

Praxistipps Datenschutz 05 2017

Wenn betriebliche Datenschutzbeauftragte ausfallen

Zusammenfassung: Wenn betriebliche Datenschutzbeauftragte ausfallen, ist für angemessenen Ersatz zu sorgen. Ist dieser nicht gegeben, drohen dem Unternehmen Konsequenzen wie Bußgelder als Folge einer Ordnungswidrigkeit. Vorübergehende Abhilfe können Regelungen wie Stellvertreter, Datenschutzkoordinatoren oder externe Unterstützung leisten. Eine Abstimmung mit der zuständigen Aufsichtsbehörde wird empfohlen.

Der Praxisfall: Eine betriebliche Datenschutzbeauftragte fällt für längere Zeit aus. Wichtige Aufgaben können nicht erledigt werden. Das Unternehmen ist Auftragnehmer bei der Auftragsdatenverarbeitung, das Geschäftsmodell beruht auf Aufträgen, die unter diesen Tatbestand Auftragsdatenverarbeitung fallen. Auftragnehmer wollen ihre regelmäßigen Überprüfungen vor Ort durchführen und gehen, wie im Vertrag vereinbart, davon aus, dass die betriebliche Datenschutzbeauftragte die Überprüfungen begleitet. Da die Abwesenheit der Datenschutzbeauftragten sich jedoch immer länger hinzieht und es nicht absehbar ist, wann diese wieder anwesend sein wird, drohen erste Auftraggeber gezwungenermaßen (§ 11 BDSG – Überprüfungen müssen ausgeführt werden, die Verträge über die ADV wurden mit einem entsprechenden Passus der Überprüfungen vor Ort versehen) mit dem Abzug der Aufträge. Im Unternehmen ist Krisenstimmung angesagt.

Was sein muss, muss sein: Wenn ein Unternehmen oder eine Organisation nach dem jeweils einschlägigen Datenschutzgesetz verpflichtet ist, Datenschutzbeauftragte zu bestellen, dann muss dies auch umgesetzt werden. Werden trotz gesetzlicher Verpflichtung keine Datenschutzbeauftragten bestellt, droht zumindest nach dem BDSG für alle nicht-öffentlichen Einrichtungen ein Bußgeld bis 50.000 Euro, wenn dieser Verpflichtung nicht nachgekommen wird. Die EU-DSGVO, die ab 25. Mai 2018 in Kraft sein wird, sieht hier um 200fach höhere Bußgelder vor (10.000.000 Euro).

Auch Datenschutzbeauftragte können ausfallen: Aber auch Datenschutzbeauftragte sind nicht vor Krankheiten oder anderen Übeln, die zu Abwesenheiten führen können, gefeit, so dass auch diese ausfallen können. Da stellt sich die Frage, ob – und wenn ja, ab wann – nicht-öffentliche Einrichtungen wie zu reagieren haben, wenn sie denn Datenschutzbeauftragte bestellt haben, diese aber ausfallen.

Regelung in den Gesetzen – Fehlanzeige: In den einschlägigen Gesetzen gibt es für diesen Fall keine Regelungen. Dort heißt es nur, dass Datenschutzbeauftragte zu bestellen sind und basta.

Gilt die Bestellung noch? Angenommen, die Erkrankung des Datenschutzbeauftragten ist längerfristig, eine Prognose, wann die Arbeit wieder aufgenommen werden kann, gibt es nicht. Da stellt sich schon die Frage, ob die Bestellung dann überhaupt noch rechtskräftig ist. Betrachtet man die Aufgaben der Datenschutzbeauftragten näher, finden sich hier Hinweise, wie lange eine Vakanz höchstens durch eine Stellvertretung gefüllt werden darf. Schon die Bestimmung, dass sich Betroffene jederzeit an Datenschutzbeauftragte wenden können, ist eindeutig. Eine konsequente Anwendung hätte zur Folge, dass betriebliche Datenschutzbeauftragte nicht in Urlaub fahren dürften. Hier ist der Begriff „unverzüglich“, also „ohne schuldhaftes Verzögern“ eine gute Unterstützung. Unverzüglich kann eine Reaktionszeit von bis zu 30 Tagen rechtfertigen, das ist dann aber auch die maximale Zeit der tolerierbaren Abwesenheit von Datenschutzbeauftragten.

Lässt die Erkrankung zumindest temporär Abstimmung zu? Eine wichtige Frage ist in diesem Zusammenhang, ob die Art der Erkrankung zumindest temporär eine Abstimmung mit den erkrankten Datenschutzbeauftragten erlaubt. Dann ist es denkbar, dass – vorausgesetzt die erforderlichen Fertigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen sind im Unternehmen anderweitig vorhanden – die Überbrückung auch über einen längeren Zeitraum hinweg funktionieren kann.

Wissen vorhanden? Eine zentrale Frage ist dann aber unter anderen, ob das für die Umsetzung des Datenschutzes erforderliche Wissen im Unternehmen auch dann vorhanden ist, wenn Datenschutzbeauftragte ausfallen. Hier können datenschutzrechtliche Hilfskräfte wie Datenschutzkoordinatoren eine wertvolle Unterstützung sein. Voraussetzung ist natürlich, dass sie rechtzeitig ausgebildet und mit den Aufgaben vertraut gemacht wurden. Wurden sie schon zuvor von den Datenschutzbeauftragten mit eingesetzt, ist eine fundierte Vertretung eher möglich als wenn für den Fall der Fälle keine Vorkehrungen getroffen wurden.

Zahl der Datenschutzbeauftragten ist im Gesetz nicht festgelegt: Die erste Frage in diesem Zusammenhang ist, ob nicht

einfach weitere Datenschutzbeauftragte bestellt werden können. Hierzu sagt das BDSG folgendes: § 4f Auftraggeber für den Datenschutz „Öffentliche und nicht-öffentliche Stellen, die personenbezogene Daten automatisiert verarbeiten, haben einen Beauftragten für den Datenschutz schriftlich zu bestellen.“ (§ 4f Abs. a Satz 1 BDSG) Hier stellt sich die Frage, ob die Zahl oder der unbestimmte Artikel gemeint sind. Beim ersten Lesen glauben viele, hier sei die Zahl „eins“ gemeint. Da auch Frauen als Datenschutzbeauftragte bestellt werden können, kann dieser Lesart alleine schon aus Gründen der Gleichberechtigung auch widersprochen werden. Tatsächlich geht heute die Mehrheit der Fachautoren davon aus, dass keine Beschränkung auf einen oder eine DSB gemeint ist.

Mehrere Datenschutzbeauftragte sind möglich: Geht man jedoch davon aus, dass der unbestimmte Artikel „einen“ gemeint ist, dann ist die Bestellung von mehreren Datenschutzbeauftragten möglich. Warum das bei betrieblichen Datenschutzbeauftragten im Normalfall nicht gemacht wird, hat den einfachen Grund in den besonderen Bestimmungen in den Gesetzen, die zum Schutz der unabhängigen Arbeit der Datenschutzbeauftragten erlassen wurden. Diese sind unkündbar, Aus- und Weiterbildung sind vom Unternehmen zu finanzieren, es ist Unterstützung zu leisten und eine Weisungsbindung besteht nicht. Daher verzichten viele Unternehmen auf die Bestellung mehrerer betrieblicher Datenschutzbeauftragten, wobei das im vorliegenden Fall die einfachste Lösung wäre.

Vorübergehende Bestellung scheidet aus: Eine vorübergehende, zeitlich begrenzte Bestellung weiterer Datenschutzbeauftragten kommt grundsätzlich nicht in Frage. Der Grund hierfür liegt ebenfalls in der Tatsache, dass Datenschutzbeauftragte eine unabhängige Stellung haben müssen, da sie ein Grundrecht zu schützen haben. Mit einer befristeten Bestellung wäre das nicht vereinbar. Zwar wäre diese Konstellation für diese Situation eine elegante Lösung (vorausgesetzt, die weitere Besetzung verfügt über das erforderliche Maß an Fachkunde und an Zuverlässigkeit), sie ist aber auch nicht legal darstellbar. Andererseits kann keine Aufsichtsbehörde etwas dagegen haben, wenn bestellte Datenschutzbeauftragte mit dem Arbeitgeber einen Aufhebungsvertrag für diese Position unterschreiben. Das darf aber nicht von der verantwortlichen Stelle geplant werden, weil sonst eine wichtige gesetzliche Regelung, die der Unabhängigkeit der Datenschutzbeauftragten, unterlaufen würde.

Stellvertreterregelung nur vorübergehend: Da es für Datenschutzbeauftragte nicht nur unvorhersehbare, sondern auch vorhersehbare Zeiten (Urlaub, Fortbildung) der Abwesenheit gibt, sorgen viele zuständige Stellen für eine Stellvertretung der Datenschutzbeauftragten. Diese ist jedoch nur vorübergehend als Ersatz anzusehen. Dies liegt unter anderem an den besonderen Aufgaben der Datenschutzbeauftragten. Da sich Betroffene jederzeit an Beauftragte für den Datenschutz wenden können (§ 4f Abs. 5 Satz 2 BDSG) und nicht an Stellvertreter, ist die Stellvertreterposition auch nur vorübergehend möglich. Bei längerer Abwesenheit von Datenschutzbeauftragten reicht daher eine reine Stellvertreterregelung nicht aus. Wäre das so, wäre die besondere Stellung der Datenschutzbeauftragten, die das Gesetz ihnen aus gutem Grund einräumt, nicht mehr gegeben. Außerdem dürfte angesichts der immer komplexer werdenden Anforderungen an Datenschutzbeauftragte eine adäquate weitere interne Besetzung vor allem in kleineren Organisationen schwierig werden.

Externe Unterstützung: In dieser Situation der unabsehbaren Abwesenheit von betrieblichen Datenschutzbeauftragten könnte auch eine externe Unterstützung eine Lösung sein. Zwar ist auch diese nicht nur vorübergehend möglich, aber externe Datenschutzbeauftragte könnten zusätzlich zum abwesenden bisherigen DSB bestellt werden. Dabei sind die Empfehlungen der Organisationshilfe zur Bestellung von Datenschutzbeauftragten des Düsseldorf-Kreises zu beachten. Diese sehen vor, dass es eine erste Vertragslaufzeit von ein bis zwei Jahren zum Kennenlernen zu geben habe, danach seien Verträge nur möglich, wenn die Laufzeit mit einer mindestens vierjährigen Kündigungsfrist versehen sei. Hier könnte die „Probezeit“ für eine Überbrückung genutzt werden. Zwar kann man hier auch Gestaltungsmissbrauch unterstellen, zumindest dann, wenn von vorneherein geplant ist, den Vertrag innerhalb der „Probezeit“ aufzulösen. Da in aller Regel aber nicht bekannt sein dürfte, für wie lange der oder die betriebliche Datenschutzbeauftragte tatsächlich ausfallen wird, kann davon keine Rede sein. Dauert der Ausfall länger, muss das Unternehmen nämlich in jedem Fall für Ersatz sorgen.

Kündigung laut Aufsichtsbehörde möglich: Fallen Datenschutzbeauftragte für längere Zeit aus, kommt laut der bayerischen Aufsichtsbehörde auch eine Kündigung aus wichtigem Grund in Betracht. Die Argumentation ist wie folgt: Unternehmen und Organisationen sind bei Zutreffen bestimmter Umstände verpflichtet, Datenschutzbeauftragte zu bestellen.

Tun sie das nicht, drohen Konsequenzen (Bußgeld wegen Ordnungswidrigkeit). Daher hält die Aufsichtsbehörde eine Kündigung aus wichtigem Grund bei unabsehbarer Abwesenheitsdauer grundsätzlich für möglich.

Abstimmung mit Aufsichtsbehörde empfohlen: Wie auch immer die Entschei-

dung im Einzelfall aussehen mag, eine Abstimmung mit der zuständigen Aufsichtsbehörde wird in jedem Fall empfohlen, wenn Datenschutzbeauftragte auf unbestimmte Zeit ausfallen.

Eberhard Häcker, Ens Dorf

Der Autor Eberhard Häcker ist Geschäftsführer der TDSSG GmbH – Team Datenschutz Services – und seit vielen Jahren als Externer Datenschutzbeauftragter und Datenschutzberater tätig. Seine Fachaufsätze erscheinen regelmäßig in unterschiedlichen Publikationen. Außerdem ist er Geschäftsführer der HäckerSoft GmbH, die unter anderem mit der Datenschutzsoftware DATSIS und der Lernplattform Optilearn (Pflichtschulungen für Datenschutzbeauftragte) am Markt aktiv ist. Sein Lieblingsprojekt ist datenschuttkabarett.de