

Abberufung von Datenschutzbeauftragten durch Aufsichtsbehörden?

Von Justitiar Ulf Berger-Delhey, Bonn

Das Problem

In Niedersachsen wird erstmalig ein Verwaltungsgericht über ein Abberufungsverlangen nach § 38 Abs. 5 Satz 3 BDSG¹ zu entscheiden haben. Im konkreten Falle hatte ein Unternehmen den Prokuristen und Leiter derjenigen Abteilung, zu der auch der EDV-Bereich gehörte, als betrieblichen Datenschutzbeauftragten für verschiedene, über ganz Deutschland verteilte speichernde Stellen bestellt. Der niedersächsische Datenschutzbeauftragte, der auch als Aufsichtsbehörde tätig ist (sog. Doppelkompetenz), sah darin einen massiven Interessenkonflikt und forderte die Abberufung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten wegen Fehlens der erforderlichen Sachkunde und Zuverlässigkeit². Nach erfolglosem Widerspruch rief das Unternehmen das Verwaltungsgericht an, dessen Urteil für die Frage entscheidend sein dürfte, welche Macht bisher meist auf Kooperation setzende Aufsichtsbehörden künftig gegenüber betrieblichen Datenschutzbeauftragten haben.

Der Datenschutzbeauftragte

§ 36 Abs. 1 BDSG verpflichtet „nicht-öffentliche Stellen“ – einen gewissen Mindestumfang der Verarbeitung personenbezogener Daten voraussetzend – zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten, der als innerbetriebliches Selbstkontrollorgan „die Ausführung dieses Gesetzes sowie anderer Vorschriften über den Datenschutz“ sicherstellen soll. Nichtöffentliche

Stellen in diesem Sinne sind gem. § 1 Abs. 4 BDSG alle natürlichen Personen, insbesondere also freiberuflich Tätige, sowie alle privatrechtlich organisierten Personenzusammenschlüsse in allen möglichen Rechtsformen^{3,4}. Für öffentliche Stellen, insbesondere also für Behörden, fehlt es hingegen an einer entsprechenden gesetzlichen Verpflichtung im Datenschutzrecht des Bundes; allerdings sehen die Landesdatenschutzgesetze in Hessen (§ 5 Abs. 2 HDSG)⁵, in Berlin (§ 19 Abs. 4 BlnDSG)⁶ und in Niedersachsen (§ 8 Abs. 3 NDSG)⁷ die Bestellung innerbehördlicher Datenschutzbeauftragter vor. Während hessisches und niedersächsisches Recht insoweit zwar Aussagen zur Aufgabenstellung trifft, aber keine besonders hervorgehobene oder mit besonderen Rechten ausgestattete Position schafft⁸, verweisen die Berliner Regelungen für Tätigkeit und Rechtsstellung auf §§ 36 f. BDSG, also die Vorschriften für betriebliche Datenschutzbeauftragte. Schließlich verpflichtet § 79 Abs. 1 SGB-X⁹ auch Behörden und Versicherungsträger, im Sozialleistungsbereich gem. §§ 12, 35 SGB-I¹⁰ behördeninterne Datenschutzbeauftragte nach Maßgabe der für Aufgabenstellung und Rechtsposition betrieblicher Datenschutzbeauftragter geltenden BDSG-Vorschriften zu bestellen.

Bestellung

Die Pflicht, Datenschutzbeauftragte zu bestellen, hängt von einer bestimmten Mindestzahl Beschäftigter ab, nämlich fünf

Arbeitnehmer bei automatisierter und zwanzig Arbeitnehmer bei nicht automatisierter Datenverarbeitung (vgl. § 36 Abs. 1 BDSG). Nach Maßgabe des § 36 Abs. 2 BDSG kann nur bestellt werden, „wer die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit besitzt“, insoweit allerdings sowohl Mitarbeiter der speichernden Stelle als auch außenstehende Personen¹¹, ggf. auch befristet¹². Bei der Bestellung, die schriftlich zu erfolgen hat (vgl. § 36 Abs. 1 Satz 1 BDSG), ist ein Mitbestimmungsrecht der Betriebsvertretung nicht vorgesehen¹³, die allerdings nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG¹⁴ darüber zu wachen hat, daß datenschutzrechtliche Vorschriften ordnungsgemäß eingehalten werden. Entsprechendes gilt, wie § 68 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG^{15,16} zeigt, im Anwendungsbereich personalvertretungsrechtlicher Vorschriften. „Konkurrenzprobleme“ können im Einzelfall freilich auftreten, wenn die Bestellung zum Datenschutzbeauftragten mit einer Einstellung bzw. mit einer Versetzung zusammenfällt. Sofern es sich nicht um leitende Angestellte handelt, stehen der Betriebsvertretung dann Mitbestimmungsrechte nach § 99 BetrVG – ebenso: § 75 Abs. 1 Nrn. 1 bzw. 3 BPersVG – zu, allerdings nicht im Hinblick auf das datenschutzrechtliche Amt¹⁷.

Abberufung?

Nach seiner Stellung ist der Datenschutzbeauftragte – § 36 Abs. 3 Satz 1 BDSG – „dem Inhaber, dem Vorstand, dem Geschäftsführer oder dem sonstigen gesetzlich oder nach der Verfassung des Unternehmens berufenen Leiter unmittelbar unterstellt“ und – § 36 Abs. 3 Satz 2 BDSG – „bei Anwendung seiner Fachkunde auf dem Gebiet des Datenschutzes weisungsfrei“. Seine Unabhängigkeit sichert insoweit § 36 Abs. 3 Satz 3 BDSG, demzufolge die Bestellung zum Datenschutzbeauftragten „nur auf Verlangen der Aufsichtsbehörde oder in entsprechender Anwendung von § 626 BGB widerrufen werden“ kann. Dementsprechend räumt § 38 Abs. 5 BDSG der Aufsichtsbehörde das Recht ein, die Abberufung des Datenschutzbeauftragten zu verlangen. Weitere Vorschriften fehlen, und zwar auch zur Frage einer Abberufung in Ausführung von § 18 BDSG auf freiwilliger Basis eingesetzter behördlicher Datenschutzbeauftragter. Damit stellt sich die

Frage nach Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Abberufungsverlangens einer Aufsichtsbehörde.

Die in § 38 Abs. 5 BDSG geregelten Anordnungs- und Eingriffsrechte wurden mit Gesetz zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes vom 20. Dezember 1990¹⁸ eingefügt; im BDSG 1977 waren entsprechende Regelungen nicht enthalten. Nach Satz 1 dieser Vorschrift kann die Aufsichtsbehörde anordnen, daß „Maßnahmen zur Beseitigung festgestellter technischer oder organisatorischer Mängel getroffen werden“, und sie kann – Satz 2 *ibid.* – bei schwerwiegenden Mängeln, „insbesondere, wenn sie mit besonderer Gefährdung des Persönlichkeitsrechts verbunden sind, (...) den Einsatz einzelner Verfahren untersagen, wenn die Mängel entgegen der Anordnung nach Satz 1 und trotz der Verhängung eines Zwangsgeldes nicht in angemessener Zeit beseitigt wurden“. Schließlich – Satz 3 *ibid.* – kann die Aufsichtsbehörde „die Abberufung des Beauftragten für den Datenschutz verlangen, wenn er die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit nicht besitzt“. – Umstritten sind allerdings nicht nur die – insbesondere kündigungrechtlichen – Konsequenzen¹⁹, sondern auch die Ausgestaltung einer solchen Abberufung an sich: In der Rechtslehre qualifiziert die am weitesten gehende Auffassung das förmliche Abberufungsverlangen als privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt, der unmittelbar auf Rechtsbeziehungen zwischen speichernder Stelle und Datenschutzbeauftragten einwirke und dessen Bestellung mit Bestandskraft der Verfügung ende²⁰. Indessen ermangelt es insoweit jeglicher Stütze im Gesetz, das lediglich davon spricht, die Abberufung könne „verlangt“ werden. Immerhin darf nicht übersehen werden, daß im Falle der – § 38 Abs. 5 Satz 3 BDSG insoweit vergleichbaren – Vorschriften im Wasserhaushalts- und Immissionsschutzrecht für betriebliche Beauftragte übereinstimmend die Ansicht vertreten wird, die Abberufung müsse durch den Besteller erfolgen²¹. Nahe läge es daher, daß speichernde Stellen auch im Datenschutzrecht verpflichtet sein könnten, Abberufungsverlangen der Aufsichtsbehörde nach § 38 Abs. 5 Satz 3 BDSG Folge zu leisten und betriebliche Datenschutzbeauftragte abzuberaufen²². Dafür spricht immerhin der Umstand, daß

das Abberufungsverlangen mit Zwangsmaßnahmen durchgesetzt werden kann. Dessenungeachtet räumt eine dritte Auffassung dem Datenschutzbeauftragten eine deutlich stärkere Stellung gegenüber einem Abberufungsverlangen ein, sei es, daß es als im Ermessen der speichernden Stelle stehend angesehen wird, ob einem Abberufungsverlangen entsprochen werde²³, sei es, daß eine Verpflichtung zur Abberufung als nicht bestehend mit der Folge angesehen wird, daß die Aufsichtsbehörde Abberufungsverlangen rechtlich nicht durchsetzen könne²⁴.

Ein Gesetz auslegen heißt, seinen Sinn zu erforschen. Dabei kommt es nicht auf den subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers an²⁵, maßgebend ist vielmehr dessen im Gesetzeswortlaut objektivierte Wille²⁶. Bei einer Rechtsnorm sind deshalb Wortsinn (sog. sprachlich-grammatikalische Auslegung), Bedeutungszusammenhang (sog. systematische Auslegung), Entstehungsgeschichte (sog. historische Auslegung) und Zweck der Vorschrift (sog. teleologische Auslegung) maßgeblich²⁷. Am Ausgangspunkt steht dabei die Wortbedeutung, d. h., es gelten gesetzliche Festlegungen, wenn das Gesetz für einen Ausdruck solche enthält²⁸; im übrigen gilt für juristische Fachausdrücke der Sprachgebrauch der Juristen, ansonsten allgemeiner Sprachgebrauch²⁹. Insoweit räumt § 38 Abs. 5 BDSG der Aufsichtsbehörde verschiedene Befugnisse ein. Sie kann nämlich zwar bestimmte Maßnahmen „anordnen“ und Nutzungen „untersagen“, die Abberufung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten aber lediglich „verlangen“. Der Gesetzgeber hätte deshalb auch in diesem Falle von „anordnen“ sprechen müssen, hätte die Befugnis für einen zwangsweise durchsetzbaren Verwaltungsakt geschaffen werden sollen. Mit anderen Worten: Gerade die sprachliche Differenzierung belegt, daß nur das Recht zu einer – unverbindlichen – Forderung festgeschrieben ist³⁰. Etwas anderes ergibt sich auch weder unter systematischen noch unter historischen Gesichtspunkten: Zunächst unterstreicht die auf der Einsicht, daß der einzelne Rechtssatz im Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung zu verstehen ist, basierende systematische Auslegung noch den Bedeutungszusammenhang des sprachlich-grammatikalisch gewonnenen Ergebnisses dadurch, daß die Abberufung

betrieblicher Beauftragter in vergleichbaren Fällen des Wasserhaushalts- und Immissionsschutzrechts durch den Besteller erfolgen muß³¹. Vor allem aber ist zu berücksichtigen, daß von einem dergestalt eindeutigen, durch Auslegung ermittelten Wortsinn überhaupt nur abgewichen werden dürfte, wenn der Gesetzeszweck eine abweichende Auslegung nicht nur nahelegte, sondern geradezu geböte³². Deshalb kann auch ein Blick auf die Entstehungsgeschichte zu keinem anderen Resultat führen. Denn selbst wenn sich in Gesetzmateriale Stellungnahmen fänden, wären diese, für sich betrachtet, nicht bindend. Sie verdeutlichten allerdings den Gesetzeszweck, wären also ggf. in diesem Rahmen zu berücksichtigen³³.

Entscheidend für das Auslegungsergebnis ist mithin die teleologische, am Gesetzeszweck, der *ratio legis*, orientierte Auslegung³⁴. Dabei ist die Norm als Teil einer gerechten und zweckmäßigen Ordnung zu verstehen, d. h. evtl. Auslegungsalternativen und ihre praktischen Konsequenzen sind herauszuarbeiten und sorgfältig gegeneinander abzuwägen, welche der Alternativen am zweckmäßigsten und gerechtesten ist und sich in den Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung einfügt³⁵. – Dann aber muß dem Umstand maßgebliche Bedeutung zukommen, daß der Gesetzgeber mit Einführung der Sanktionsmöglichkeit nach § 38 Abs. 5 Satz 3 BDSG „Druck“ auf speichernde Stellen zur Berufung qualifizierter betrieblicher Datenschutzbeauftragter ausüben wollte³⁶. Gerade dieses Ziel, lediglich ein Druckmittel für Aufsichtsbehörden schaffen zu wollen, spricht nämlich für eine Beschränkung der Rechtsfolge darauf, daß speichernde Stellen betriebliche Datenschutzbeauftragte nach § 36 Abs. 3 Satz 4 BDSG abberufen dürfen. Im Normalfall werden speichernde Stellen dem Verlangen einer Aufsichtsbehörde regelmäßig schon deshalb entsprechen, weil die Notwendigkeit möglichst kooperativer Zusammenarbeit unabhängig von der Frage zwangsweiser Durchsetzbarkeit eines Abberufungsverlangens bleibt³⁷. Deshalb ist auch kein Grund dafür ersichtlich, derart weitreichende Eingriffsbefugnisse einer Aufsichtsbehörde über das Maß eines mildesten Mittels hinaus auszudehnen.

1) Bundesdatenschutzgesetz vom 20. 12. 1990 (BGBl. I, S. 2954), zul. geändert durch Postneuordnungsgesetz vom 14. 9. 1994 (BGBl. I, S. 2954).

- 2) XII. Tätigkeitsbericht, Abschn. 4.11.2.
- 3) Dörr/Schmidt, Neues BDSG, 2. Aufl. 1992, § 2 Rn. 17 f.
- 4) Soweit nichtöffentl. Stellen hoheitliche Aufgaben der Verwaltung wahrnehmen, z. B. als beliehene Unternehmer, gelten sie insoweit als öfftl. Stellen; vgl. Dörr/Schmidt, a. a. O. (Fn. 3), § 2 Rn. 19.
- 5) Hessisches Datenschutzgesetz vom 11. 11. 1986 (GVBl., S. 309), zul. geändert durch Gesetz vom 21. 12. 1988 (GVBl., S. 192).
- 6) Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten in der Berliner Verwaltung – Berliner Datenschutzgesetz – vom 1. 11. 1990 (GVBl. 1991, S. 16).
- 7) Niedersächsisches Datenschutzgesetz vom 26. 5. 1978 (GVBl., S. 421), zul. geändert durch Gesetz vom 2. 7. 1985 (GVBl., S. 192).
- 8) Die Tätigkeit wird als reine, aus organisatorischen Gründen in einer Hand zusammengefaßte Verwaltungstätigkeit eingestuft; vgl. Nungesser, HDSG, § 5 Rn. 14.
- 9) Sozialgesetzbuch (SGB) – Verwaltungsverfahren – vom 18. 8. 1980 (BGBl. I, S. 1469; ber. S. 2218), zul. geändert durch Drittes Gesetz zur Änderung des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 15. 12. 1995 (BGBl. I, S. 1824).
- 10) Sozialgesetzbuch (SGB) – Allgemeiner Teil – vom 11. 12. 1975 (BGBl. I, S. 3015), zul. geändert durch Zweites Gesetz zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes im Bereich des Baugewerbes vom 15. 12. 1995 (BGBl. I, S. 1809).
- 11) Dörr/Schmidt, a. a. O. (Fn. 3), § 36 Rn. 11.
- 12) Gola, DuD 1991, 341 ff., 343, fordert bei befristeter Bestellung von Betriebsangehörigen einen die Befristung rechtfertigenden wichtigen Grund.
- 13) Dörr/Schmidt, a. a. O. (Fn. 3), § 36 Rn. 11.
- 14) Betriebsverfassungsgesetz vom 15. 1. 1972 (BGBl. I, S. 13) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. 12. 1988 (BGBl. I, S. 1; ber. S. 902), zul. geändert durch Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts – UmwBerG – vom 28. 10. 1994 (BGBl. I, S. 3210).
- 15) Bundespersonalvertretungsgesetz vom 15. 3. 1974 (BGBl. I, S. 693), zul. geändert durch Bundesgrenzschutzneuregelungsgesetz vom 19. 10. 1994 (BGBl. I, S. 2978).
- 16) Nach BVerwG, PersR, 1990, 102, gehört das BDSG zu den nach dieser Vorschrift von der Beschäftigtenvertretung zu überwachenden Bestimmungen.
- 17) Zul. Berger-Delhey, ZTR 1995, 14 ff., 15, m. w. Nachw. in Fn. 20 u. 21.
- 18) BGBl. I, S. 2954.
- 19) Vgl. hierzu Berger-Delhey, ZTR 1995, 14 ff., 15 f.
- 20) Bergmann/Möhrle/Herb, DatenschutzR, § 38 Rn. 79.
- 21) So z. B. Gieseke/Wiedemann/Csychowski, WHG, § 21 c Rn. 16.
- 22) Walz, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, BDSG, § 38 Rn. 42.
- 23) Dörr/Schmidt, BDSG, a. a. O. (Fn. 3), § 38 Rn. 21 u. § 36 Rn. 25.
- 24) Auernhammer, BDSG, § 38 Rn. 34; Schaffland/Wildfang, BDSG, § 38 Rn. 26.
- 25) So aber die sog. subj. Theorie, vgl. zul. Hassold, ZJP 94, 192, ders., in: FS Larenz, 1983, S. 211.
- 26) So – sog. obj. Theorie – st. Rspr. seit BVerfGE 1, 299, 312; für w. Nachw. vgl. nur Heinrichs, in: Palandt, BGB, 54. Aufl. 1995, Einl. Rn. 34.
- 27) Vgl. nur Palandt-Heinrichs, a. a. O. (Fn. 26), Einl. Rn. 35; ausf. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 305 ff.; s. auch Gast, Juristische Rhetorik, 1988, S. 110 ff.
- 28) Z. B. „unverzüglich“ in § 122 Abs. 1 BGB und „kennen müssen“ in § 122 Abs. 2 BGB.
- 29) Palandt-Heinrichs, a. a. O. (Fn. 26), Einl. Rn. 34.
- 30) So zutr. DSB 5/1995, 1 ff., 3.
- 31) S. o. Fn. 21.
- 32) Palandt-Heinrichs, a. a. O. (Fn. 26), Einl. Rn. 35, m. w. Nachw.
- 33) Palandt-Heinrichs, a. a. O. (Fn. 26), Einl. Rn. 37.
- 34) Palandt-Heinrichs, a. a. O. (Fn. 26), Einl. Rn. 38, m. w. Nachw.
- 35) Palandt-Heinrichs, a. a. O. (Fn. 26), Einl. Rn. 38, m. w. Nachw.
- 36) So – Amtl. Begründung – BT-Drs. 11/4306, S. 53.
- 37) DSB, 5/1995, 1 ff., 3.