



Landesbeauftragter für  
**Datenschutz** und  
**Informationsfreiheit**  
Baden-Württemberg

## **Praxisratgeber**

# **Die/der Beauftragte für den Datenschutz**

### **Teil II:**

**Persönliche Voraussetzungen  
Durchführung der Benennung  
Stellung und Aufgaben  
Beendigung der Benennung**

**1. Auflage, November 2018**

**Herausgegeben  
vom Landesbeauftragten  
für den Datenschutz und die Informationsfreiheit  
Dr. Stefan Brink  
Mitautor: Christian Storr  
Königstraße 10a, 70173 Stuttgart  
Telefon 0711/615541-0**

**<https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de>**

**E-Mail: [poststelle@lfdi.bwl.de](mailto:poststelle@lfdi.bwl.de)**

**PGP Fingerprint: E4FA 428C B315 2248 83BB F6FB 0FC3 48A6 4A32 5962**

## Inhalt

|          |  |    |
|----------|--|----|
| I.       | Wer kann Datenschutzbeauftragte werden (persönliche Voraussetzungen)?                            | 5  |
| 1.       | Berufliche Qualifikation und notwendiges Datenschutz-Fachwissen                                  | 6  |
| 2.       | Aus- und Fortbildung: Sind Nachweise erforderlich?   | 8  |
| 3.       | Keine Interessenkonflikte bzw. Unvereinbarkeiten   | 8  |
| a)       | Betriebliche / behördliche Interessenkonflikte   | 9  |
| b)       | Familiäre Interessenkonflikte  | 11 |
| II.      | Wie ist der Datenschutzbeauftragte zu benennen?  | 12 |
| 1.       | Zeitpunkt der Benennung  | 12 |
| 2.       | Form der Benennung (Benennungsakt)   | 12 |
| 4.       | Inhalt der Benennung   | 13 |
| 5.       | Dauer der Benennung – Befristung möglich?  | 14 |
| 6.       | Mitbestimmung  | 15 |
| 7.       | Stellvertretende Datenschutzbeauftragte und Mitarbeiter der<br>Datenschutzbeauftragten           | 16 |
| 8.       | Konzern-Datenschutzbeauftragte   | 16 |
| 9.       | Gemeinsame Datenschutzbeauftragte mehrerer Behörden  | 17 |
| 10.      | Veröffentlichung der Kontaktdaten der Datenschutzbeauftragten                                    | 17 |
| III.     | Welche Stellung hat die Datenschutzbeauftragte?  | 19 |
| 1.       | Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit  | 19 |
| 2.       | Beteiligungsanspruch gegenüber Verantwortlichem  | 20 |
| 3.       | Anspruch auf Unterstützung durch den Verantwortlichen  | 21 |
| 4.       | Beratungsanspruch durch die Aufsichtsbehörde   | 22 |
| 5.       | Zutritts- und Einsichtsrechte  | 23 |
| 6.       | Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflicht   | 23 |
| 7.       | Abberufungsschutz und Benachteiligungsverbot nach der DS-GVO                                     | 24 |
| a)       | Abberufungsschutz  | 24 |
| c)       | Benachteiligungsverbot   | 25 |
| 8.       | Abberufungsschutz und Kündigungsschutz hinsichtlich des Grund-<br>Arbeitsverhältnisses nach BDSG | 25 |
| a)       | Anwendungsbereich  | 25 |
| b)       | Inhalt des Abberufungsschutzes   | 26 |
| c)       | Inhalt des Kündigungsschutzes  | 27 |
| 9.       | Zeugnisverweigerungsrecht  | 27 |
| 10.      | Haftung  | 28 |
| IV.      | Welche Aufgaben hat die Datenschutzbeauftragte?  | 29 |
| 1.       | Pflichtaufgaben und mögliche zusätzliche Aufgaben  | 29 |
| 2.       | Prioritätensetzung   | 33 |
| V.       | Wann endet die Funktion als Datenschutzbeauftragter?   | 33 |
| VI.      | Verstöße gegen die Benennungspflicht   | 35 |
| VII.     | Netzwerkarbeit und Erfahrungsaustausch: Verbände für Datenschutzbeauftragte                      | 35 |
| Anhang 1 |  | 37 |
| Anhang 2 |  | 41 |

# Benutzungshinweis

Der vorliegende Leitfaden stellt eine zusammenfassende Information über das Thema Datenschutzbeauftragter nach der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) und nach dem neuen BDSG dar. Sie soll die Umsetzung der neuen Regelungen erleichtern und Hilfestellung bieten.

Angesichts des Umstands, dass es sich in weiten Teilen um eine neue Rechtsmaterie handelt, stellt dieses Papier keine abschließende Information dar, welche die Datenschutzaufsichtsbehörde in allen Verfahren binden könnte, sondern spiegelt den Kenntnis- und Erfahrungsstand der Datenschutzaufsichtsbehörde zum Zeitpunkt der Veröffentlichung wider.

Der Leitfaden wird regelmäßig einer Evaluierung und Aktualisierung unterzogen, um neue Entwicklungen und Erkenntnisse (v.a. durch den Europäischen Datenschutzausschuss, durch Beschlüsse der Konferenz der Datenschutzaufsichtsbehörden sowie durch Rechtsprechung) einbeziehen zu können.

## I. Wer kann Datenschutzbeauftragte werden (persönliche Voraussetzungen)?

Eine Vorbemerkung an dieser Stelle: Die Funktion des/der betrieblichen oder behördlichen Datenschutzbeauftragten ist eine wichtige, vielfältige und anspruchsvolle. Daher sollte man sich als Verantwortlicher bei der Besetzung dieses Amtes Zeit lassen und genau prüfen, wer für diese Aufgabe am besten geeignet ist und in Betracht kommt.

Mit der Aufgabe der Datenschutzbeauftragten<sup>1</sup> kann gemäß Art. 37 Abs. 6 DS-GVO sowohl eine Beschäftigte des Verantwortlichen oder eine Beschäftigte des Auftragsverarbeiters<sup>2</sup> - aber wegen möglicher Interessenkollisionen nicht gegenseitig - (sog. **interne Datenschutzbeauftragte**) als auch eine (natürliche) Person außerhalb des Verantwortlichen betraut werden (sog. **externe Datenschutzbeauftragte**, mit entsprechendem Dienstleistungsvertrag). Bei einer externen Verpflichtung können juristische Personen selbst nicht Beauftragte werden, da die Regelungen auf eine natürliche Person zugeschnitten sind. Aber natürlich kann der Geschäftsbesorgungsvertrag mit einer juristischen Person abgeschlossen werden; im Rahmen dieses Vertrags muss dann aber eine natürliche Person als DSB benannt werden.

| Interne Datenschutzbeauftragte   | Externer Datenschutzbeauftragte   |
|--|---|
| zugrundeliegendes Beschäftigungsverhältnis (z.B. Arbeits- oder Dienstvertrag, Beamtenverhältnis) | i.d.R. Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 675, 662 ff., 611 ff. BGB)<br><br>gewerbliche Tätigkeit |
| +  | +   |
| Benennung  | Benennung   |

<sup>1</sup> Wenn bei bestimmten Begriffen, die sich auf Personengruppen beziehen, nur die weibliche Form gewählt wurde, so ist dies nicht geschlechtsspezifisch gemeint, sondern geschah ausschließlich aus Gründen der besseren Lesbarkeit.

<sup>2</sup> Zur besseren Lesbarkeit wird im nachfolgenden Text auf die Nennung des Auftragsverarbeiters verzichtet. Selbstverständlich gelten alle für den Verantwortlichen genannten Ausführungen auch für den Auftragsverarbeiter.

Zur Beauftragten für den Datenschutz darf nach Art. 37 Abs. 5, 38 Abs. 6 DS-GVO nur benannt werden, wer

- die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche berufliche Qualifikation,
- insbesondere das Fachwissen auf dem Gebiet des Datenschutzrechts und der Datenschutzpraxis (Recht, Technik, Organisation),
- die Fähigkeit zur Erfüllung seiner Aufgaben nach Art. 39 DS-GVO sowie
- die nötige Zuverlässigkeit

besitzt.

## 1. Berufliche Qualifikation und notwendiges Datenschutz-Fachwissen

Nach Art. 37 Abs. 5 der Datenschutz-Grundverordnung wird die Datenschutzbeauftragte auf der Grundlage ihrer beruflichen Qualifikation und insbesondere des Fachwissens benannt, das sie auf dem Gebiet des Datenschutzrechts und der Datenschutzpraxis besitzt, sowie auf der Grundlage ihrer Fähigkeit zur Erfüllung der in Art. 39 genannten Aufgaben. Außerdem dürfen in der Person der DSB keine Interessenkonflikte vorliegen (Art. 38 Abs. 6 DS-GVO).

Das erforderliche Fachwissen orientiert sich am Umfang der Datenverarbeitung und dem Schutzbedarf der personenbezogenen Daten (Erwägungsgrund 97). Je mehr Daten von der verantwortlichen Stelle verarbeitet werden und je sensibler die Daten sind, desto höhere Anforderungen sind an die Qualifikation der Datenschutzbeauftragten zu stellen.

Der Düsseldorfer Kreis, der (frühere) Zusammenschluss der obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich, hat im November 2010 Mindestanforderungen an Fachkunde und Unabhängigkeit der betrieblichen Beauftragten für den Datenschutz aufgestellt, die grundsätzlich auch unter Geltung der DS-GVO und des BDSG-neu bis auf weiteres noch **sinngemäß** herangezogen werden können und als **Anhang 1** diesem Merkblatt beigefügt sind.

Lesenswert ist in diesem Zusammenhang auch das vom Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands e.V. (BvD) entwickelte **berufliche Leitbild** der Datenschutzbeauftragten: [https://www.bvdnet.de/wp-content/uploads/2018/04/BvD-Berufsbild\\_Auflage-4\\_dt\\_en.pdf](https://www.bvdnet.de/wp-content/uploads/2018/04/BvD-Berufsbild_Auflage-4_dt_en.pdf)

Unabhängig von Branche und Größe der verantwortlichen Stelle müssen die Datenschutzbeauftragten über Grundkenntnisse zum verfassungsrechtlich garantierten informationellen Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen und der Beschäftigten der verantwortlichen Stelle sowie umfassende Kenntnisse der einschlägigen Regelungen der DS-GVO, des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer datenschutzrechtlicher Bestimmungen verfügen. Branchenkenntnis und Vertrautheit mit der Organisationsstruktur evtl. eingeschalteter Auftragsverarbeiter sind ebenfalls von Nutzen.

Darüber hinaus sind Kenntnisse der einschlägigen technischen Vorschriften (IT), der Datenschutzprinzipien und der Datensicherheitsanforderungen insbesondere nach Art. 24 f. DS-GVO erforderlich.

Einrichtungsspezifisch sind des Weiteren Kenntnisse

- der spezialgesetzlichen datenschutzrelevanten Vorschriften,
- der Informations- und Telekommunikationstechnologie und der Datensicherheit (Funktionsweise moderner Informations- und Kommunikationstechnologien wie Internet, E-Mail, Cloud-Dienste; Sicherheitsrisiken [z.B. Phishing und Malware wie z.B. Viren, Trojaner, Spyware, Ransomware]; IT-Grundschutz, Informationssicherheits-Managementsysteme und Informationssicherheitsmaßnahmen),
- betriebswirtschaftlicher Zusammenhänge,
- der technischen und organisatorischen Struktur sowie deren Wechselwirkung in der zu betreuenden verantwortlichen Stelle sowie
- im praktischen Datenschutzmanagement der verantwortlichen Stelle

notwendig.

Bei Behörden oder öffentlichen Stellen sollte die DSB zudem über fundierte Kenntnis ihrer einschlägigen Verwaltungsvorschriften und -verfahren verfügen.

Der Begriff der **Fähigkeit zur Erfüllung der der DSB obliegenden Aufgaben** ist im Sinne sowohl ihrer persönlichen Eigenschaften (z.B. Integrität, Zuverlässigkeit, sorgfältige und gründliche Arbeitsweise, Belastbarkeit, Lernfähigkeit, Loyalität und Gewissenhaftigkeit) und Kenntnisse als auch ihrer Position innerhalb der Stelle zu verstehen. Vorrangiges Anliegen der DSB sollte die Schaffung der Voraussetzungen für die Einhaltung der Vorgaben der DS-GVO sein. Der DSB kommt dabei eine zentrale Rolle zu, die Verbreitung einer Datenschutzkultur innerhalb der Einrichtung zu fördern und zur Umsetzung wesentlicher Bestandteile der DS-GVO beizutragen, darun-

ter die Grundsätze der Datenverarbeitung, die Rechte der betroffenen Personen, Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen, die Aufzeichnung von Verarbeitungstätigkeiten, die Sicherheit der Verarbeitung sowie die Meldung und Mitteilung von Verstößen gegen den Schutz personenbezogener Daten.

Die erforderlichen rechtlichen, technischen sowie organisatorischen Mindestkenntnisse sollten grundsätzlich bereits **zum Zeitpunkt der Benennung** zum Datenschutzbeauftragten im ausreichenden Maße vorhanden sein.

## 2. Aus- und Fortbildung: Sind Nachweise erforderlich?

Das Berufsbild Datenschutzbeauftragte ist **staatlich nicht reglementiert**. Folglich macht der Staat keinerlei Vorgaben im Hinblick auf die Aus- und Fortbildung einer DSB. Das erforderliche Fachwissen kann man sich somit frei aneignen, das Vorhandensein spezieller Zertifikate oder Abschlüsse wird seitens der Datenschutzaufsichtsbehörde **nicht** gefordert. Daher gibt es in diesem Bereich einen recht großen Markt an Anbietern von Schulungen, Aus- und Fortbildungen sowie ausgestellten DSB-Zertifikaten.

Da wir als staatliche Behörde zur Neutralität verpflichtet sind, dürfen wir hinsichtlich der verschiedenen Anbieter und Angebote keine Empfehlungen abgeben. Man sollte sich daher, soweit vorhanden, den Internetauftritt des jeweiligen Anbieters genau ansehen und auch nach Referenzen fragen – oder persönlichen Empfehlungen folgen.

Als Aufsichtsbehörde prüfen wir das jeweilige Fachwissen des DSB – etwa im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens oder bei einer Kontrolle – stets individuell im Einzelfall, besonders auch im Lichte des Umfangs und der Formen der jeweiligen Datenverarbeitungen beim Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter. Um einen Entlastungsbeweis führen zu können (Rechenschaftspflicht des Art. 5 Abs. 2 DS-GVO), empfehlen wir dem Verantwortlichen, fachspezifische Nachweise sowie beruflich/fachlich einschlägige Erfahrungen der DSB zu dokumentieren.

## 3. Keine Interessenkonflikte bzw. Unvereinbarkeiten

Die Person muss in der Lage sein, die Aufgaben einer DSB zu erfüllen (Art. 37 Abs. 5 DS-GVO). Nach Art. 38 Abs. 6 DS-GVO können DSB „andere Aufgaben und



Pflichten wahrnehmen“. Der Verantwortliche bzw. Auftragsverarbeiter hat allerdings dafür Sorge zu tragen, dass „derartige Aufgaben und Pflichten nicht zu einem Interessenkonflikt führen“, also keine Unvereinbarkeiten bzw. Befangenheit vorliegen.

In der Person der Datenschutzbeauftragten darf es also **keine Interessenkonflikte** geben, die persönliche Integrität muss sichergestellt sein. Dies bedeutet bei internen DSB z.B., dass das Grund-Beschäftigungsverhältnis mit der Funktion der DSB keine Zielkonflikte oder Interessenkonflikte aufweisen darf. Bei einer externen Bestellung darf das Unternehmen, das die Dienstleistung Datenschutzbeauftragte anbietet, ebenso wenig „befangen“ sein.

Für eine korrekte Erfüllung der Aufgaben der DSB ist vielmehr eine weitestgehende **Distanz** gegenüber der zu kontrollierenden Stelle unerlässlich, denn eine effektive Kontrolle ist dann zu bezweifeln, wenn der Kontrolleur sich selbst kontrollieren muss, wenn etwa eine enge familiäre Verbindung zur Leitungsebene besteht bzw. wenn die Frage zu stellen ist, „welchen Hut die DSB gerade aufhat“.

#### a) Betriebliche / behördliche Interessenkonflikte

Das Fehlen eines Interessenkonflikts ist eng mit dem Erfordernis einer unabhängigen Tätigkeit verknüpft; das BDSG-alt sprach hier von der notwendigen Zuverlässigkeit. DSB dürfen zwar auch andere Funktionen wahrnehmen, aber nur mit Aufgaben und Pflichten betraut werden, die zu keinen Interessenkonflikten mit ihrer Tätigkeit als DSB führen. Dies bedeutet insbesondere, dass die DSB keine Position innehaben kann, bei der sie die Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten festlegt. Dies ist immer fallweise zu betrachten.

Als Grundregel lassen sich zu den **mit Interessenkonflikten** einhergehenden **Positionen** innerhalb der Stelle im Überblick benennen:

##### (1) Leitungs-, Chef- und Inhaberebene

###### *Beispiele:*

Inhaberin, Leiterin, Partnerin, Chefin, Managerin, Vorstandsvorsitzende, Geschäftsführerin, Vorstand oder sonstiger gesetzlich oder verfassungsmäßig berufene Leiterin des Unternehmens / der Behörde / des Vereins.

## **(2) Nachgeordnete Positionen mit Führungsaufgaben und Entscheidungskompetenz über die Festlegung von Zwecken und Mitteln der Datenverarbeitung (IT)**

Bei diesen Personen steht das Interesse an einer wirtschaftlichen Führung des Unternehmens im Vordergrund, das mit dem Interesse der Datenschutzbeauftragten, ungeachtet der betrieblichen Auswirkungen die datenschutzrechtlichen Vorschriften einzuhalten und umzusetzen, kollidiert.

### *Beispiele:*

Leiterin oder Verantwortliche IT, Leiterin des operativen Geschäftsbereichs, Finanzvorstand, leitende medizinische Direktorin, Leiterin der Marketingabteilung, Leiterin der Personalabteilung, Betriebsleiterin, jedoch auch hierarchisch nachgeordnete Positionen, wenn die betreffenden Funktionen oder Aufgabenfelder ähnliche Interessenkonflikte mit sich bringen.

Durch ihre Nähe zur Geschäftsleitung und ihre leitende Position sind auch Prokuristinnen als Datenschutzbeauftragte ungeeignet. Bei ihnen besteht die Gefahr, dass sie sich mit den Geschäftszwecken und Zielen des Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiters so weitgehend identifizieren, dass dadurch die Erfüllung einer unabhängigen Kontrollfunktion als Datenschutzbeauftragte beeinträchtigt ist. Schließlich ist eine betriebliche Datenschutzbeauftragte verpflichtet, unter Umständen auch gegen die Interessen der Geschäfts- oder Behördenleitung zu handeln. Das Gleiche gilt in der Regel für Abteilungsleiterinnen und deren Mitarbeiterinnen, wenn sie selbst personenbezogene Daten verarbeiten, wie beispielsweise in der EDV, im Personalbereich, aber auch im Marketing oder im Vertrieb. Als Datenschutzbeauftragte müssen sie sich ebenfalls selbst kontrollieren.

Eine gleichzeitige Tätigkeit als DSB und Geheimschutz- oder Geldwäschebeauftragte scheidet ebenfalls aus.

Auch können Interessenkonflikte auftreten, wenn z. B. eine externe DSB aufgefordert wird, den Verantwortlichen oder den Auftragsverarbeiter in datenschutzrelevanten Rechtssachen vor Gericht zu vertreten.

Auch ist es unzulässig, wenn ein Unternehmen, das den Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter im Bereich der IT nennenswert betreut, bei diesem betreuten Unternehmen gleichzeitig auch die Dienstleistung externe Datenschutzbeauftragte wahrnimmt (auch wenn dies eine andere Mitarbeiterin übernehmen würde).

### (3) Fallgruppen ohne Interessenkonflikte

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 23. März 2011, Az. 10 AZR 562/09, RDV 2012, S. 237) besteht keine generelle Unvereinbarkeit zwischen dem Amt der betrieblichen Datenschutzbeauftragten und einer Betriebsratsmitgliedschaft. Dass die betriebliche Datenschutzbeauftragte Kontroll- und Überwachungsbefugnisse gegenüber der Arbeitgeberin hat, macht ein Betriebsratsmitglied nicht generell für diesen Aufgabenbereich ungeeignet. Auch als Mitglied des Betriebsrats kann eine Datenschutzbeauftragte Beaufsichtigungs- und Kontrollbefugnisse ordnungsgemäß wahrnehmen.

Als Datenschutzbeauftragte sind alle Mitarbeiterinnen eines Unternehmens geeignet, die wenig mit dem Datenbedarf des Unternehmens zu tun haben und die gebotene Distanz zur Unternehmensleitung aufweisen. Möglich ist in der Regel eine Kombination mit den Bereichen Organisation oder Recht, auch die gleichzeitige Aufgabe als IT-Sicherheitsbeauftragte ist regelmäßig unschädlich. Bei einer gleichzeitigen Mitarbeit in der Rechtsabteilung kann es jedoch unter Umständen ebenfalls zu einer Interessenkollision kommen, insbesondere wenn die Datenschutzbeauftragte als Mitarbeiter der Rechtsabteilung auch in Gerichtsprozessen gegen Mitarbeiterinnen auftritt.

#### b) Familiäre Interessenkonflikte

Auch familiäre Bindungen bzw. Beziehungen zwischen dem Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter und der DSB können zu Interessenkonflikten führen und damit die notwendige Unabhängigkeit nach Art. 38 Abs. 3 DS-GVO und Fähigkeit im Sinne des Art. 37 Abs. 5 DS-GVO negativ beeinflussen.

#### **Beispiele:**

- Wie kritisch und bestimmt tritt man als DSB auf, wenn die Unternehmenschefin / Behördenleiterin die eigene Ehepartnerin ist?
- Besteht für Beschäftigte nicht eine größere Hemmschwelle, sich an die DSB zu wenden, wenn dieser die Tochter des Unternehmenschefs/Behördenleiters ist?
- Wird die Tochter als DSB eher auf Seiten ihrer Mutter als Unternehmenschefin stehen oder auf Seiten des sich beschwerenden Kunden?

Im Hinblick auf die Unternehmenschefin / die Behördenchefin / einen Partner können Mitglieder der erweiterten Kernfamilie (Vater, Mutter, Sohn, Tochter, Schwiegersohn, Schwiegertochter, Großvater, Großmutter) daher **nicht** als DSB benannt werden, unabhängig davon, ob diese Angehörigen im Unternehmen / in der Behörde beschäftigt sind.

## II. Wie ist der Datenschutzbeauftragte zu benennen?

### 1. Zeitpunkt der Benennung

Sobald die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Bestellpflicht vorliegen (siehe Teil I dieser Veröffentlichung), muss unverzüglich eine Datenschutzbeauftragte benannt werden. **Es gibt keine Karenzzeit.**

### 2. Form der Benennung (Benennungsakt)

Während das nationale Recht des alten BDSG eine schriftliche Bestellung der DSB vorsah, lässt die DS-GVO offen, ob der Benennungsvorgang formalen Anforderungen entsprechen muss.

Es wird aber dringend empfohlen, aus Gründen der Rechtssicherheit sowie aus Dokumentations- und Nachweisgründen die Benennung wie bisher **schriftlich** vorzunehmen. Das Benennungsdokument sollte von der Leitung des Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiters und von der Datenschutzbeauftragten unterschrieben werden, da es keine einseitige Beauftragung ist, sondern die **Zustimmung der Datenschutzbeauftragten** stets erforderlich und folglich Wirksamkeitsvoraussetzung ist.

#### Hinweis:

**Bestellungen nach dem BDSG-alt bleiben gültig und müssen nicht erneuert werden. Die Bestellungen bleiben als Benennungen wirksam.**

Wird einer Beschäftigten die Tätigkeit als Datenschutzbeauftragte zusätzlich zu seinen bisherigen Aufgaben übertragen, so ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 29. September 2010, 10 AZR 588/09, RDV 2011 S. 88) eine einvernehmliche **Erweiterung bzw. Ergänzung des Arbeitsvertrags** erforder-

lich. Die entsprechende Erweiterung der Arbeitsaufgabe ist insoweit nicht vom Direktionsrecht der Arbeitgeberin umfasst.

#### 4. Inhalt der Benennung

Eine Benennung sollte mindestens folgende Angaben beinhalten:

- ✓ Name des Verantwortlichen
- ✓ Anschrift des Verantwortlichen
- ✓ Name und Funktion der Person, die benennt
- ✓ Name der Person aus der Führungsebene des Verantwortlichen, der die DSB direkt zugewiesen wird
- ✓ Name der DSB
- ✓ Anschrift der DSB (nur bei externer Benennung<sup>3</sup>)
- ✓ Datum der Benennung
- ✓ Datum, ab wann die Benennung wirksam wird
- ✓ Zeitkontingent für die Tätigkeit als DSB
- ✓ zwei Unterschriftenfelder (Person, die benennt und DSB)

Werden zu den Aufgaben der DSB keine näheren Angaben gemacht, gelten die **zwingenden Grundaufgaben des Art. 39 DS-GVO** automatisch als vereinbart.

Neben diesen Aufgaben können der DSB im gegenseitigen Einvernehmen weitere Aufgaben übertragen werden (z.B. Durchführung der datenschutzrechtlichen Unterweisungen der Mitarbeiter). Ebenso können Berichtspflichten in einem bestimmten Turnus vorgesehen werden.

Darüber hinaus ist auch wichtig, dass bei internen Benennungen ein gewisser **Stundenumfang** für diese Aufgabe festgelegt wird und gleichzeitig der Stundenumfang des Grund-Beschäftigungsverhältnisses entsprechend reduziert wird. Dabei spielen Art, Umfang und Sensibilität der verwendeten personenbezogenen Daten, Zahl, Beschaffenheit, Neu- und Verschiedenartigkeit der eingesetzten Datenverarbeitungsverfahren, die mit der Verarbeitung konkret verfolgten Zwecke und die im Unternehmen anfallenden datenschutzrechtlichen und sicherheitsmäßigen Fragen eine bestimmende Rolle.

---

<sup>3</sup> Bei einer externen Benennung kommt natürlich auch noch der Dienstleistungsvertrag hinzu. Benennung und Vertrag können auch in einem Dokument erfolgen.

Ein **Muster** für eine Benennung ist als **Anhang 2** beigefügt.

## 5. Dauer der Benennung – Befristung möglich?

Da die DSB eine besondere, unabhängige und weisungsfreie Position beim Verantwortlichen innehat, ihm ein besonderer Abberufungs- und Kündigungsschutz zusteht und ein Benachteiligungsverbot besteht, würde jede Befristung die Stellung der DSB in unzulässiger Weise einschränken bzw. aushebeln. Dies galt auch bisher schon unter dem alten BDSG. Auch würde eine Befristung dazu führen, dass man sich einer zu kritischen oder unbeliebten DSB relativ einfach „entledigen“ könnte.

Es ist auch zu berücksichtigen, dass nicht nur die Datenschutzbeauftragte vor einer grundlosen Befristung der Benennung geschützt werden soll, sondern vor allem ein effektiver, kontinuierlicher und ungestörter Datenschutz gewährleistet werden soll. Gegenüber diesem Ziel sollen weniger gewichtige Gründe für eine Befristung (z.B. unternehmerische Entscheidungsfreiheit) zurückstehen. Jede zeitliche Begrenzung des Schutzes des Amtes würde daher den Datenschutz erheblich gefährden.

Richtig ist allerdings auch, dass bei der Frage der Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Regelung die Belange des Datenschutzes gegen die berechtigten unternehmerischen Belange abgewogen und eventuelle Restrisiken für den Datenschutz in Kauf genommen werden müssen, soweit deren Vermeidung nur noch durch besonders schwere Einschränkungen der unternehmerischen Freiheit erreicht werden kann. Hier ist aber anzumerken, dass selbstverständlich das Recht der Kündigung aus wichtigem Grund hiervon unberührt bleibt. Außerdem kommen weitere Beendigungstatbestände (z.B. bei einer Unternehmensverschmelzung) in Betracht (siehe Abschnitt V.).

Hinzu kommt, dass gerade zu Beginn der DSB-Tätigkeit der Aufwand der Einarbeitung sehr hoch ist, da sich die DSB eine Übersicht über die relevanten Datenverarbeitungen verschaffen muss. Sie muss die notwendige Erfahrung sammeln und sich Kenntnisse der betrieblichen bzw. behördlichen Abläufe aneignen. Auf diese Weise kann auch sichergestellt werden, dass sie ihre gesetzlichen Aufgaben in angemessener Weise wahrnimmt, ihre Befugnisse voll ausschöpft und nicht mit Rücksicht auf eine nach kurzer Zeit erforderliche Vertragsverlängerung von gebotenen Maßnahmen Abstand nimmt. Auch an anderer Stelle ist festzustellen, dass sich der Verordnungs- bzw. Gesetzgeber eine kontinuierliche Aufgabenwahrnehmung durch den Datenschutzbeauftragten vorgestellt hat.

Daraus leiten wir folgende **Anwendungshinweise** ab:

- Nach den geltenden Bestimmungen der DS-GVO ist die Benennung eines **internen** Datenschutzbeauftragten als **grundsätzlich unbefristet** anzusehen.
- Analog muss bei der Bestellung eines **externen** DSB der Geschäftsbesorgungsvertrag so ausgestaltet sein, dass eine unabhängige Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben durch entsprechende Kündigungsfristen, Zahlungsmodalitäten, Haftungserleichterungen oder -freistellungen und Dokumentationspflichten gewährleistet wird. Art. 38 Abs. 3 DS-GVO schränkt insoweit die grundsätzliche Vertragsfreiheit ein. Empfohlen wird grundsätzlich eine Mindestvertragslaufzeit von **vier Jahren**, bei **Erstverträgen** wird wegen der Notwendigkeit der Überprüfung der Eignung grundsätzlich eine Vertragslaufzeit von **ein bis zwei Jahren** empfohlen<sup>4</sup>.

## 6. Mitbestimmung

Zu beachten sind die Mitbestimmungsrechte des **Betriebsrats**, die diesem bei der Einstellung oder Versetzung von Beschäftigten, z.B. nach § 99 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG), grundsätzlich zustehen. Darüber hinaus kann der Arbeitnehmer- bzw. Personalvertretung bei der Benennung einer Datenschutzbeauftragten ein Mitbestimmungsrecht durch eine freiwillige Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung eingeräumt werden.

Dagegen hat bei der Bestellung und Abberufung von Datenschutzbeauftragten öffentlicher Stellen der **Personalrat** ein Mitbestimmungsrecht gem. § 75 Abs. 4 Nr. 1 Buchstabe b LPersVG BaWü, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht.

Über die Benennung einer DSB sowie über deren Erreichbarkeit sind alle Beschäftigten etwa durch Aushang und eine Rundmail zu informieren.

---

<sup>4</sup> Anpassung des Beschlusses des Düsseldorfer Kreises vom 24./25. November 2010 („Mindestanforderungen ...“, siehe Anlage 2)

## 7. Stellvertretende Datenschutzbeauftragte und Mitarbeiter der Datenschutzbeauftragten

DS-GVO und BDSG sehen die Benennung einer stellvertretenden DSB nicht ausdrücklich vor. Die Benennung ist aber jederzeit möglich und sinnvoll.

Eine gesetzliche Pflicht zur Bestellung einer **stellvertretenden** Datenschutzbeauftragten ergibt sich nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts Hamburg<sup>5</sup> aus (dem damaligen) § 4f Abs. 1 S. 1 BDSG, wenn die zunächst bestellte Datenschutzbeauftragte für einen längeren Zeitraum (Faustregel: zwei Monate) verhindert ist und Aufgaben im Zuständigkeitsbereich der Datenschutzbeauftragten zu erledigen sind. Es ist zu beachten, dass ein Zugriff auf die Vorgänge und Daten der DSB durch einen Stellvertreter am besten vorab geklärt und geregelt werden sollte. Bei der Benennung einer stellvertretenden DSB gelten **dieselben Ernennungsvoraussetzungen** wie beim „amtierenden“ DSB.

Einer Datenschutzbeauftragten können **Mitarbeiter/innen** zur Seite gestellt werden, die im Bereich des Aufgabengebiets des DSB nur deren Aufträgen und Weisungen folgen dürfen.

## 8. Konzern-Datenschutzbeauftragte

Art. 37 Abs. 2 DS-GVO gestattet einer Unternehmensgruppe (vgl. Art. 4 Nr. 19 DS-GVO) die Benennung einer gemeinsamen DSB, sog. „Konzern-Datenschutzbeauftragte“, sofern diese „von jeder Niederlassung aus [...] leicht erreicht werden kann“. Der Begriff der Erreichbarkeit bezieht sich auf die Aufgaben der DSB als Ansprechpartnerin für Betroffene und für die Aufsichtsbehörde, gilt jedoch auch für deren Aufgaben als interne Ansprechpartnerin, denn eine der Aufgaben der DSB ist ja die „Unterrichtung und Beratung des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters und der Beschäftigten, die Verarbeitungen durchführen, hinsichtlich ihrer Pflichten nach dieser Verordnung“.

Um die Erreichbarkeit der DSB sowohl intern als auch extern zu gewährleisten, ist dafür Sorge zu tragen, dass die Kontaktdaten im Einklang mit den Vorgaben der DS-GVO zur Verfügung stehen.

---

<sup>5</sup> Urteil vom 21.07.2016, Az. 8 Sa 32/16 <juris>



Die DSB muss – gegebenenfalls mithilfe eines Teams – in der Lage sein, mit Betroffenen wirksam zu kommunizieren und mit den zuständigen Aufsichtsbehörden effektiv zusammenzuarbeiten. Dies bedeutet, dass die Kommunikation in der bzw. den von den Aufsichtsbehörden und den Betroffenen verwendeten Sprache(n) erfolgen muss. Damit die Betroffenen die DSB kontaktieren können, ist es unverzichtbar, dass diese (entweder physisch auf dem gleichen Gelände wie die Beschäftigten oder über eine Hotline oder andere sichere Kommunikationskanäle) persönlich erreichbar ist.

Die Benennung zur Konzern-Datenschutzbeauftragten ist **in einem Akt** möglich, den die Leitung des Mutterkonzerns durchführen muss. Im Benennungsakt muss die Funktion als Konzern-Datenschutzbeauftragte genannt werden, außerdem müssen alle (Tochter-)Unternehmen mit Adresse aufgeführt werden, die vom Konzern umfasst sind und für die die Konzern-DSB zuständig ist.

Wenn bislang bei jedem Tochterunternehmen eine Datenschutzbeauftragte bestellt ist, besteht für die Umstrukturierung hin zu einer Konzerndatenschutzbeauftragten **kein** „Sonder-Abberufungsrecht“.

## 9. Gemeinsame Datenschutzbeauftragte mehrerer Behörden

Nach Art. 37 Abs. 3 DS-GVO kann von mehreren öffentlichen Einrichtungen und Stellen in Anbetracht ihrer Organisationsstruktur und Größe eine gemeinsame DSB benannt werden. Gleiches gilt für die erforderlichen Ressourcen und die Kommunikation: Da die DSB eine Vielzahl von Aufgaben wahrzunehmen hat, ist es Sache des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters, dafür Sorge zu tragen, dass einzelne DSB trotz der Zuständigkeit für mehrere öffentliche Einrichtungen und Stellen in der Lage sind, diesen – gegebenenfalls mithilfe eines Teams – wirksam nachzugehen.

## 10. Veröffentlichung der Kontaktdaten der Datenschutzbeauftragten

Art. 37 Abs. 7 der DS-GVO sieht vor, dass der Verantwortliche bzw. Auftragsverarbeiter

- die Kontaktdaten der DSB veröffentlicht und
- diese Daten der zuständigen Aufsichtsbehörde mitteilt (zuständig ist die Aufsichtsbehörde des Landes, in dem der Verantwortliche seinen Hauptsitz bzw. Registersitz / Behördensitz innehat).

Hierfür finden Sie auf <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/dsb-online-melden/> eine Online-Melde-Möglichkeit. Von Meldungen per Post oder E-Mail bitten wir möglichst abzusehen.

Durch diese Regelung soll sichergestellt werden, dass sich Betroffene (sowohl innerhalb als auch außerhalb des Verantwortlichen) und die Aufsichtsbehörden ohne weiteres auf direktem Wege an die DSB wenden können, ohne mit einem anderen Teil des Verantwortlichen in Kontakt treten zu müssen. Ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt ist Vertraulichkeit: So könnten z. B. Arbeitnehmer zögern, eine Beschwerde an die DSB zu richten, wenn die Vertraulichkeit ihrer Kommunikation nicht gewährleistet ist.

Die Kontaktdaten der DSB sollten Angaben enthalten, die Betroffene ebenso wie die Aufsichtsbehörde in die Lage versetzen, die DSB auf einfachem Wege, postalisch, über eine persönliche Telefonnummer und über eine persönliche oder Funktions-E-Mail-Adresse (z.B. DSB@ oder Datenschutz@; Datenschutzbeauftragte@; nicht über den zentralen Posteingang) zu erreichen (Art. 38 Abs. 4 DS-GVO). Wo dies angezeigt ist, können zum Zwecke der Kommunikation mit der Öffentlichkeit weitere Kommunikationsmöglichkeiten (z.B. eine persönliche Hotline oder ein an die DSB persönlich adressiertes Kontaktformular auf der verschlüsselten Internetseite des Verantwortlichen) angeboten werden.

Art. 37 Abs. 7 DS-GVO schreibt nicht vor, dass in den veröffentlichten Kontaktdaten auch der Name der DSB aufzuführen ist. Auch wenn es sich hierbei um ein bewährtes Verfahren handeln mag, liegt die Entscheidung, ob dies unter den gegebenen Umständen erforderlich oder hilfreich ist, im Ermessen des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters und der DSB.

Darüber hinaus muss der Verantwortliche seinen Beschäftigten den Namen und die Kontaktdaten der DSB zur Kenntnis bringen. Beispielsweise könnten der Name und die Kontaktdaten der DSB im Intranet der betreffenden Einrichtung sowie in ihrem internen Telefonverzeichnis und in ihren Organigrammen veröffentlicht werden.

### III. Welche Stellung hat die Datenschutzbeauftragte?

Die besondere Stellung der DSB ist in Art. 38 DS-GVO sowie in §§ 6, 38 Abs. 2 BDSG geregelt. Die DSB hat beratende und kontrollierende Funktion. Die Datenschutzbeauftragte ist nie Dritter, sondern Organ des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters. Außerdem entlässt die Datenschutzbeauftragte den Verantwortlichen nicht aus der Pflicht, die Datenschutzregelungen in eigener Verantwortung umzusetzen bzw. einen Beschäftigten mit dieser Aufgabe zu betrauen.

#### 1. Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit

In Art. 38 Abs. 3 DS-GVO sind grundlegende Garantien festgelegt, die dazu beitragen sollen, dass DSB ihren Aufgaben mit hinreichender Eigenständigkeit innerhalb ihrer Stelle nachgehen können. Insbesondere sind Verantwortliche verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die DSB „keine Anweisungen bezüglich der Ausübung [ihrer] Aufgaben erhält“. Erwägungsgrund 97 fügt hinzu: „Derartige Datenschutzbeauftragte sollten unabhängig davon, ob es sich bei ihnen um Beschäftigte des Verantwortlichen handelt oder nicht, ihre Pflichten und Aufgaben **in vollständiger Unabhängigkeit** ausüben können.“

Dies bedeutet, dass DSB bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nach Art. 39 DS-GVO keine Anweisungen erteilt werden dürfen, wie sie bei einem gegebenen Sachverhalt zu verfahren haben, also beispielsweise, welches Ergebnis erzielt werden soll, wie einer Beschwerde nachzugehen ist oder ob die Aufsichtsbehörde zurate gezogen werden soll oder nicht. Des Weiteren dürfen sie nicht angewiesen werden, in einer datenschutzrechtlichen Frage einen bestimmten Standpunkt (beispielsweise in Bezug auf die Auslegung einer gesetzlichen Regelung) zu vertreten. Die Eigenständigkeit der DSB schließt jedoch keine über ihr Aufgabenfeld nach Art. 39 DS-GVO sowie ggfs. vereinbarte zusätzliche Aufgaben hinausgehende Entscheidungsbefugnis ein.

Der Erteilung von gezielten Prüfaufträgen durch den Leiter steht die Weisungsfreiheit aber nicht entgegen.

Der Verantwortliche (nicht der DSB) trägt stets die Verantwortung für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen und muss diese Einhaltung nachweisen können. Trifft der Verantwortliche Entscheidungen, die der DS-GVO und den Empfehlungen der DSB zuwiderlaufen, sollte die DSB die Möglichkeit haben, ihre abwei-

chende Meinung der höchsten Unternehmensebene bzw. der Behördenleitung und den Entscheidungsträgern deutlich zur Kenntnis zu bringen.

Nach Art. 38 Abs. 3 DS-GVO berichtet die DSB „unmittelbar der höchsten Managementebene des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters“. Dadurch soll sichergestellt werden, dass das leitende Management (beispielsweise auf Vorstandsebene) oder die Behördenleitung von den Anregungen und Empfehlungen der DSB im Rahmen ihrer Aufgabe, den Verantwortlichen zu unterrichten und zu beraten, **unmittelbar** Kenntnis erlangt. Daher ist bereits in der Benennung das Mitglied der Führungsebene / Behördenleitung aufzuführen, an das sich die DSB immer wenden und dem gegenüber die DSB berichten kann. Im Unternehmens- bzw. Behörden-Organigramm ist die DSB daher entsprechend bei der Leitungsebene zu verankern.

Sinnvoll ist zudem die Erstellung eines jährlichen, schriftlichen **Tätigkeitsberichts** durch die DSB, welcher der höchsten Unternehmens- oder Behördenebene vorzulegen ist und mit dieser diskutiert werden sollte.

## 2. Beteiligungsanspruch gegenüber Verantwortlichem

Nach Art. 38 Abs. 1 der DS-GVO haben der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter dafür Sorge zu tragen, dass die Datenschutzbeauftragte „ordnungsgemäß und frühzeitig in alle mit dem Schutz personenbezogener Daten zusammenhängenden Fragen **eingebunden**“ wird.

Es ist von größter Bedeutung, dass die DSB vom frühestmöglichen Zeitpunkt an in alle im Zusammenhang mit dem Datenschutz stehenden Angelegenheiten eingebunden und nicht vor vollendete Tatsachen gestellt wird. In Bezug auf Datenschutz-Folgenabschätzungen sieht die DS-GVO ausdrücklich die frühzeitige Einbindung der DSB vor und besagt, dass der Verantwortliche bei der Durchführung solcher Folgenabschätzungen die DSB zu Rate zu ziehen hat. Die systematische Unterrichtung und Konsultation der DSB von Anfang an vereinfacht die Einhaltung der DS-GVO und dient der Praxis eines integrierten, prozessgesteuerten Datenschutzes und sollte daher ein Standardverfahren der Führung von Unternehmen, Behörden u.a. darstellen. Überdies ist wichtig, dass die DSB innerhalb der Einrichtung als ebenbürtige und ernst zu nehmende **Gesprächspartnerin** angesehen wird und dass sie den maßgeblichen Arbeitsgruppen angehört, die mit Datenverarbeitungstätigkeiten innerhalb der Einrichtung befasst sind.

Dementsprechend sollte der Verantwortliche beispielsweise folgende Punkte berücksichtigen:

- Die DSB wird zur regelmäßigen Teilnahme an Treffen der leitenden und der mittleren Führungsebene eingeladen, sobald es um Fragen der Datenverarbeitung, der IT-Sicherheit und des Datenschutzes geht.
- Ihre Anwesenheit empfiehlt sich bei der Fällung von Entscheidungen, welche Fragen des Datenschutzes tangieren. Jegliche maßgeblichen Informationen sind der DSB zeitnah zu übermitteln, damit diese in adäquater Weise als Ratgeber fungieren kann.
- Die Meinung und Bewertung der DSB ist stets einzuholen und zu berücksichtigen. Im Falle einer abweichenden Meinung bzw. Entscheidung wird empfohlen, die Gründe, aus denen dem Rat der DSB nicht gefolgt wird, zu dokumentieren.
- Bei einer Verletzung datenschutzrechtlicher Bestimmungen oder einem sonstigen Vorfall sollte die DSB unverzüglich hinzugezogen werden.

Gegebenenfalls sollte der Verantwortliche eine Datenschutzrichtlinie ausarbeiten, in der festgelegt ist, wann (und wie) die DSB zu beteiligen ist.

### 3. Anspruch auf Unterstützung durch den Verantwortlichen

Art. 38 Abs. 2 DS-GVO sieht vor, dass alle Einrichtungen ihrer DSB Unterstützung leisten, „indem sie die für die Erfüllung [ihrer] Aufgaben erforderlichen Ressourcen und den Zugang zu personenbezogenen Daten und Verarbeitungsvorgängen sowie die zur Erhaltung [ihres] Fachwissens erforderlichen Ressourcen zur Verfügung stellen“.

Der DSB muss insbesondere ein **ausreichendes Zeitkontingent** zur Erfüllung ihrer Aufgaben und zur Erhaltung bzw. zur Erweiterung ihres Fachwissens zur Verfügung stehen. Besonders wichtig ist dies in den Fällen, in denen eine interne DSB auch noch ihrem Grund-Arbeitsverhältnis nachgehen muss oder eine externe DSB ihre Datenschutzfähigkeit neben anderen Pflichten (oder Benennungen) wahrnimmt. Andernfalls besteht die Gefahr einer Vernachlässigung der DSB-eigenen Aufgaben und Pflichten infolge einander zuwiderlaufender Prioritäten. In Fällen, in denen die DSB-Funktion nicht in Vollzeit geleistet wird, ist es unerlässlich, hierfür einen festen Prozentsatz der Arbeitszeit vorzusehen. Zuvor empfiehlt es sich, die zur Wahrnehmung der Funktion als DSB benötigte Zeit zu ermitteln und von Seiten der DSB (oder der Stelle) ein Arbeitsprogramm zu erstellen.

Der Verantwortliche hat die DSB bei der Erfüllung ihrer Aufgaben gemäß Art. 38 Abs. 2 DS-GVO ferner dadurch zu unterstützen, dass er ihr ein eigenes Arbeitszimmer, Einrichtungen, Geräte und finanzielle Mittel (z.B. für Literatur) sowie, soweit erforderlich (z.B. bei einer Konzern-Datenschutzbeauftragten), Personal zur Verfügung stellt.

Zur Sicherung des zur Erfüllung der Aufgaben erforderlichen Fachwissens hat der Verantwortliche der Beauftragten für den Datenschutz die **Teilnahme an Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen** zu ermöglichen und deren Kosten zu übernehmen. Der DSB sollte Gelegenheit gegeben werden, sich in Bezug auf Entwicklungen im Bereich des Datenschutzes auf dem aktuellen Stand zu halten. Ziel sollte dabei sein, die Fachkompetenz der DSB kontinuierlich zu sichern und zu erhöhen.

Zur Unterstützung gehören außerdem

- eine aktive Unterstützung der Funktion der DSB durch die Leitung des Verantwortlichen (beispielsweise auf Vorstands-/Leitungsebene);
- die offizielle Unterrichtung aller Beschäftigten über die Benennung einer DSB, damit deren Existenz und Funktion unternehmens- bzw. behördenweit bekannt sind;
- den nötigen Zugang zu anderen Dienststellen wie Personal-, Rechts-, IT-, Sicherheitsabteilung usw., damit die DSB unverzichtbare Unterstützung, Anregungen und Informationen von diesen erhalten kann;
- je nach Größe und Aufbau der Stelle die Einrichtung eines DSB-Teams (bestehend aus einer DSB und deren Mitarbeitern). In solchen Fällen sollten die Zusammensetzung des Teams sowie die Aufteilung der Aufgaben und Zuständigkeiten unter den Mitgliedern klar festgelegt werden.

Allgemein gilt: Je komplexer und/oder sensibler die Datenverarbeitungsvorgänge sind, desto mehr Ressourcen müssen der DSB zur Verfügung gestellt werden.

#### 4. Beratungsanspruch durch die Aufsichtsbehörde

Gemäß § 40 Abs. 6 S. 1 BDSG steht den DSB ein Beratungsanspruch gegenüber der Datenschutzaufsichtsbehörde zu. Diese Beratung soll „mit Rücksicht auf deren typische Bedürfnisse“ erfolgen. Dieser Beratungsanspruch korrespondiert mit der gewünschten Zusammenarbeit zwischen DSB und Aufsichtsbehörde (Art. 39 Abs. 1 Buchst. d, e DS-GVO bzw. Art. 57 Abs. 3 DS-GVO).

## 5. Zutritts- und Einsichtsrechte

Die Prüfpflichten der Beauftragten für den Datenschutz setzen voraus, dass ihr die zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Zutritts- und Einsichtsrechte in alle betrieblichen bzw. behördlichen Bereiche und Datenverarbeitungsvorgänge eingeräumt werden (Art. 38 Abs. 2 DS-GVO). Dies gilt auch für eingeschaltete Auftragsverarbeiter. Es darf **keine kontrollfreien Datenverarbeitungen** geben.

Sie muss in alle relevanten betrieblichen Planungs- und Entscheidungsabläufe eingebunden sein und hat die für die Aufgabenerfüllung erforderlichen Unterlagen zu erhalten. Dabei darf sie auch auf personenbezogene Daten zugreifen und zwar auch dann, wenn diese einer besonderen Geheimhaltungspflicht, z. B. der ärztlichen Schweigepflicht, unterliegen. Dies gilt auch für einen externen Beauftragten für den Datenschutz.

## 6. Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflicht

Die Datenschutzbeauftragte ist bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zur **Geheimhaltung** (Art. 38 Abs. 5 DS-GVO) und zur **Verschwiegenheit** über die Identität des Betroffenen sowie über Umstände, die Rückschlüsse auf den Betroffenen zulassen, verpflichtet – auch gegenüber den benennenden Stelle –, soweit sie nicht davon durch die Betroffenen befreit wurde (§ 38 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 5 S. 2 BDSG). Dies gilt auch für die **Stellvertreterin sowie für Mitarbeiter** der Datenschutzbeauftragten.

Daher muss z.B. organisatorisch sichergestellt sein, dass

- die DSB immer auf allen Kommunikationskanälen direkt erreichbar ist;
- die DSB ein eigenes Arbeitszimmer besitzt, in dem auch vertrauliche Besprechungen oder Telefonate stattfinden können;
- schriftliche Post ungeöffnet die DSB erreicht;
- die DSB eine eigene Ablage (Registratur) besitzt;
- E-Mails direkt und unmittelbar nur von der DSB geöffnet und bearbeitet werden können.

Die Beauftragte für den Datenschutz macht sich nach § 203 Abs. 4 des Strafgesetzbuchs (StGB) strafbar, wenn sie unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das einem in § 203 Abs. 1 und 2 StGB Genannten (z. B. einem Arzt) in dessen beruflicher

Eigenschaft anvertraut wurde oder sonst bekannt geworden ist und von dem sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben als Beauftragte für den Datenschutz Kenntnis erlangt hat.

Allerdings verbietet die Wahrung der Geheimhaltung oder der Vertraulichkeit es der DSB nicht, die Aufsichtsbehörden zu Rate zu ziehen. Laut Art. 39 Abs. 1 Buchst. e DS-GVO kann die DSB die Aufsichtsbehörde gegebenenfalls zu allen sonstigen Fragen konsultieren.

## 7. Abberufungsschutz und Benachteiligungsverbot nach der DS-GVO

Gemäß Art. 38 Abs. 3 S. 2 DS-GVO darf eine DSB „von dem Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter wegen der Erfüllung [ihrer] Aufgaben nicht abberufen oder benachteiligt werden“.

Diese Anforderung stärkt die Eigenständigkeit der DSB und trägt dazu bei, dass diese unabhängig agieren können und bei der Ausführung ihrer datenschutzbezogenen Aufgaben hinreichenden Schutz genießen.

### a) Abberufungsschutz

§ 38 Abs. 2 BDSG sieht vor, dass die DSB nur abberufen werden kann, wenn sie ihre Pflichten nicht (ausreichend) erfüllt, also etwa wegen fehlendem / unzureichendem Fachwissen, unzureichender beruflicher Qualifikation oder fehlerhafter Amtsführung. Betriebsbedingte oder wirtschaftliche Gründe reichen für eine Abberufung entgegen mancher Kommentarmeinung **nicht** aus. Dies würde die grundsätzliche Position einer DSB entscheidend schwächen und wäre mit dem Sinn und Zweck der Regelung ebenso wenig vereinbar wie mit dem Effektivitätsgrundsatz.

Es kann aber natürlich Gründe geben, die nicht im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer Pflichten als DSB stehen, die gemäß üblichem Vertrags-, Arbeits- oder Strafrecht zu einer Abberufung führen können (beispielsweise wegen Diebstahls, physischer, psychischer oder sexueller Belästigung oder eines vergleichbaren groben Fehlverhaltens). Die Beweislast liegt stets bei der handelnden Stelle.

Weitere Ausführungen zur Beendigung der Tätigkeit des DSB finden sich in Kapitel V.



### c) Benachteiligungsverbot

**Benachteiligungen** sind nach der DS-GVO insbesondere dann unzulässig, wenn sie gegen die DSB allein deshalb verhängt werden, weil diese ihren Pflichten als DSB nachgekommen ist. Beispielsweise kann es vorkommen, dass eine DSB zu der Einschätzung gelangt, dass eine bestimmte Form der Datenverarbeitung ein hohes Risiko in sich birgt, und sie dem Verantwortlichen bzw. dem Auftragsverarbeiter eine Datenschutz-Folgenabschätzung empfiehlt, der Verantwortliche bzw. der Auftragsverarbeiter diese Einschätzung der DSB jedoch nicht teilt. In einem solchen Fall ist es nicht zulässig, die DSB wegen ihrer diesbezüglichen Empfehlung zu benachteiligen oder gar abzuuberufen.

Nachteile können verschiedene Formen annehmen und unmittelbarer oder mittelbarer Natur sein. Denkbar sind beispielsweise eine ausbleibende oder verspätet erfolgende Beförderung, die Streichung von Fortbildungen, die Zuweisung eines schlechteren Arbeitszimmers, die Verwehrung einer beruflichen Fortentwicklung oder der Ausschluss von Leistungen, die anderen Beschäftigten gewährt werden. Dabei ist es nicht erforderlich, dass solche Nachteile tatsächlich eintreten: Ihre bloße Androhung reicht aus, solange diese dazu dient, die DSB aus im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit stehenden Gründen zu benachteiligen oder unter Druck zu setzen.

## 8. Abberufungsschutz und Kündigungsschutz hinsichtlich des Grund-Arbeitsverhältnisses nach BDSG

Wie auch bisher stärkt das BDSG die Stellung der DSB, indem es einen besonderen Abberufungsschutz und (bei internen DSB) Kündigungsschutz im Hinblick auf das zugrunde liegende Arbeitsverhältnis der DSB gewährt (§ 38 Abs. 2, § 6 Abs. 4 S. 2 BDSG).

### a) Anwendungsbereich

Dieser besondere Abberufungs- und Kündigungsschutz nach § 6 Abs. 4 S. 2 BDSG gilt für

- DSB der Behörden und öffentlichen Stellen des Bundes (§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 2 Abs. 1 BDSG);
- DSB der Behörden und öffentlichen Stellen des Landes Baden-Württemberg, **soweit** diese Bundesrecht ausführen (da im LDSG Baden-Württemberg keine

Regelungen über behördliche DSB getroffen wurden; § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 2 Abs. 2 BDSG);

- DSB nicht-öffentlicher Stellen (also für alle betrieblichen DSB, § 38 Abs. 2 BDSG).

Es ist wünschenswert, wenn die Gesetzgeber von Bund und Ländern den besonderen Kündigungsschutz allen DSB zuteilwerden lassen und die – wahrscheinlich unbeabsichtigte – Regelungslücke im Hinblick auf behördliche DSB von Stellen in den Ländern, die kein Bundesrecht ausführen, schließen würden.

## b) Inhalt des Abberufungsschutzes

Der Abberufungsschutz des § 6 Abs. 4 BDSG konkretisiert und verschärft die Regelung der DS-GVO: Nur wenn Gründe vorliegen, die eine fristlose Kündigung nach § 626 BGB rechtfertigen würden, kann eine DSB abberufen werden.

### *§ 626 BGB: Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*

*(1) Das Dienstverhältnis kann von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.*

*(2) Die Kündigung kann nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Der Kündigende muss dem anderen Teil auf Verlangen den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilen.*

Es müssen also schwerwiegende Gründe vorliegen, die eine weitere Zusammenarbeit mit der DSB dauerhaft unmöglich machen.

### c) Inhalt des Kündigungsschutzes

Nach § 6 Abs. 4 S. 1 BDSG (gilt für betriebliche DSB durch den Verweis in § 38 Abs. 2 BDSG) ist eine Kündigung des zugrundeliegenden Arbeitsverhältnisses einer DSB nur in entsprechender Anwendung des § 626 BGB zulässig. Also nur dann, wenn eine **fristlose Kündigung des zugrundeliegenden Arbeitsverhältnisses aus besonderem Grund nach § 626 BGB** möglich ist, darf einer DSB gekündigt werden. Eine zulässige und wirksame außerordentliche Kündigung schlägt dann auch auf die Benennung durch und führt zur Abberufung.

Der Kündigungsschutz erstreckt sich nach § 6 Abs. 4 S. 3 BDSG zudem auch **auf das Jahr nach dem Ende der Tätigkeit** (nachwirkender Schutz) als DSB, es sei denn, dass innerhalb dieses Jahres eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund möglich ist.

Dieser Kündigungsschutz gilt für betriebliche DSB aber nicht, wenn die Benennung der DSB **freiwillig** erfolgte (§ 38 Abs. 2 2. HS BDSG).

Stellvertretende Datenschutzbeauftragte genießen jedenfalls dann den Sonderkündigungsschutz, wenn sie während der Verhinderung der eigentlichen Datenschutzbeauftragten deren Tätigkeit auch tatsächlich wahrgenommen haben.

## 9. Zeugnisverweigerungsrecht

Der Beauftragten für den Datenschutz (und ihrem Personal) steht nach § 38 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 6 BDSG ein Zeugnisverweigerungsrecht zu, wenn sie bei ihrer Tätigkeit Kenntnis von Daten erhält, für die dem Leiter der nicht-öffentlichen oder öffentlichen Stelle oder einer bei der nicht-öffentlichen oder öffentlichen Stelle beschäftigten Person aus beruflichen Gründen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Soweit das Zeugnisverweigerungsrecht der DSB reicht, unterliegen ihre Akten und anderen Schriftstücke einem Beschlagnahmeverbot.

## 10. Haftung

DSB sind im Falle der Nichteinhaltung der DS-GVO durch den Verantwortlichen nicht persönlich verantwortlich. Aus der DS-GVO geht klar hervor, dass es **Aufgabe des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters** ist, sicherzustellen und nachweisen zu können, dass die Verarbeitung gemäß der DS-GVO erfolgt (Art. 24 Abs. 1 DS-GVO). Deswegen ist auch der Verantwortliche Adressat von Bußgeldern, nicht die DSB.

Die Überwachungspflicht der DSB bewirkt also nicht, dass die DSB im Fall der Nichteinhaltung von Datenschutzvorschriften durch den Verantwortlichen persönlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Auch sei angemerkt, dass es kaum vorstellbar ist, dass eine DSB sämtliche Datenverarbeitungsvorgänge in einem Unternehmen oder einer Behörde täglich kontrollieren kann. Eine entsprechende Garantenstellung der DSB ist daher abzulehnen.

Daraus folgt, dass die Datenschutzbeauftragte – auch nach Ansicht des Europäischen Datenschutzausschusses (Working Paper 243 rev. 01) – keine generelle Pflicht zur Verhinderung von Datenschutzverstößen im Unternehmen oder in der Behörde trifft. Sie überwacht die datenschutzrechtliche Organisationsstruktur der Stelle und berichtet über ihre Erkenntnisse gegenüber dem obersten Management bzw. der Leitung. Die Intensität ihrer Berichterstattung hat hierbei einem risikobasierten Ansatz zu folgen. Ein aktives Eingreifen zur Beseitigung oder Verhinderung einzelner Verstöße liegt hingegen in Ermangelung entsprechender Weisungsbefugnisse nicht im Pflichtenkreis der Datenschutzbeauftragten. Es wird der DSB daher empfohlen, über die Pflichtaufgaben hinaus (siehe Abschnitt IV.) keine zusätzlichen Aufgaben zu übernehmen. Im Innenverhältnis sind vertragliche Haftungsfreistellungen möglich.

Somit verbleibt bei der internen DSB die Haftung für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs und im öffentlichen Dienst nach den Grundsätzen der Staatshaftung bei hoheitlichem Handeln des Beschäftigten (Art. 34 GG, § 839 BGB). Diese Haftungserleichterungen gelten allerdings nicht für externe DSB. Hier kann ggfs. auch eine Berufshaftpflichtversicherung sinnvoll sein.

Deliktische Ansprüche des Betroffenen gegenüber einer DSB nach § 823 ff. BGB kommen nur in Betracht, wenn der DSB den jeweiligen Schaden ursächlich herbeigeführt hat.

§ 42 BDSG und § 203 Abs. 4 StGB gelten natürlich auch für die DSB.

## IV. Welche Aufgaben hat die Datenschutzbeauftragte?

### 1. Pflichtaufgaben und mögliche zusätzliche Aufgaben

Die Pflichtaufgaben der Datenschutzbeauftragten ergeben sich aus **Art. 38 Abs. 4** sowie **Art. 39 Abs. 1 DS-GVO**, für behördliche DSB kommt noch **§ 7 BDSG** hinzu:

#### a) Anlaufstelle für Betroffene (Art. 38 Abs. 4 DS-GVO, § 6 Abs. 5 BDSG)

- Bearbeitung von Datenschutzbeschwerden (z.B. bei Problemen bei der Umsetzung von Auskunfts-, Lösch-, Berichtigungs- und Widerspruchersuchen)
- Datenschutzrechtliche Beratung von Betroffenen.

#### b) Unterrichtung und Beratung des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters und der Beschäftigten, die Verarbeitungen durchführen, hinsichtlich ihrer Pflichten nach der DS-GVO sowie nach sonstigen Datenschutzvorschriften der Union bzw. der Mitgliedstaaten (Art. 39 Abs. 1 Buchst. a DS-GVO).

Im Rahmen dieser Überwachungspflicht sind DSB insbesondere befugt,

- Informationen zur Ermittlung von Datenverarbeitungstätigkeiten zu sammeln,
- die Einhaltung der Vorgaben bei Datenverarbeitungstätigkeiten zu analysieren und zu kontrollieren,
- den Verantwortlichen oder den Auftragsverarbeiter zu unterrichten und zu beraten und ihm Empfehlungen zu unterbreiten.

#### c) Überwachung der Einhaltung der DS-GVO, anderer Datenschutzvorschriften der Union bzw. der Mitgliedstaaten sowie der Strategien des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters für den Schutz personenbezogener Daten einschließlich der Zuweisung von Zuständigkeiten, der Sensibilisierung und Schulung der an den Verarbeitungsvorgängen beteiligten Mitarbeiter und der diesbezüglichen Überprüfungen (Art. 39 Abs. 1 Buchst. b DS-GVO).

Überwachung der Einhaltung bedeutet nicht, dass die DSB im Fall der Nichteinhaltung persönlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Aus der DS-GVO geht klar hervor, dass es Sache des Verantwortlichen – und nicht des DSB – ist, geeignete technische und organisatorische Maßnahmen umzusetzen, um sicherzustellen und den Nachweis dafür erbringen zu können, dass die Verarbeitung gemäß dieser Verordnung erfolgt (Art. 24 Abs. 1 DS-GVO). Die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen fällt somit in den Aufgabenbereich des Verantwortlichen und nicht in den der DSB.

Wie bereits beim Thema Haftung (siehe Abschnitt III. 10.) dargestellt, kann eine vollständige Überwachung und Kontrolle der Datenverarbeitungsvorgänge zumindest in mittleren und großen Unternehmen wie Behörden nicht von der DSB verlangt bzw. geleistet werden. Diese Überwachungspflicht betrifft daher vor allem – auch im Sinne von Art. 39 Abs. 2 DS-GVO – die Prüfung der **relevanten Prozesse und Verfahren** zur Erfüllung der Forderungen der DSGVO wie z.B.

- Datenschutzmanagement
- Kundenmanagement
- Personalverwaltung
- Entwicklungsprozesse (data protection by design)
- Prüfung der Zulässigkeit der Verarbeitung bei neu zu implementierender Software einschließlich Datenschutz-Folgenabschätzung
- Prozesse zur Wahrnehmung der Betroffenenrechte
- Verfahren bei Datenpannen.

Die Überwachungspflicht betrifft aber auch die Prüfung der geforderten **Dokumente / Dokumentationen und Verträge** wie z.B.

- Verfahrensübersicht
- Auftragsvertragsverträge
- EU-Standardvertragsklauseln bei Datenübermittlung in Drittländer
- Datenschutzerklärungen und rechtswirksame Zustimmungserklärungen
- Verpflichtung der Mitarbeiter zur Einhaltung des Datenschutzes
- Binding corporate rules.

Hinzu kommt die Überwachung und Überprüfung der grundsätzlichen **technisch-organisatorischen Maßnahmen**.

Der Wortlaut des Buchst. b macht deutlich, dass die datenschutzrechtliche Unterweisung von Mitarbeitern selbst nicht zu den Pflichtaufgaben des DSB gehört.

- d) **Beratung – auf Anfrage – im Zusammenhang mit der Datenschutz-Folgenabschätzung und Überwachung ihrer Durchführung** gemäß Art. 35 DS-GVO (Art. 39 Abs. 1 Buchst. c DS-GVO) bzw. als Pflichtaufgabe nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 BDSG für behördliche Datenschutzbeauftragte

Gemäß Art. 35 Abs. 1 DS-GVO ist es Sache des Verantwortlichen, erforderlichenfalls eine Datenschutz-Folgenabschätzung (DS-FA) durchzuführen. Allerdings kann die DSB eine überaus wichtige und nützliche Rolle spielen, indem sie dem Verantwortlichen dabei Hilfestellung leistet. Dem Grundsatz eines „eingebauten Datenschutzes“ folgend sieht Art. 35 Abs. 2 DS-GVO vor, dass der Verantwortliche bei der Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung den Rat der DSB einholen muss. Art. 39 Abs. 1 Buchst. c DS-GVO wiederum überträgt der DSB die Pflicht, Beratung – auf Anfrage bzw. Anforderung des Verantwortlichen – im Zusammenhang mit der DS-Folgenabschätzung und Überwachung ihrer Durchführung gemäß Art. 35 DS-GVO zu leisten.

Es wird empfohlen, dass der Verantwortliche die DSB beim Thema DS-FA insbesondere dann zurate zieht, wenn es um die Frage geht,

- ob eine DS-Folgenabschätzung durchgeführt werden sollte oder nicht;
- welche Methodik bei der Durchführung einer solchen DS-Folgenabschätzung angewandt werden sollte;
- ob diese DS-Folgenabschätzung intern oder extern erfolgen sollte;
- welche Sicherheitsvorkehrungen (einschließlich technischer und organisatorischer Maßnahmen) getroffen werden sollten, um bestehenden Bedrohungen der Rechte und Interessen der Betroffenen zu begegnen;
- ob eine solche Datenschutz-Folgenabschätzung ordnungsgemäß durchgeführt worden ist und ob die daraus gezogenen Schlussfolgerungen (bezüglich der Frage, ob die Datenverarbeitung fortgesetzt werden sollte oder nicht und welche Sicherheitsvorkehrungen gegebenenfalls getroffen werden sollten) im Einklang mit der DS-GVO stehen.

Falls der Verantwortliche der Empfehlung der DSB nicht zustimmt, ist in der Dokumentation zu der DS-Folgenabschätzung ausdrücklich schriftlich zu begründen, warum der Empfehlung nicht Folge geleistet wurde.

Bei behördlichen DSB gehört die o.g. Beratung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 3 BDSG zu den Pflichtaufgaben.

- e) **Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde** (Art. 39 Abs. 1 Buchst. d DS-GVO);
- f) **Tätigkeit als Anlaufstelle für die Aufsichtsbehörde in mit der Verarbeitung zusammenhängenden Fragen**, einschließlich der vorherigen Konsultation gemäß Art. 36, und gegebenenfalls Beratung zu allen sonstigen Fragen (Art. 39 Abs. 1 Buchst. e DS-GVO).

Die DS-GVO sieht vor, dass insbesondere die betriebliche oder behördliche Datenschutzbeauftragte die erste Ansprechpartnerin für die Aufsichtsbehörden ist, daher muss die DSB auch nach Art. 37 Abs. 7 DS-GVO an die Aufsichtsbehörde gemeldet werden.

Diese Aufgaben zeugen von der Funktion der DSB als „Mittler“ zwischen dem Verantwortlichen und der Datenschutzaufsicht. Die DSB handelt als Anlaufstelle, um den Zugang der Aufsichtsbehörden zu Dokumenten und Informationen zur Erfüllung der Aufgaben nach Art. 57 DS-GVO und die Ausübung ihrer Untersuchungs-, Abhilfe-, Genehmigungs- und beratenden Befugnisse nach Art. 58 DS-GVO zu erleichtern. Wie bereits erwähnt, ist die DSB nach dem Recht der Union oder der Mitgliedstaaten bei der Erfüllung ihrer Aufgaben an die Wahrung der Geheimhaltung oder der Vertraulichkeit gebunden (Art. 38 Abs. 5). Allerdings verbietet die Wahrung der Geheimhaltung oder der Vertraulichkeit es der DSB nicht, die Aufsichtsbehörden zu Rate zu ziehen. Laut Art. 39 Abs. 1 Buchst. e DS-GVO kann die DSB die Aufsichtsbehörde gegebenenfalls zu allen sonstigen Fragen konsultieren (die deutsche Übersetzung der DS-GVO ist hier etwas hölzern).

Inhaltlich ist diese neue Rolle durchaus diskussionswürdig: Eine DSB ist nie Vertreter des Verantwortlichen. Es ist allein der Verantwortliche, der für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben zu sorgen hat und letztlich auch dafür haftet. Daher ist für die Datenschutzaufsichtsbehörde an sich eher der Verantwortliche der erste Adressat. Hieran wird sich auch künftig nichts ändern.

Diese Aufgaben sind **zwingende Grundaufgaben** der DSB und folglich nicht vertraglich abdingbar.



Da es in Art. 39 DS-GVO „zumindest“ heißt, können der Datenschutzbeauftragten vom Verantwortlichen **weitere Aufgaben** – im gegenseitigen Einvernehmen (Weisungsfreiheit!) – übertragen werden.

Diese könnten z.B. sein:

- Mitarbeit an der Erstellung und Aktualisierung des Verfahrensverzeichnisses nach Art. 30 DS-GVO;
- Durchführung der datenschutzrechtlichen Unterweisung von Mitarbeitern.

## 2. Prioritätensetzung

**Art. 39 Abs. 2 DS-GVO** verpflichtet die DSB, ihre Tätigkeiten nach Priorität zu ordnen und ihre Anstrengungen auf Fragen zu konzentrieren, von denen größere Bedrohungen für den Datenschutz ausgehen. Dies bedeutet keineswegs, dass sie die Überwachung der Vorschrifteneinhaltung bei vergleichsweise weniger risikobehafteten Datenverarbeitungsvorgängen vernachlässigen sollte, sondern besagt, dass sie sich in erster Linie auf die Bereiche konzentrieren sollte, von denen ein höheres Risiko ausgeht.

Dieser selektive, pragmatische Ansatz soll der DSB dabei helfen, Verantwortliche darüber zu beraten, nach welcher Methodik bei einer DS-Folgenabschätzung vorgegangen werden sollte, welche Bereiche einer internen oder externen Datenschutzprüfung unterzogen werden sollten, welche internen Schulungsmaßnahmen für leitende oder sonstige mit Datenverarbeitungstätigkeiten befasste Mitarbeiter durchgeführt werden sollten und welchen Datenverarbeitungsvorgängen mehr Zeit und Ressourcen gewidmet werden sollten.

## V. Wann endet die Funktion als Datenschutzbeauftragter?

Der DSB hat eine starke Position. Die Funktion als DSB endet grundsätzlich nur in den folgenden Fällen:

- Das Grund-Beschäftigungsverhältnis des Datenschutzbeauftragten endet durch Ruhestand oder eigene Kündigung.

- Die Pflicht zur Benennung für den Verantwortlichen entfällt zum Beispiel durch das Absinken der Anzahl von ständig in der automatisierten Datenverarbeitung tätigen Beschäftigten i.S.v. § 38 BDSG auf unter zehn Beschäftigte.
- Die Voraussetzungen des Art. 37 Abs. 1 Buchst. b, c DS-GVO sind dauerhaft weggefallen und der Verantwortliche widerruft die Benennung.
- Die DSB legt ihr Amt freiwillig und einseitig nieder, tritt also von dieser Funktion zurück. Dieser Rücktritt sollte aus Beweisgründen schriftlich gegenüber der Leitung der verantwortlichen Stelle erfolgen.
- Der Verantwortliche und die DSB verständigen sich ausdrücklich und einvernehmlich auf eine Beendigung der Beauftragentätigkeit. Die Beendigung der Benennung sollte in Schriftform erfolgen. Die beiden Parteien müssen ihr Einverständnis in einer gemeinsamen, ausdrücklich auf die Beendigung der Benennung bezogenen Vereinbarung schriftlich festhalten. Eine reine Aktenübergabe an eine Nachfolgerin ersetzt natürlich nicht die gebotene Schriftform. Die Aufgaben, Rechte und Pflichten einer Datenschutzbeauftragten sind derart weitgehend und wichtig, dass die Beendigung dieser Aufgabe nicht mündlich, also quasi per Zuruf, vorgenommen werden kann. Nur die Schriftform schafft die unerlässliche Rechtssicherheit vor allem zu Dokumentations- und Beweis Zwecken.
- Der Verantwortliche widerruft einseitig die Benennung seiner betrieblichen Datenschutzbeauftragten in entsprechender Anwendung von § 626 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) aus wichtigem Grund (§ 38 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 4 BDSG) innerhalb von zwei Wochen seit Kenntnis des wichtigen Grundes. Eine Abberufung – gegen den Willen der Betroffenen – ist also überhaupt nur möglich, wenn objektive und schwerwiegende Gründe dies rechtfertigen. Aufgrund von Tatsachen und unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des Einzelfalls sowie unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile muss es für den Verantwortlichen unzumutbar sein, die Beauftragte weiterhin einzusetzen (Bundesarbeitsgericht, Urteil v. 23. März 2011, Az. 10 AZR 562/0).

Als wichtige Gründe kommen solche in Betracht, die mit der Funktion und Tätigkeit der Datenschutzbeauftragten zusammenhängen und eine weitere Ausübung dieser Tätigkeit unmöglich machen oder sie zumindest erheblich gefährden. Beim Widerruf ist zu beachten, dass hierbei auch das (Vor-)Verhalten der verantwortlichen Stelle zu berücksichtigen ist (Bergmann/Möhrle/Herb, Kommentar zum

Datenschutzrecht, Stand: Januar 2012, Rn. 145 zu § 4f BDSG). Außerdem sollte einvernehmlich zunächst immer nach weniger eingreifenden Maßnahmen gesucht werden (z. B. Änderung des Zuständigkeitsbereichs im Hinblick auf das zugrunde liegende Arbeitsverhältnis).

- Die Datenschutzaufsichtsbehörde ordnet gegenüber der verantwortlichen Stelle – bei entsprechender Kenntniserlangung – die Abberufung der DSB wegen fehlendem Fachwissen oder bestehender Interessenkollisionen an (§ 40 Abs. 6 S. 2 BDSG).
- Unternehmen / Behörden mit jeweils einer DSB fusionieren, verschmelzen (siehe hierzu: Bundesarbeitsgericht, Urteil v. 29. September 2010, Az.: 10 AZR 588/0980) oder werden anderweitig zusammengelegt. Hier kann vom Verantwortlichen nicht verlangt werden, dauerhaft mehrere DSB zu beschäftigen.
- Das Unternehmen wird liquidiert bzw. beendet seine Tätigkeit oder die Behörde wird aufgelöst. Die Insolvenz alleine führt nicht zu einem Widerrufsrecht der Benennung.

## VI. Verstöße gegen die Benennungspflicht

Wird die Beauftragte für den Datenschutz vorsätzlich oder fahrlässig nicht oder nicht rechtzeitig benannt, kann dies mit einer Geldbuße von bis € 10.000.000,-- oder im Fall eines Unternehmens von bis zu 2 % seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs geahndet werden (Art. 83 Abs. 2, 4 Buchst. a DS-GVO), je nachdem, welcher Betrag höher ist.

## VII. Netzwerkarbeit und Erfahrungsaustausch: Verbände für Datenschutzbeauftragte

Datenschutzbeauftragte haben sich insbesondere in zwei Verbänden organisiert:

Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (BvD) e.V.

Budapester Str. 31, 10787 Berlin

Tel. 030 - 26 36 77 60, Fax: 030 - 26 36 77 63

E-Mail: [bvd-gs@bvdnet.de](mailto:bvd-gs@bvdnet.de); Internetseite: [www.bvdnet.de](http://www.bvdnet.de)

Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e.V.

Heinrich-Böll-Ring 10, 53119 Bonn

Tel.: 0228 - 96 96 75-00, Fax: 0228 - 96 96 75-25

E-Mail: [info@gdd.de](mailto:info@gdd.de); Internetseite: [www.gdd.de](http://www.gdd.de)

Ein regelmäßiger Erfahrungsaustausch zwischen Datenschutzbeauftragten untereinander wird

- in den sogenannten **Erfa-Kreisen** der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V. (in Baden-Württemberg gibt es derzeit die Erfa-Kreise Stuttgart, Karlsruhe, Freiburg und Mannheim-Ludwigshafen. Nähere Informationen hierzu finden Sie unter [www.gdd.de/eforen](http://www.gdd.de/eforen)) sowie
- in den **Regionalgruppen** des Berufsverbands der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (in Baden-Württemberg gibt es derzeit die Regionalgruppen [Ulm](#) und [Karlsruhe](#)).

angeboten.

---

## Anhang 1

### **Beschluss der obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich (Düsseldorfer Kreis am 24./25. November 2010) zum BDSG-alt:**

#### **Mindestanforderungen an Fachkunde und Unabhängigkeit des Beauftragten für den Datenschutz nach § 4f Abs. 2 und 3 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)**

Die obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich haben bei der Kontrolle verantwortlicher Stellen festgestellt, dass Fachkunde und Rahmenbedingungen für die Arbeit der Beauftragten für den Datenschutz (DSB) in den verantwortlichen Stellen angesichts zunehmender Komplexität automatisierter Verfahren zum Umgang mit personen- bezogenen Daten nicht durchgängig den Anforderungen des BDSG genügen.

Die obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich weisen darauf hin, dass die Aus- und Belastung der DSB maßgeblich beeinflusst wird durch die Größe der verantwortlichen Stelle, die Anzahl der zu betreuenden verantwortlichen Stellen, Besonderheiten branchenspezifischer Datenverarbeitung und den Grad der Schutzbedürftigkeit der zu verarbeitenden personenbezogenen Daten. Veränderungen bei den vorgenannten Faktoren führen regelmäßig zu einer proportionalen Mehrbelastung der DSB.

Nachfolgende Mindestanforderungen sind zu gewährleisten:

#### **I. Erforderliche Fachkunde gemäß § 4f Abs. 2 S. 1 BDSG**

§ 4 f Abs. 2 S. 1 BDSG legt fest, dass zum Beauftragten für den Datenschutz (DSB) nur bestellt werden darf, wer die erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit besitzt. Weitere Ausführungen dazu enthält das Gesetz nicht. Vor dem Hintergrund der gestiegenen Anforderungen an die Funktion des DSB müssen diese mindestens über folgende datenschutzrechtliche und technisch-organisatorische Kenntnisse verfügen:

1. Datenschutzrecht allgemein – unabhängig von der Branche und der Größe der verantwortlichen Stelle

- Grundkenntnisse zu verfassungsrechtlich garantierten Persönlichkeitsrechten der Betroffenen und Mitarbeiter der verantwortlichen Stelle und
  - umfassende Kenntnisse zum Inhalt und zur rechtlichen Anwendung der für die verantwortlichen Stellen einschlägigen Regelungen des BDSG, auch technischer und organisatorischer Art,
  - Kenntnisse des Anwendungsbereiches datenschutzrechtlicher und einschlägiger technischer Vorschriften, der Datenschutzprinzipien und der Datensicherheitsanforderungen insbesondere nach § 9 BDSG.
2. Branchenspezifisch – abhängig von der Branche, Größe oder IT-Infrastruktur der verantwortlichen Stelle und der Sensibilität der zu verarbeitenden Daten
- Umfassende Kenntnisse der spezialgesetzlichen datenschutzrelevanten Vorschriften, die für das eigene Unternehmen relevant sind,
  - Kenntnisse der Informations- und Telekommunikationstechnologie und der Datensicherheit (physische Sicherheit, Kryptographie, Netzwerksicherheit, Schadsoftware und Schutzmaßnahmen, etc.),
  - betriebswirtschaftliche Grundkompetenz (Personalwirtschaft, Controlling, Finanzwesen, Vertrieb, Management, Marketing etc.),
  - Kenntnisse der technischen und organisatorischen Struktur sowie deren Wechselwirkung in der zu betreuenden verantwortlichen Stelle (Aufbau- und Ablaufstruktur bzw. Organisation der verantwortlichen Stelle) und
  - Kenntnisse im praktischen Datenschutzmanagement einer verantwortlichen Stelle (z. B. Durchführung von Kontrollen, Beratung, Strategieentwicklung, Dokumentation, Verzeichnisse, Logfile-Auswertung, Risikomanagement, Analyse von Sicherheitskonzepten, Betriebsvereinbarungen, Videoüberwachungen, Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat etc.).

Grundsätzlich müssen die erforderlichen rechtlichen, technischen sowie organisatorischen Mindestkenntnisse bereits zum Zeitpunkt der Bestellung zum DSB im ausreichenden Maße vorliegen. Sie können insbesondere auch durch den Besuch geeigneter Aus- und Fortbildungsveranstaltungen und das Ablegen einer Prüfung erlangt

sein. Um eventuell zu Beginn der Bestellung noch bestehende Informationsdefizite auszugleichen, empfiehlt sich der Besuch von geeigneten Fortbildungsveranstaltungen. Der Besuch solcher Veranstaltungen ist auch nach der Bestellung angezeigt, um auf dem aktuellen, erforderlichen Informationsstand zu bleiben, und um sich Kenntnisse über die sich ändernden rechtlichen und technischen Entwicklungen anzueignen.

## **II. Anforderungen an die Unabhängigkeit der/des Beauftragten gem. § 4f Abs. 3 BDSG**

Gemäß § 4f Abs. 3 S. 2 BDSG sind DSB in Ausübung ihrer Fachkunde auf dem Gebiet des Datenschutzes weisungsfrei. Um die Unabhängigkeit der DSB zu gewährleisten, sind eine Reihe betriebsinterner organisatorischer Maßnahmen erforderlich:

1. DSB sind dem Leiter/der Leiterin der verantwortlichen Stelle organisatorisch unmittelbar zu unterstellen (§ 4f Abs. 3 S. 1 BDSG). Sie müssen in der Lage sein, ihre Verpflichtungen ohne Interessenkonflikte erfüllen zu können. Dieses ist durch entsprechende Regelungen innerhalb der verantwortlichen Stelle bzw. vertragliche Regelungen sicher zu stellen und sowohl innerhalb der verantwortlichen Stelle als auch nach außen hin publik zu machen. Den DSB ist ein unmittelbares Vortragsrecht beim Leiter der Stelle einzuräumen.
2. DSB dürfen wegen der Erfüllung ihrer Aufgaben in Hinblick auf ihr sonstiges Beschäftigungsverhältnis, auch für den Fall, dass die Bestellung zum DSB widerrufen wird, nicht benachteiligt werden (vgl. § 4f Abs. 3 S. 3 ff BDSG). Analog muss bei der Bestellung von externen DSB der Dienstvertrag so ausgestaltet sein, dass eine unabhängige Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben durch entsprechende Kündigungsfristen, Zahlungsmodalitäten, Haftungsfreistellungen und Dokumentationspflichten gewährleistet wird. § 4f Abs. 3 BDSG schränkt insoweit die grundsätzliche Vertragsfreiheit ein. Empfohlen wird grundsätzlich eine Mindestvertragslaufzeit von 4 Jahren, bei Erstverträgen wird wegen der Notwendigkeit der Überprüfung der Eignung grundsätzlich eine Vertragslaufzeit von 1 – 2 Jahren empfohlen.
3. Datenschutzbeauftragte sind zur Verschwiegenheit über die Identität des Betroffenen sowie über Umstände, die Rückschlüsse auf den Betroffenen zulassen, verpflichtet, soweit sie nicht davon durch die Betroffenen befreit wurden. Dies gilt auch gegenüber der verantwortlichen Stelle und deren Leiter (§ 4f Abs. 4 BDSG).

### **III. Erforderliche Rahmenbedingungen innerhalb der verantwortlichen Stelle zur Fachkunde und Unabhängigkeit des DSB**

1. Die Prüfpflichten der DSB (vgl. § 4g BDSG) setzen voraus, dass ihnen die zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Zutritts- und Einsichtsrechte in alle betrieblichen Bereiche eingeräumt werden.
2. DSB müssen in alle relevanten betrieblichen Planungs- und Entscheidungsabläufe eingebunden werden. Sie führen das Verfahrensverzeichnis (§ 4g Abs. 2 BDSG) und haben hierfür die erforderlichen Unterlagen zu erhalten.
3. Zur Erhaltung der zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen Fachkunde haben die verantwortlichen Stellen den DSB die Teilnahme an Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen zu ermöglichen und deren Kosten zu übernehmen. Bei der Bestellung von externen DSB kann die Fortbildung Bestandteil der vereinbarten Vergütung sein und muss nicht zusätzlich erbracht werden.
4. Internen DSB muss die erforderliche Arbeitszeit zur Erfüllung ihrer Aufgaben und zur Erhaltung ihrer Fachkunde zur Verfügung stehen. Bei Bestellung eines externen DSB muss eine bedarfsgerechte Leistungserbringung gewährleistet sein. Sie muss in angemessenem Umfang auch in der beauftragenden verantwortlichen Stelle selbst erbracht werden. Ein angemessenes Zeitbudget sollte konkret vereinbart und vertraglich festgelegt sein.
5. Die verantwortlichen Stellen haben DSB bei der Erfüllung ihrer Aufgaben insbesondere durch die zur Verfügung Stellung von Personal, Räumen, Einrichtung, Geräten und Mitteln zu unterstützen (§ 4f Abs. 5 BDSG).



## Anhang 2

### Musterformular für die Benennung eines internen Datenschutzbeauftragten

### Benennung als Datenschutzbeauftragte/r

Die

ABC GmbH

Musterstraße 1

1234 Musterstadt

- im Folgenden Verantwortlicher –

vertreten durch die Geschäftsführerin Claudia Musterfrau, benennt hiermit

Herrn

Max Mustermann

Musterstraße 11

1234 Musterstadt

mit Wirkung zum 25. Mai 2018 gemäß Art. 37 Abs. 1 der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) in Verbindung mit § 38 des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) als **Beauftragte/n für den Datenschutz**.

In dieser Funktion ist der/die Datenschutzbeauftragte der Geschäftsleitung / Behördenleitung, namentlich Frau Martha Müller, direkt unterstellt.

Die / der Beauftragte für den Datenschutz hat die Einhaltung der DS-GVO, des Bundesdatenschutzgesetzes, des Landesdatenschutzgesetzes und anderer Datenschutzvorschriften zu kontrollieren und den Verantwortlichen datenschutzrechtlich zu beraten. Die Aufgaben der/des Datenschutzbeauftragten ergeben sich aus Art. 38 Abs. 4 und Art. 39 der DS-GVO. **Zusätzliche Aufgaben werden nicht vereinbart.**

Rechte und Pflichten der/des Datenschutzbeauftragten ergeben sich aus Art. 38 DS-GVO und § 38 BDSG. Für die ordnungsgemäße Wahrnehmung dieser Funktion wird das Grund-Arbeitsverhältnis um **drei Stunden in der Woche** reduziert<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Wichtig ist, dass in Fällen eines internen Beauftragten der Aufwand für diese zusätzliche Aufgabe ausdrücklich festgelegt wird und sich dies auch auf das Grundarbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnis auswirkt.

In Anwendung ihres / seines Fachwissens auf dem Gebiet des Datenschutzes ist die / der Datenschutzbeauftragte unabhängig und weisungsfrei. Über ihre / seine Tätigkeit wird sie / er der Geschäftsleitung regelmäßig Bericht erstatten. Ein schriftlicher Tätigkeitsbericht wird einmal jährlich vorgelegt.

Auf die Verschwiegenheitspflicht hinsichtlich der Identität von Betroffenen sowie der Umstände, die Rückschlüsse auf die Betroffenen zulassen - soweit Sie nicht davon durch die Betroffenen ausdrücklich befreit sind -, wird die / der Datenschutzbeauftragte besonders hingewiesen.

Für die Geschäftsleitung / Behördenleitung:

---

Ort, Datum, Unterschrift

Ich bin mit der Benennung als Datenschutzbeauftragte/r einverstanden.

---

Ort, Datum, Unterschrift des / der Datenschutzbeauftragten