



Gesellschaft für Datenschutz
und Datensicherheit e.V.

GDD-Praxishilfe DS-GVO I

Der Datenschutzbeauftragte
nach der Datenschutz-Grundverordnung



1. Voraussetzungen der Pflicht zur DSB-Benennung

1.1 Benennungspflicht nach DS-GVO	4
1.2 Benennungspflicht nach BDSG	5
1.3 Freiwillige Bestellung	6
1.4 Überblick: Wann ist ein Datenschutzbeauftragter zu benennen?	6

2. Anforderungen an die Benennung

2.1 Notwendige Qualifikation und persönliche Voraussetzungen	7
2.2 Form und Dauer der Benennung	8
2.3 Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten	8
2.4 Möglichkeit der Benennung eines externen Datenschutzbeauftragten und die Benennung von Konzern-DSBs	9

3. Stellung des Datenschutzbeauftragten

3.1 Unabhängigkeit und organisatorische Einordnung	10
3.2 Abberufungsschutz, Kündigungsschutz und Benachteiligungsverbot	10
3.3 Anspruch auf Einbindung, Unterstützung und Fortbildung	11

4. Aufgaben

4.1 Unterrichtung und Beratung	12
4.2 Überwachung der Einhaltung des Datenschutzes	12
4.3 Aufgaben im Zusammenhang mit der Datenschutz-Folgenabschätzung	12
4.4 Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde	13
4.5 DSB als „Anwalt der Betroffenen“	13
4.6 Pflicht zur risikoorientierten Tätigkeit	14

5. Fazit

Der Datenschutzbeauftragte nach der Datenschutz-Grundverordnung

Mit dem Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) existiert erstmals eine europaweit verbindliche verpflichtende Regelung zur Benennung betrieblicher und behördlicher Datenschutzbeauftragter¹. Während die EG-Datenschutzrichtlinie (95/46/EG) die Verpflichtung zur Benennung von Datenschutzbeauftragten lediglich als Alternative vorsah, um die Meldepflicht gegenüber der Datenschutzaufsichtsbehörde entfallen zu lassen, ergibt sich mit der Geltung der DS-GVO erstmals eine Benennungspflicht unmittelbar aus dem Europarecht. Das deutsche Erfolgsmodell der datenschutzrechtlichen Selbstkontrolle hat sich damit auch auf europäischer Ebene durchgesetzt. In Ergänzung zur europarechtlichen (Basis-)Benennungspflicht berechtigt die DS-GVO außerdem über eine Öffnungsklausel die Mitgliedstaaten dazu, weitergehende Benennungspflichten auf nationaler Ebene vorzusehen. Von dieser Regelungsmöglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber mit § 38 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) Gebrauch gemacht. Neben den Regelungen über die Benennungspflicht enthält die DS-GVO Regelungen zur Rechtsstellung und zu den Aufgaben des Datenschutzbeauftragten, von denen der nationale Gesetzgeber nicht abweichen darf.

Das vorliegende Papier gibt einen Überblick über die Regelungen zur Benennung von Datenschutzbeauftragten sowie deren Aufgaben und Stellung².

¹ Für eine bessere Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen sollen gleichermaßen für beiderlei Geschlecht gelten.

² Weitergehende Informationen finden sich im GDD-Ratgeber, Der betriebliche Datenschutzbeauftragte nach DS-GVO und BDSG, 2. Auflage (2019).

1. Voraussetzungen der Pflicht zur DSB-Benennung

1.1. Benennungspflicht nach DS-GVO

Nach der DS-GVO ist ein Datenschutzbeauftragter (DSB) **in folgenden Fällen verpflichtend zu benennen** (vgl. Art. 37 Abs. 1):

>> Art. 37 Abs. 1 Buchst. a) DS-GVO: Personenbezogene Datenverarbeitung durch **Behörde/ öffentliche Stelle** (Ausnahme: justizielle Tätigkeit)

>> Art. 37 Abs. 1 Buchst. b) DS-GVO: Die **Kerntätigkeit** des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters besteht in Verarbeitungsvorgängen, welche aufgrund ihrer Art, ihres Umfangs und/oder ihrer Zwecke eine **umfangreiche regelmäßige und systematische Beobachtung** von betroffenen Personen erforderlich machen.

>> Art. 37 Abs. 1 Buchst. c) DS-GVO: Die Kerntätigkeit des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters besteht in der **umfangreichen Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten (Art. 9 DS-GVO) oder von Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten (Art. 10 DS-GVO)**.

Die für Unternehmen maßgebliche Benennungspflicht der beiden letztgenannten Fallgruppen hat jeweils zwei Voraussetzungen. **Erstens** muss die die Benennungspflicht auslösende personenbezogene Datenverarbeitung zur **„Kerntätigkeit“** des Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiters gehören. **Zweitens muss die Tätigkeit bestimmte in-**

haltliche Voraussetzungen erfüllen, nämlich das Erfordernis einer umfangreichen regelmäßigen und systematischen Beobachtung von betroffenen Personen oder die umfangreiche Verarbeitung von Daten im Sinne des Art. 37 Abs. 1 Buchst. c) DS-GVO.

In der englischen Fassung der DS-GVO, die Gegenstand der Trilogverhandlungen war, ist anstelle von „Kerntätigkeit“ (Singular) von **„core activities“** (Plural) die Rede. „Core activities“ sind alle Geschäftsbereiche, die entscheidend sind für die Umsetzung der Unternehmensstrategie, die ihren Ausdruck findet in Kundenservice, Marketing, Produktdesign etc. Keine Aktivitäten in diesem Sinne sind routinemäßige Verwaltungs- und Erhaltungsaufgaben. Es genügt also, wenn die die Benennungspflicht auslösende Tätigkeit **einen (!) Hauptzweck** der betreffenden Stelle darstellt. „Beobachtung“ meint umfangreiche regelmäßige und systematische personenbezogene Auswertungen, insbesondere die Vornahme von Profilbildungen.



Beispiele für Benennungspflicht nach Art. 37 Abs. 1 Buchst. b) DS-GVO: Auskunfteien; Detekteien; Versicherungsunternehmen (Risikomanagement oder individualisierte Tarife wie „Pay as you drive“); Marketing auf Basis detaillierter Kunden- und Interessentenprofile.

i **Beispiele für Benennungspflicht nach Art. 37 Abs. 1 Buchst. c) DS-GVO:** Gesundheitseinrichtungen, wie z.B. Krankenhäuser; mit genetischen Untersuchungen befasste Labors; Beratungsstellen wie Pro Familia; Dienstleister im biometrischen ID-Management oder Anbieter von Erotikartikeln.

1.2. Benennungspflicht nach BDSG

Die Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten kann sich aber nicht nur aus der DS-GVO selbst ergeben. Art. 37 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 DS-GVO gestattet dem Unionsgesetzgeber wie auch den nationalen Gesetzgebern, im Verhältnis zur DS-GVO weitergehende Pflichten zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten vorzusehen. Von dieser Befugnis hat der deutsche Gesetzgeber Gebrauch gemacht.



i Nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BDSG haben Verantwortliche und Auftragsverarbeiter ergänzend zu den Vorgaben der DS-GVO einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen, **soweit sie in der Regel mindestens 20 Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigen**³. Zudem schreibt § 38 Abs. 1 Satz 2 BDSG vor, dass schwellenwertunabhängig ein Datenschutzbeauftragter zu benennen ist, sofern der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter Verarbeitungen vornimmt, die einer **Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 35 DS-GVO)**⁴ unterliegen, oder personenbezogene Daten **geschäftsmäßig zum Zweck der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung** verarbeitet.

Der 20-Personen-Schwellenwert muss „**in der Regel**“ erreicht werden. Maßgeblich ist die Anzahl der normalerweise mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigten Personen. Entscheidend ist, ob der Schwellenwert über einen Zeitraum von einem Jahr erreicht wurde bzw. im Rahmen einer vorausschauenden Betrachtung erreicht werden wird. „**Ständig**“ beschäftigt ist die Person, wenn sie die Aufgabe, die nicht ihre Hauptaufgabe zu sein braucht, regelmäßig wahrnimmt. Nicht notwendig ist insoweit, dass der Umgang mit

³ Fassung des § 38 Abs. 1 Satz 1 BDSG aufgrund Beschlussfassung des Bundestages vom 27. Juni 2019 zum Zweiten Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU (2. DSAnpUG-EU). Die Regelung tritt am Tag nach der Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft. Letztere setzt noch die Zustimmung des Bundesrats nach der Sommerpause sowie die Unterzeichnung und Freigabe durch den Bundespräsidenten voraus.

⁴ Die von den Aufsichtsbehörden veröffentlichten sog. Blacklists (Art. 35 Abs. 4 DS-GVO) haben zu einer ersten Konturierung der Voraussetzungen geführt, unter denen eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen ist.

personenbezogenen Daten den Kern der Tätigkeit des Beschäftigten bildet, wie dies z.B. bei Mitarbeitern der Personalabteilung der Fall ist. Ausreichend ist vielmehr, dass im Rahmen der konkreten Tätigkeit auch mit personenbezogenen Daten umgegangen wird. Dies ist bereits bei Anbindung an Kommunikationssysteme wie z.B. Outlook und/oder Zugriff auf unternehmenseigene Adressverzeichnisse der Fall. Solche Mitarbeiter sind im Hinblick auf die Benennungspflicht ebenso mitzuzählen wie Mitarbeiter, die keine weiteren Kompetenzen haben, als sich personenbezogene Daten anzeigen zu lassen.

1.3. Freiwillige Bestellung

Art. 37 Abs. 4 DS-GVO stellt klar, dass die **freiwillige Benennung** von Datenschutzbeauftragten unbenommen ist. Entscheidendes Argument für eine Benennung auch ohne Pflicht ist, dass Datenschutzbeauftragte einen zentralen Beitrag zur Gewährleistung von Datenschutzkonformität und damit zur Vermeidung von Unternehmensrisiken darstellen.



Die Verpflichtung von Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern, die datenschutzrechtlichen Vorgaben einzuhalten, ist unabhängig von deren Größe. Der Umstand, dass eine Stelle nicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten verpflichtet ist, bedeutet also nicht, dass sie sich nicht an die datenschutzrechtlichen Vorgaben zu halten hätte. Die DS-GVO liefert insofern einen kleinen Anreiz für freiwillige Benennungen, als Datenschutzbeauftragte – anders als die benennende Stelle – Anspruch auf unentgeltliche Beratung durch die Aufsichtsbehörde haben (Art. 57 Abs. 3 DS-GVO).

1.4. Überblick: Wann ist ein Datenschutzbeauftragter zu benennen?

- >> Öffentliche Stelle: immer
- >> Nicht öffentliche Stellen:
 - > **Schwellenwertabhängig:**
in der Regel **mindestens 20 Personen** ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt



> Unabhängig vom Erreichen des Schwellenwerts in folgenden Fällen:

- **Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 35 DS-GVO)**
- **Geschäftsmäßige Verarbeitung** personenbezogener Daten **zum Zweck der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung**
- **Kerntätigkeit**, die **umfangreiche regelmäßige und systematische Beobachtung** von betroffenen Personen erforderlich macht
- **Kerntätigkeit**, die in der **umfangreichen Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten (Art. 9 DS-GVO) oder von Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten (Art. 10 DS-GVO) besteht**

2. Anforderungen an die Benennung

2.1. Notwendige Qualifikation und persönliche Voraussetzungen

Die DS-GVO stellt folgende Anforderungen an die notwendige Qualifikation und persönlichen Voraussetzungen, die ein DSB mitzubringen hat:

>> **Benennung auf Basis der beruflichen Qualifikation und insbes. des Fachwissens** auf dem Gebiet des Datenschutzrechts und der Datenschutzpraxis sowie der Fähigkeit zur Erfüllung der in

Art. 39 DS-GVO genannten Aufgaben (Art. 37 Abs. 5 DS-GVO)



Wesentliche Unterschiede im Verhältnis zu den sich aus § 4f Abs. 2 Satz 1 BDSG 2018 ergebenden Fachkundanforderungen, wonach eine Trias rechtlicher, technischer und organisatorischer Kenntnisse erforderlich ist, ergeben sich insofern nicht. Zu den Fachkundanforderungen bislang vgl. Beschluss des Düsseldorfer Kreises vom 24./25. November 2010: Mindestanforderungen an Fachkunde und Unabhängigkeit des Beauftragten für den Datenschutz nach § 4f Abs. 2 und 3 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), abrufbar unter:
<https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Entschliessungssammlung/DuesseldorferKreis/24112010-MindestanforderungenAnFachkunde.html>

Das konkret erforderliche Fachwissen ist abhängig vom Umfang der Datenverarbeitung sowie dem Schutzbedarf der personenbezogenen Daten (ErwG 97). Die Anforderungen an die Qualifikation der Datenschutzbeauftragten steigen parallel zur Menge und Sensibilität, der vom Verantwortlichen verarbeiteten Daten.

>> Die DS-GVO (Art. 38 Abs. 6 Satz 2) **verbietet Interessenkonflikte des Datenschutzbeauftragten.**

Ein Interessenkonflikt ergibt sich regelmäßig dann, wenn der Datenschutzbeauftragte im Rahmen seiner sonstigen Tätigkeit für die gleiche Organisation Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten festlegt und sich insofern selbst überwachen müsste. So kommen insbesondere der Geschäftsführer oder der IT-, Personal- oder Marketingleiter als Datenschutzbeauftragter nicht in Betracht. Ob ein „echter“ Interessenkonflikt i.S.v. Art. 38 Abs. 6 Satz 2 DS-GVO vorliegt, der die Amtsübernahme ausschließt, kann im Übrigen regelmäßig nur im konkreten Einzelfall entschieden werden.



Das **Erfordernis der persönlichen Integrität des Datenschutzbeauftragten** ist in der DS-GVO nicht explizit geregelt, ergibt sich aber aus seiner Aufgabenstellung, Ansprechpartner des Unternehmens und der betroffenen Personen zu sein.

2.2. Form und Dauer der Benennung

Die **Form der Benennung** wird durch die DS-GVO nicht geregelt. Zur Gewährleistung von Rechtssicherheit und aus Dokumentationsgründen ist eine Benennung zumindest in Textform gleichwohl ratsam. Die Benennung sollte auf Basis einer **Stellenbeschreibung** erfolgen, die Aufgaben und Stellung des jeweiligen Datenschutzbeauftragten im Einzelnen und bezogen auf die individuellen Besonderheiten beim Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter beschreibt.

Im Sinne eines effektiven und kontinuierlichen Datenschutzes ist **für interne Datenschutzbeauftragte regelmäßig von einer unbefristeten Benennung auszugehen**. Befristete Benennungen hindern den Datenschutzbeauftragten unliebsame Positionen gegenüber Unternehmensleitung und Fachabteilung einzunehmen und gefährden insofern die Unabhängigkeit (ErwG 97) des Datenschutzbeauftragten. Auch um eine Aushöhlung des gesetzlichen Abberufungsschutzes (Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO) zu vermeiden, dürfen Befristungen daher nur erfolgen, wenn ein sachlicher Grund vorliegt, z.B., weil das Amt im Rahmen einer Elternzeitvertretung wahrgenommen wird. **Verträge mit externen Datenschutzbeauftragten** bedürfen zur Gewährleistung der notwendigen Unabhängigkeit einer **Mindestlaufzeit**. Empfohlen wird eine regelmäßige Mindestvertragslaufzeit von vier Jahren. Bei Erstverträgen ist wegen der Notwendigkeit der Überprüfung der Eignung eine kürzere Frist von ein bis zwei Jahren zulässig.

2.3. Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten

Die DS-GVO erleichtert die Kontaktaufnahme mit dem Datenschutzbeauftragten, indem sie vorschreibt, dass dessen **„Kontaktdaten“** zu veröffentlichen und der Aufsichtsbehörde mitzuteilen sind (Art. 37 Abs. 7 DS-GVO).



Wie ein Vergleich mit Art. 13 Abs. 1 Buchst. a) DS-GVO zeigt, wo von „Name und Kontaktdaten“ die Rede ist, setzt die Angabe der bloßen Kontaktdaten, z.B. auf der Homepage, nicht zwingend voraus, dass auch der Name des Datenschutzbeauftragten genannt wird. Im Verhältnis zur Aufsichtsbehörde ist die namentliche Nennung des Beauftragten gleichwohl sinnvoll (vgl. auch Art. 30 Abs. 1 Buchst. a) i.V.m. Abs. 4 DS-GVO).

2.4. Möglichkeit der Benennung eines externen Datenschutzbeauftragten und der Benennung von Konzern-DSBs

Explizit geregelt in der DS-GVO sind die Möglichkeit der Benennung eines externen Datenschutzbeauftragten (Art. 37 Abs. 6 DS-GVO) sowie der Benennung eines gemeinsamen Datenschutzbeauftragten in Unternehmensgruppen (Art. 37 Abs. 2 DS-GVO).

Aus Sicht der benennenden Stelle kann die **Benennung eines externen Datenschutzbeauftragten** eine Reihe von Vorteilen bieten. Insbesondere kann die Stelle, statt einen eigenen Mitarbeiter erst ausbilden zu müssen, ggf. direkt auf einen Datenschutzbeauftragten mit vielfältigen Erfahrungen zurückgreifen. Zudem genießt der interne

Beauftragte nicht nur den Abberufungsschutz aus Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO, welcher sich gleichermaßen auf externe Beauftragte bezieht, sondern nach § 38 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 4 BDSG auch Kündigungsschutz. Sich von einem externen Beauftragten wieder zu trennen, ist daher im Ergebnis um einiges leichter. Ein besonderer Vorteil des internen gegenüber dem externen Beauftragten ist dagegen die regelmäßig bessere Kenntnis der betrieblichen Abläufe. Zweckmäßig wird der Einsatz eines externen Datenschutzbeauftragten vor allem bei kleinen und mittleren Unternehmen sein.



Umstritten ist, ob zum externen Datenschutzbeauftragten nur eine natürliche Person oder auch eine **juristische Person wie z.B. eine Unternehmensberatungsgesellschaft** benannt werden kann. Die Benennung einer juristischen Person wird teilweise abgelehnt⁵. Der Europäische Datenschutzausschuss vertritt hingegen die Auffassung⁶, dass juristische Personen zum Datenschutzbeauftragten benannt werden können und die praktische Aufgabenwahrnehmung durch deren Angehörige erfolgt.

Die **Regelung zur Benennung eines gemeinsamen Beauftragten (Art. 37 Abs. 2 DS-GVO)** vermindert nach herrschender Literaturauffassung den administrativen Aufwand im Zusammenhang mit

⁵ So etwa LDI, Häufig gestellte Fragen zum Datenschutzbeauftragten (FAQ), Stand: 05/2019, S. 12 f.; Heberlein in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 37 Rn. 43; Laue/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2. Auflage 2019, § 6 Rn. 18.

⁶ Art.-29-Datenschutzgruppe WP 243 rev. 01, S. 14 f. (bestätigt durch EDSA am 25.05.2018); die Ansicht im Grundsatz befürwortend auch HessDSB, 46. TB (2017), 2.3.7.

der Benennung **sog. Konzerndatenschutzbeauftragter**, indem sie der Konzernleitung ermöglicht, alle verpflichtenden oder freiwilligen Benennungen in einem Akt vornehmen. Vorteil eines Konzerndatenschutzbeauftragten ist insbesondere, dass eine solche zentrale Lösung die einheitliche Behandlung von Fragestellungen und Problemen gewährleistet, die mehrere Konzernunternehmen betreffen. Die Möglichkeit der Benennung eines gemeinsamen Beauftragten (Art. 37 Abs. 2 DS-GVO) ist mit der Bedingung verbunden, dass dieser von jeder Niederlassung aus „leicht erreicht werden kann“. Die leichte Erreichbarkeit impliziert den persönlichen und sprachlichen Zugang für die Verantwortlichen sowie die Beschäftigten als betroffene Personen.

3. Stellung des Datenschutzbeauftragten

3.1. Unabhängigkeit und organisatorische Einordnung

Die Unabhängigkeit ist Kern der Rechtsstellung des Datenschutzbeauftragten. Als übergeordnete Gewährleistung wird diese in ErwG 97 der DS-GVO angesprochen. Die unmittelbaren Ausprägungen der Unabhängigkeit, nämlich insbesondere die **Unabhängigkeit von fachlichen Weisungen** und der **unmittelbare Berichtsweg** zur höchsten Managementebene, sind im normativen Teil der DS-GVO geregelt (Art. 38 Abs. 3 Satz 1 und 3).

Nach Art. 38 Abs. 3 Satz 3 DS-GVO berichtet der Datenschutzbeauftragte unmittelbar der höchsten Managementebene. Der Datenschutzbeauftragte soll in datenschutzrelevanten Fragen die Entscheidung der Leitung ohne Umwege herbeiführen kön-

nen. Art. 38 Abs. 3 Satz 3 DS-GVO ist insoweit nicht ausschließlich als Vorgabe eines Berichtswegs zu verstehen, sondern zugleich als **organisatorische Anforderung, die es verbietet, den Datenschutzbeauftragten einer anderen Stelle als unmittelbar der Leitung zu unterstellen.**

3.2. Abberufungsschutz, Kündigungsschutz und Benachteiligungsverbot

Zum Schutz des Datenschutzbeauftragten gewährleistet die DS-GVO **Abberufungsschutz sowie ein Benachteiligungsverbot** (Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO): Der Datenschutzbeauftragte darf von dem Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter **wegen der Erfüllung seiner Aufgaben** nicht abberufen oder benachteiligt werden. Möglich ist jedoch nach der DS-GVO ein betriebsbedingter Wegfall der Benennung.

Ein arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz zugunsten des Datenschutzbeauftragten wird über die DS-GVO nicht gewährt. Ein solcher ist aber in § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG (für nicht öffentliche Stellen i.V.m. § 38 Abs. 2 BDSG) vorgesehen. Nach § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Datenschutzbeauftragten unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, welche zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen, also zu einer außerordentlichen Kündigung. Der Kündigungsschutz wirkt noch ein Jahr über das Ende der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter hinaus (sog. nachwirkender Kündigungsschutz, § 6 Abs. 4 Satz 3 BDSG). Für diesen Zeitraum bleibt die Kündigung an die gleichen Voraussetzungen geknüpft wie während der Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten.

3.3. Anspruch auf Einbindung, Unterstützung und Fortbildung

Eine erfolgreiche Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter hängt wesentlich von der Unterstützung durch den Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter ab. Dem trägt die DS-GVO Rechnung, indem sie einen Anspruch des Datenschutzbeauftragten auf Einbindung und Unterstützung vorsieht (Art. 38 Abs. 1 und 2 DS-GVO), der im Einzelnen Folgendes umfasst:

>> **Ordnungsgemäße und frühzeitige Einbindung** in alle mit dem Schutz personenbezogener Daten zusammenhängenden Fragen

>> **Unterstützung bei der Aufgabenerfüllung**

>> **Ressourcen zur Aufgabenwahrnehmung / Erhaltung des Fachwissens**

>> **Zugang zu pb Daten und Verarbeitungsvorgängen**

Zur notwendigen Unterstützung gehört insbesondere, dass dem Datenschutzbeauftragten die **notwendigen zeitlichen Ressourcen** zur Wahrnehmung seiner Aufgabe zur Verfügung gestellt werden. Das konkrete Maß der erforderlichen Unterstützung ist im **Einzelfall** zu bestimmen.



Kriterien für eine ausreichende finanzielle und materielle Ausstattung sowie ein angemessenes Zeitbudget für die Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben sind beispielsweise:

- >> Größe des Unternehmens
 - > Anzahl der Mitarbeiter
 - > Anzahl der Standorte/Betriebsstätten

- >> Organisation des Unternehmens
 - > Einbindung in eine Konzernstruktur
 - > national oder international
 - > Matrixorganisation
 - > Komplexität der Geschäftsprozesse
 - > Home-Office/Telearbeit
 - > Außendienst-/Vertriebsorganisation
 - > Delegationsmöglichkeiten (Rechtsabteilung/Revisionsabteilung/IT-Sicherheitsbeauftragter/externe Berater)
 - > Inanspruchnahme externer Dienstleister (Outsourcing)

- >> Branche
- >> Art und Anzahl der zu verwaltenden Personengruppen (Mitarbeiter, Kunden, Lieferanten, Dritte, Kontaktpersonen etc.)
- >> Sensibilität der verarbeiteten personenbezogenen Daten bzw. der verwendeten Verfahren

4. Aufgaben

4.1. Unterrichtung und Beratung

Der Datenschutzbeauftragte hat den Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter sowie die konkret mit der Datenverarbeitung Beschäftigten hinsichtlich ihrer Pflichten nach der DS-GVO sowie nach den sonstigen Datenschutzvorschriften der Union bzw. der Mitgliedstaaten zu unterrichten und beraten (Art. 39 Abs. 1 Buchst. a) DS-GVO). Unterrichtung meint insofern die allgemeine Information über die bestehenden datenschutzrechtlichen Verpflichtungen, Beratung die Unterstützung bei der Lösung von konkreten datenschutzrechtlichen Fragestellungen. Datenschutzrechtliche Fragen der Unternehmensleitung bzw. Fachabteilungen beantwortet der Datenschutzbeauftragte, soweit dies ihn nicht daran hindert, aus seiner Sicht vordringlichen Angelegenheiten nachzugehen.



Die Schulung der Mitarbeiter, d.h. die zielgerichtete pädagogische Aufbereitung der für die konkret ausgeübte Tätigkeit relevanten datenschutzrechtlichen Informationen ist hingegen – anders als nach BDSG – nicht originäre Aufgabe des Datenschutzbeauftragten, sondern des für die Verarbeitung Verantwortlichen. Nach der DS-GVO kommt dem Datenschutzbeauftragten bezüglich der Schulung lediglich eine beratende bzw. kontrollierende Funktion zu. Der für die Verarbeitung Verantwortliche ist jedoch frei, dem Datenschutzbeauftragten auch die Durchführung der Schulungsaufgabe zu übertragen.

4.2. Überwachung der Einhaltung des Datenschutzes

Weitere Kernaufgabe des Datenschutzbeauftragten neben der Unterrichtung und Beratung ist die **Überwachung der Einhaltung** des Datenschutzes (Art. 39 Abs. 1 Buchst. b) DS-GVO). Zu überwachen ist im Einzelnen die Einhaltung

- >> der **DS-GVO**,
- >> **anderer Datenschutzvorschriften der Union bzw. der Mitgliedstaaten** sowie
- >> der **Strategien des Verantwortlichen oder 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).

Sicherzustellen und nachzuweisen, dass durchgeführte Datenverarbeitungen im Einklang mit den datenschutzrechtlichen Anforderungen stehen, ist Aufgabe des Verantwortlichen bzw. – in abgeleiteter Verantwortung – der Fachabteilung.

4.3. Aufgaben im Zusammenhang mit der Datenschutz-Folgenabschätzung

Aufgabe der Fachabteilung ist auch die Durchführung der **Datenschutz-Folgenabschätzung** gemäß Art. 35 DS-GVO. Die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten im Zusammenhang mit der Datenschutz-Folgenabschätzung liegen zum einen in der **Überwachung, dass diese durchgeführt wird**, sofern erforderlich, und zum anderen in der Verpflichtung, **auf Anfrage** im Hinblick auf deren Durchführung **zu beraten** (Art. 39 Abs. 1 Buchst. c) DS-GVO).

Korrespondierend zur Beratungspflicht des Datenschutzbeauftragten besteht eine Verpflichtung der Fachabteilung, dessen Rat auch einzuholen (Art. 35 Abs. 2 DS-GVO).

4.4. Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde

Nach der DS-GVO arbeitet der Datenschutzbeauftragte mit der Aufsichtsbehörde zusammen (Art. 39 Abs. 1 Buchst. d) DS-GVO) und fungiert als deren „Anlaufstelle“ (Art. 39 Abs. 1 Buchst. e) DS-GVO) beim für die Verarbeitung Verantwortlichen, d.h., er ist erster Ansprechpartner für die Behörde und koordiniert den Kontakt mit der datenschutzrechtlich verantwortlichen Unternehmensleitung und der zuständigen Fachabteilung. Zudem berät er sich mit der zuständigen Behörde „zu allen sonstigen Fragen“ (Art. 39 Abs. 1 Buchst. e) DS-GVO).

Wichtig im Verhältnis zwischen Aufsichtsbehörde und Datenschutzbeauftragtem ist, dass es sich um **voneinander unabhängige Überwachungsorgane** handelt. Der Datenschutzbeauftragte ist nicht etwa verlängerter Arm der Behörde, sondern zur eigenständigen Meinungsbildung berechtigt und verpflichtet.

Ein Anlass zur **Konsultation der Behörde** wird sich für den Datenschutzbeauftragten insbesondere dann ergeben, wenn er sich über die Auslegung einschlägiger gesetzlicher Regelungen oder die An-

gemessenheit einzelner Datenschutzmaßnahmen im Unklaren ist.

Eine Verpflichtung des Datenschutzbeauftragten, eigeninitiativ Datenschutzverstöße an die Behörde zu melden, ist aufgrund fehlender konkreter Anhaltspunkte hierfür in der DS-GVO und wegen der damit verbundenen weitreichenden Konsequenzen für den Datenschutzbeauftragten **abzulehnen**⁷. Bevor der Datenschutzbeauftragte einen Verstoß an die Behörde meldet, hat er im Übrigen zunächst alle internen Möglichkeiten auszuschöpfen, um diesen abzustellen⁸. Dies ergibt sich aus der Treuepflicht gegenüber dem Arbeit- bzw. Auftraggeber.

4.5. DSB als „Anwalt der Betroffenen“

Nach Art. 38 Abs. 4 DS-GVO **können betroffene Personen den Datenschutzbeauftragten** zu allen mit der Verarbeitung ihrer Daten und mit der Wahrnehmung ihrer Rechte aus der Verordnung im Zusammenhang stehenden Fragen **zu Rate ziehen**. Der Datenschutzbeauftragte ist demnach verpflichtet, Datenschutzbeschwerden zu prüfen und die betroffenen Personen über das Ergebnis seiner Prüfung zu informieren. Stellt er Datenschutzverletzungen, z.B. die Missachtung von Betroffenenrechten, fest, hat er darauf hinzuwirken, dass diese vom Verantwortlichen abgestellt werden.

⁷ Für eine Informationspflicht im Falle schwerer Beeinträchtigungen für die Rechte und Freiheiten betroffener Personen Heberlein in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 39 Rn. 19. Etwas zurückhaltender Bergt in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, Art. 39 DS-GVO Rn. 19 („[...] auch wenn der Datenschutzbeauftragte – allenfalls mit Ausnahme besonders schwerer Verstöße wie Straftaten – nicht verpflichtet ist, von sich aus Verstöße gegen Datenschutzrecht der Aufsichtsbehörde zu melden.“).

⁸ So auch Paal in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, Art. 39 DS-GVO Rn. 8.

Die Wahrung der Vertraulichkeit ist essenziell für eine effektive Ausübung der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter. Art. 38 Abs. 5 DS-GVO verpflichtet den Datenschutzbeauftragten insofern zur **Wahrung der Geheimhaltung bzw. Vertraulichkeit** bei der Erfüllung seiner Aufgaben, überlässt allerdings die nähere Ausgestaltung dieser Verpflichtung dem Unionsrecht bzw. Recht der Mitgliedstaaten. Auf Art. 38 Abs. 5 DS-GVO beruht **§ 6 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. § 38 Abs. 2 BDSG**, wonach der Datenschutzbeauftragte zur **Verschwiegenheit über die Identität der betroffenen Person sowie über Umstände, die Rückschlüsse auf diese zulassen**, verpflichtet ist, soweit er nicht von dieser befreit wird. Datenschutzbeauftragte, die für einen Berufsgeheimnisträger tätig sind, können sich bei Verletzung der Vertraulichkeit strafbar machen (§ 203 Abs. 4 Satz 1 StGB). Solchen Datenschutzbeauftragten steht zur Absicherung der Verschwiegenheit ein Zeugnisverweigerungsrecht zu (§ 6 Abs. 6 i.V.m. § 38 Abs. 2 BDSG).

4.6. Pflicht zur risikoorientierten Tätigkeit

Nach Art. 39 Abs. 2 DS-GVO hat der Datenschutzbeauftragte bei der Erfüllung seiner Aufgaben dem mit den Verarbeitungsvorgängen verbundenen Risiko gebührend Rechnung zu tragen, wobei er die Art, den Umfang, die Umstände und die Zwecke der Verarbeitung berücksichtigt, sog. **Pflicht zur risikoorientierten Tätigkeit**. Diese Verpflichtung entspricht dem risikobasierten Ansatz, der der gesamten DS-GVO zugrunde liegt, und ist grundsätzlich zu befürworten. Zur Gewährleistung der garantierten Unabhängigkeit (vgl. vorstehend Abschnitt 3.1) muss die Bewertung, welche Verarbeitungsvorgänge wegen des mit ihnen verbundenen

Risikos einer vorrangigen Bewertung bedürfen, aber dem Datenschutzbeauftragten selbst obliegen. So dürfen etwa Prüfaufträge gegenüber dem Datenschutzbeauftragten diesen nicht daran hindern, aus seiner Sicht vordringlichen datenschutzrechtlichen Angelegenheiten nachzugehen.

5. Fazit

Die DS-GVO sieht eine europaweite Verpflichtung zur Benennung von Datenschutzbeauftragten vor, die allerdings nur in verhältnismäßig wenigen Fällen zum Tragen kommt. Auf Grundlage der in der DS-GVO enthaltenen Öffnungsklausel hat der nationale Gesetzgeber die Voraussetzungen, unter denen nicht öffentliche Stellen einen Datenschutzbeauftragten zu benennen haben, erweitert und knüpft für die Verpflichtung zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten regelmäßig an einen Schwellenwert von 20 Personen beim Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter, die ständig mit der Verarbeitung personenbezogener Daten befasst sind. Diese im Verhältnis zum europäischen Recht weiterreichende Benennungspflicht ist ausdrücklich zu begrüßen, leistet doch der Datenschutzbeauftragte als fachkundiges internes Beratungs- und Kontrollorgan einen zentralen Beitrag zur Reduzierung von Unternehmensrisiken.

Wichtig ist, dass allein der Umstand, dass eine Stelle nicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten verpflichtet ist, nicht dazu führt, dass diese sich nicht an datenschutzrechtliche Vorgaben zu halten hätte. Die Vorgaben aus DS-GVO und BDSG, insbesondere die in der DS-GVO geregelten Sanktionen, gelten grundsätzlich uneingeschränkt. Vor diesem Hintergrund kann sich die in der DS-GVO explizit angesprochene freiwillige Benennung eines Datenschutzbeauftragten empfehlen.



Gesellschaft für Datenschutz
und Datensicherheit e.V.

Herausgeber:

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

Heinrich-Böll-Ring 10

53119 Bonn

Tel.: +49 2 28 96 96 75-00

Fax: +49 2 28 96 96 75-25

www.gdd.de

info@gdd.de

Ansprechpartnerin:

RAin Yvette Reif, LL.M.

Satz:

C. Wengenroth

Stand:

Version 2.0 (Juli 2019)