

Beschluss der Konferenz der Diözesandatenschutzbeauftragten der Katholischen Kirche Deutschland

(Sitzung vom 19./20.10.2016 in Magdeburg)

Ausführungen zum Betrieblichen Datenschutzbeauftragten nach § 20 KDO (2014)

Die Konferenz der Diözesandatenschutzbeauftragten stimmt den nachfolgenden Ausführungen zu §20 KDO zu.

Betrieblicher Datenschutzbeauftragter gem. § 20 KDO

Einführung

Die Aufgabe des betrieblichen Datenschutzbeauftragten ist mit der Novellierung der KDO im Jahr 2006 unter dem § 18a eingeführt worden.

Kirchliche Stellen *konnten* nach dieser Vorschrift einen Datenschutzbeauftragten bestellen.

Mit der Neufassung der KDO im Jahr 2014 finden sich die Vorschriften über den betrieblichen Datenschutzbeauftragten in den §§ 20f. Die Bestellung ist nunmehr differenzierter geregelt. Zwar entspricht § 20 Abs. 1 noch immer dem Wortlaut des alten § 18a, jedoch wurde diese Regelung durch den Abs. 2 ergänzt, nachdem ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter bestellt werden *soll*, wenn mit der automatisierten Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung mehr als zehn Personen befasst sind.

1. Ermessensausübung

Die Rechtsbegriffe „kann“, „sollen“ und „müssen“ regeln das Ermessen der verpflichteten Stelle. Während der Begriff „kann“ die jeweils verantwortliche Stelle lediglich zur Ausübung pflichtgemäßen Ermessens verpflichtet, räumt der Begriff „muss“ kein Ermessen ein.¹

Bei einer „Soll“-Vorschrift ist die verantwortliche Stelle im Regelfall zum Tätigwerden strikt verpflichtet. Wenn sie es nicht macht, muss sie nachweisen, dass ein atypischer Fall vorliegt. Es müssen konkrete, nicht von der zuständigen Stelle selbst zu vertretende Gründe für das Abweichen von der Norm sprechen.² Um von einem atypischen Fall sprechen zu können, muss die Abweichung so bedeutend sein, dass das Gewicht der für die Regelentscheidung maßgeblichen Gründe beseitigt wird.³ Da jeder Ortsbischof die KDO in seinem Bistum als eigenes Recht übernehmen muss, ist nicht davon auszugehen, dass eine Rechtsvorschrift eingeführt wird, deren Umsetzung den verpflichteten Stellen im Bistum nicht möglich ist. Aus

¹ Bader/Ronellenfisch Kommentar zum VwVfG 2010, § 40 Rn. 35

² Kopp/Ramsauer Kommentar zum VwVfG 16. Auflage 2015, § 40 Rn. 63

³ Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs Kommentar zum VwVfG 8. Auflage 2014 § 40 Rn. 27

diesem Grunde wird die Regelung des § 20 Abs. 2 trotz der Formulierung „soll“ als eine „Muss-Vorschrift“ betrachtet werden müssen.

2. personenbezogene Daten

Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmbaren oder bestimmten natürlichen Person (§2 Abs. 1 KDO)

3. Automatisiertes Verfahren

Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten unter Einsatz einer Datenverarbeitungsanlage. (§ 2 Abs. 2 KDO).

4. Anzahl der Personen

Die Formulierung „Personen“ ist wörtlich zu verstehen. Auf das der Datenerhebung, -verarbeitung oder –nutzung zugrundeliegende Rechtsverhältnis kommt es deshalb nicht an. Deshalb ist eine Arbeitnehmereigenschaft im Sinne einer arbeitsvertraglichen Bindung an die verantwortliche Stelle nicht erforderlich. Leiharbeiter, freie Mitarbeiter, Praktikanten und Auszubildende sind deshalb in die Anzahl mit einzubeziehen. So auch die Durchführungsverordnung zur KDO zu § 4 KDO: Zum Kreis der bei der Datenverarbeitung tätigen Personen ... gehören die in den Stellen gem. § 1 Abs. 2 KDO gegen Entgelt beschäftigten und ehrenamtlich tätigen Personen.⁴

Jede Person ist unabhängig vom Umfang ihrer Tätigkeit als eine Person zu zählen. Eine unterschiedliche Berechnung nach dem Umfang des Beschäftigungsverhältnisses, wie sie das Kündigungsschutzgesetz kennt, ist nicht vorzunehmen. Ebenso ist unerheblich, welchen Anteil der Arbeitszeit die Person mit der Datenverarbeitung verbringt.

Entgegen der Parallelvorschrift des BDSG sieht die KDO keine „regelmäßige“ Beschäftigung von mehr als zehn Personen vor, sondern formuliert absolut (sind ... befasst). Gleichwohl ist auch hier davon auszugehen, dass temporäre Schwankungen nicht dazu führen, dass die Verpflichtung einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten zu bestellen entfällt oder ein bereits bestellter betrieblicher Datenschutzbeauftragter seine Verpflichtung verliert, weil die Zahl der Personen vorübergehend unter elf sinkt.⁵

5. Zuordnung

Kirchliche Stellen im Sinne des § 1 Abs. 2 KDO sind solche, die eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen. Rechtlich unselbständige Einrichtungen benötigen keinen eigenen betrieblichen Datenschutzbeauftragten, sondern gehören in den Zuständigkeitsbereich des betrieblichen Datenschutzbeauftragten der rechtlich selbständigen Einheit. In organisatorischer Hinsicht erscheint es sinnvoll, dem zuständigen Datenschutzbeauftragten in einem solchen Fall „Hilfskräfte“ für die einzelnen unselbständigen Einheiten an die Seite zu stellen. Für diese „Hilfskräfte“ gelten dann aber nicht die Regelungen für den betrieblichen Datenschutzbeauftragten. Insbesondere genießen diese nicht den Kündigungsschutz des § 20 Abs. 6 KDO.

Soweit Kirchlichen Stellen im Sinne des § 1 Abs. 2 KDO mehrere selbständige Einheiten angehören, ist jede von ihnen verpflichtet, einen eigenen betrieblichen Datenschutzbeauftragten zu bestellen. (So macht es einen Unterschied, ob die Schulen eines Bistums einer selbständigen Stiftung angehören, dann ist für diese Stiftung ein betrieblicher

⁴ KDO-DVO i.d.F. des Beschlusses der Rechtskommission vom 19.03.2015, II. Zu § 4 KDO

⁵ Zum BDSG Simitis § 4f Rn. 19

Datenschutzbeauftragter zu bestellen, oder ob die Schulen unselbständige Einrichtungen sind, die von einer Abteilung des betreffenden Ordinariates/Generalvikariates verwaltet werden. Für letztere ist der betriebliche Datenschutzbeauftragte dieses Generalvikariates verantwortlich.⁶⁾

6. Wahlfreiheit

In § 20 Abs. 3 S. 2 räumt die KDO der verantwortlichen Stelle die Wahlmöglichkeit zwischen einem internen und einem externen betrieblichen Datenschutzbeauftragten ein. Nach der Ordnung sind beide Möglichkeiten gleichrangig, so dass es allein eine Entscheidung der verantwortlichen Stelle ist, für welche Möglichkeit sie sich entscheidet.

Hat sich die verantwortliche Stelle jedoch eine der beiden Möglichkeiten entschieden, so kann sie diese Entscheidung bis zum Ablauf der Frist für die die Entscheidung getroffen worden ist nicht widerrufen. Die Zulassung einer jederzeitigen Widerrufsmöglichkeit aufgrund einer organisatorischen Neuentscheidung und die Anerkennung einer freien Strukturrechtsentscheidung als wichtiger Grund würden dazu führen, dass der besondere Abberufungsschutz zur Disposition der verantwortlichen Stelle führt.⁷

7. Natürliche oder juristische Person

Die KDO legt mit dieser Formulierung ebenso wie die Parallelvorschrift des BDSG nahe, dass es sich um eine natürliche Person handeln müsse. Tatsächlich wird dies auch vertreten.⁸ Eine ausdrückliche Festlegung durch die KDO auf natürliche Personen besteht aber nicht, deshalb ist der Gegenauffassung der Vorrang einzuräumen, die auch eine Übertragung dieser Aufgabe an juristische Personen für möglich hält⁹. Insbesondere greift die Argumentation nicht, dass nur eine natürliche Person über die geforderte Fachkunde und Zuverlässigkeit verfügen können¹⁰. Gegenüber der verantwortlichen Stelle ist die juristische Person Ansprechpartner, die aus ihrem Kreis einen kompetenten Bearbeiter auswählt. Im Rahmen zunehmender Komplexität der datenschutzrechtlichen Fragestellungen dürfte das kein Negativkriterium sein. Unabhängig davon, ob der betriebliche Datenschutzbeauftragte ein interner oder externer ist, handelt es sich bei dieser Person nicht um einen „Dritten“ i. S. von § 2 Abs. 9 S. 2 KDO.

8. Fachkunde und Zuverlässigkeit

Die KDO fordert Fachkunde und Zuverlässigkeit für die Bestellung zum betrieblichen Datenschutzbeauftragten. Insoweit sind rechtliche, organisatorische und technische Kenntnisse gefordert, ohne dass es ein bestimmtes Anforderungsprofil gibt¹¹, oder ein umfassendes Allround-Wissen gefordert werden könnte¹². Die geforderte Fachkunde darf insofern nicht mit der Forderung nach ausgeprägtem Spezialwissen in rechtlichem, organisatorischem oder technischem Bereich gleichgesetzt werden.¹³ Fachkunde bedeutet zunächst, dass der Datenschutzbeauftragte die gesetzlichen Regelungen kennt und sicher

⁶ Zur Parallelvorschrift des BDSG Simitis § 4 f Rn. 39

⁷ BAG vom 23.03.2011 – 10 AZR 562/09; NZA 2011, 1036, 1037

⁸ Däubler in DKWW § 4f Rn. 22; Schierbaum AiB 2001, 514; ders. PersR 2011, 454, 455

⁹ Simitis, § 4f Rn. 48

¹⁰ Bergmann/Möhrle/Herb § 4f Rn. 93

¹¹ Simitis, § 4f Rn. 84

¹² Däubler DKWW § 4f Rn. 28

¹³ Simitis § 4f Rn. 93; zu weitgehend insofern der sog. „Ulmer Beschluss“ LG Ulm, 5 T 152/90-01 wenn gefordert wird, dass es sich bei dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten um einen „Computerexperten“ handeln muss.

anwenden kann.¹⁴ Richtungsweisend für die Anforderungen an die Fachkunde sind die vom Düsseldorfer Kreis am 24./25. November 2010 beschlossenen Mindestanforderungen.¹⁵

Der Begriff der Zuverlässigkeit umfasst zum einen sorgfältige und gründliche Arbeitsweise, Belastbarkeit, Lernfähigkeit, Loyalität und Gewissenhaftigkeit. Zum anderen darf es keine Interessenskonflikte der Aufgabe des betrieblichen Datenschutzbeauftragten mit anderen hauptamtlichen Aufgaben des Datenschutzbeauftragten geben.¹⁶

Im Rahmen der Zuverlässigkeit ist insbesondere zu prüfen, ob Interessenkollisionen der Bestellung zum betrieblichen Datenschutzbeauftragten entgegenstehen können. Hierbei setzt eine verlässliche Kontrolle eine klare Trennung zwischen dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten und der verantwortlichen Stelle voraus.¹⁷

8.1.

Fraglich im kirchlichen Bereich erscheint es, ob Mitglieder eines Ordinariatsrates als betriebliche Datenschutzbeauftragte bestellt werden können oder ob dem die Nähe zur Leitung der verantwortlichen Stelle entgegensteht.

Für den staatlichen Bereich wird dies für leitende Mitarbeiter in der Literatur uneinheitlich beantwortet.

Die bloße Zugehörigkeit zu dieser Gruppe allein soll noch keinen Hinderungsgrund darstellen.¹⁸ Vielmehr soll es auf die weitere Tätigkeit ankommen und darauf, ob diese mit der Verarbeitung personenbezogener Daten zusammenhängen oder darauf Einfluss haben.¹⁹ Dies wird in Ordinariatsräten regelmäßig der Fall sein, da in diesen Gremien „die Fäden zusammenlaufen“, in dem Sinne, dass dort Personal- Rechts- Finanzfragen besprochen werden.

Im Falle des Ordinariatsrates ist darüber hinaus zu beachten, dass mit der Mitgliedschaft in diesem Gremium regelmäßig die als Titel geführte Bezeichnung „Ordinariatsrat“ / „Ordinariatsrätin“ von den Mitgliedern geführt wird. Dieser Titel genießt im kirchlichen Wirkungskreis Anerkennung und zeichnet den Träger aus. Gleichwohl gibt es regelmäßig keine Titelordnung, die einen Anspruch auf diesen Titel gewährt. Auch die bloße Mitgliedschaft in dem Gremium führt nicht in allen Bistümern dazu, dass dessen Mitglieder den persönlichen Titel „Ordinariatsrat“ / Ordinariatsrätin“ führen dürfen. Dieser persönliche Titel wird durch den jeweiligen Bischof verliehen oder entzogen. Wenn mit dem persönlichen Titel jedoch ein Status nach außen verbunden ist und der Titelträger sich dessen bewusst ist, dass ihm der Titel jederzeit entzogen werden kann, wird er kaum geneigt sein eine kritische Distanz gegenüber der Bistumsleitung an den Tag zu legen, die ggf. im Sinne des Datenschutzes erforderlich ist. Eine Beauftragung eines Mitgliedes des Ordinariatsrates ist mithin abzulehnen.

¹⁴ Bundesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Info 4 „Die Datenschutzbeauftragten in Behörden und Betrieb“, S. 12

¹⁵ Abgedruckt u. a. in Bundesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Info 4 „Die Datenschutzbeauftragten in Behörden und Betrieb“, Anhang 9

¹⁶ Der betriebliche Beauftragte für den Datenschutz des Landes Baden- Württemberg Handreichung für die Bestellung zum betrieblichen Datenschutzbeauftragten - Stand: 17. Juni 2014 -, S. 5

¹⁷ BAG 22.03.1994 – 1 ABR 51/93, DB 1994, 1678

¹⁸ Bergmann/Möhrle/Herb § 4f Rn. 109; Simitis § 4f Rn. 99; a. A. „höchst fraglich“ Tinnefeld CR 1991, 29, 32; „ungeeignet“ Däubler DKWW § 4f Rn. 31

¹⁹ Simitis § 4f Rn. 99

8.2.

Die Bestellung eines Justitiars zum Datenschutzbeauftragten ist für das staatliche Recht umstritten. Das tragende Argument der Gegner ist dabei die Behauptung, dass das Datenschutzrecht von zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen geprägt ist und so einen weiten Auslegungsspielraum eröffnet, der von Justitiaren regelmäßig im Interesse der verantwortlichen Stelle und „eines reibungslosen Arbeitsablaufs“²⁰ interpretiert werden²¹. Eine derartige Unterstellung erscheint nicht schlüssig, insbesondere ist nicht nachvollziehbar, warum diese nicht für andere Mitarbeiter in gleicher Weise gelten sollte. Ein Justitiar, wie auch ein beratender Rechtsanwalt ist ständig damit konfrontiert, etwaige Interessenkollisionen aufzulösen und wird seinem Arbeitgeber bzw. seinem Mandanten regelmäßig eine rechtskonforme Lösung vorschlagen. Eine Interessenwahrung für die verantwortliche Stelle steht regelmäßig überhaupt nicht in Widerspruch zur Gewährleistung des gesetzlichen Standards im Datenschutz.²² Problematisch werden kann die Doppelfunktion allerdings dann, wenn der Datenschutzbeauftragte und Justitiar in Gerichtsprozessen gegen Mitarbeiter oder in Disziplinarverfahren tätig wird.²³

8.3.

Die für die EDV-Abteilung verantwortliche Person, sowie der/die Leiter/in des Meldewesens kann nicht zum nebenberuflichen betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestellt werden.²⁴ Dies ist nachvollziehbar, da die betreffenden Personen sich selbst kontrollieren müssten. Dies ließe sich mit organisatorischen Maßnahmen nicht ausgleichen und führte dazu, dass der Leiter der EDV bzw. des Meldewesens Ansprüchen ausgesetzt wäre, die einander widersprechen.

8.4.

Leiter und Mitglieder der Personalabteilungen können nach h. M. in Literatur und den Hinweisen der Landesdatenschutzbeauftragten sowie der Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit nicht zum betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestellt werden.²⁵

8.5

Leiter der Revision können zu betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestellt werden. Die gegenteilige Ansicht, die eine gleichzeitige Bestellung des Mitarbeiters der Revision als betrieblicher Datenschutzbeauftragter mit dem Argument ablehnt, der Revisor sei in erster Linie der Wirtschaftlichkeit verpflichtet²⁶, ist abzulehnen. Als Kontrolleure sind Mitarbeiter der Revision ihrem Revisionsauftrag verpflichtet, der sich keinesfalls ausschließlich in wirtschaftlichen Themenstellungen erschöpfen muss, sondern darüber hinaus auch die Prüfung betrieblicher und gesetzlicher Regelwerke umfassen kann.²⁷

²⁰ Däubler in DKWW § 4f Rn. 31

²¹ Simitis § 4f Rn. 103

²² Taeger/Gabel Kommentar zum BDSG § 4f Rn 74; Bergmann/Möhrle/Herb § 4f Rn. 103

²³ Die BfDI, Info 4 „Die Datenschutzbeauftragten in Behörden und Betrieb“ S. 15

²⁴ Für den Leiter der EDV-Abteilung Simitis § 4f Rn. 100; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht BDSG §4f Rn. 5; Däubler DKWW § 4f Rn. 31; BfDI, Fn. 19, S. 14

²⁵ Statt vieler: Simitis § 4f Rn. 102 m.w.N;

https://www.bfdi.bund.de/bfdi_wiki/index.php/Interessenkonflikte_nebenamtlicher_Datenschutzbeauftragter

, zuletzt eingesehen am 10.04.2016

²⁶ Simitis § 4f Rn. 104

²⁷ So im Ergebnis auch Däubler, DKWW § 4f, Rn. 31; Reinhard NZA 2013, 1049 ff.

8.6.

Mitglieder der Mitarbeitervertretung können als betriebliche Datenschutzbeauftragte bestellt werden. Dies ergibt sich bereits aus den gleichgerichteten Interessen des Datenschutzbeauftragten und des MAV-Mitgliedes, die u. a. in der konsequenten Umsetzung des Datenschutzgesetzes bestehen.²⁸ Wollte man Mitarbeitervertreter generell als ungeeignet ansehen, würde dies auf eine Benachteiligung gegenüber anderen Arbeitnehmern hinauslaufen.²⁹ Seit einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes im Jahr 2011 ist diese Frage für Betriebsratsmitglieder entschieden.³⁰

9. Bestellung einer Person für eine andere verantwortliche Stelle desselben Bistums

Wenn jede selbständige juristische Person einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten zu benennen hat, soweit die weiteren Voraussetzungen gegeben sind (s.o. 5.), kann eine Person, die bei einer verantwortlichen Stelle beschäftigt ist, und dort wegen der von ihr wahrgenommenen Haupt-Tätigkeit für die Übertragung der Funktion des betrieblichen Datenschutzbeauftragten nicht geeignet ist dennoch betriebliche Datenschutzbeauftragte der anderen verantwortlichen Stelle sein. Z.B. kann der IT-Verantwortliche des Ordinariates zum betrieblichen Datenschutzbeauftragten des Caritasverbandes des Bistums bestellt werden. Ebenso könnte der Personalleiter des Caritasverbandes zum betrieblichen Datenschutzbeauftragten im Ordinariat bestellt werden. Der Interessenkonflikt, der diese Personen in der eigenen Stelle hindert die Funktion als betrieblicher Datenschutzbeauftragter zu übernehmen ist in der selbständigen Einrichtung, der er nicht angehört, nicht gegeben. Dies ergibt sich auch aus der Regelung des § 20 Abs. 3 a. E.

10. Bestellung

Die Bestellung hat gem. § 20 Abs. 1 schriftlich zu erfolgen. Dies gilt sowohl für eine Bestellung nach § 20 Abs. 1 als auch für eine solche nach § 20 Abs. 2, auch wenn dort das Schriftformerfordernis nicht ausdrücklich noch einmal wiederholt wird.

Die Schriftform ist konstitutiv. Ohne eine schriftliche Bestellung ist diese unwirksam.³¹

Eine Bestellung gegen den Willen des Arbeitnehmers ist nicht möglich, da sowohl die Bestellung als auch die Abberufung als betrieblicher Datenschutzbeauftragter eine Änderung des Arbeitsvertrages bedeuten, die vom Arbeitnehmer angenommen werden muss.³² Aus diesem Grunde ist der h. M. zu folgen, nach der eine Bestellsurkunde vom betrieblichen Datenschutzbeauftragten mit zu unterschreiben ist.³³

11. Ende der Bestellung

Die Verweisung in § 20 Abs. 8 auf § 16 ist unglücklich. Einigkeit besteht wohl darüber, dass zur Berufung für den betrieblichen Datenschutzbeauftragten die Befähigung zum Richteramt nicht vorliegen muss.

²⁸ Für den Betriebsrat: Bommer ZD, 2015, 123; Däubler Gläserne Belegschaften? Rn. 596; eher ablehnend BfDI, Info 4 „Die Datenschutzbeauftragten in Behörden und Betrieb“ S. 16

²⁹ Däubler DKWW § 4f Rn. 32; a. A. Bergmann/Möhrle/Herb § 4f Rn. 105

³⁰ BAG v. 23.03.2011 – 10 AZR 562/09; NZA 2011,1036

³¹ Simitis § 4f, Rn. 59; Däubler § 4f Rn. 25

³² BAG vom 13.03.2007 -9 AZR 612/05, Der Betrieb 2007, 1198, 1200

³³ Bergmann/Möhrle/Herb § 4f Rn. 55f.; Simitis § 4f Rn. 57; Däubler in DKWW § 4f Rn. 25; In der Info 4 der BfDI ist dies in dem Muster der Anlage 9 nicht berücksichtigt, jedoch auf der Internetseite der BfDI

http://www.bfdi.bund.de/DE/Infothek/Gesetze_Rechtsprechung/RechtsprechungDS/BDSG_Allgemein/Artikel/130307_BAG_BestellungDatenschutzbeauftragter.html?lang=en (zuletzt eingesehen 11.04.2016)

ausdrücklich aufgeführt.

Die in § 20 Abs. 8 angesprochenen „übrigen Voraussetzungen“ betreffen dann die Befristung der Bestellung sowie den Widerruf der Bestellung.

11.1. Befristung

Die Bestellung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten kann gem. § 16 Abs. 1 auf die § 20 Abs. 8 verweist nur befristet erfolgen. Dabei ist eine Befristung zwischen vier und acht Jahren möglich. Wenn in der Berufungsurkunde keine Frist festgeschrieben ist, ist im Sinne der Wahrung der Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten von der längsten Frist auszugehen.

11.2. Abberufung

Eine Abberufung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten ist gem. § 20 Abs. 8 nur in den Fällen des § 16 Abs. 3 möglich.

11.3. Amtsniederlegung

Darüber hinaus endet die Beauftragung, wenn der betriebliche Datenschutzbeauftragte sein Amt niederlegt. Dies ergibt sich aus der Verweisung von § 20 Abs. 8 auf § 16 Abs. 3 a. E. Statt des Bischofs hat die verantwortliche Stelle, die den betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestellt hat die Bestellung zurück zu nehmen, wenn der betriebliche Datenschutzbeauftragte dies beantragt. Eine „Niederlegung“ des Amtes ist als ein solcher Antrag zu verstehen.

Magdeburg, 19. Oktober 2016