

BDSG

Kommentar

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Peter Gola, und Prof. Dr. Dirk Heckmann, Bearbeitet von den Herausgebern und Prof. Dr. Frank Braun, Sebastian Dienst, Rechtsanwalt, Dr. Eugen Ehmann, Regierungspräsident, Dr. Lorenz Franck, Dr. Niclas Krohm, Rechtsanwalt, Dr. Thomas Lapp, Rechtsanwalt und Mediator, Ninja Marnau, Prof. Dr. Norbert Nolte, Rechtsanwalt, Dr. Anne Paschke, Akademische Rätin, Yvette Reif, LL.M., Rechtsanwältin, Dr. Daniel Rücker, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Barbara Sandfuchs, Rechtsanwältin, Martin Scheurer, Dr. Alexander Schmid, Sebastian Schulz, Rechtsanwalt, Dr. Tobias Starnecker, Barbara Thiel, und Dr. Christoph Werkmeister, LL.M., Rechtsanwalt

13. Auflage 2019. Buch. XXIV, 792 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 72878 5

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Telekommunikationsrecht, Postrecht, IT-Recht > Datenschutz, Postrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

§ 16 (→ § 16 R.n. 4f.). Das den Aufsichtsbehörden über nichtöffentliche Stellen in § 40 Abs. 6 S. 2 eingeräumte Recht, die Abberufung eines wegen mangelnder Fachkunde oder Interessenkollision ungeeigneten DSB zu verlangen, steht dem BfDI nicht zu.

D. Landesrecht

Mit der DS-GVO wurde den Landesgesetzgebern die bisherige Möglichkeit, im Detail unterschiedliche Benennungspflichten für behördliche Datenschutzbeauftragte bei **Landesbehörden- und Kommunen** vorzusehen, genommen. Eine Reihe der Landesdatenschutzgesetze haben es daher bei den unmittelbar geltenden DS-GVO-Bestimmungen belassen und enthalten keine Aussage zu behördlichen Datenschutzbeauftragten. Hessen (§§ 5–7 HDSIG) übernimmt die Bundesregelung. Rheinland-Pfalz (§§ 27–39 LDSG RhPf) und Schleswig-Holstein (§ 58–60 DSG SchlH) enthalten entsprechende Regelungen zur Benennung behördlicher Datenschutzbeauftragter im Anwendungsbereich der JI-RL. **23**

Bayern hat in Art. 12 BayDSG eine ergänzende Bestimmung, wobei die generelle Schweigepflicht des DSB in Abs. 2 und die Bestellkompetenz einer höheren Behörde insbesondere für die Bestellung eines für mehrere Behörden gemeinsam zuständigen DSB relevant ist. **24**


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

§ 6 Stellung

(1) Die öffentliche Stelle stellt sicher, dass die oder der Datenschutzbeauftragte ordnungsgemäß und frühzeitig in alle mit dem Schutz personenbezogener Daten zusammenhängenden Fragen eingebunden wird.

(2) Die öffentliche Stelle unterstützt die Datenschutzbeauftragte oder den Datenschutzbeauftragten bei der Erfüllung ihrer oder seiner Aufgaben gemäß § 7, indem sie die für die Erfüllung dieser Aufgaben erforderlichen Ressourcen und den Zugang zu personenbezogenen Daten und Verarbeitungsvorgängen sowie die zur Erhaltung ihres oder seines Fachwissens erforderlichen Ressourcen zur Verfügung stellt.

(3) ¹Die öffentliche Stelle stellt sicher, dass die oder der Datenschutzbeauftragte bei der Erfüllung ihrer oder seiner Aufgaben keine Anweisungen bezüglich der Ausübung dieser Aufgaben erhält. ²Die oder der Datenschutzbeauftragte berichtet unmittelbar der höchsten Leitungsebene der öffentlichen Stelle. ³Die oder der Datenschutzbeauftragte darf von der öffentlichen Stelle wegen der Erfüllung ihrer oder seiner Aufgaben nicht abberufen oder benachteiligt werden.

(4) ¹Die Abberufung der oder des Datenschutzbeauftragten ist nur in entsprechender Anwendung des § 626 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zulässig. ²Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, welche die öffentliche Stelle zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. ³Nach dem Ende der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragte oder als Datenschutzbeauftragter ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Jahres unzulässig, es sei denn, dass die öffentliche Stelle zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt ist.

(5) ¹Betroffene Personen können die Datenschutzbeauftragte oder den Datenschutzbeauftragten zu allen mit der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten und mit der Wahrnehmung ihrer Rechte gemäß der Verordnung (EU) 2016/679, diesem Gesetz sowie anderen Rechtsvorschriften über den Datenschutz im Zusammenhang stehenden Fragen zu Rate ziehen. ²Die oder der Datenschutzbeauftragte ist zur Verschwiegenheit über die Identität der betroffenen Person sowie über Umstände, die Rückschlüsse auf die betroffene Person zulassen, verpflichtet, soweit sie oder er nicht davon durch die betroffene Person befreit wird.

(6) ¹Wenn die oder der Datenschutzbeauftragte bei ihrer oder seiner Tätigkeit Kenntnis von Daten erhält, für die der Leitung oder einer bei der öffentlichen Stelle beschäftigten Person aus beruflichen Gründen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, steht dieses Recht auch der oder dem Datenschutzbeauftragten und den ihr oder ihm unterstellten Beschäftigten zu. ²Über die Ausübung dieses Rechts entscheidet die Person, der das Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen zusteht, es sei denn, dass diese Entscheidung in absehbarer Zeit nicht herbeigeführt werden kann. ³Soweit das Zeugnisverweigerungsrecht der oder des Datenschutzbeauftragten reicht, unterliegen ihre oder seine Akten und andere Dokumente einem Beschlagnahmeverbot.

Literatur: *Lantwin*, Risikoberuf Datenschutzbeauftragter?, ZD 2017, 411; vgl. auch die Hinweise zu § 5.

Übersicht

	Rn.
A. Allgemeines	1
I. Zweck und Bedeutung der Norm	1
II. Systematik/Verhältnis zu anderen Vorschriften	2
B. Kommentierung im Einzelnen	3
I. Frühzeitige und ordnungsgemäße Einbindung	3
II. Unterstützungspflicht (Abs. 2)	5
1. Allgemeines	5
2. Der Zugang zu den personenbezogenen Informationen (Abs. 2)	6
3. Personelle, materielle und finanzielle Ressourcen	9
III. Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit (Abs. 3)	11
1. Weisungsfreiheit (Abs. 3 S. 1)	11
2. Der Berichtsweg (Abs. 3 S. 2)	15
3. Abberufungs- und Benachteiligungsschutz (Abs. 3 S. 3)	16
IV. Abberufungs- und Kündigungsschutz (Abs. 4)	20
1. Allgemeines	20
2. Änderungs- oder Beendigungskündigung	22
3. Strafrechtliche Haftung aus Garantenstellung	27
V. DSB als Anwalt der Betroffenen (Abs. 5 S. 1)	23
1. Anrufungsrecht und Handlungspflicht	23
2. Haftung gegenüber dem Betroffenen	24
3. Strafrechtliche Haftung aus Garantenstellung	27
VI. Verschwiegenheitspflichten des DSB	29
1. Schutz anfragender betroffener Personen (Abs. 5 S. 2)	29
2. Schutz von Informanten	31
VII. Zeugnisverweigerungsrecht (Abs. 6)	34
C. Sanktionen/Haftung	35
D. Parallele Bestimmungen in den Landesdatenschutzgesetzen	36

A. Allgemeines

I. Zweck und Bedeutung der Norm

§ 6 garantiert ua in Wiedergabe der zur Gewährleistung der unabhängigen 1 Stellung des DSB in Art. 38 DS-GVO gewährten Rechtspositionen die „Funktionsfähigkeit“ des DSB als unabhängiges „Compliance“ und Beratungsorgan. Er gibt zT bereits in §§ 4f und 4g BDSG aF geregelte Rechtspositionen wieder.

II. Systematik/Verhältnis zu anderen Vorschriften

Wie aufgezeigt (→ § 5 Rn. 5) kann auch § 6, der zum einen den unmittelbar 2 geltenden Art. 38 DS-GVO wiederholt und zum anderen in Abs. 4 um den Abberufungs- und Kündigungsschutz und in den Abs. 5 und 6 um Geheimhaltungspflicht, Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot ergänzt wird sowie Art. 33 JI-RL umsetzt, ohne Verstoß gegen das Wiederholungsverbot der DS-GVO insgesamt unmittelbar angewendet werden.¹

¹ Kühling/Buchner/Bengt, BDSG § 6 Rn. 1.

B. Kommentierung im Einzelnen

I. Frühzeitige und ordnungsgemäße Einbindung

- 3 Entsprechend der Regelung in Art. 38 Abs. 1 DS-GVO und Art. 33 Abs. 1 JI-RL obliegt der öffentlichen Stelle die Pflicht, den DSB ordnungsgemäß und frühzeitig bei allen datenschutzbezogenen Fragestellungen hinzuziehen. Insofern korreliert § 6 mit den im § 7 beschriebenen Aufgaben.² Frühzeitig heißt, dass Fehlentscheidungen von Anfang an vermieden werden und keine Fakten ohne den DSB gesetzt werden. Die Einbindung muss ordnungsgemäß erfolgen, was eine umfassende Information gegebenenfalls an Hand von den Sachverhalt darstellenden Unterlagen voraussetzt. Die Informationspflicht erstreckt sich auf den gesamten, aktuellen Stand von Verarbeitungen, was zB die Mitteilung von Änderungen des Verzeichnisses der Verarbeitungstätigkeiten oder eingetretener Datenpannen bedingt.
- 4 Geheimhaltungspflichten bezüglich vertraulicher Vorgänge gegenüber dem DSB bestehen nicht. Vielmehr steht dem DSB auch – wie Abs. 2 verdeutlicht – ein nicht anlassbezogener Zugang zu allen personenbezogenen Daten und deren Verarbeitungsvorgängen zu. Es gibt keine kontrollfreie Verarbeitung von Berufsgeheimnistägern und auch nicht mehr solche bei der Mitarbeitervertretung.³

II. Unterstützungspflicht (Abs. 2)

- 5 **1. Allgemeines.** Wie Abs. 1 und Art. 38 Abs. 1 DS-GVO deutlich machen, hängt der Erfolg des Beauftragten wesentlich davon ab, dass die Leitung der verantwortlichen Stelle seine Aufgaben grundsätzlich bejaht und ihn das Geschehen einbindet. Daneben steht die **Unterstützungspflicht** nach Abs. 2, die dem Beauftragten ein Recht einräumt, dass ihm die für seine Arbeit nötigen Hilfsmittel und Informationen zur Verfügung stehen müssen. Konkret benannt werden die ihm gegenüber bestehenden Pflichten
- zur Bereitstellung der für die Arbeit erforderlichen Ressourcen
 - die Ermöglichung des uneingeschränkten Zugangs zu personenbezogenen Daten
 - die Möglichkeit zur Erhaltung seines Fachwissens.
- 6 **2. Der Zugang zu den personenbezogenen Informationen (Abs. 2).** Der DSB hat ohne Einschränkung auf etwa besonders schutzwürdige Bereiche Zugang zu allen verarbeiteten personenbezogenen Daten. Es erstreckt sich auf **Personalaktendaten** ebenso wie auf **Patientendaten**. Im Gegensatz zu den beiden anderen in § 6 Abs. 2 genannten Rechten steht der Anspruch nicht unter der Vorgabe der Erforderlichkeit. Zugang zu den Datenverarbeitungen bzw. Zugriff auf die verarbeiteten Daten ist ihm auch zu gewähren bei **Auftragsdatenverarbeitern**.⁴
- 7 Dem Schutz der einem **Berufsgeheimnis** unterliegenden Daten wird dadurch Rechnung getragen, dass sich zB die **Schweigepflicht** nach § 203 Abs. 1 Nr. 7 StGB auch auf einen von Ärzten, Rechtsanwälten etc. benannten externen DSB erstreckt (für interne DSB galt die Schweigepflicht bereits bisher aufgrund § 203

² Gola/Klug, DS-GVO Art. 38 Rn. 2.

³ Gola/Pöters, RDV 2017, 111; Kort, ZD 2017, 3.

⁴ Zum Konflikt mit den Kompetenzen des DSB des Auftragsdatenverarbeiter Kühling/Buchner/Bergt, DS-GVO Art. 38 Rn. 20.

Abs. 3 S. 2 StGB), womit auch hier die Benennung externer Datenschutzbeauftragter eindeutig ermöglicht wird.

Der Schutz wird durch § 6 Abs. 6 ergänzt, der dem DSB auch ein **Zeugnisverweigerungsrecht** im Hinblick auf Daten einräumt, die der beruflichen Geheimhaltungspflicht unterliegen. Gleiches gilt – jedoch ohne die strafrechtliche Absicherung – für sein Hilfspersonal. Darüber hinaus schafft die Vorschrift ein Beschlagnahmeverbot für Akten und Schriftstücke des Beauftragten, (vgl. §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 97 StPO). Über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts entscheidet der Auftraggeber des DSB bzw. der gegebenenfalls hiervon abweichende Inhaber des Rechts.

3. Personelle, materielle und finanzielle Ressourcen. Bei den **bereitzustellenden Ressourcen** benannte das BDSG aF noch als Beispiele Hilfsmittel, sowie Räume, Einrichtungen, Geräte und Mittel (§ 4f Abs. 5 S. 1 BDSG aF) ausdrücklich genannt wird nunmehr nur die Möglichkeiten zur **Erhaltung des Fachwissens**, womit wohl vorrangig Fortbildungsveranstaltungen gemeint sind.⁵

Der Rechtsanspruch des DSB steht unter der Vorgabe der **Erforderlichkeit**, was nicht nur den Inhalt sondern auch die Kosten betrifft.⁶ Welche Ressourcen im Einzelfall erforderlich sind, wird letztendlich im Streitfall die Behörde entscheiden.⁷ Ein Rechtsstreit, wie er zwischen Mitarbeitervertretungen und Arbeitgebern zur Klärung der Erforderlichkeit angeforderter Sach- und Finanzmittel an der Tagesordnung ist, hat und wird wohl auch zukünftig kaum stattfinden.

III. Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit (Abs. 3)

1. Weisungsfreiheit (Abs. 3 S. 1). Die Unabhängigkeit, die der DSB zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben benötigt, wird ihm durch Abs. 3 S. 1 garantiert. Die Weisungsfreiheit ist ebenso wie die organisatorische Eingliederung nur auf die **Funktion**, dh seine Kontroll- und Beratungstätigkeit bezogen. Insofern erstreckt sich die Weisungsfreiheit auch auf Mitarbeiter des DSB, dh sie unterliegen bei Anwendung der Fachkunde ausschließlich seinen Weisungen. Damit sind ihm innerhalb dieses Freiraums jedoch keine Entscheidungsbefugnisse übertragen. Entscheidungen zur Gewährleistung des Datenschutzes obliegen allein der Leitung der verantwortlichen Stelle, der eine unabhängige Beratung zur Seite gestellt wird.

Nach Art. 38 Abs. 3 S. 1 DS-GVO wird die Weisungsfreiheit als Organisationspflicht des Verantwortlichen, dh also in der Regel des Arbeitgebers geregelt, indem dieser sicherstellen muss, dass der Datenschutzbeauftragte bei der Erfüllung seiner Aufgaben keine Anweisungen bezüglich der Ausübung dieser Aufgaben erhält. Dieses Weisungsverbot gilt natürlich auch gegenüber dem Verantwortlichen selbst.

Weisungsfreiheit bedeutet auch nicht, dass der Beauftragte der allgemeinen **Dienstaufsicht** entzogen wäre. Die Leitung hat sich auch nach seiner Benennung im Rahmen der Dienstaufsicht davon zu überzeugen, dass er seinen gesetzlichen Pflichten nachkommt. Das beginnt mit der Einhaltung der Arbeitszeiten und endet ZB mit der Vorlage eines vom Prüfungsumfang und -inhalt her angemessenen Prüfungsberichts. Sie kann hiermit im konkreten Fall andere Stellen – zB die

⁵ Kühling/Buchner/Bengt, DS-GVO Art. 38 Rn. 27.

⁶ D/K/W/W/Däubler, BDSG § 4f Rn. 61 ff.

⁷ Gola/Schomerus, BDSG § 4f Rn. 58.

Revision – beauftragten. Eine generelle Delegation an den Vorgesetzten, dem der DSB dienstlich untersteht, scheidet jedoch aus.

- 14 Der Weisungsfreiheit steht nicht entgegen, dem DSB bestimmte zusätzliche (Prüf-)Aufgaben zu übertragen, sofern er in der Wahrnehmung des selbstgestellten Arbeitsplans nicht gehindert wird.⁸ Gleiches gilt, wenn in einer Betriebs-/Dienstvereinbarung dem DSB bestimmte Kontrollaufgaben übertragen werden.⁹
- 15 **2. Der Berichtsweg (Abs. 3 S. 2).** Identisch mit Art. 38 Abs. 3 S. 3 DS-GVO eröffnet Abs. 3 S. 2 dem Beauftragten einen unmittelbaren Berichtsweg an die oberste Leitung der Behörde, den dieser auch wahrzunehmen hat. Eine Aussage zur organisatorischen Einordnung des DSB innerhalb der Dienststelle ist damit nicht getroffen. Infolge seines **direkten Vortragsrechts** kann der DSB jedoch in datenschutzrelevanten Angelegenheiten die Entscheidung der Leitung ohne Einhaltung des Dienstweges herbeiführen. Seine Sonderstellung verschafft ihm darüber hinaus bei denjenigen, die personenbezogene Daten verarbeiten, die notwendige Autorität.
- 16 **3. Abberufungs- und Benachteiligungsschutz (Abs. 3 S. 3).** Das Benachteiligungsverbot des Abs. 3 S. 2 ist eine Konsequenz der Unabhängigkeit des DSB. Ein Dienstherr hat diverse Möglichkeiten, einen ihm missliebigen Beauftragten zu „bestrafen“. Sie reichen von der Übergehung bei der Beförderung bis hin zur Entlassung. Vor einer ihn benachteiligenden Entlassung ist der DSB nunmehr speziell durch die nur bei wichtigem Grund zulässige Abberufung geschützt. Aber auch mit anderen Benachteiligungen muss ein DSB, der seine Aufgaben sorgfältig erfüllt, rechnen. Werden sie offenkundig, kann er ihnen unter Berufung auf das **Benachteiligungsverbot** entgegentreten. Im Konfliktfalle, namentlich bei einer nachhaltigen Störung des Vertrauensverhältnisses, werden indes die Grenzen seiner Wirkungsmöglichkeiten erkennbar. Hier wird die Aufsichtsbehörde unterstützend eingreifen müssen. Auch die Mitarbeitervertretung wird, wenn die Benachteiligung sich in einer mitbestimmungspflichtigen Personalmaßnahme niederschlägt, bzw. der DSB bei solchen Maßnahmen übergangen wird, für den DSB aktiv werden müssen. Das Benachteiligungsverbot dauert auch nach der Abberufung des DSB an, soweit Vorgänge aus der DSB-Zeit noch bei Personalentscheidungen relevant werden.
- 17 Ein spezieller Fall der „Sanktionierung“ des DSB kann darin liegen, dass der Beauftragte „wegen der Erfüllung seiner Aufgaben“ abberufen wird. Damit soll sichergestellt sein, dass ein unbequemer DSB nicht entfernt werden kann. Nicht jedoch unzulässig ist die **Abberufung** aus sonstigen betrieblichen Gründen, die auch in dem mangelhaften Wahrnehmen der Aufgabe liegen können. Jedoch ist die Problematik bei unterschiedlicher fachkundlicher Bewertung eines Sachverhalts nicht zu verkennen.¹⁰
- 18 Demgemäß beschränkt Abs. 4 S. 1 in Fortführung des § 4f Abs. 3 S. 4 BDSG aF die Abberufung auf Fälle, in denen eine Kündigung aus wichtigem Grund

⁸ Kühling/Buchner/Bergt, DS-GVO Art. 38 Rn. 27; aA Jaspers/Reif, RDV 2016, 61 (67); aA BeckOK DatenschutzR/Moos, BDSG § 4f Rn. 67f, der unter Hinweis auf die europarechtlich vorgegebene Unabhängigkeit „bereits eine Weisung, bestimmte Bereiche nicht zu vernachlässigen“ und sich damit der Kontrolle und Prüfung bestimmter Bereiche zuzuwenden, als unzulässige Einflussnahme ansieht.

⁹ Gola/Pöters/Wronka, Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz, Rn. 1720 f.

¹⁰ Vgl. Plath/v.d. Bussche, BDSG § 4f Rn. 39 mN.

entsprechend § 626 BGB zulässig wäre.¹¹ Der für den Widerruf der Benennung geforderte wichtige Grund liegt vor, wenn Tatsachen oder Umstände gegeben sind, die unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung der Beschäftigung unzumutbar machen. Als wichtiger Grund kommen daher sowohl Aspekte in Betracht, die die weitere Beschäftigung als Datenschutzbeauftragter betreffen, aber auch solche, die das Arbeitsverhältnis allgemein betreffen.

Bereits daraus folgt, dass die Abberufung regelmäßig arbeitsrechtlich einer Änderung bzw. der Kündigung des der Beschäftigung zugrunde liegenden **Arbeitsverhältnisses** bedarf.¹² Als einseitige, das zugrunde liegende Beschäftigungsverhältnis nicht berührende Maßnahme des Arbeitgebers/Dienstherrn ist der Widerruf der Benennung nur dann zu verstehen, wenn er im Rahmen des **Direktionsrechts** – was gegenüber einem Beamten regelmäßig der Fall wäre – dem DSB zur Konkretisierung seiner Arbeitspflicht bestimmte Tätigkeiten zuweisen und auch wieder entziehen kann. Hier ist sein Direktionsrecht nunmehr gesetzlich Restriktionen unterworfen, indem die Voraussetzungen des § 626 BGB vorliegen müssen.

IV. Abberufungs- und Kündigungsschutz (Abs. 4)

1. Allgemeines. Die DS-GVO enthält keine Regelungen zu einem Kündigungsschutz des DSB. Auch ohne diesbezügliche Öffnungsklausel ist der nationale Gesetzgeber jedoch befugt, diesen die arbeitsrechtliche Situation des DSB spezifisch zu regeln. Dies hat er getan, indem er die bisher in § 4f Abs. BDSG aF enthaltene Regelung in § 6 Abs. 4 S. 2 und 3 und in der Verweisregelung des § 38 Abs. 2 fortgeführt hat.

Die DS-GVO äußert sich auch zu Form, Inhalt und Frist der Abberufungs- bzw. Kündigungserklärung nicht. Wird sie mit der Änderung/Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbunden, bedarf sie, wenn sie per Kündigung erfolgt, gemäß § 623 BGB immer der **Schriftform**. Hinsichtlich der Frist für die „Ausnutzung“ des wichtigen Grundes für die Abberufung gilt jedoch die Zwei-Wochen-Frist des § 626 BGB.

2. Änderungs- oder Beendigungskündigung. Ist die Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten Gegenstand arbeitsvertraglicher Vereinbarung so kann sich eine Abberufung zudem nur in Form der gleichzeitigen **Kündigung** dieser arbeitsvertraglichen Abrede vollziehen, wobei die Kündigung je nachdem, ob das Arbeitsverhältnis beendet werden oder unter Wahrnehmung anderer Aufgaben fortgesetzt werden soll, sich als **Beendigungs- oder Änderungskündigung** darstellt. Nach Auffassung des BAG¹³ kommt sogar eine im Arbeitsverhältnis die Ausnahme bildende **Teilkündigung** in Betracht, die das alte Arbeitsverhältnis eines Teilzeit-DSB im früheren Umfang weiter bestehen lässt. Das setzt aber wohl voraus, dass der Mitarbeiter vor der Übertragung der zusätzlichen DSB-Tätigkeit mit der Haupttätigkeit volltags beschäftigt war. In einer nachfolgenden Entscheidung hat

¹¹ Zur letztendlich verneinten Europarechtswidrigkeit vgl. Kühling/Buchner/Bergt, BDSG § 6 Rn. 11.

¹² Vgl. LAG Sachsen, Urt. v. 8.7.2005 – 3 Sa 861/04, RDV 2005, 121; bestätigt vom BAG, Urt. v. 13.3.2007 – 9 AZR 612/05, NZA 2007, 563.

¹³ BAG, Urt. v. 13.3.2007 – 9 AZR 612/05, NZA 2007, 563.

das BAG¹⁴ aber festgestellt, dass im Regelfall auch eine mit dem Widerruf der Benennung eines nebenamtlichen DSB verbundene Teilkündigung unzulässig sei.

V. DSB als Anwalt der Betroffenen (Abs. 5 S. 1)

- 23 **1. Anrufungsrecht und Handlungspflicht.** Jeder Betroffene kann sich in Fragen, die die Verarbeitung seiner Daten bei der Behörde betreffen an den DSB wenden, wobei es sowohl um Abhilfeersuchen gehen kann als auch um Beratung (Abs. 5 S. 1). Diese Rechtsposition erhält erst dadurch Bedeutung, dass sie nicht nur ein Recht des Betroffenen, sondern auch eine korrespondierende Pflicht des Beauftragten beinhaltet, dh den Beauftragten verpflichtet, das Anliegen des Betroffenen zu prüfen, der Sache ggf. nachzugehen und wenn er Datenschutzverletzungen feststellt, auf deren Abstellungen hinzuwirken und den Betroffenen auch über das Geschehen zu informieren.
- 24 **2. Haftung gegenüber dem Betroffenen.** Kommt der DSB einem Beschwerde- oder Beratungsersuchen schuldhaft nicht nach, handelt oder berät er der Rechtslage widersprechend und erleidet der anfragende Betroffene hierdurch einen Schaden, stellt sich die Frage nach der **persönlichen Haftung des DSB**. Da Ansprüche aus der Verletzung vertraglicher Pflichten – dazu gehören auch solche aus der Rechtsfigur des Vertrages zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB) oder mit Schutzwirkungen für Dritte mangels Vorliegen einer solchen Rechtsfigur ausscheiden,¹⁵ kommen ausschließlich **deliktischen Ansprüche** in Betracht.¹⁶ Bei Arbeitnehmern wären § 823 Abs. 1 und 2 BGB bei Beamten § 839 BGB als Anspruchsgrundlage in Betracht zu ziehen, deren Anspruchsvoraussetzungen in der Praxis regelmäßig nicht vorliegen werden. **Ursächlichkeit** wie auch die **Vorwerfbarkeit** müssten bejaht werden. Selbst wenn der DSB also eine uU notwendige Maßnahme nicht getroffen hat oder trotz bestehender Hinweise auf Unregelmäßigkeiten Kontrollen nicht durchgeführt hat, so ist damit noch nicht gesagt, dass dadurch der Schaden mit Sicherheit vermieden worden wäre. Weder ist gesagt, ob die vorgeschlagene Maßnahme akzeptiert worden oder auch entsprechend angewendet worden wäre. Ein Haftungsfall könnte vorliegen, wenn der DSB gegen seine Verschwiegenheitspflicht (→ Rn. 30) verstößt und dadurch dem Betroffenen ein Schaden entsteht.
- 25 Nimmt ein Beamter die DSB-Aufgabe wahr, so richtet sich die Außenhaftung nach § 839 BGB. Da der DSB jedoch keiner **hoheitlichen Tätigkeit** nachgeht bzw. kein öffentliches Amt ausübt, verbleibt es entgegen der Haftungsübernahmeregelung des Art. 34 GG bei seiner persönlichen Haftung, die sich wie auch bei einem im Angestelltenverhältnis beschäftigten DSB im Rahmen des § 823 BGB bewegt.¹⁷
- 26 Bei nicht grob fahrlässigem Verhalten besteht jedoch ein Freistellungsanspruch gegen den gegebenenfalls ebenfalls haftenden Arbeitgeber¹⁸ bzw. Subsidiarität der Haftung des Beamten.

¹⁴ BAG, Urt. v. 23.3.2011 – 10 AZR 562/09, RDV 2011, 237.

¹⁵ Vgl. ausführlich bei BeckOK Datenschutzrecht/Moos, BDSG § 4g Rn. 42.

¹⁶ Lantwin, ZD 2017, 411 (412).

¹⁷ Vgl. aber auch die Stimmen, die unmittelbar § 823 BGB anwenden, zB Taeger/Gabel/Scheja, BDSG § 4g Rn. 45; Plath/v. d. Bussche, BDSG § 4g Rn. 48.

¹⁸ Gola/Schomerus, BDSG § 4g Rn. 34a.