

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	XVII
Abkürzungsverzeichnis.....	XLV
Einleitung	1
A. Problemstellung.....	1
B. Relevanz des Themas	2
C. Gang der Untersuchung	4
Erster Teil: Bedeutung des Datenschutzbeauftragten in der DSGVO.....	7
A. Starke Stellung im Falle der Benennung	7
I. Entstehungsgeschichte des Datenschutzbeauftragten im Europarecht	7
II. Einheitliche Ausgestaltung eines europäischen Datenschutzbeauftragten.....	9
III. Stellung des Datenschutzbeauftragten im Unternehmen	11
1. Einbindung des Datenschutzbeauftragten.....	11
a) Gegenstand der Einbindung.....	11
b) Ordnungsgemäßheit der Einbindung	12
c) Frühzeitigkeit der Einbindung	13
2. Unterstützung durch den Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter	14
a) Notwendige Ressourcen	14
aa) Enges Begriffsverständnis aus Systematik	15
bb) Kein Anspruch auf „Förderung“ durch das Management	15
cc) Zwischenergebnis: Definition von „Ressourcen“	16
b) Zugangsrechte	16
c) Reduzierte Anwendung auf den externen Datenschutzbeauftragten.....	17
3. Unabhängigkeit im Unternehmen.....	18

4.	Unabhängigkeit gegenüber den Behörden	19
a)	Keine Aussage der DSGVO zur Meldepflicht bei Verstößen	20
b)	Grundsätzlich kein Melderecht bei strafrechtlicher Relevanz....	21
aa)	Keine erkennbare Relevanz des § 138 StGB.....	22
bb)	Garantenstellung nicht entscheidend	22
cc)	Unvereinbar mit <i>nemo tenetur</i> -Grundsatz	23
dd)	Verstoß gegen Verteidigungsrechte von Unternehmen.....	24
c)	Zwischenergebnis: Kein verlängerter Arm der Aufsichtsbehörden	24
5.	Ansprechpartner für Betroffene – nicht deren Berater	26
a)	Kein Handeln gegen den Willen des Verantwortlichen	26
b)	Keine Beratung des Betroffenen.....	27
aa)	Schwaches Wortlautargument	27
bb)	Sinn und Zweck	27
cc)	Systematik.....	28
dd)	Auch keine Beratung von Mitarbeitern als Betroffenen.....	29
6.	Geheimhaltungspflicht und Vertraulichkeit.....	30
7.	Teilzeittätigkeit und Verbot von Interessenkonflikten	31
8.	Pflicht zur Erfüllung der Aufgaben aus Art. 39 DSGVO.....	34
a)	Abgrenzung von „Unterrichtung“ und „Schulung“	36
aa)	Keine Pflicht, Schulungen durchzuführen.....	36
bb)	Kein Interessenkonflikt bei Überwachung von Schulungen.....	37
b)	Kein Interessenkonflikt bei Durchführung Datenschutzfolgeabschätzung.....	37
IV.	Zwischenergebnis.....	38
B.	Schwache Stellung im Gesamtgefüge des europäischen Datenschutzrechts	39
I.	Anwendungsbereich der Benennungspflicht in Art. 37 Abs. 1 DSGVO	39

1. Adressatenkreis des Art. 37 Abs. 1 DSGVO	39
a) Keine Unterscheidung nach öffentlichem und privatem Sektor	40
b) Keine pauschale Freistellung über Tatbestandsmerkmal „Unternehmen“	41
aa) Reichweite des Begriffs „Unternehmen“ nach Art. 4 Nr. 18 DSGVO	42
(1) Gemeinnützige Vereine als Unternehmen	45
(2) Privatrechtlich verfasste Forschungseinrichtungen als Unternehmen	46
(3) Zwischenergebnis zur Reichweite des Unternehmensbegriffs.....	47
bb) Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter.....	48
(1) Verantwortlicher	48
(2) Auftragsverarbeiter	50
cc) Zwischenergebnis zur pauschalen Freistellung im privaten Sektor	50
2. Kritikalität der Datenverarbeitung	52
a) „Kerntätigkeit“ als einheitlich zu verstehendes Merkmal	54
aa) Bisheriger Meinungsstand in der Literatur	55
bb) Stellungnahme	57
(1) Enges Verständnis des Begriffs nach Wortlaut und Systematik.....	57
(2) Kein weiteres Verständnis des Begriffs nach Sinn und Zweck	58
(3) Definition von „Kerntätigkeit“ in zwei Prüfungsschritten	59
b) Kritikalität in Art. 37 Abs. 1 lit. b DSGVO.....	60
aa) Art, Umfang und Zweck der Verarbeitung als Ursache der Überwachung	60
bb) Umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung	61

(1) Überwachung	62
(2) Umfangreich, regelmäßig und systematisch.....	63
cc) Zwischenergebnis zur Kritikalität gem. Art. 37 Abs. 1 lit. b DSGVO	64
c) Kritikalität in Art. 37 Abs. 1 lit. c DSGVO	65
II. Verpflichtende Benennung jenseits der DSGVO	66
1. Öffnung für das Unionsrecht	66
2. Öffnung für das Recht der Mitgliedstaaten.....	67
a) Gebrauch der Öffnungsklausel durch die Mitgliedstaaten im Vergleich.....	68
b) Deutsche Benennungspflicht im europäischen Vergleich.....	76
aa) Variante 1: Mindestens 20 Personen	76
(1) Berechnung der Beschäftigtenzahl	78
(2) Automatisierte Verarbeitung	79
(3) „In der Regel“	80
(4) „Ständig“.....	80
bb) Variante 2: Positivliste bei Vorliegen des Art. 35 DSGVO....	81
cc) Variante 3: Geschäftsmäßige Übermittlung, Forschung	82
III. Zwischenergebnis zur schwachen Stellung des Datenschutzbeauftragten	83
C. Ergebnis des ersten Teils	84
Zweiter Teil: Der Datenschutzbeauftragte als originär europäischer Freiberufler	87
A. Freie Berufe in Deutschland und der Europäischen Union	87
I. Persönlicher Einsatz bei der Berufsausübung.....	88
II. Erbringung ideeller Leistungen in Weisungsfreiheit.....	89
III. Wirtschaftliche Selbstständigkeit.....	90
IV. Erfordernis einer qualifizierten Ausbildung	91
V. Besonderes Vertrauensverhältnis zum Auftraggeber	92

VI.	Gemeinnützige Berufsausübung und Verbot standeswidriger Werbung	93
VII.	Organisation als Berufsstand	94
VIII.	Freie Berufe in der Europäischen Union	95
1.	Kritik der Europäischen Kommission am Berufsrecht	96
2.	Europarecht als „Geburtshelfer Freier Berufe“	96
B.	Persönlicher Einsatz des Datenschutzbeauftragten.....	97
I.	Persönliches Tätigwerden als gesetzliches Leitbild.....	97
II.	Zulässigkeit der Benennung juristischer Personen	99
1.	Sicht der Aufsichtsbehörden	100
2.	Debatte in der Literatur	102
	a) Eine Ansicht: Frage in DSGVO offengelassen	103
	b) Zweite Ansicht: Unzulässig	103
	c) Einigkeit bei Ruf nach Gesetzgeber	104
3.	Stellungnahme zur Benennung juristischer Personen.....	104
	a) Klarstellung zum Anwendungsbereich des Art. 37 Abs. 6 Alt. 2 DSGVO.....	104
	b) Wortlautargument	105
	c) Systematik.....	106
	d) Entstehungsgeschichte	107
	e) Sinn und Zweck	107
	aa) Arbeitsteiliges Vorgehen notwendig	107
	bb) Arbeitsteiliges Vorgehen wird faktisch praktiziert.....	109
4.	Zwischenergebnis zur Zulässigkeit der Benennung juristischer Personen	110
III.	De lege ferenda: Vorbild Berufsausübungsgesellschaft	111
C.	Qualifizierte Ausbildung erforderlich, aber nicht durchsetzbar	114
I.	Bisher keine einheitlichen europäischen Anforderungen zur Qualifikation	114
1.	Systematik	114

2.	Entstehungsgeschichte der Norm.....	115
3.	Relevanz der Frage in Deutschland und Frankreich.....	116
4.	Stellungnahme.....	117
II.	Anforderungstrias des Art. 37 Abs. 5 DSGVO	118
1.	Berufliche Qualifikation	119
a)	Rückschlüsse aus dem Datenschutzrecht.....	120
b)	Rückschlüsse aus sonstigem Europarecht	121
c)	Zwischenergebnis: Bedeutung und Systematik des Begriffs ...	122
2.	Fachwissen	123
a)	Rückschlüsse aus dem Datenschutzrecht.....	123
b)	Rückschlüsse aus dem Patentrecht	125
c)	Flexible Anforderungsskala des EG 97 Satz 3 DSGVO	126
d)	Anforderungen des Art. 39 DSGVO als Untergrenze des Fachwissens	127
aa)	Etablierte Bezugspunkte für Mindestanforderungen an das Fachwissen.....	127
(1)	Art.-29-Datenschutzgruppe	128
(2)	CNIL	128
(3)	Compliance-Beauftragter in § 3 Abs. 1 WpHG MaAnzV	128
(4)	BDSG 2003.....	129
bb)	Rückschlüsse auf die erforderliche Ausbildung	130
(1)	Studienabschluss ist naheliegende Anforderung	131
(2)	Streit über Notwendigkeit praktischer Befähigung	132
cc)	Stand der Diskussion in der deutschen Rechtsprechung	133
(1)	Finanzgericht München und Bundesfinanzhof.....	133
(a)	BFH in 2003: Kein Studienabschluss erforderlich	134
(b)	FG München in 2017: Kein Studienabschluss erforderlich	134
(c)	BFH in 2020: Interdisziplinärer Beruf eigener Art....	135

(2) Anwaltsgerichtshofs Hamburg in 2017 und Bundesgerichtshof in 2018	136
(a) Ebenfalls Rückgriff auf Düsseldorfer Kreis	136
(b) Arbeit Datenschutzbeauftragter von anwaltlicher Tätigkeit geprägt.....	137
(3) Kein Widerspruch der Bundesgerichte.....	138
(4) Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern in 2020	139
e) Stellungnahme.....	140
3. Fähigkeit zur Erfüllung der in Art. 39 DSGVO genannten Aufgaben	143
a) Diskussion in der Literatur	143
b) Stellungnahme.....	145
4. Zwischenergebnis zur Anforderungstrias des Art. 37 Abs. 5 DSGVO	146
III. Zwischenergebnis zur erforderlichen Qualifikation	149
D. Berufsstand der Datenschutzbeauftragten und seine Organisation	151
I. USA und international: Association of Privacy Professionals (IAPP)	151
1. Beitrag zur Definition des Berufsbildes.....	152
2. Beitrag zur Entstehung eines Berufsrechts	154
II. Europa: Federation of European Data Protection Officers (EFDPO)	155
III. Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (BvD) e.V.....	157
1. Beitrag zur Entstehung eines Berufsbildes	158
a) Begriff der angemessenen Qualifikation	159
b) Begriff der zweijährigen Berufserfahrung.....	159
c) „Anerkannte Qualifikation zum Datenschutzbeauftragten“	160
2. Beitrag zur Entstehung eines Berufsrechts	162
3. Fazit zum BvD und Vergleich mit der IAPP	163

IV.	Portugal: Berufskodex für Datenschutzbeauftragte der APDPO.....	164
V.	Zwischenergebnis zur Organisation des Berufsstandes.....	165
E.	Vergleich mit dem Steuerberater und Delegation der Rechenschaftspflicht	167
I.	Herausforderung der Einhaltung fester Prozesse im Mittelstand	167
II.	Steuer-Compliance im Vergleich zu den Anforderungen der DSGVO	169
1.	Mindestanforderungen an innerbetriebliche Kontrollsysteme.....	170
2.	Limitierende Faktoren in kleinen und mittleren Unternehmen	174
3.	Compliance-Rolle des Steuerberaters und des Datenschutzbeauftragten.....	176
III.	Delegation von Pflichten auf den Datenschutzbeauftragten.....	178
1.	Delegation von Compliance-Pflichten nach deutschem Recht.....	179
2.	Delegation von Compliance-Pflichten auf Betriebsbeauftragte	181
3.	Delegation von DSGVO-Pflichten auf den Datenschutzbeauftragten.....	182
a)	Inhalt der Pflichten aus Art. 5 Abs. 2 DSGVO und Art. 24 Abs. 1 DSGVO	183
b)	Anwendung der Mechanik des Art. 38 Abs. 6 DSGVO.....	184
c)	Annahme von Interessenkonflikten in der Literatur.....	185
aa)	Bei Kontrolle der eigenen Arbeit.....	185
bb)	Bei Überschneidung mit Verantwortlichem	186
d)	Stellungnahme.....	187
aa)	Weisungsfreiheit ist kein Hindernis	188
bb)	Pauschal vermutete Überlastung ist kein Gegenargument...	189
cc)	Begriff der „Beratung“ in Art. 39 Abs. 1 lit. a DSGVO	190
(1)	Keine einheitliche Verwendung in der DSGVO	190
(2)	Nebenpflicht zur Sachverhaltsaufklärung	190
(3)	Geschuldet sind vertretbare Lösungen <i>de lege artis</i>	191

(4) Treffen einer Entscheidung nicht per se Interessenkonflikt	192
4. Zwischenergebnis zur Delegation an den Datenschutzbeauftragten	193
IV. Zwischenergebnis zum Vergleich mit dem Steuerberater	194
F. Ergebnis des zweiten Teils.....	195
 Dritter Teil: Der European Patent Attorney als Vorbild 197	
A. Überblick über das Patentrecht und seine Institutionen	199
I. Erteilung von Patenten durch den Nationalstaat.....	200
II. Internationale Verflechtung des Patentrechts	201
III. Institutionen des Patentrechts	202
1. Patentämter.....	202
2. Patentgerichte.....	203
3. Patentanwälte	204
B. Deutscher Patentanwalt.....	205
I. Tätigkeit des Patentanwalts.....	205
II. Entstehungsgeschichte des deutschen Patentanwalts	206
1. Patentanwaltsgesetz von 1900	207
a) Übergangsregelungen für die Nicht-Patentanwälte	208
b) Fast keine berufsständische Selbstorganisation und kein freier Beruf.....	209
2. Patentanwaltsgesetz von 1933	210
a) Berufsständisches Beratungsmonopol mit Ausnahmen	211
b) Berufsständische Selbstorganisation und Anerkennung als freier Beruf.....	211
3. Entwicklungen in der Bundesrepublik.....	212
III. Befähigungszulassung zum deutschen Patentanwalt.....	213
1. Technische Befähigung gem. § 6 PAO.....	214
a) Naturwissenschaftliches oder technisches Studium	215
aa) Art der Hochschule und Masterabschluss	215

bb)	Zulässige Studiengänge	215
(1)	Einzelfallentscheidung des DPMA.....	216
(2)	Berechnung anhand des Transcript of Records	217
(3)	Ausschluss „durchlässiger“ Masterstudiengänge	217
b)	Insbesondere: Informatikstudium	218
aa)	Bachelor	218
bb)	Master	219
c)	Ein Jahr praktischer technischer Tätigkeit.....	219
2.	Ausbildung auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes.....	220
a)	Erster Ausbildungsabschnitt	221
aa)	Studium des allgemeinen Rechts	221
(1)	Mindestanforderungen.....	222
(2)	Dominanz der Fernuniversität Hagen.....	223
(3)	Anforderungen an die Abschlussprüfung	224
bb)	Station und Arbeitsgemeinschaft.....	225
(1)	Station bei Patentanwalt oder Patentassessor	225
(2)	Rechtspflegestation bei Gericht für Patentstreitsachen	225
(3)	Anrechnung von Auslandsausbildung	226
(4)	Teilnahme an den Arbeitsgemeinschaften.....	226
b)	Zweiter und dritter Ausbildungsabschnitt	227
3.	Zweiter Bildungsweg des § 158 PAO.....	227
4.	Prüfung gem. § 8 PAO.....	228
a)	Schriftliche Prüfung.....	228
b)	Mündliche Prüfung	229
5.	Fazit zur Struktur der Befähigungszulassung	230
C.	Der European Patent Attorney.....	230
I.	Eigenständiges Berufsbild.....	231
1.	Entwicklung einer Berufsbezeichnung	232

a)	Erstmals 1977 in Großbritannien: „European patent attorney“.....	233
b)	Adaption durch die Europäische Gemeinschaft	233
c)	Verwirrung durch „europäische Patentanwälte“ in deutschem EuPAG	234
d)	Stellungnahme.....	234
2.	Europäisches Patentinstitut	235
a)	Verfassung der Kammer	236
b)	Ausübung der Disziplinargewalt	236
c)	Das Berufsrecht des European Patent Attorney.....	237
d)	Zwischenergebnis: Europäisches Patentinstitut.....	238
3.	Tätigkeit des European Patent Attorney	238
II.	Berufszugangsregelung: Europäische Eignungsprüfung.....	239
1.	Historische Entwicklung der Prüfung.....	240
2.	Zulassung zur Prüfung	241
a)	Natur- oder ingenieurwissenschaftliches Studium.....	242
aa)	Art der Hochschule	242
bb)	Zulässige Studiengänge	242
b)	Berufserfahrung im gewerblichen Rechtsschutz	243
cc)	Zweiter Bildungsweg.....	244
3.	Ablauf der Ausbildung.....	244
4.	Inhalt und Ablauf der Prüfung	245
III.	Zwischenergebnis zum European Patent Attorney	246
D.	Ergebnis des dritten Teils.....	247
	Ergebnis und Ausblick.....	251