

Neue Unabhängigkeit für den betrieblichen Datenschutzbeauftragten?

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

1. Einleitung: Das Konzept

Der betriebliche Datenschutzbeauftragte dient der Selbstkontrolle der verantwortlichen Stelle. Er hat nach dem gesetzlichen Modell unmittelbaren Zugang zu allen innerbetrieblichen Prozessen und soll „Unregelmäßigkeiten“ durch Hinweise, Ermahnungen, Rügen und notfalls durch die Einschaltung der Aufsichtsbehörde beseitigen. Ein externer „Überwachungsapparat“ wie eine Behörde hätte Schwierigkeiten, sich in vergleichbarer Weise die nötigen Informationen zu verschaffen; einer solchen Instanz gegenüber würde sich das Unternehmen häufig wie eine geschlossene Einheit darstellen, die sich schon des eigenen Ansehens wegen so wenig wie möglich in die Karten schauen lässt. Insbesondere die informellen Informationskanäle wären einem Externen mehr oder weniger verschlossen.

Der betriebliche Datenschutzbeauftragte kann seine beschriebene Funktion aber nur erfüllen, wenn die arbeitnehmertypische Abhängigkeit nicht auf seine Amtsführung durchschlägt. Handelt es sich um einen von außen kommenden Beauftragten, kann das Interesse an einer dauerhaften (und einträglichen) Geschäftsbeziehung mögliche Rügen höchst milde ausfallen lassen. Das Konzept hat als solches daher nur Sinn, wenn der Datenschutzbeauftragte Unabhängigkeit genießt und auch bei „unbequemem“ Verhalten keinerlei Nachteile gewärtigen muss.¹ Dem entspricht die Aussage in Art. 18 Abs. 2 zweiter Spiegelstrich der EG-Datenschutzrichtlinie, wonach dann, wenn es anstelle einer universellen Meldepflicht einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten gibt, diesem die „unabhängige Überwachung“ in Bezug auf die Einhaltung des Datenschutzrechts anvertraut sein muss. Ausdrücklich sagt auch Erwägungsgrund 49 der Richtlinie, ein solcher Beauftragter müsse seine Aufgaben „in vollständiger Unabhängigkeit“ ausüben können, wobei es keine Rolle spiele, ob er ein Angestellter der verantwortlichen Stelle oder ein Externer sei.

¹ Zu den praktischen Schwierigkeiten s. auch Scholl DANA 2005, 15.

Wie viel Kontrollpotenzial die Institution des betrieblichen Datenschutzbeauftragten in der Praxis entfaltet, ist schwer zu sagen. Persönliche (und damit nicht repräsentative) Begegnungen auf Tagungen vermitteln den Eindruck einer loyalen Aufgabenerfüllung, doch handelt es sich dabei möglicherweise eher um Ausnahmen als um die Regel: Wer sich in seinem Unternehmen auf das Allernötigste beschränkt, wird dies wohl kaum nach außen tragen, ganz zu schweigen von all jenen, die nicht einmal Tagungen und Kongresse besuchen, weil dies außerhalb ihres Interesses oder ihrer Möglichkeiten liegt. Bemerkenswert ist immerhin, dass die Datenskandale, die seit Frühjahr 2008 die Öffentlichkeit beschäftigen,² nicht von betrieblichen Datenschutzbeauftragten aufgedeckt wurden. Lediglich im Fall Lidl lag dies daran, dass in keiner der 35 Vertriebsgesellschaften ein solches Kontrollorgan überhaupt bestellt worden war.³ Weiter ist nicht bekannt geworden, dass etwa bei Bahn und Telekom die Datenschutzbeauftragten auch nur Bedenken angemeldet hätten. Dies verweist darauf, dass reale Unabhängigkeit nicht als selbstverständlich vorausgesetzt werden darf, sondern mit rechtlichen Mitteln hergestellt und abgesichert werden muss. Stereotypen wie „alle betrieblichen Datenschutzbeauftragten sind Papiertiger oder lahme Enten“ sind gleichwohl unangebracht und einer sachlichen Diskussion nicht förderlich.⁴

2. Die traditionelle Ausstattung mit Rechten

- Nach § 4f Abs. 3 Satz 2 BDSG ist der Datenschutzbeauftragte „bei Anwendung seiner Fachkunde auf dem Gebiet des Datenschutzes“ weisungsfrei. Jede inhaltliche Beeinflussung seiner Tätigkeit insbesondere durch die verantwortliche Stelle ist daher verboten.⁵ Dies wird man auch auf die Frage erstrecken müssen, welche inhaltlichen Schwerpunkte die Kontrolltätigkeit haben soll.

² Überblick bei Däubler, Gläserne Belegschaften? Das Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2009, Rn. 2a ff.

³ Mitgeteilt in RDV 2008, 217 f. Jede Gesellschaft erhielt dafür ein Bußgeld von 10.000 Euro.

⁴ Vergleichbar unaufgearbeitet ist die Tatsache, dass Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten großer Banken niemals Alarm schlugen, als die Geschäftsleitungen unververtretbare (Spekulations-)Risiken eingingen. Juniorpartner befürchteten vermutlich, ihre Stellung durch solches Tun noch weiter zu schwächen oder sind von den entscheidenden Informationen von vorne herein abgeschnitten.

⁵ S. statt aller Wohlgemuth, Datenschutzrecht. Eine Einführung mit praktischen Fällen, 2. Aufl., Neuwied u. a. 1993, Rn. 371.

- Nach § 4f Abs. 5 Satz 1 BDSG trifft den Arbeitgeber die Pflicht, den Datenschutzbeauftragten bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen. Dieser ist daher als Interner insbesondere von sonstigen Arbeitsaufgaben so weit zu entlasten, dass er seine gesetzlichen Aufgaben innerhalb der Arbeitszeit wahrnehmen kann. Ähnlich wie dies gegenüber einem Betriebsrat in § 40 Abs. 2 BetrVG vorgesehen ist, muss der Arbeitgeber weiter „Hilfspersonal“ sowie „Räume, Einrichtungen, Geräte und Mittel“ zur Verfügung stellen, soweit dies für die Aufgabenerfüllung erforderlich ist. In Großunternehmen muss darüber hinaus in jedem Betrieb ein Ansprechpartner installiert werden, an den sich die Beschäftigten oder andere Personen mit Beschwerden und Bitten auf Auskunft wenden können, die dann bei Bedarf an den betrieblichen Datenschutzbeauftragten weitergeleitet werden. Weiter umfasst die Vorschrift ein Recht auf angemessene Ausstattung mit Fachliteratur, da angesichts der Schnelligkeit der Entwicklung sonst weder die Kontroll- noch auch die Weiterbildungsfunktion des Datenschutzbeauftragten erfüllt werden könnte.
- Nach § 4f Abs. 3 Satz 1 BDSG ist der Datenschutzbeauftragte dem Firmeninhaber bzw. dem Vorstand oder der Geschäftsführung direkt unterstellt. Er besitzt auf diese Weise unmittelbaren Zugang zur Leitungsebene, was den Sinn hat, Initiativen nicht auf dem Weg nach oben „versickern“ zu lassen.⁶ Die Herausnahme aus der Hierarchie könnte die Autorität erhöhen und den Informationsfluss erleichtern, ist aber nicht mit irgendwelchen Anordnungsrechten verbunden.
- Nach § 4f Abs. 3 Satz 3 BDSG darf der Datenschutzbeauftragte wegen der Ausübung seines Amtes nicht benachteiligt werden. Dem Arbeitgeber ist es untersagt, ihm beispielsweise einen betriebsüblichen Aufstieg zu verweigern, weil er sich als „wenig einsichtig“ und „eigenwillig“ erwiesen habe. Die praktische Tragweite dieses Grundsatzes dürfte wie die anderer Benachteiligungsverbote beschränkt sein⁷, da man im Einzelfall häufig andere Gründe finden kann, die die Entscheidung als sachlich korrekt, zumindest aber als vertretbar erscheinen lassen. Spielen wie z. B. bei Beförderungen auch zahlreiche Imponderabilien und schwer überprüfbare Einschätzungen eine Rolle, ist dies besonders leicht

⁶ Zustimmend Tinnfeld CR 1991, 32.

⁷ Ebenso die Einschätzung bei Schierbaum AiB 2001, 516.

möglich, so dass sich kaum je eine Verbindung zur Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter wird herstellen lassen – von Extremfällen abgesehen, in denen ein verärgertes Arbeitgeber seinen Gefühlen und seiner Einstellung offen Ausdruck verleiht.

- Das Amt des betrieblichen Datenschutzbeauftragten kann nur unter spezifischen Voraussetzungen entzogen werden. Nach § 38 Abs. 5 Satz 3 BDSG kann die Aufsichtsbehörde die Abberufung durch die verantwortlichen Stelle verlangen, wenn der Datenschutzbeauftragte die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit nicht besitzt. Der Arbeitgeber ist seinerseits auch ohne besonderes Verlangen der Aufsichtsbehörde zur Abberufung befugt, wenn ein wichtiger Grund entsprechend § 626 BGB vorliegt. Dies wird nur bei weitestgehender Untätigkeit sowie bei schweren Pflichtverletzungen wie z. B. einem Geheimnisverrat anzunehmen sein. Dabei ist die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu beachten, da sich die Verweisung auf die gesamte Vorschrift erstreckt. Inwieweit sich dieser Schutz auch auf das Arbeitsverhältnis bzw. – bei Externen – auf den zugrunde liegenden Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrag bezieht, war bislang umstritten.⁸

3. Die Lücken und Novellierung 2009

Der Katalog an Rechten und Absicherungen mag beeindruckend sein – eine wirkliche Unabhängigkeit von der zu kontrollierenden verantwortlichen Stelle besteht nicht. Der Arbeitgeber kann nach geltendem Recht noch immer eine ihm genehme Person aussuchen.⁹ In allen Fällen, in denen der Datenschutzbeauftragte Arbeitnehmer des Betriebs wird oder bereits ist, hat zwar der Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 BetrVG, weil entweder eine Einstellung oder eine Versetzung vorliegt. Faktisch kann er sein „Veto“ aber nur darauf stützen, der in Aussicht genommenen Person fehle die erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit, so dass dem Gesetz nicht Genüge getan sei. Dies wird nur in besonders gelagerten Fällen zur Geltung kommen. Erklärt etwa der „Kandidat“

⁸ S. den Überblick bei Däubler, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, Bundesdatenschutzgesetz. Basiskommentar zum BDSG, 2. Aufl., Frankfurt/Main 2007, § 4f Rn. 70 ff.; Schwab-Erhard NZA 2009, 1118 (Letztere mit einseitiger Literaturliste).

⁹ Darauf verwiesen bereits Schierbaum-Kiesche CR 1992, 729.

selbst, vom Datenschutz noch nie etwas gehört zu haben und ihn auch als „Luxusproblem“ zu empfinden, so würde es sich sicherlich nicht um einen „fachkundigen“ Kontrolleur handeln. Auch kann die „Zuverlässigkeit“ dann fehlen, wenn die fragliche Person in erster Linie sich selbst (z. B. als Leiter der EDV-Abteilung) oder ihr persönlich nahestehende Mitarbeiter kontrollieren müsste.¹⁰ Ob abfällige Äußerungen über die Mitbestimmung einen ausreichenden Grund darstellen würden, ist zweifelhaft. Auch das Reproduzieren von Vorurteilen wie „Türken sind nur für den Gemüsehandel gut“ müsste nicht unbedingt die Zuverlässigkeit ausschließen. Dazu kommt, dass bei Externen der Betriebsrat nur dann die Zustimmung nach § 99 BetrVG verweigern kann, wenn der Betroffene in die betrieblichen Arbeitsabläufe integriert ist, was häufig nicht der Fall sein wird.¹¹ Das BAG hat den betrieblichen Datenschutzbeauftragten deshalb als „Gewährsmann“ der Arbeitgeberseite angesehen und ihm die Kontrolle der Datenverarbeitung durch den Betriebsrat untersagt, da dies dessen Unabhängigkeit von der Arbeitgeberseite beeinträchtigen könnte.¹²

Die Novellierung 2009 hat an diesem Zustand nichts geändert. Sie hat dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten jedoch einen ausdrücklichen Weiterbildungsanspruch eingeräumt und ihm einen Kündigungsschutz gewährt, der in weitem Umfang dem eines Betriebsratsmitglieds entspricht. Letzteres ist insbesondere dort von Bedeutung, wo von vorneherein ein „unabhängiger Kopf“ zum Datenschutzbeauftragten gemacht wurde oder wo – etwa bedingt durch betriebliche Erfahrungen – eine gewissen Verselbstständigung gegenüber der Arbeitgebersicht eingesetzt hat.

4. Der Weiterbildungsanspruch

Nach dem neuen § 4f Abs. 3 Satz 7 BDSG kann der betriebliche Datenschutzbeauftragte auf Kosten der verantwortlichen Stelle an Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen teilnehmen, um so die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche Fachkunde zu vervollkommen und im Hinblick auf aktuelle

¹⁰ Einzelheiten bei Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn. 596 m. w. N.

¹¹ LAG Frankfurt/Main RDV 1990, 150; LAG Hamburg CR 1990, 342.

¹² BAG DB 1998, 627 ff.

Entwicklungen fortzuentwickeln. Die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf¹³ betont ausdrücklich, die Vorschrift habe Ähnlichkeit mit § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG und mit § 46 Abs. 6 BPersVG, die entsprechende Möglichkeiten für Betriebs- und Personalräte vorsehen. Nach Auffassung der Gesetzesverfasser variiert der Fortbildungsbedarf nach dem Umfang und der Art der Daten, die die verantwortliche Stelle verarbeitet. Dazu komme ein durch die stetige Fortentwicklung von Recht und Technik hervorgerufener „Grundbedarf“. Soweit von diesen Möglichkeiten Gebrauch gemacht wird, gewinnt der Datenschutzbeauftragte zusätzliche Argumentationsmöglichkeiten, was seiner Eigenständigkeit zugute kommen kann.

Der Kreis der in Betracht kommenden Veranstaltungen bestimmt sich nach dem Inhalt, nicht nach der äußeren Form. Ob es sich um einen „Kongress“, eine „Fachtagung“ oder eine „Seminarveranstaltung“ handelt, ist ohne Bedeutung, desgleichen die Tatsache, dass sich eine Veranstaltung nicht ausschließlich an betriebliche Datenschutzbeauftragte wendet.¹⁴ Als Veranstalter kommen unterschiedliche Einrichtungen in Betracht, die von gemeinnützigen Instituten bis zu kommerziell betriebenen Fortbildungs-AGs reichen können. Besondere Resonanz findet die Sommerakademie des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz in Schleswig-Holstein.¹⁵

Wie lange die Veranstaltung dauern kann, hängt von den vermittelten Kenntnissen ab. Es kann durchaus in Betracht kommen, sich für ein oder zwei Wochen fortzubilden, wenn ein entsprechender Bedarf besteht. Dieser kann sich aus der bisherigen beruflichen Ausbildung und Tätigkeit ergeben; der Informatiker hat Defizite bei rechtlichen Fragen, der Jurist weiß über die neueren und neuesten Entwicklungen in der Technik zu wenig Bescheid. Die bisherigen betrieblichen Erfahrungen z. B. mit einem bestimmten SAP-System sind in allen Fällen zu berücksichtigen, was beispielsweise insoweit einen reinen Einführungskurs ausschließen würde.

¹³ BT-Drs. 16/12011, S. 25.

¹⁴ Ebenso die allgemeine Auffassung für den Bereich des § 37 Abs. 6 BetrVG; Nachweise bei Däubler, Handbuch Schulung und Fortbildung, Gesamtdarstellung für betriebliche Interessenvertreter, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2004, Rn. 340 Fn. 129.

¹⁵ Dazu auch der Bericht des Berliner Datenschutzbeauftragten, mitgeteilt bei Köppen CuA 6/2009 S. 30.

Da die verantwortliche Stelle die Kosten zu tragen hat, darf sie nicht unverhältnismäßig belastet werden. Von zwei gleichwertigen Angeboten zum selben Thema ist das preiswertere zu wählen. Allerdings hat der betriebliche Datenschutzbeauftragte – ähnlich wie ein Betriebsrat – einen Beurteilungsspielraum, ob nicht ein konkretes Angebot eine bessere Aktualisierung und Perfektionierung seiner Kenntnisse verspricht und deshalb trotz höheren Preises das angemessenere ist.

Die Teilnahme an einer Fort- und Weiterbildungsveranstaltung gehört zur Tätigkeit als betrieblicher Datenschutzbeauftragter, so dass für den fraglichen Zeitraum keine Entgeltminderung eintreten darf. Zu den Kosten zählen neben den Teilnahmegebühren Fahrt, Unterbringung und Verpflegung, wobei das Betriebsratsmitgliedern zugestandene Maß an Aufwand eine Untergrenze darstellen dürfte.¹⁶ Maßstäbe könnten sich auch aus den Fortbildungskosten für Manager ergeben.

Ob es über diese Fragen zu rechtlichen Auseinandersetzungen kommt, ist derzeit nicht abzusehen. Letztlich hängt dies davon ab, inwieweit ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter wegen eines solchen Anlasses eine gerichtliche Konfrontation mit dem Arbeitgeber in Kauf nehmen will. Anders als bei Betriebsräten erscheint dies eher unwahrscheinlich, da die nach den alten (und neuen) Grundsätzen bestellten Personen in aller Regel die Kooperation mit dem Arbeitgeber als vorrangiges Ziel ansehen werden.

Der Gesetzgeber hat die Frage nicht angesprochen, ob auch Externe einen Weiterbildungsanspruch geltend machen können. Dies dürfte zu verneinen sein: Eine Person oder eine Gesellschaft, die dem Arbeitgeber ihre Dienste anbietet und verspricht, muss selbst dafür sorgen, dass dabei der neueste Stand der Erkenntnis zugrunde gelegt wird.

5. Der neue Sonderkündigungsschutz

¹⁶ Einzelheiten bei Däubler, Schulung und Fortbildung, Rn. 458 ff.

5.1. Der Grundsatz

Die Tatsache, dass die Funktion als betrieblicher Datenschutzbeauftragter nur auf Anforderung der Aufsichtsbehörde oder aus wichtigem Grund entzogen werden kann, ist wichtig, bietet aber nur beschränkten Schutz, wenn das Arbeitsverhältnis bzw. die Rechtsbeziehung zu einem externen Dienstleister nach allgemeinen Grundsätzen gekündigt und damit die weitere Tätigkeit unmöglich gemacht werden kann. Gerade im Hinblick darauf sieht der seit 1. 9. 2009 geltende § 4f Abs. 3 Satz 5 BDSG vor, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich unzulässig und nur dann ausnahmsweise möglich ist, wenn „Tatsachen vorliegen, welche die verantwortliche Stelle zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen“. Damit ist der betriebliche Datenschutzbeauftragte ähnlich wie ein Betriebsratsmitglied gegen jede Form von ordentlicher Kündigung geschützt. Die Kontrollfunktion gegenüber dem Arbeitgeber soll auf diese Weise nicht mehr durch die Befürchtung überlagert werden, unerwünschtes Verhalten könne über kurz oder lang zum Verlust des Arbeitsplatzes führen. Der „wichtige Grund“, der ausnahmsweise eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt, kann aus der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter wie aus der als Arbeitnehmer stammen. Bezüglich möglicher Einzelfälle muss auf die Kommentarliteratur verwiesen werden.¹⁷

5.2. Ausnahme bei Betriebsschließung

Nicht geregelt hat der Gesetzgeber jene Fälle, in denen wegen Schließung einer Abteilung oder des ganzen Betriebes die ordentliche Kündigung von Betriebsratsmitgliedern ausnahmsweise möglich ist.¹⁸ Wird das ganze Unternehmen geschlossen, auf das sich die Zuständigkeit des betrieblichen Datenschutzbeauftragten erstreckt, liegt ein „wichtiger Grund“ vor, da andernfalls ein sinnentleertes Beschäftigungsverhältnis entstehen würde.¹⁹ Wird nur eine Abteilung oder ein Betrieb geschlossen, muss der betriebliche Datenschutzbeauftragte in den

¹⁷ Müller-Glöge, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Aufl., München 2009, § 626 BGB Rn. 60 ff.; Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht. Kommentar, 7. Aufl., Frankfurt/Main 2008, § 626 BGB Rn. 55 ff., jeweils m. w. N.

¹⁸ § 15 Abs. 4 und 5 KSchG.

¹⁹ Zu diesem „betriebsbedingten Grund“ für eine außerordentliche Kündigung s. Däubler, a. a. O., § 626 BGB Rn. 167 ff. m. w. N.

verbleibenden Teilen des Unternehmens „untergebracht“ werden, soweit dort eine Tätigkeit vorhanden ist, die seiner Qualifikation entspricht oder die er freiwillig akzeptiert. Dabei ist notfalls ein Arbeitsplatz frei zu kündigen.²⁰ Ist ein solcher Ausweg nicht gangbar, entsteht gleichfalls ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis, das nach den zu § 626 BGB entwickelten Maßstäben aufgelöst werden kann, wobei allerdings die längste in Betracht kommende (gesetzliche oder tarifliche) Kündigungsfrist zu wahren ist.

5.3. Nachwirkender Kündigungsschutz

Nach § 4f Abs. 3 Satz 6 BDSG ist die ordentliche Kündigung auch noch innerhalb eines Jahres „nach der Beendigung der Bestellung“ unzulässig. Diese Regelung ist gleichfalls dem Betriebsverfassungs- und dem Personalvertretungsrecht nachgebildet und beruht auf der Erwägung, dass jedenfalls nach einem Jahr die potentielle Verärgerung des Arbeitgebers abgeklungen sein wird. Keine Rolle spielt, aus welchem Grund die Tätigkeit ihr Ende fand. Auch eine berechtigte Abberufung aus wichtigem Grund und ein vom Datenschutzbeauftragten aus persönlichen Erwägungen erklärter Amtsverzicht reichen aus. Würde man unter Berufung auf den Wortlaut den zuletzt genannten Fall ausnehmen, könnte nicht nur ein unangemessener Anreiz entstehen, trotz „Amtsmüdigkeit“ die Tätigkeit fortzuführen. Auch einvernehmliche Lösungen wären erschwert, bei denen die förmliche Abberufung durch einen „Rücktritt“ ersetzt wird.

5.4. Kündigungsschutz auch für Externe?

Der mit Externen geschlossene Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrag bezieht sich allein auf die Tätigkeit als betrieblicher Datenschutzbeauftragter. Diese ist wie schon nach bisherigem Recht durch § 4f Abs. 3 Satz 4 BDSG gegen einen Entzug ohne wichtigen Grund geschützt. Das Verbot der ordentlichen Kündigung bezieht sich demgegenüber vom Gesetzeswortlaut her ausschließlich auf das

²⁰ BAG NZA 2001, 321 für Betriebsratsmitglieder.

Arbeitsverhältnis. Dies bedeutet aber nicht, dass durch „freie“ Kündigung des zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses der Tätigkeit des Externen die Basis entzogen werden könnte. Das „Amtsverhältnis“ bleibt gleichwohl erhalten, so dass sich nur die Frage stellt, ob und auf welcher Grundlage die weiter ausgeübte Tätigkeit bezahlt werden muss. Die vertragliche Abrede kommt – wenn man das Kündigungsrecht akzeptiert - hierfür nicht mehr in Betracht, doch wird in der Literatur der Standpunkt vertreten, die Vergütung gehöre in einem solchen Fall zu den Mitteln, die die verantwortliche Stelle nach § 4f Abs. 5 Satz 1 BDSG zur Verfügung zu stellen hat, weil sie für die Erledigung der Aufgaben des Beauftragten erforderlich sind.²¹ Dafür spricht über den Wortlaut hinaus der Sinn des neu eingeführten Bestandsschutzes: Würde er bei der Bestellung Externer weitestgehend versagen, würde ein erheblicher Anreiz geschaffen, auf die Bestellung eines Internen von vorne herein zu verzichten, um sich so mehr Dispositionsfreiheit zu erhalten. Diese „Ausweichmöglichkeit“ passt jedoch nicht in den gesetzgeberischen Plan, die Institution des betrieblichen Datenschutzbeauftragten als solche zu stärken und mit mehr Unabhängigkeit zu versehen. Insoweit kommt sogar in Betracht, das für Arbeitsverhältnisse bestehende Kündungsverbot auf das Vertragsverhältnis des Externen analog anzuwenden.

5.5. Nachteile und Vorzüge einer Befristung

Der weitgehende Bestandsschutz, den der Datenschutzbeauftragte nunmehr genießt, darf nicht dadurch umgangen werden, dass er seine Aufgaben nur für eine relativ kurze Frist übertragen erhält oder als befristet Beschäftigter in naher Zukunft wieder ausscheidet. Wollte man dies zulassen, müsste er in einer Konfrontationssituation befürchten, in absehbarer Zeit nicht „verlängert“ zu werden und so seine Funktion, ggf. auch seinen Arbeitsplatz zu verlieren. Damit würde er jede wirkliche Kontrollkapazität einbüßen.

Auf der anderen Seite führt die nunmehr kraft Gesetzes bestehende „Unkündbarkeit“ dazu, dass man das Entstehen von „Lebenszeitkontrolleuren“ jedenfalls nicht ausschließen kann. Dies kann erhebliche Nachteile mit sich bringen: Wer weiß, dass er voraussichtlich auch noch in zehn Jahren als Datenschutzbeauftragter mit

²¹ Wagner DuD 2008, 660, 662.

umfassendem Bestandsschutz im Unternehmen tätig sein wird, „arrangiert sich“, dürfte sich im Zweifel mit Routinearbeiten begnügen und wenig dazu neigen, fragwürdige betriebliche Üblichkeiten in Frage zu stellen. Ähnliche Befürchtungen haben dazu geführt, dass Unternehmen in bestimmten zeitlichen Abständen den Wirtschaftsprüfer wechseln müssen. Bei Betriebsratsmitgliedern sollen die alle vier Jahre stattfindenden Wahlen dafür sorgen, dass engagierte an die Stelle von nicht engagierten Leuten treten, dass eine defizitäre Aufgabenerfüllung durch Nicht-Wiederwahl sanktioniert wird. In der Literatur wird deshalb zu Recht eine Befristung auf fünf Jahre zugelassen²², die allerdings gleichermaßen für das Amt wie für das zugrunde liegende Rechtsverhältnis gelten muss. Damit ist in einem großen Teil dieses Zeitraums eine relative Unabhängigkeit gesichert, gleichzeitig jedoch einer absoluten Verfestigung („Datenschutzbeamter“) vorgebeugt. Auch bei Externen sollte man eine vergleichbare Frist zugrunde legen. Eine solche Befristung sollte auch dann ins Auge gefasst werden, wenn das zugrunde liegende Arbeitsverhältnis keine zeitliche Grenze kennt.²³

6. Zwei Schritte führen noch nicht zum Ziel

Der Weiterbildungsanspruch wie der erweiterte Kündigungsschutz stärken die Stellung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten: Er kann ggf. besser argumentieren und muss auch erhebliche Meinungsverschiedenheiten nicht fürchten. Dies erhöht seine Fähigkeit zur Kontrolle, schafft jedoch noch keine volle Unabhängigkeit. Entscheidende Lücke bleibt das Bestellungsverfahren sowie die fehlende Möglichkeit für Betroffene oder Dritte, eine minimalistische Funktionserfüllung zu sanktionieren.

Der Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales für ein Beschäftigtendatenschutzgesetz vom August 2009²⁴ sieht für die Bestellung wie für die Abberufung in § 29 Abs. 1 und 2 ein Mitbestimmungsrecht vor; bei der Abberufung ist es allerdings auf den Fall beschränkt, dass die erforderliche

²² Gola/Schomerus, Kommentar zum BDSG, § 4f Rn. 32.

²³ Zur Befristung einzelner Vertragsbestimmungen s. BAG NZA 2006, 40, wonach sich die Zulässigkeit nach den §§ 305 ff. BGB bestimmt.

²⁴ Abgedruckt bei Däubler, Gläserne Belegschaften? S. 497 ff.

Fachkunde und Zuverlässigkeit fehlt.²⁵ Weiter geht insoweit § 9 Abs. 3 Satz 1 ASiG, der das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Abberufung des Betriebsarztes und der Fachkräfte für Arbeitssicherheit nicht von spezifischen inhaltlichen Voraussetzungen abhängig macht. Damit würde auch ein heillos zerrüttetes Verhältnis zu der einen oder anderen Seite im Betrieb oder ein geringes Aktivitätsniveau genügen, um eine Abberufung notfalls über die Einigungsstelle durchzusetzen. In beiden Fällen lässt sich nur schwer von fehlender Fachkunde und fehlender Zuverlässigkeit sprechen. Die Tatsache, dass der betriebliche Datenschutzbeauftragte für die Arbeitnehmervertretung wie für den Arbeitgeber akzeptabel sein muss, schafft ein erhebliches Maß an Unabhängigkeit. Die Frage nach der Kontrolle der Datenverarbeitung durch den Betriebsrat würde sich gleichfalls erledigen, da nicht mehr von einem „Gewährsmann“ des Arbeitgebers die Rede sein könnte.

Die gewollte Unabhängigkeit ist allerdings dann nicht gesichert, wenn sich Arbeitgeber und Betriebsrat über bestimmte Praktiken oder gar eine betriebliche Datenschutzpolitik einig sind, die ein Datenschutzbeauftragter, der seine gesetzlichen Aufgaben ernst nimmt, beanstanden müsste. Die Gründe, weshalb es zu einer solchen Situation kommt, können unterschiedlicher Natur sein: Betriebsrat und Arbeitgeber sind beide an einem „unbeschädigten“ Image des Arbeitgeberunternehmens interessiert, der Betriebsrat hat ein „Kompensationsgeschäft“ gemacht, bei dem ihm der Arbeitgeber auf Gebieten entgegen kam, wo nach dem BetrVG allenfalls Beratungsrechte entstehen, und bei dem als „Gegenleistung“ eine höchst „kooperative“ Haltung in Sachen Datenschutz versprochen wurde. Andere Konstellationen sind denkbar. Will man dies berücksichtigen, bleibt als Ausweg nur eine verstärkte Einschaltung der Aufsichtsbehörde. Ihr könnte bei der Bestellung wie bei der Abberufung ein Vetorecht eingeräumt werden, das von bestimmten Voraussetzungen abhängig sein müsste. Bei der Einstellung käme ein Recht in Betrieb, innerhalb der ersten sechs Monate auch ohne wichtigen Grund die Abberufung verlangen zu können, bei der Abberufung könnte die Zustimmung mit dem Argument verweigert werden, der fragliche Beauftragte hätte sich immer am Gesetz orientiert und keine Pflichtverletzungen begangen. Damit wären der Macht einer innerbetrieblichen

²⁵ Kritisch zu anderen Aspekten des Gesetzentwurfs Thüsing BB Heft 39/2009 S. M1.

„Koalition“ Schranken gezogen. Zugleich bliebe der Datenschutzbeauftragte eine innerbetriebliche Instanz, die jedoch deshalb unabhängig wäre, weil sie notfalls bei einer Behörde „Rückendeckung“ bekommen kann. Dies wäre ein Schritt in Neuland, gewiss: Aber was spricht dagegen, ihn zu tun und so der Entstehung neuer Datenskandale wirksam vorzubeugen?