zugangs- und Einsichtsrechte

Neben der Bereitstellung von **Sachmitteln und Personal** muß der Datenschutzbeauftragte **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. Zudem hat der Arbeitgeber ihm auch Einblick in die gespeicherten personenbezogenen Daten zu gewähren.

##### Arbeitszeit und Fortbildung

Zur Unterstützung gehört auch, daß der bDSB ausreichend Zeit zur Verfügung gestellt bekommt, was von besonderer Bedeutung ist, wenn einem Mitarbeiter die Aufgaben des bDSB neben anderen Tätigkeiten übertragen werden. Ob ein **hauptamtlicher bDSB** zu bestellen ist, richtet sich nach den konkreten Umständen der einzelnen speichernden Stelle. Es dürfte jedoch z. B. bei Dienstleistungsunternehmen regelmäßig dann ein Full-Time-bDSB zu bestellen sein, wenn mehr als 500 Datensichtgeräte angeschlossen sind. Dasselbe gilt, wenn beispielsweise in einer DV-Abteilung mehr als 30 Programmierer beschäftigt sind<sup>32</sup>. Das Arbeitsgericht Of-

25) Der Meinungsstand geht weit auseinander: vgl. hierzu Schierbaum/Kiesche, (Fn. 4), S. 730 mit weiteren Nachweisen.

26) Vgl. Louis, Grundzüge der Datenverarbeitung, 1981, S. 170.

27) Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb, (Fn. 18), § 36 Rn. 72.

28) Vgl. Schierbaum/Kiesche, (Fn. 4), S. 731; Cola/Schomerus, (Fn. 2), § 36 Anm. 9.2 f.

29) Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb, (Fn. 18), § 36 Rn. 77.

30) Louis, (Fn. 26), S. 171.

31) Vgl. Cola/Schomerus, (Fn. 2), § 36 Anm. 11.2.

32) Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb, (Fn. 18), § 36 Rn. 109; bei der Anwendung von PCs und Netzwerken und auch bei der Verarbeitung hochsensibler Daten, wie z. B. Gesundheitsdaten in Krankenhäusern, wird die Zahl der Datenverarbeiter sehr viel niedriger anzusetzen sein.

fenbach ist der Auffassung, daß die Position des bDSB in einem Betrieb mit knapp 300 Arbeitnehmern „maximal 20 % der Tätigkeit eines vollzeitbeschäftigten Angestellten ausmacht“<sup>33)</sup>.

Darüber hinaus muß der Arbeitgeber dem bDSB ermöglichen, sich angemessen und kontinuierlich weiterzubilden. Dies beinhaltet das Eigenstudium anhand einschlägiger Fachliteratur, aber auch die Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen. Entstehende Kosten trägt der Arbeitgeber.

#### Führen von Übersichten

Dem bDSB sind gemäß § 4 g Abs. 2 BDSG-E. von der verantwortlichen Stelle eine **Übersicht** über die in § 4 e Nr. 1 bis 9 BDSG-E. genannten Angaben sowie über zugriffsberechtigte Personen zur Verfügung zu stellen. Die Übersichten 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 beauftragten 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 für die Löschung der Daten,
8. eine geplante Datenübermittlung an Drittländer,
9. allgemeine Beschreibung der Art der eingesetzten Datenverarbeitungsanlagen, die es ermöglicht, vorläufig zu beurteilen, ob die Maßnahmen nach § 9 zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung angemessen sind.

#### Unterstützung im Rahmen des Erforderlichen

Die **Unterstützungspflicht** des Arbeitgebers besteht jedoch nach § 4 f Abs. 5 BDSG-E. im **Rahmen des Erforderlichen**. Was im einzelnen erforderlich ist, hängt von unterschiedlichen Faktoren wie z. B. der Unternehmensgröße und dem Umfang der Datenverarbeitung ab. Darüber herrscht im Grunde Einigkeit. Probleme

bereitet die konkrete Abgrenzung im Einzelfall, da Pauschallösungen ausscheiden.

#### 4.6 Pflicht zur Verschwiegenheit

Nach § 4 f Abs. 4 BDSG-E. ist der bDSB zur Verschwiegenheit über die Identität des Betroffenen sowie über Umstände, die Rückschlüsse auf den Betroffenen zulassen, verpflichtet, soweit er nicht von den Betroffenen befreit wird.

Die **Verschwiegenheitspflicht** des bDSB ist nicht beschränkt auf den Betroffenen, von dem personenbezogene Daten gespeichert werden, und der u. U. einen unzulässigen Umgang mit seinen Daten beanstandet. Es fällt auch derjenige unter diese Regelung, der die Verletzung des Persönlichkeitsrechts anderer rügt. 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 Betriebes mitzuteilen, damit die notwendigen Maßnahmen getroffen werden können<sup>34)</sup>. Wird gegen die Verschwiegenheitspflicht verstoßen, kann dies zu Schadensersatzansprüchen des Betroffenen gegenüber dem bDSB nach § 823 Abs. 2 BGB führen<sup>35)</sup>.

### 5. Aufgaben des bDSB

In § 4 g BDSG-E. sind die **Aufgaben** des bDSB festgelegt. Diese entsprechen im wesentlichen den in § 37 BDSG vorgeschriebenen Regelungen.

#### 5.1 Allgemeine Aufgaben

Nach § 4 g BDSG-E. hat der bDSB die Ausführung des BDSG sowie anderer Gesetze über den Datenschutz zu **überwachen**. Hierbei handelt es sich um eine Generalklausel, nach der der bDSB für die Beachtung der einschlägigen Datenschutzvorschriften und die Einhaltung der hierfür erforderlichen Maßnahmen zu sorgen hat<sup>36)</sup>.

Auch wenn im Gesetzestext das Wort „überwachen“ steht, bedeutet das keineswegs eine Entscheidungskompetenz des bDSB. Die konkrete Umsetzung des Datenschutzes liegt letztendlich beim Arbeitgeber, da dem bDSB für die Durchsetzung entsprechender Maßnahmen umfassende Weisungs- und Eingriffsbefugnisse fehlen.

Bei der Erfüllung seiner Aufgaben steht der bDSB grundsätzlich in einem

**Spannungsverhältnis** zwischen eigenverantwortlicher und weisungsfreier Aufgabenerfüllung und dem Angewiesensein auf die Leitung des Unternehmens bzw. der Behörde zur Durchsetzung von entsprechenden Maßnahmen. Dieses kann zu Konflikten führen, da Datenschutzmaßnahmen von Seiten der Geschäftsleitung häufig für überzogen und zu kostspielig gehalten werden. In solchen Fällen kann sich der bDSB gemäß § 4 g BDSG-E. an den Bundesbeauftragten für den Datenschutz bzw. an die Aufsichtsbehörde wenden.

#### 5.2 Umsetzung der Generalklausel

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

- das BDSG in konkrete Verfahrensregeln umzusetzen,
- die Prüfung der Zulässigkeit der Datenverarbeitung gemäß § 4 BDSG-E. vorzunehmen,
- dafür zu sorgen, daß die Individualrechte der Beschäftigten auf Benachrichtigung, Auskunft, Berichtigung, Löschung und Sperrung (§§ 33 ff. BDSG-E.) umgesetzt werden,
- die Umsetzung und Einhaltung der technischen und organisatorischen Maßnahmen gemäß § 9 BDSG-E. zu überwachen.

Der bDSB hat aber auch in bezug auf den **Arbeitnehmerdatenschutz** die Einhaltung anderer Rechtsvorschriften über den Datenschutz sicherzustellen. Hierzu zählen die datenschutzrechtlichen Beteiligungsrechte von Betriebs- und Personalräten. Zu nennen sind u. a.:

- Informations- Beratungs- und Mitbestimmungsrechte,
- Begrenzung der Fragen, die der Arbeitgeber bei und nach der Einstellung stellen darf,
- Recht auf Akteneinsicht,
- die Wahrung von Berufsgeheimnisse, wie etwa der Schweigepflicht des Betriebsarztes,
- Betriebs-/Dienstvereinbarungen und Sprüche der Einigungsstelle<sup>37)</sup>.

33) Vgl. Arbeitsgericht Offenbach, Beschl. v. 19. 12. 1992, CR 1992, S. 776.

34) Vgl. Gola/Schomerus, (Fn. 18), § 36 Anm. 10; Schlemann, (Fn. 23), S. 158 f.

35) Vgl. Gola/Schomerus, (Fn. 2), § 36 Anm. 10.2.

36) Vgl. Auernhammer, (Fn. 23), § 37 Rn. 2.

37) Vgl. Gola/Schomerus, (Fn. 2), § 37 Anm. 1.2 f; Schierbaum/Kiesche, Arbeitnehmerdatenschutz – Aufgaben für den betrieblichen Datenschutzbeauftragten und den Betriebsrat, CR 1993, S. 152 jeweils mit weiteren Nachweisen.

## 5. Einzelaufgaben

In § 4 g BDSG-E. unter den Nrn. 1–3 und Abs. 2 beispielhaft Einzelaufgaben aufgelistet. Dabei handelt es sich im einzelnen um

- die Überwachung der ordnungsgemäßen Anwendung der Datenverarbeitungsprogramme,
- der Unterweisung der Beschäftigten
- der Mitwirkung bei der Personalauswahl und
- Führen von Übersichten.

### Überwachung der ordnungsgemäßen Programmanwendung

Nach § 4 g Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E. hat der bDSB die **ordnungsgemäße Anwendung der Datenverarbeitungsprogramme**, mit deren Hilfe Daten verarbeitet werden sollen, zu überwachen. Um diese Aufgabe wahrnehmen zu können, ist der bDSB vor Einführung entsprechender Programme über Vorhaben der automatisierten Datenverarbeitung personenbezogener Daten rechtzeitig zu unterrichten, was ebenfalls in § 4 Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E. festgelegt ist. Diese Unterrichtungspflicht, die sich bereits aus der in § 4 f Abs. 5 BDSG-E. ergibt, umfaßt Informationen insbesondere über das Datenverarbeitungsprojekt, über die Systementscheidung, über entsprechende Übersichten über die Hard- und Software, Art und Umfang der personenbezogenen Daten, regelmäßige Empfänger und zugriffsberechtigte Personen<sup>38)</sup>.

### Schulung des DV-Personals

In § 4 g Nr. 2 BDSG-E. ist festgelegt, daß der bDSB die bei der Verarbeitung personenbezogener Daten tätigen Personen durch geeignete Maßnahmen mit den Vorschriften des BDSG sowie mit anderen Vorschriften über den Datenschutz und den jeweiligen Erfordernissen des Datenschutzes vertraut zu machen. Durch diese Regelung soll bei den Beschäftigten, die personenbezogene Daten verarbeiten, das Bewußtsein für Bedeutung und Notwendigkeit des Datenschutzes geschaffen werden<sup>39)</sup>. Da dieses die ausdrückliche und alleinige Aufgabe des Datenschutzbeauftragten ist, ist er im Rahmen seiner Weisungsfreiheit berechtigt, unter Berücksichtigung der Erfordernisse des Betriebes

bzw. der öffentlichen Stelle selbst zu bestimmen, welche die geeigneten **Maßnahmen zur Schulung** der Mitarbeiter sind. Die Leitung hat im Rahmen ihrer Unterstützungspflicht Mittel, Räume usw. bereitzustellen, wobei entsprechende Schulungen während der Arbeitszeit stattfinden haben<sup>40)</sup>. Die Schulung der Mitarbeiter ist sowohl eine wesentliche Voraussetzung für die Umsetzung des Datenschutzrechtes überhaupt, als auch für eine Verpflichtung auf das Datengeheimnis gemäß § 5 BDSG-E. So sollte eine Verpflichtung der Beschäftigten nur nach einer entsprechenden Schulung erfolgen<sup>41)</sup>.

### Mitwirkung bei der Personalauswahl

Nach § 4 g Abs. 1 Nr. 3 BDSG-E. hat der bDSB bei der Auswahl der bei der Verarbeitung personenbezogener Daten tätigen Personen mitzuwirken. Die Vorschrift beschränkt die Mitwirkung des bDSB ausdrücklich auf eine Beratung. So kann der bDSB keineswegs darüber entscheiden, wer überhaupt für die Datenverarbeitung in Betracht kommt; ein wie immer auch verstandenes „Vetorecht“ hat er nicht. Vielmehr ist die Personalentscheidung letztendlich Sache des Arbeitgebers<sup>42)</sup>. Es handelt sich jedoch nicht nur um ein Recht, sondern vielmehr um eine Pflicht des bDSB bei der **Personalauswahl mitzuwirken**. Dabei sollte sich die Mitwirkung nicht allein auf die Erstellung von Auswahlrichtlinien beschränken, sondern sich vielmehr auf jede relevante Einzelpersonalmaßnahme beziehen. Dies kann in der Weise geschehen, daß dem bDSB Bewerbungsunterlagen, Zeugnisse usw. vorgelegt werden. Je bedeutsamer die zu besetzende Stelle unter Verarbeitungs- und Datenschutz Gesichtspunkten, desto wichtiger ist die Beteiligung des bDSB.

### Führen von Übersichten

Wie bereits erwähnt müssen dem bDSB gemäß § 4 g Abs. 2 BDSG-E. Übersichten zur Verfügung gestellt werden. Diese Übersichten bilden eine zentrale Voraussetzung für die Aufgabenerfüllung, wie z. B. der Zulässigkeitsprüfung der Datenverarbeitung gemäß § 4 BDSG-E., des bDSB.

## 6. Beteiligungsrechte des Betriebs- und Personalrats beim Datenschutz

Ein wichtiges Regelungsinstrument mit langer Tradition für die Zulässigkeit der Verarbeitung von Beschäftigtendaten stellen **Betriebs- und Dienstvereinbarungen** dar, in denen sehr detaillierte Regelung z. B. für die Anwendung von Zeiterfassungssystemen, Telefonnebenstellenanlagen und Personalabrechnungssysteme vorgenommen werden<sup>43)</sup>. Diese Betriebs- und Dienstvereinbarungen sind andere Rechtsvorschriften im Sinne des § 4 BDSG bzw. § 4 Abs. 2 BDSG-E.

Die zentralen Mitbestimmungsrechte beim Datenschutz bilden der § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bzw. der § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG und der § 94 BetrVG bzw. der § 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG<sup>44)</sup>. Bezogen auf den bDSB ist jedoch das Überwachungsrecht nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bzw. nach § 68 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG von besonderer Bedeutung. So hat der Betriebs- bzw. Personalrat die Einhaltung des BDSG und damit auch die Aufgabenerfüllung des bDSB zu überwachen. Eine Überwachung der Interessenvertretung durch den bDSB ist jedoch auf der anderen Seite ausgeschlossen<sup>45)</sup>.

Um seinen Überwachungsrechten nachkommen zu können, muß der Betriebs- bzw. der Personalrat auf Kosten des Arbeitgebers Schulungsmaßnahmen zur neuen Rechtslage besuchen.

Bruno Schierbaum,  
BTQ Niedersachsen, Oldenburg

38) Vgl. hierzu Koch. (Fn. 18), S. 478 f.

39) Vgl. Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, (Fn. 23), § 29 Rn. 40; Bergmann/Möhrle/Herb, (Fn. 18), § 37 Rn. 30.

40) Vgl. Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, (Fn. 23), § 29 Rn. 47.

41) Vgl. Schierbaum/Kiesche, (Fn. 37), S. 153; Schneider, Die Rolle des betrieblichen Datenschutzbeauftragten im Überblick, DANA 1992, S. 14.

42) Vgl. Schierbaum/Kiesche, (Fn. 37), S. 153 mit weiteren Nachweisen.

43) Vgl. hierzu Wohlgermuth, Datenschutz für Arbeitnehmer, 1988, S. 285 ff. mit entsprechenden Beispielen von unterschiedlichen Betriebsvereinbarungen.

44) Vgl. zu den Beteiligungsrechten: Schierbaum, (Fn. 4), S. 353 ff.

45) Vgl. hierzu die aktuelle Entscheidung des BAG, Beschluß v. 11. 11. 1997 – 1 ABR 21/97 –.