

DATENSCHUTZ – D06

Stand: Mai 2018

Ihr Ansprechpartner
Ass. iur. Kim Pleines

E-Mail
kim.pleines@saarland.ihk.de

Tel.
(0681) 9520-640

Fax
(0681) 9520-690

Betrieblicher Datenschutzbeauftragter nach der DSGVO und dem BDSG (neu)

Mit Anwendbarkeit der DSGVO ab dem 25.05.2018 sind die Anforderungen an die Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten (bDSB) verschärft. Eine Verpflichtung zur Bestellung kann sich sowohl aus der DSGVO (Art. 37 - 39) als auch aus dem neu formulierten BDSG (§§ 5 - 7, § 38) ergeben. Aus diesen Regelungen ergibt sich auch, welche Anforderungen an ihn bestehen und welche Aufgaben er zu erfüllen hat.

Pflicht zur Benennung

Die Bestellpflicht für einen bDSB besteht, wenn im Unternehmen **in der Regel mindestens zehn Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten** beschäftigt sind.

Zunächst ist die die Anzahl der bei der automatisierten Verarbeitung ständig beschäftigten Personen maßgeblich: Wenn **zehn oder mehr Personen** mit der Datenverarbeitung beschäftigt sind, ist ein Datenschutzbeauftragter zu benennen. Umgekehrt entfällt die Verpflichtung, einen Beauftragten für den Datenschutz zu bestellen, wenn die Beschäftigtenanzahl nicht nur vorübergehend unter fünf sinkt.

§ 38 BDSG (neu) spricht von „**Personen**“, die mit der Datenverarbeitung beschäftigt sind. Darunter fallen alle Personen, **unabhängig von ihrem arbeitsrechtlichen Status**. Neben Angestellten in Voll- und Teilzeit, Auszubildenden und Praktikanten fallen darunter auch freie Mitarbeiter oder Leiharbeitnehmer, soweit sie mit der Verarbeitung beschäftigt sind. Angehörige der Geschäftsleitung sind nicht mitzuzählen, da sie ja gerade nicht „beschäftigt“ sind.

Relevant sind nur Personen, die „in der Regel“ „ständig“ mit der Verarbeitung beschäftigt sind. Die Person muss für die Erfüllung der Aufgabe über längere Zeit vorgesehen sein, diese also stets wahrnehmen. Dies ist der Fall, wenn der Mitarbeiter immer dann mit der Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt ist, wenn diese Tätigkeit anfällt. Ein völlig untergeordneter Anteil an Verarbeitungstätigkeiten - wie beispielsweise das vereinzelte Schreiben von Briefen mittels Textverarbeitungsprogramm – ist in der Regel nicht ausreichend. Nicht notwendig ist es, dass es sich um die Hauptaufgabe des Mitarbeiters handelt.

Unabhängig von der Anzahl der mit der Verarbeitung von Daten beschäftigten Personen ist ein Datenschutzbeauftragter nach dem BDSG dann zu bestellen, wenn die Verarbeitungen einer **Datenschutz-Folgenabschätzung** nach Art. 35 DSGVO unterliegen oder die Daten zum Zweck der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung verarbeitet werden. Eine Datenschutz-Folgeabschätzung ist unter anderem erforderlich, wenn öffentlich zugängliche Bereiche systematisch und umfangreich überwacht werden, etwa durch Videoüberwachung.

Nach der DSGVO ist ein bDSB **zwingend zu bestellen**, wenn

- die Kerntätigkeit des Verantwortlichen in Verarbeitungsvorgängen besteht, welche aufgrund Art, Umfang und/oder Zweck eine umfangreiche regelmäßige und systematische Beobachtung personenbezogener Daten erforderlich machen oder
- die Kerntätigkeit des Verantwortlichen in der umfangreichen Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten besteht, z. B. Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen.

Die **erste Variante** wird nicht auf viele Unternehmen zutreffen; es gibt nur wenige Betriebe, die die Aktivitäten Ihrer Kunden systematisch beobachten. Sogar wenn Daten über das Kundenverhalten eingeholt werden (Bsp.: Google Analytics im Online-shop), zählt das nicht zu den „Kerntätigkeiten“ des Unternehmens. Unter „**Kerntätigkeit**“ fallen hierbei Geschäftsbereiche, die für die Umsetzung der Unternehmensstrategie erforderlich sind (insbesondere: Kundenservice, Marketing, Produktdesign, Auskunfteien oder Adresshandel). „**Art, Umfang und Zweck**“ ist anhand objektiver Merkmale zu beurteilen (insb. die Anzahl der Betroffenen, die Menge der betroffenen Daten und/oder Vielzahl der verschiedenen Datensätze, die Dauer oder geographische Reichweite der Datenverarbeitung).

Ist eine Bestellung nicht vorgeschrieben, ist eine freiwillige Bestellung von Datenschutzbeauftragten möglich und empfehlenswert. Es gilt im neuen Datenschutzrecht der Grundsatz: **Datenschutz bleibt Chefsache**. Nach der DSGVO ist das Unternehmen verantwortlich für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen. Da die Unternehmensleitung in der Regel nicht über die notwendigen Fachkenntnisse verfügt, ist es sinnvoll einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen, der sich um die Datenschutzorganisation kümmert.

Bestellung und fachliche Eignung

Die Position des bDSB kann **innerhalb des Betriebs** durch einen eigenen Mitarbeiter besetzt werden, wenn er die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen dafür besitzt.

Die **Bestellung eines Mitarbeiters** als Datenschutzbeauftragter ist vom **Arbeitsvertrag** zu unterscheiden. Mit der Bestellung wird das Amt des Datenschutzbeauftragten übertragen, während im Rahmen des Arbeitsvertrages geregelt wird, welche schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehen. Dazu gehört auch, zu welchen schuldrechtlichen Bedingungen der Arbeitnehmer für die Aufgabe als Datenschutzbeauftragter verpflichtet wird.

Nicht bestellt werden darf die **Geschäftsleitung** oder der **Betriebsinhaber**. Es kann auch ein **externer Datenschutzbeauftragter** aufgrund eines Dienstleistungsvertrages bestellt werden. Für eine Unternehmensgruppe kann ein gemeinsamer Datenschutzbeauftragter benannt werden. Dieser muss jedoch von jeder Niederlassung aus leicht erreichbar sein.

Wie bisher auch darf zum bDSB nur bestellt werden, wer die zur Erfüllung dieser Aufgaben erforderliche **Fachkunde** und **Zuverlässigkeit** besitzt. Der bDSB muss ein Verständnis der **allgemein datenschutzrechtlichen und spezialgesetzlichen datenschutzrechtlichen Vorschriften**, die für das eigene Unternehmen relevant sind, sowie **technisch-organisatorische Kenntnisse**, insbesondere Kenntnisse der Informations- und Telekommunikationstechnologie und der Datensicherheit haben. Diese müssen bereits zum Zeitpunkt seiner Bestellung vorliegen.

Zur persönlichen Zuverlässigkeit gehören unter anderem:

- Verschwiegenheit,
- Unbestechlichkeit und
- ein ausgeprägtes Verantwortungsbewusstsein.

Fachlich sollte er zumindest über folgende Kenntnisse verfügen:

- EDV-technische,
- betriebswirtschaftliche und
- datenschutzrechtliche Kenntnisse,
- organisatorische Fähigkeiten,
- pädagogische Fähigkeiten,
- Konfliktbereitschaft

Die Fachkunde ist auf Verlangen der Aufsichtsbehörde durch Ausbildungs- und Schulungsbescheinigungen nachzuweisen. Zuständige Aufsichtsbehörde im Saarland ist:

Unabhängiges Datenschutzzentrum Saarland

Fritz-Dobisch-Str. 12

66111 Saarbrücken

Tel: 0681 / 94781 - 0

Fax: 0681 / 94781 - 29

E-Mail: poststelle@datenschutz.saarland.de

<https://datenschutz.saarland.de/>

Für die Benennung ist - anders als bisher - **keine Schriftform** vorgesehen. Die Bestellung sollte aus Nachweisgründen jedoch in Textform erfolgen. Die Bestellungsurkunde sollte die wesentlichen Rechte und Pflichten beider Parteien enthalten. (s. Muster in der Anlage).

Stellung und Aufgaben des bDSB

1. Stellung

Der bDSB ist **weisungsunabhängig** bzgl. seiner Aufgabenerfüllung und berichtet unmittelbar der höchsten Managementebene im verantwortlichen Unternehmen. Er darf wegen der Erfüllung seiner Aufgaben **weder abberufen noch benachteiligt werden**. Organisatorisch ist er der Geschäftsleitung unmittelbar unterstellt. Er hat ein direktes Vortragsrecht.

Wie bisher auch besteht ein **besonderer Kündigungsschutz** für den bDSB. Eine Abberufung des bDSB ist nur **aus wichtigem Grund** gemäß § 626 Abs. 1 BGB möglich. Das Arbeitsverhältnis darf während der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter und nach deren Beendigung für ein Jahr nicht gekündigt werden, es sei denn die Kündigung erfolgt aus wichtigem Grund.

Dieser Kündigungsschutz kann insofern abgemildert werden, dass der Datenschutzbeauftragte **befristet bestellt** wird, so dass der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz ein Jahr nach dem Ablauf der befristeten Bestellung automatisch endet, ohne dass es einer zusätzlichen Abberufung des Datenschutzbeauftragten bedarf.

Die Problematik des nachwirkenden Kündigungsschutzes kann durch die Bestellung eines externen Datenschutzbeauftragten gelöst werden. Dessen Dienstvertrag kann aus wichtigem Grund jederzeit gekündigt und auch befristet werden.

2. Aufgaben

Der bDSB hat schwerpunktmäßig die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften und den datenschutzkonformen Umgang mit personenbezogenen Daten im Betrieb zu überwachen. In diesem Zusammenhang hat er die folgenden Aufgaben zu erfüllen:

- **Unterrichtung** über die bestehenden datenschutzrechtlichen Pflichten und Beratung bei der Lösung datenschutzrechtlicher Fragen
- **Überwachung und Einhaltung** der datenschutzrechtlichen Vorschriften (DSGVO, BDSG sowie weitere Rechtsvorschriften) sowie der unternehmens-eigenen Datenschutzbestimmungen inkl. Zuweisung von Zuständigkeiten, Sensibilisierung und Schulung von Mitarbeitern
- **Auf Anfrage Beratung** bei der **Datenschutz-Folgenabschätzung** (Art. 35 Abs. DSGVO) und Überwachung ihrer Durchführung
- **Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde** und Zuständigkeit für die vorherige Konsultation datenschutzrechtlicher Fragen an die Aufsichtsbehörde
- **Ansprechpartner** für betroffene Personen und Mitarbeiter zu allen mit der Verarbeitung ihrer Daten und mit der Wahrnehmung ihrer Rechte zusammenhängenden Vorgänge.

Über diese Mindestaufgaben hinaus nimmt der bDSB eine beratende und unterstützende Funktion ein. Insbesondere sind hier zu nennen:

- **Unterstützung des Verantwortlichen** bei der Etablierung von Prozessen bzw. Dokumentationen zur Erfüllung der umfassenden Nachweispflicht, Unterstützung bei der Melde- und Benachrichtigungspflicht bei Datenschutzverletzungen sowie die Erfüllung der Betroffenenrechte (Recht aus Auskunft, Berichtigung, Einschränkung oder Löschen von Daten)

Die Pflicht, ein **Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten** zu führen, liegt grundsätzlich bei der Geschäftsführung im Unternehmen, kann aber - unter der Verantwortung des Verantwortlichen - auf den bDSB übertragen werden. Datenschutz bleibt Chefsache.

Bei der Erfüllung seiner Aufgaben hat der bDSB die **Pflicht zur risikoorientierten Tätigkeit**, d. h., er entscheidet selbst, welche Verarbeitungsvorgänge er aufgrund des damit verbundenen Risikos vorrangig prüft.

3. Rechte und Pflichten

Zur effektiven Wahrnehmung seiner Aufgaben hat der Datenschutzbeauftragte eine Reihe von Befugnissen und Rechten gegenüber der Geschäftsführung, die ihn bei seiner Aufgabenerfüllung aktiv zu unterstützen hat.

Der DSB ist frühzeitig in alle datenschutzrechtlichen Fragen miteinzubinden. Ihm sind Zugang zu allen personenbezogenen Daten und damit zusammenhängende Verarbeitungsvorgänge zu geben. Zur Aufgabenerfüllung ist ihm das notwendige Zeit-

budget sowie die nötige Unterstützung (Fortbildung, finanzielle, materielle und personelle Ausstattung) zu gewähren.

Er ist zur Wahrung der Geheimhaltung und Vertraulichkeit bei der Erfüllung seiner Aufgaben verpflichtet. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Identität von betroffenen Personen, die sich an den bDSB gewandt haben.

Ihm ist eine Übersicht über die Dateien und über die Datenverarbeitungsanlagen bereitzustellen. Bei neuen Projekten im Rahmen der automatisierten Verarbeitung ist er rechtzeitig zu informieren, damit er notwendige Datenschutzaspekte einbringen kann;

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, auf eigene Kosten dem DSB die Teilnahme an Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen zu ermöglichen, damit dieser für die Erfüllung seiner Aufgaben die erforderliche Sachkunde erlangt.

Haftung

Die DSGVO stellt ausdrücklich klar, dass der Verantwortliche - und nicht der bDSB - verpflichtet ist, sicherzustellen und nachzuweisen, dass die Datenverarbeitungen im Einklang mit den datenschutzrechtlichen Regelungen stehen. Damit haftet grundsätzlich das Unternehmen für Datenschutzverletzungen. Inwiefern der bDSB für seine übernommenen Aufgaben haftet, ist noch nicht endgültig geklärt.

Solange eine Klärung noch aussteht, sollte der bDSB seine Tätigkeiten dokumentieren, um im Ernstfall nachweisen zu können, dass er seine Aufgaben ordnungsgemäß erfüllt hat.

Veröffentlichungs- und Mitteilungspflichten der Kontaktdaten des DSB

Die Kontaktdaten des DSB sind zu veröffentlichen und der Aufsichtsbehörde mitzuteilen. Die Datenschutzbehörde stellt dazu ein Formular bereit:

<https://datenschutz.saarland.de/ueber-uns/aktuelles/nachricht/meldungen-derdes-datenschutzbeauftragten/>

Die Kontaktdaten müssen auch auf der **Unternehmenshomepage**, neben den weiteren **Informationspflichten** nach Art. 13 ff. DSGVO, angegeben werden.

Folgen bei Nichtbestellung

Die vorsätzliche oder fahrlässige Versäumnis, einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten nicht oder nicht rechtzeitig zu bestellen, kann mit einem Bußgeld belegt werden. Die DSGVO sieht hier höhere Bußgelder von bis zu 10 Millionen EURO oder 2 % des weltweiten Jahresumsatzes vor, je nachdem, welcher Betrag höher ist.

Muster für die interne Bestellung zum/zur betrieblichen Datenschutzbeauftragten

Bestellung zum/zur Datenschutzbeauftragten

Herrn/Frau
Name
Anschrift

Hiermit bestellen wir Sie im gegenseitigen Einvernehmen und mit sofortiger Wirkung/zum ... zum/zur betrieblichen Datenschutzbeauftragten gem. Art. 37 ff. EU-Datenschutz-Grundverordnung, § 38 BDSG. In Ihrer Funktion als Datenschutzbeauftragte/r sind Sie der Geschäftsleitung unmittelbar unterstellt.¹

Zuständiges Mitglied der Geschäftsleitung ist Herr/Frau

Ihre Aufgaben als Datenschutzbeauftragte/r ergeben sich aus der EU-Datenschutz-Grundverordnung und dem Bundesdatenschutzgesetz, die wir in der Anlage konkretisiert haben.

In Ihrer Aufgabe als betriebliche/r Datenschutzbeauftragte/r sind Sie weisungsfrei.

Über Ihre Tätigkeit werden Sie der zuständigen Geschäftsleitung (Zeitraum angeben: z.B.: 1x jährlich) Bericht erstatten.

Ort, Datum

Unterschrift:
(Unternehmensleitung)

Mit der Bestellung bin ich einverstanden:

Dieses Merkblatt soll – als Service Ihrer IHK – nur erste Hinweise geben und erhebt daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Obwohl es mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, kann eine Haftung für die inhaltliche Richtigkeit nicht übernommen werden.

¹ Diese Regelung ist nicht verpflichtend in den gesetzlichen Vorschriften vorgesehen, kann aber von dem Unternehmen so getroffen werden.