THOMAS HOEREN

Der betriebliche Datenschutzbeauftragte

Neuerungen durch die geplante DS-GVO

Selbstkontrolle
Bestellung
Privilegien
Zeugnisverweigerungsrecht
Notifizierung

■ Eines der großen Erfolgsmodelle des deutschen Datenschutzrechts ist der betriebliche Datenschutzbeauftragte. Seit mehr als 30 Jahren gibt es ihn nun und er hat sich etabliert, sowohl aus Sicht der Aufsichtsbehörden wie auch der Unternehmen und schließlich der Betroffenen. Allerdings ist diese Institution im europäischen Ausland nahezu unbekannt. Nun soll er auch in anderen EU-Ländern kommen – zumindest nach dem Willen von Viviane Reding und nach Maßgabe der geplanten EU-DS-GVO. Im Weiteren soll nachgewiesen werden, dass sich das Leitbild des betrieblichen Datenschutzbeauftragten auf Grund dieser Verordnung nachhaltig ändern würde, wenn der Entwurf in dieser Form in Kraft träte.

■ One of the great successful models of the German data protection law is the company data protection officer. This position has existed for more than 30 years, and has been established, from the supervisory authorities' point of view, as well as from the companies' – and also the affected persons' standpoint. However, this institution is nearly unknown in other European countries. Now it is to be introduced in the other EU states – at least according to the wishes of Viviane Reding and pursuant to the requirements of the envisioned EU-DS-GVO. This article shall prove that due to this regulation, the model of the company data protection officer would permanently change if the draft were to be implemented in this form.

I. Einleitung

Nach § 4f BDSG haben öffentliche und nicht-öffentliche Stellen, die personenbezogene Daten automatisiert erheben, verarbeiten oder nutzen, einen Beauftragten für den Datenschutz schriftlich zu bestellen. Diese Verpflichtung gehört zu einer der ältesten Vorschriften des BDSG und prägt das deutsche Datenschutzrecht nachhaltig. Im öffentlichen Bereich war stets eine Kontrolle durch eine unabhängige Instanz, insbesondere i.R.e. öffentlich-rechtlich geprägten Aufsicht gefordert. Für den nicht-öffentlichen Bereich wurde dies stets strikt abgelehnt und als Kompromiss setzte sich das deutsche Modell der Selbstkontrolle durch, ergänzt durch eine signifikant abgeschwächte Fremdkontrolle. Die Entwürfe zur EU-DS-RL von 1995 kannten den betrieblichen Datenschutzbeauftragten nicht. Offensichtlich hatten deutsche Lobbyisten vergessen, diese Institution europäisch zu verankern. In letzter Minute gelang es dann, noch einen Platz zumindest für die Erwähnung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten in der Richtlinie zu finden.[1] Dazu verknüpfte man die Notifizierungspflicht in Art. 18 Abs. 2 der RL mit dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten. Grundsätzlich müssen alle Datenverarbeitungsvorgänge notifiziert werden; wer aber einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten beschäftigt, konnte und kann sich die Notifizierung in weiten Teilen sparen. In Deutschland hat sich auf Grund dessen nicht viel verändert; in fast allen anderen EU-Ländern blieb diese Einrichtung jedoch fremd.[2] Deshalb tauchte auch im Zusammenhang mit der neu geplanten DS-GVO die Frage auf, ob man für oder gegen ein solches Modell der Selbstkontrolle europäisch argumentieren solle.

Viviane Reding und ihr Team entschieden sich dafür, den betrieblichen Datenschutzbeauftragten zum europäischen Grundmodell der Aufsicht zu machen, ergänzt allerdings um stärkere Kompetenzen der staatlichen Aufsicht.[3]

II. Das derzeitige System des BDSG

Öffentliche und nicht-öffentliche Stellen haben nach § 4f Abs. 1 Satz 1 BDSG die Pflicht, bei der Verarbeitung personenbezogener Daten einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen. Bei nicht-öffentlichen Stellen trifft die Pflicht den Unternehmensinhaber bzw. bei juristischen Personen deren Leitung. Die Bestellung bei nicht-öffentlichen Stellen hat binnen eines Monats zu erfolgen. Allerdings knüpft die Verpflichtung an einen bestimmten Mindestumfang der Datenverarbeitung an und ist ferner abhängig von der jeweiligen Verarbeitungsform. Das Unternehmen muss im Bereich der automatisierten Datenverarbeitung mehr als zehn Personen beschäftigen; bei manueller Datenverarbeitung beträgt die Zahl der damit Beschäftigten über 20 Personen. Kurzfristige Schwankungen haben keine Auswirkungen auf die Bestellungspflicht; abzustellen ist auf die normale Beschäftigungszahl. Zu den Beschäftigten zählen nicht nur die klassischen Arbeitnehmer, sondern auch Teilzeitkräfte und Leiharbeitnehmer, wenn deren Aufgabenbereich die Verarbeitung personenbezogener Daten umfasst.[4] Auch diejenigen, die lediglich Vorarbeiten oder Nacharbeiten der Datenverarbeitung verrichten, werden mitgezählt. Zum betrieblichen Datenschutzbeauftragten können sowohl interne Mitarbeiter als auch Externe bestellt werden. Die Bestellung eines internen Datenschutzbeauftragten erfolgt parallel zum Arbeitsverhältnis;[5] bei externen Datenschutzbeauftragten liegt meist ein Geschäftsbesorgungsverhältnis zu Grunde.[6] Die Bestellung kann befristet oder unbefristet erfolgen. Eine gesetzlich vorgeschriebene Befristungsmindestdauer gibt es nicht. Gefordert wird allerdings meistens eine Grundlaufzeit von vier bzw. fünf Jahren.

Die Bestellung knüpft an zwei besondere Qualifikationsmerkmale an, nämlich die Fachkunde und die Zuverlässigkeit (§ 4f

1 Vgl. *Klug*, RDV 2005, 163.
2 Vgl. *Gola/Schomerus*, BDSG, 10. Aufl. 2010, § 4f Rdnr. 4.
3 Vgl. hierzu auch *Hornung*, ZD 2012, 99; *Wybitul/Rauer*, ZD 2012, 160; *Schneider/Härting*, ZD 2012, 199; *Reding*, ZD 2012, 195; *Brink*, ZD 2012, 55; *Wybitul*, MMR 2011, 372; *Aßmus*, ZD 2011, 27; *Abel*, MMR 2002, 289.
4 *Gola/Schomerus* (o. Fußn. 2), § 4f Rdnr. 10a.
5 *Greiner*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 4. Aufl. 2012, § 4f BDSG Rdnr. 4.
6 *Gola/Schomerus* (o. Fußn. 2), § 4f Rdnr. 19.

Abs. 2 BDSG). Die Fachkunde setzt hinreichende rechtliche, organisatorische, technische und wirtschaftliche Kenntnisse, jeweils bezogen auf das Unternehmen und das dortige Ausmaß der Verarbeitung personenbezogener Daten, voraus. Bei der Zuverlässigkeit wird neben dem subjektiv tadellosen Umgang mit Datenschutzvorschriften vor allem objektiv geprüft, ob denkbare Interessenkollisionen zwischen der Aufgabe des Datenschutzbeauftragten und seiner sonstigen Stellung innerhalb der verantwortlichen Stelle[7] bestehen. Interessenkollisionen werden nach h.M. angenommen bei Unternehmensinhabern, Alleinaktionären, Vorständen, Geschäftsführern oder sonstigen mit der Leitung der verantwortlichen Stelle betrauten Personen.[8] Als inkompatibel gilt auch eine Tätigkeit als Leiter der EDV-Abteilung,[9] als Personalleiter[10] oder Betriebsleiter. Schwierig wird die Prüfung der Interessenkollision beim Leiter der Revisionsabteilung. Dieser wird nach Meinung einiger gerade als ideale Besetzung für den Datenschutzbeauftragten angesehen,[11] während andere einen Konflikt zwischen dem für die Revision vorrangigen Prinzip der Wirtschaftlichkeit und dem für den Datenschutzbeauftragten vorrangigen Prinzip der datenschutzkonformen Datenverarbeitung sehen.[12] Ebenso problematisch ist die Beschäftigung des Leiters der Rechtsabteilung als Datenschutzbeauftragten. Einige sehen hier keinen Interessenkonflikt, zumal in der Praxis häufig der Datenschutzbeauftragte mit der Compliance-Abteilung an die Rechtsabteilung angeschlossen sei.[13] Andere kritisieren, dass in der Rechtsabteilung unbestimmte Formulierungen in Gesetzen im Interesse der verantwortlichen Stelle ausgelegt werden müssten, während der Datenschutzbeauftragte einer Verkürzung der Rechte des Betroffenen entgegenwirken soll.[14] In der Zwischenzeit geklärt ist zumindest arbeitsgerichtlich eine Bestellung von Betriebs- und Personalräten als Datenschutzbeauftragte; das *BAG* sah in einer solchen Kombination kein Problem.[15]

Der Datenschutzbeauftragte ist unmittelbar der Geschäftsleitung zu unterstellen (§ 4 Abs. 3 Satz 1 BDSG). Er ist auf dem Gebiet des Datenschutzes weisungsfrei (§ 4 Abs. 3 Satz 2 BDSG), sodass lediglich eine rein organisatorische Dienstaufsicht zulässig ist. Er darf wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nach § 4 Abs. 3 Satz 3 BDSG nicht benachteiligt werden. Ihm obliegt eine grundsätzliche Verschwiegenheitspflicht (§ 4 Abs. 4 BDSG). Die verantwortliche Stelle hat ihn nach § 4 Abs. 5 Satz 1 BDSG durch angemessene Rahmenbedingungen, insbesondere die Bereitstellung von Hilfspersonal, Räumen, Einrichtungen und Geräten zu unterstützen und ihm die Teilnahme an Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen (§ 4 Abs. 3 Satz 7 BDSG). Abberufen werden kann der Datenschutzbeauftragte nur aus zwei Gründen. Zum einen gibt es die Möglichkeit eines Widerrufs nach § 4f Abs. 3 Satz 4 BDSG bei Vorliegen eines wichtigen Grundes. Dies wären etwa eine Verletzung von Hauptpflichten oder tiefgreifende Verletzungen von Nebenpflichten, dazu zählen aber auch grundsätzliche Änderungen der Unternehmensstruktur,[16] wie im Falle von Fusionen,[17] bei denen die bestellende Stelle in der neuen aufgeht. Ansonsten kommt eine Abberufung nur auf Verlangen der Behörde gem. § 35 Abs. 5 Satz 3 BDSG in Betracht, insbesondere dann, wenn dem Datenschutzbeauftragten die erforderliche Fachkunde oder Zuverlässigkeit fehlt. Im Übrigen besteht ein besonderer Kündigungsschutz nach Abberufung (§ 4f Abs. 3 Satz 6 BDSG), wonach eine Kündigung innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Bestellung unzulässig ist.

Dem Datenschutzbeauftragten obliegt die umfassende Kontrolle der Einhaltung des BDSG und anderer datenschutzrechtlicher Vorschriften (§ 4g Abs. 1 Satz 1 BDSG). Insbesondere hat er Verarbeitungsprogramme zu überwachen und seinerseits Personalschulungen vorzunehmen (§ 4g Abs. 1 Satz 4 BDSG). Er legt die Zulässigkeitsgrenzen von einer Verarbeitung personenbezogener Daten nach §§ 28, 29 BDSG fest und entwickelt geeignete Verfahren nach §§ 33–35 BDSG.

III. Die neue DS-GVO

Ende Januar 2012 veröffentlichte die *Europäische Kommission* einen ersten Entwurf für eine DS-GVO.[18] Diese wäre ohne weitere Umsetzung nach Verabschiedung sofort anzuwenden; Übergangsvorschriften sind nicht vorgesehen.

1. Die Bestellung

Der Datenschutzbeauftragte ist dort in Art. 35–37 geregelt. Art. 35 Abs. 1 DS-GVO beschreibt, dass die verantwortliche Stelle einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen hat („shall designate"). Die Bestellungspflicht gilt für öffentlich-rechtliche Stellen. Für nicht-öffentliche Stellen gilt sie nur in zwei Fällen: Zum einen soll die Bestellungspflicht dann zum Tragen kommen, wenn das Unternehmen dauerhaft mehr als 250 Personen beschäftigt. Dies ist die klassische Grenze für die Annahme eines kleinen und mittelständischen Unternehmens (KMU/SME).[19] Die Grenzwerte für die Bestellungen liegen damit allerdings deutlich höher als im deutschen Recht. Nach deutschem Recht mussten z.B. Kleinunternehmen, Anwaltskanzleien, Steuerberaterbüros u.a. damit rechnen, dass sie zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten verpflichtet sind. Auch sind die Kriterien für die Berechnung der Personenzahlen unterschiedlich. Wird nach dem deutschen Recht darauf abgestellt, wie viele Personen mit der Verarbeitung personenbezogener Daten zu tun haben, wird hier eine sehr starre und abstrakte Größe von 250 Mitarbeitern eingeführt, unabhängig von deren Befassung mit der Verarbeitung personenbezogener Daten. Theoretisch könnte es daher zu absurden Situationen kommen. Wenn z.B. ein Unternehmen die Personaldatenverarbeitung ausgelagert hat (etwa auf ein externes Personalbüro) und damit letztendlich kaum noch personenbezogene Daten verarbeitet, müsste trotzdem ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter bestellt werden. Problematisch dürfte auch der Zusatz „permanently" sein, da nun unklar ist, ob z.B. Auszubildende, Praktikanten, Teilzeitkräfte oder Leiharbeitnehmer mitgerechnet werden müssten.

Ebenso unklar ist der zweite Grund für die Bestellungspflicht, nämlich der Fall, dass die Hauptaktivitäten der verarbeitenden Stelle eine reguläre und systematische Überwachung von Betroffenen notwendig machen („the core activities ... require regular and systematic monitoring of data subjects"). Ob eine Überwachung in dieser Form vorliegt, kann das Unternehmen allerdings häufig erst beurteilen, wenn überhaupt eine Aufsicht, und sei es auch nur eine innerbetriebliche Aufsicht, entsprechende Prüfungen vorgenommen hat. Von dem Ergebnis der entsprechenden Prüfung hängt dann jedoch wieder die Bestellungspflicht ab. Insofern ist die Vorschrift leicht zirkulär. Es war auch unklar, wer überhaupt mit dieser Fallgruppe gemeint ist. Es

---

7 Vgl. *LAG Hamm* ZD 2012, 83; *LAG Niedersachsen*, U. v. 19.8.2010 – 7 Sa 1131/09.
8 *BAG* NZA 1994, 1049, 1052; *Gola/Schomerus* (o. Fußn. 2), § 4f Rdnr. 26.
9 Vgl. *Schaffland/Wiltfang*, BDSG, § 4f Rdnr. 34; *Bergmann/Möhrle/Herb*, BDSG, § 4f Rdnr. 108; *Simitis*, in: Simitis, BDSG, § 4f Rdnr. 100 m.w.Nw.
10 Einschränkend *Schaffland/Wiltfang* (o. Fußn. 9), § 4f Rdnr. 30.
11 *Däubler/Klebe/Wedde/Weichert*, BDSG, § 4f Rdnr. 31.
12 *Simitis* (o. Fußn. 9), § 4f Rdnr. 104.
13 *Scheja*, in: Taeger/Gabel, BDSG, § 4 Rdnr. 70.
14 *Simitis* (o. Fußn. 9), § 4f Rdnr. 103.
15 *BAG* ZD 2011, 82.
16 Nicht jedoch die Umstellung von internem zu externem Datenschutzbeauftragten; vgl. *BAG* ZD 2011, 82.
17 *BAG* MMR 2011, 275; differenzierend *ArbG Frankfurt/M.* RDV 2001, 290.
18 Die deutsche Fassung ist abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_de.pdf.
19 *Europäische Kommission*, Große Projekte für kleine und mittlere Unternehmen, Ausgabe 2011, S. 2.

wäre sehr zynisch, damit auf Unternehmen wie *Lidl* oder die *Deutsche Bahn* im Hinblick auf frühere Vorgänge der Mitarbeiterüberwachung abzustellen. Unternehmen, die hauptsächlich Betroffene überwachen, dürfte es in dieser Form kaum geben.

In allen anderen Fällen entfällt die Bestellungspflicht. Art. 35 Abs. 4 DS-GVO erwähnt ansonsten nur noch, dass freiwillig eine entsprechende Bestellung vorgenommen werden kann. Allerdings ist der Zusammenhang zur Notifizierung, wie ihn noch die EU-DS-RL kannte, entfallen. Insofern gibt es für die Unternehmen keinen ökonomischen Bonus mehr, der eine freiwillige Bestellung rechtfertigen könnte. Es ist daher damit zu rechnen, dass in Deutschland zahlreiche betriebliche Datenschutzbeauftragte arbeitslos werden. Das entsprechende Kontroll-Loch kann dann nur noch durch die Betriebsräte oder die Unternehmensleitung selbst aufgefangen werden.[20]

Eine weitere wichtige Änderung zeigt sich in Art. 35 Abs. 5 DS-GVO, wenn es um die Frage der notwendigen Fachkunde und Zuverlässigkeit des Datenschutzbeauftragten geht. Die Vorschrift spricht eigentlich nur noch davon, dass „professional qualities" für die Bestellung gebraucht werden. Darunter versteht die Vorschrift in ihrem Wortlaut „in particular" Expertenwissen im Datenschutzrecht sowie die Fähigkeit, die in der Verordnung vorgesehenen Aufgaben zu übernehmen. Die Frage der Zuverlässigkeit i.S.d. Unabhängigkeit und der fehlenden Interessenkollision wird nicht mehr in der Vorschrift angesprochen. Vielmehr findet sich die Unabhängigkeit ausdrücklich geregelt an anderer Stelle, nämlich in Art. 35 Abs. 6 sowie Art. 36 Abs. 2 DS-GVO. Danach soll die verarbeitende Stelle sicherstellen, dass es nicht zu einer Interessenkollision kommt. Damit entfällt aber die Möglichkeit, den Datenschutzbeauftragten bei fehlender Unabhängigkeit abzubestellen, etwa auf Seiten der Aufsichtsbehörde. Die Frage der Unabhängigkeit ist eine Frage der konkreten Arbeitsplatzgestaltung und nicht mehr eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Bestellung eines konkreten Datenschutzbeauftragten. Für viel Unruhe sorgt im Übrigen auch Art. 35 Abs. 7 DS-GVO, wonach die Bestellung für einen Zeitraum von mindestens zwei Jahren erfolgen soll. Diese ausdrückliche Regelung wird Unternehmen dazu provozieren, alle zwei Jahre über eine Abberufung des Datenschutzbeauftragten nachzudenken. Zwei Jahre dürften im Grunde jedoch das Minimum sein, damit ein Datenschutzbeauftragter sich in seine neue Stelle einarbeiten kann. Das bedeutet in Konsequenz, dass der Datenschutzbeauftragte in dem Moment, in dem er über die notwendigen Hintergrunderfahrungen für die Ausübung seiner Stelle verfügt, auch schon wieder abberufen werden könnte. Andererseits werden auch die Widerrufsgründe für die Bestellung im Verhältnis zum derzeitigen Recht deutlich verschärft. So heißt es in Art. 35 Abs. 5 Satz 1 DS-GVO, dass der Datenschutzbeauftragte nur dann entlassen werden könne, wenn er nicht mehr die Voraussetzungen für die Wahrnehmung seiner Aufgaben erfüllen kann. Diese Formulierung ist offen. Man kann sie so verstehen, dass damit die alte Rechtslage zum wichtigen Grund weiter besteht. Allerdings könnte man auch der Auffassung sein, dass Tatbestände wie die Fusion (s. oben) nicht zum Widerruf der Bestellung führt, da die Vorschrift allein auf die subjektiven Kriterien der Pflichterfüllung abstellt. Auffällig ist ferner, dass in der gesamten Vorschrift nicht mehr so deutlich zwischen der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten und dem Arbeitsvertrag unterschieden wird. Vielmehr erwähnt Art. 35 Abs. 8 DS-GVO, der Datenschutzbeauftragte „may be employed", sodass damit auch nahegelegt wird, dass schon im Akt der arbeitsvertraglichen Beauftragung auch die Bestellung des Datenschutzbeauftragten liegt. Es fehlen allerdings weitere Privilegien des Datenschutzbeauftragten. So erwähnen die Vorschriften nicht mehr das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 4f Abs. 4a BDSG sowie die Verschwiegenheitspflicht nach § 4f Abs. 4 BDSG. Auch wird nicht mehr von dem verlängerten Kündigungsschutz nach Widerruf der Bestellung für den Zeitraum von einem Jahr gesprochen, den das BDSG noch als wichtigen Schutzschild für den Datenschutzbeauftragten angesehen hat.

2. Die neuen Aufgaben des Datenschutzbeauftragten

Nach Art. 37 DS-GVO obliegen dem Datenschutzbeauftragten bestimmte Mindestpflichten („at least"). Zunächst wird die Pflicht erwähnt, die verarbeitende Stelle über die Verpflichtungen nach der Datenschutzverordnung zu informieren und sie diesbezüglich zu beraten. Erstaunlicherweise fehlt der Hinweis auf andere Datenschutzvorschriften außerhalb der DS-GVO, sodass der Rückschluss naheliegen könnte, der Datenschutzbeauftragte sei eigentlich nur für die Einhaltung der Verordnung selbst zuständig. Dann würde aber eine Schutzlücke entstehen, da neben dem Betriebsrat sonst keine Institution innerbetrieblich die Einhaltung von Vorschriften etwa zum Arbeitnehmerdatenschutz oder zum TK-Geheimnis überwachen würde.[21] Auch sind die Hinweise auf das „to inform and to advise" sehr vage gehalten. Vielleicht soll der Datenschutzbeauftragte nicht mehr selbst die Einhaltung kontrollieren, sondern nur noch Informationen und Beratung anbieten. Dazu passt, dass als dritte Pflicht noch neu die Dokumentationspflicht eingeführt wird, sodass der Datenschutzbeauftragte im Kern zum Datenschutzarchivar wird. In den weiteren Unterpunkten wird dann zentral auf den Begriff „Monitor" abgestellt. Dieser Begriff ist ebenfalls sehr unkonkret. Es stellt sich die Frage, ob damit die Überwachung und die Kontrolle oder nur das „Monitoring" gemeint ist. Bei den Monitoring-Pflichten wird auf die Implementierung der Datenschutzobliegenheiten der verantwortlichen Stelle zentral abgestellt (Art. 37 Abs. 1 lit. c DS-GVO). Das Leitbild ist, dass Datenschutz kein Thema (mehr) des Datenschutzbeauftragten ist, sondern der verarbeitenden Stelle selbst. Dabei kommt es auch zu einem spannenden Pflichtenwechsel. Bislang oblag die Schulungsverpflichtung nach dem BDSG dem Datenschutzbeauftragten. Dies entfällt. Art. 37 Abs. 1 lit. b DS-GVO spricht klar davon, dass die Verpflichtung zur Schulung im Datenschutz eine Verpflichtung der verarbeitenden Stelle ist und die Erfüllung dieser Verpflichtung vom Datenschutzbeauftragten nur noch überwacht (Monitor) wird. Gleiches gilt für die entsprechenden Audits, die nichts mehr mit dem Datenschutzbeauftragten, sondern mit der verarbeitenden Stelle zu tun haben; auch insofern obliegt dem Datenschutzbeauftragten nur eine allgemeine Kontrollpflicht. Eine weitere Änderung ergibt sich im Verhältnis zu § 4g Abs. 2 Satz 1 BDSG. Hiernach ist dem Datenschutzbeauftragten die „berühmt-berüchtigte" Verfahrensübersicht zur Verfügung zu stellen (was in der Praxis selten gelingt). Hier ist nun in der DS-GVO klargestellt, dass die Verpflichtung zur Erstellung der Verfahrensübersicht dem Datenschutzbeauftragten obliegt (Art. 37 Abs. 1 lit. d DS-GVO). Es entfällt im Übrigen auch die Verpflichtung, diese Verfahrensübersicht auf Antrag jedermann in geeigneter Weise verfügbar zu machen (so noch § 4g Abs. 2 Satz 2 BDSG).

Das BDSG kannte im Übrigen in § 4d Abs. 5 und 6 BDSG die sog. Vorabkontrolle durch den Beauftragten für den Datenschutz. Dabei geht es um Fälle, in denen automatisierte Verarbeitungen mit besonderen Risiken für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen verbunden sind. Ein solcher Fall sollte insbesondere gelten, wenn besondere Arten sensibler personenbezogener Daten verarbeitet werden oder die Datenverarbeitung dazu bestimmt ist, die Persönlichkeit des Betroffenen zu bewerten. Diese Pflicht

20 Vgl. *Dzida/Kröpelin*, NZA 2011, 1018, 1019.
21 Vgl. *Dzida/Kröpelin*, NZA 2011, 1018, 1019.

zur Vorabkontrolle ist in der DS-GVO nicht mehr vorgesehen, zumindest nicht im Zuständigkeitsbereich des betrieblichen Datenschutzbeauftragten. Damit fällt für den Datenschutzbeauftragten ein wichtiger Tätigkeitsbereich weg, der vor allem deshalb wichtig war, weil dadurch der Datenschutzbeauftragte bei sensiblen Fällen schon vor Planung der entsprechenden Maßnahme in die Prüfung einbezogen werden musste.

IV. Zusammenfassung

Das Gesamtbild ergibt damit, dass der betriebliche Datenschutzbeauftragte künftig zwar in Europas größeren Unternehmen zum Pflichtorgan wird. Sein Aufgabenbereich ist allerdings deutlich abgespeckt und abgeschwächt. Er muss anders als nach dem bisherigen deutschen Recht doch in weiten Teilen um seine Unabhängigkeit fürchten, insbesondere wegen der mit der Befristung drohenden Abberufungsgefahr. Auch sind seine Aufgaben deutlich geringer und beschränken sich auf die Dokumentation und das Monitoring von Datenschutzmaßnahmen der verarbeitenden Stelle. Ob man in Deutschland diese Veränderungen hinnehmen sollte, wird in den nächsten Monaten auf dem Prüfstand stehen. Natürlich wird man in Deutschland nicht erwarten können, dass das hiesige Leitbild des betrieblichen Datenschutzbeauftragten eins zu eins in Europa umgesetzt wird und zur Anwendung kommt. Dennoch muss auch Brüssel darauf achten, dass ein wichtiges Organ die Grundbedingungen für sein Tätigwerden behält, nämlich die Unabhängigkeit[22] und einen breiten Aufgabenkanon zur effizienten Sicherung der Persönlichkeitsrechte von Betroffenen. Selbst wenn einzelne deutsche Unternehmen nach Verabschiedung der DS-GVO ihre hohen Schutzstandards beibehalten, besteht sonst die Gefahr, dass viele europäische Unternehmen die innerbetriebliche Datenschutzkontrolle auf das gesetzliche Minimum zurückfahren.

Prof. Dr. Thomas Hoeren
ist Direktor der Zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) an der Universität Münster und Mitherausgeber der ZD.
Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Autor im Mai 2012 in Berlin gehalten hat.

22 Vgl. *EuGH* MMR 2010, 352 m. Anm. *Petri/Tinnefeld*.

NOOGIE C. KAUFMANN

Meldepflichten und Datenschutz-Folgenabschätzung

Kodifizierung neuer Pflichten in der EU-Datenschutz-Grundverordnung

Delegierte Rechtsakte
Pflichten des Auftragsverarbeiters
Datenverarbeitungsformen
Verfassungsrechtliche Bedenken
Finanzielle Folgen

■ Der von der EU-Kommission vorgelegte Entwurf für ein neues Datenschutzrecht enthält drei Themenkomplexe, die aus Unternehmenssicht von essenzieller Bedeutung sind: die Pflicht zur „Meldung von Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten an die Aufsichtsbehörde", die „Benachrichtigung der betroffenen Person" und das Verdikt der Vornahme vorheriger Analysen von Verarbeitungsvorgängen, wenn diese „konkrete Risiken für die Rechte und Freiheiten betroffener Personen bergen" („Datenschutz-Folgenabschätzung"). Für Deutschland sind die generellen Verpflichtungen keine unbekannten Parameter. Zu beachten sind jedoch die Feinheiten, die durchaus zu neuen Herausforderungen und deren Nichtbeachtung zu erheblichen finanziellen Folgen führen (könnten).

■ The draft presented by the EU Commission for a new data protection law contains three major topics, which are essential from a corporate point of view: the obligation to "report infringements of the protection of personal data to the supervisory authority", "informing the affected person" and the verdict of undertaking prior analyses of preparation procedures if these "contain concrete risks to the rights and freedom of the affected person" ("assessment of consequences of data protection"). For Germany, the general obligations are not unknown parameters. However, the details must be considered, which (could) lead to new challenges and the non-compliance of which (could) lead to substantial financial consequences.

I. Verordnung mit delegierten Rechtsakten und Öffnungsklauseln

Mit nicht weniger als 91 Artikeln soll der Entwurf einer „Datenschutz-Grundverordnung"[1] (im Folgenden: DS-GVO) für eine Vereinheitlichung des Datenschutzes in der EU sorgen und damit „einen Binnenmarkt ohne Grenzen" schaffen.[2] Um selbiges Ziel zu erreichen, hat die *Kommission* das Instrumentarium der Verordnung ausgewählt,[3] welches ohne Zwischenschritte Gesetz in jedem Mitgliedstaat werden würde.[4] Die DS-GVO ist jedoch nicht als reine Verordnung ausgestaltet, sondern enthält einerseits zahlreiche Befugnisse zum Erlass delegierter Rechtsakte, die die *Kommission* zur näheren Ausgestaltung einzelner Verarbeitungstatbestände und Regelungen ermächtigt,[5] und andererseits Öffnungsklauseln, mittels derer die Mitgliedstaaten in bestimmten Teilbereichen eigene Regelungen erlassen können.[6]

Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, dass die DS-GVO auch für die o.g. drei Komplexe die Ermächtigung für die *Kommission* zum Erlass delegierter Rechtsakte enthält. Soweit die *Kommission* davon Gebrauch macht, enthält Art. 86 DS-GVO die Vorschriften zur Verfahrensbeteiligung. So sieht Art. 86 Abs. 3 DS-GVO die Beteiligung des *Europäischen Parlaments und des Rates* vor, wonach der *Kommission* die Befugnis zum Erlass dele-

1 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (DS-GVO), KOM (2012) 11/4.
2 *Reding*, ZD 2012, 195, 196.
3 Vgl. zu den Gegenargumenten einer VO u.a. *Wagner*, DuD 2012, 303.
4 *Gola*, RDV 2012, 60.
5 *Gola*, RDV 2012, 60.
6 Vgl. zu den einzelnen Öffnungsklauseln außerhalb und innerhalb der DS-GVO *Hornung*, ZD 2012, 99, 100.