

Fachbereich Wirtschaft

Bielefelder Schriften zur wirtschaftsrechtlichen Praxis

Die Benennungspflicht von Datenschutzbeauftragten nach nationalem und europäischen Recht

Mit Praxisleitfaden

Niklas Kersting

HS'BI

Hochschule
Bielefeld
University of
Applied Sciences
and Arts

Band 38

Die Benennungspflicht von Datenschutz- beauftragten nach nationalem und nach europäischem Recht

Mit Praxisleitfaden

von

Niklas Kersting

Bielefelder Schriften zur wirtschaftsrechtlichen Praxis

herausgegeben vom
Fachbereich Wirtschaft
der Fachhochschule Bielefeld
Prof. Dr. Axel Benning

Band 38

Niklas Kersting

**Die Bennennungspflicht von Datenschutzbeauftragten
nach nationalem und europäischem Recht**

Mit Praxisleitfaden

Shaker Verlag
Düren 2023

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Copyright Shaker Verlag 2023

Alle Rechte, auch das des auszugsweisen Nachdruckes, der auszugsweisen oder vollständigen Wiedergabe, der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen und der Übersetzung, vorbehalten.

Printed in Germany.

ISBN 978-3-8440-9141-0

ISSN 1860-3882

Shaker Verlag GmbH • Am Langen Graben 15a • 52353 Düren

Telefon: 02421 / 99 0 11 - 0 • Telefax: 02421 / 99 0 11 - 9

Internet: www.shaker.de • E-Mail: info@shaker.de

Vorwort des Herausgebers

Der Studiengang Wirtschaftsrecht am Fachbereich Wirtschaft der Hochschule Bielefeld orientiert sich maßgeblich an den Anforderungen der Praxis. Dabei werden betriebswirtschaftliche und juristische Inhalte kombiniert. Kennzeichnend für diesen Studiengang sind die internationale Ausrichtung und die intensive Ausbildung in der Vertragsgestaltung.

Die vorliegende Schriftenreihe ist ins Leben gerufen worden, um den Austausch zwischen der Hochschule einerseits und der Praxis andererseits zu intensivieren. Darüber hinaus soll Studierenden, die eine exzellente Bachelorarbeit verfasst haben, eine Möglichkeit geboten werden, ihre innovativen und kreativen Gedanken einer breiteren Öffentlichkeit mitzuteilen. Schließlich möchte sich der Fachbereich mit der Schriftenreihe auch für die besonders hervorragenden Leistungen der Studierenden bedanken und kommende Generationen motivieren, ihr Studium ebenfalls mit guten Leistungen abzuschließen.

Die Arbeit von Niklas Kersting wurde von Frau Prof. Dr. Christiane Nitschke als Erstgutachterin und mir als Zweitgutachter betreut.

Bielefeld, im Juni 2023

Prof. Dr. Axel Benning
Herausgeber

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	VII
Rechtsquellenverzeichnis	IX
Gendererklärung	IX
A. Einleitung	1
B. Grundlagen zur Benennung des Datenschutzbeauftragten.....	3
I. Interner, externer Datenschutzbeauftragter und juristische Personen	3
1. Interner Datenschutzbeauftragter	3
2. Externer Datenschutzbeauftragter	4
3. Juristische Personen als Datenschutzbeauftragte	5
II. Freiwillige Benennung nach der DS-GVO	6
III. Freiwillige Benennung nach nationalem Recht	7
IV. Persönliche Voraussetzungen nach der DS-GVO	7
1. Fachliche und berufliche Qualifikation	8
a) Fachqualifikation	8
b) Datenschutzrechtliches Fachwissen	9
c) Fachwissen in der Datenschutzpraxis.....	9
2. Maßgebender Zeitpunkt.....	10
3. Persönliche Voraussetzungen des externen Datenschutzbeauftragten	10
V. Persönliche Voraussetzungen nach dem BDSG	11
C. Benennungspflicht nach der DS-GVO	13
I. Benennungspflicht für öffentliche Stellen nach DS-GVO	13
1. Öffentliche Stellen und Behörden	13
2. Gemeinsamer Datenschutzbeauftragter für öffentliche Stellen und Behörden.....	14
II. Benennungspflicht für nichtöffentliche Stellen	15
1. Nichtöffentliche Stellen	15
2. Gemeinsamer Datenschutzbeauftragter für Unternehmensgruppen ..	16

3. Gemeinsame Ansätze lit. b) & c)	18
a) Kerntätigkeit	18
aa) Kerntätigkeit und Nebentätigkeit (ErwG 97)	18
(1) Geschäftsgegenstand oder unmittelbare Verknüpfung	18
(2) Interne Haupttätigkeit	19
(3) Unternehmensstrategie	19
(4) Eigene Meinung	19
bb) Abgrenzung von Tätigkeitsfeldern	22
(1) Eine Haupttätigkeit als Kerntätigkeit	22
(2) Mehrere Haupttätigkeiten als Kerntätigkeit(-en)	23
b) Verantwortlicher und Auftragsverarbeitender	23
aa) Ressourcenbereitstellungsverpflichtung zur Erfüllung der Aufgaben für fremde Datenschutzbeauftragte	25
bb) Datenzugangsbereitstellungsverpflichtung für fremde Datenschutzbeauftragte	26
cc) Verarbeitungsvorgangszugangsbereitstellungsverpflichtung für fremde Datenschutzbeauftragte	26
dd) Ressourcenbereitstellungsverpflichtung zum Erhalt des Fachwissens für fremde Datenschutzbeauftragte	27
4. Benennungspflicht bei besonderen Daten lit. c)	27
5. Benennungspflicht bei Erforderlichkeit einer Überwachung lit. b)	29
a) Abgrenzung passive und aktive Tatbestandsmerkmale	29
aa) Passive Merkmale	30
(1) Art der Datenverarbeitung	30
(2) Umfang der Datenverarbeitung	30
(3) Zweck der Datenverarbeitung	31
bb) Aktive Merkmale	31
(1) Notwendigkeit der regelmäßigen Überwachung	33
(2) Notwendigkeit der systematischen Überwachung	33
(3) Notwendigkeit der umfangreichen Überwachung	33
b) Überwachung	35
c) Notwendigkeit	35

D. Benennungspflicht nach nationalem Recht 37

I. Benennungspflicht für öffentliche Stellen nach § 5 BDSG	37
--	----

II. Nichtöffentliche Stellen.....	38
1. Benennungspflicht bei 20 oder mehr Datenverarbeitenden.....	39
2. Benennungspflicht bei Datenverarbeitung nach Art. 35 DS-GVO.....	41
3. Benennungspflicht bei geschäftsmäßiger Datenverarbeitung.....	42
4. Fazit zur Benennungspflicht nach § 38 Abs. 1 BDSG	43
III. Verantwortlicher und Auftragsverarbeitender nach BDSG	44

E. Rechtsfolgen bei Verstößen..... 45

F. Fazit..... 47

Anhang:

Umsetzungstabelle BDSG und DS-GVO für Art. 37 DS-GVO	51
Klausel zu Art. 38 Abs. 2 DS-GVO	55
Umsatztablelle Dax40-Konzerne 2021	59
Prüfung zur Pflicht zur Aufstellung einer Datenschutz- Folgeabschätzung nach Art. 35 DS-GVO	61
Muss-Liste nach Art. 35 Abs. 4 DS-GVO.....	65
Risikobasierter Ansatz.....	74
Beispiel zur Benennungspflicht nach § 38 Abs. 1 S. 1 BDSG	77
Praxisleitfaden für öffentliche und nichtöffentliche Stellen zur Prüfung einer Benennungspflicht eines Datenschutzbeauftragten	78
Literaturverzeichnis.....	87
Rechtsprechungsverzeichnis.....	95

Abkürzungsverzeichnis

abg.	abgefragt
Abs.	Absatz
aF.	alte Fassung
Art.	Artikel
Artt.	Artikel (<i>pl.</i>)
autm.	automatische
BR	Betriebstrat
bspw.	beispielsweise
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
DS	Datenschutz
DS-FA	Datenschutz-Folgeabschätzung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ErwG	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
exkl.	exklusive
f.	folgend
ff.	fortfolgend
ggf.	gegebenenfalls
h	Stunden
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
idF.	in diesem Falle
idR.	In der Regel
insb.	insbesondere
iSd.	im Sinne des/der
iSv.	im Sinne von
IT	Informationstechnologie
lit.	<i>littera/litterae (pl.) (lat. für Buchstabe)</i>
m.M.	Mindermeinung
mind.	mindestens

Mio.	Millionen
möglw.	möglicherweise
nF.	neue Fassung
Nr.	Nummer
rglm.	regelmäßig
Rn.	Randnummer
S.	Satz
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des [EU] Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
sO.	siehe oben
StB	Steuerberater
sU.	siehe unten
Swa.	So wohl auch
uÄ.	und Ähnliche
umfg.	umfangreiche
usw.	und so weiter
uU.	unter Umständen
v.	von (<i>Namenstitel</i>)
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
Vors.	Vorschrift
zB.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zul.	zuletzt

Rechtsquellenverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AktG	Aktiengesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
Dienst. RL	Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
EU-GR Charta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GenDG	Gendiagnostikgesetz
GG	Grundgesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
MwSt RL	Richtlinie 2006/112/EG über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
StBerG	Steuerberatungsgesetz
TTDSG	Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WPO	Wirtschaftsprüferordnung

Gendererklärung

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich, divers (m/w/d) verzichtet. Sämtliche Formulierungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.