



Kriterien zur Akkreditierung einer CoC Überwachungsstelle

**Stellungnahme des Vereins Selbstregulierung Informationswirtschaft e.V. zum Entwurf des AK
Wirtschaft zu Akkreditierungskriterien für CoC Überwachungsstellen**

Eingereicht und veröffentlicht
am 18.10.2019



Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Möglichkeit zu Ihrem Entwurf der Akkreditierungskriterien für eine CoC Überwachungsstelle (kurz: der Entwurf) Stellung zu nehmen. Wir begrüßen es ausdrücklich, dass der AK Wirtschaft Akkreditierungskriterien gemäß Art. 41 DS-GVO i.V.m. Art. 57 Abs. 1 lit. p 1. Alt. DS-GVO entworfen hat, da so Art. 40, 41 DS-GVO zur weiteren Implementierung im Markt verholfen werden kann.

Die im Entwurf aufgestellten Kriterien zur Akkreditierung einer Überwachungsstelle für Verhaltensregeln nach Art. 41 DS-GVO sind von großer Wichtigkeit für die beteiligten Akteuren, vor allem vorliegende Verbände, überwachte Stellen sowie Überwachungsstellen, die eine Akkreditierung nach Art. 41 DS-GVO anstreben. Durch den Entwurf können die gesetzlichen Anforderungen besser eingeschätzt sowie damit verknüpften Erwartungen der Aufsicht genau adressiert werden. Gleichzeitig wird damit auch die Grundlage für die Implementierung von Überwachungsstellen von Verhaltensregeln am Markt geschaffen.

Entsprechend ist im Folgenden unsere Stellungnahme zu finden. Für Rückfragen jeder Art stehen wir gerne zur Verfügung.

Herausgeber

Selbstregulierung Informationswirtschaft e.V.

Albrechtstraße 10 B
10117 Berlin
<https://sriw.de>

+49 (0)30 30878099-0
info@sriw.de

Amtsgericht Berlin Charlottenburg
Registernummer: VR 30983 B
USt-Nummer: DE301407624

Geschäftsführer

Jörn Wittmann



Inhaltsverzeichnis

Über den SRIW e.V.....	3
Allgemeine Anmerkungen	4
Konkrete Anmerkungen	5
1 Begrifflichkeiten.....	5
1.1 Verwendung und Erkennbarkeit von Definitionen.....	5
1.2 Weiterer Klarstellung zugängliche Begriffe und Absätze	6
2 Unabhängigkeit und Interessenskonflikte	8
3 Fachwissen und Erfahrung	12
4 Festgelegte Verfahren und Strukturen.....	14
5 Befugnisse	16
6 Informationspflichten	19

Über den SRIW e.V.

Der SRIW e.V. (Selbstregulierung Informationswirtschaft) wurde 2011 als unabhängige, private Aufsichtsstelle branchenspezifischer Verhaltensregeln gegründet. Oberste Prämisse seit Gründung war und ist es, die notwendigen, unabhängigen Strukturen bereitzustellen, um branchenspezifische Verhaltensregeln sowohl zu verwalten als auch glaubwürdig und wirksam zu beaufsichtigen, inklusive eines Beschwerdemanagements. Seither ist der SRIW erfolgreich an der Entwicklung von Verhaltensregeln, unter anderem im Bereich Datenschutz, beteiligt und engagiert sich auch in anderen Formen rund um das Thema *modern-regulation*¹. Nicht zuletzt durch die Datenschutzgrundverordnung verstärkte der SRIW seine Aktivitäten insbesondere auf Europäischer Ebene durch die in Brüssel sitzende Tochtergesellschaft SCOPE Europe sprl / bvba².

Der SRIW ist folglich täglich mit den besonderen Fragestellungen im Bereich der Verhaltensregeln und deren glaubwürdiger und unabhängiger Überwachung konfrontiert. Der SRIW konnte insbesondere wertvolle praktische Erfahrungen sammeln, inwieweit unterschiedliche Lösungen und Prozesse überhaupt einer wirtschaftlichen Umsetzung zugänglich sind und inwieweit umsetzbare Lösungen und Prozesse seitens der überwachten Stellen akzeptiert werden. Auf Basis dieser langjährigen Erfahrung wurde die folgende Stellungnahme verfasst.

¹ Eine Übersicht aktueller Projekte und Tätigkeiten ist zu finden unter: <https://sriw.de/projekte-kodizes.html>.

² <https://scope-europe.eu>

Allgemeine Anmerkungen

Bevor im Folgenden konkrete Anmerkungen mit spezifischen Vorschlägen dargelegt werden, erfolgt zunächst eine allgemeine Kommentierung. Grundlegend ist sehr zu begrüßen, dass der Entwurf die Anforderungen des Gesetzes mit Praktikabilität und existierenden Bedingungen am Markt verknüpft. Ein grundlegendes Element hierfür wird auf Seite 3 des Entwurfs geschaffen, indem geregelt wird, *„Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten der Überwachungsstellen [...] so voneinander abzugrenzen, dass sowohl die Aufgabenerfüllung der jeweiligen Überwachungsstelle als auch die Aufgabenerfüllung der zuständigen Aufsichtsbehörden daraus hervorgehen“*. Diese sowie die im Entwurf darauffolgenden Klarstellungen helfen den vorlegenden Verbänden und Überwachungsstellen, eindeutige Zuständigkeiten festzusetzen. Ähnlich verhält es sich mit den Zuständigkeiten einer Überwachungsstelle im Hinblick auf die jeweilige Verhaltensregel, wonach die Anforderungen an die Antragsstellung auf Seite 2 deutlich machen, dass – sofern notwendig – mehrere Überwachungsstellen für eine Verhaltensregel akkreditiert werden können. Gleichzeitig trägt der Entwurf zum Verständnis bei, wie eine Überwachungsstelle verschiedene Verhaltensregeln kontrollieren und überwachen kann.

Ein weiterer relevanter Aspekt von allgemeiner Natur ist die nach dem Entwurf zur Anwendung kommende Sprache. Hierzu sind die im Entwurf auf Seite 2 festgelegten Kriterien hilfreich, wonach die Verfahrenssprache deutsch ist und *„Eingaben, Belege, Urkunden und sonstige Dokumente zur Akkreditierung der Überwachungsstelle und ihres Personals in einer fremden Sprache [...] nur unter Vorlage einer Übersetzung einer staatlich geprüften und anerkannten Übersetzerin oder eines staatlich geprüften und anerkannten Übersetzers zu berücksichtigen“* sind. Während dieses Verfahren einen praktikablen Prozess skizziert, bleibt die Frage, wie es um das Verhältnis der möglicherweise unterschiedlichen Sprachdokumentierungen bei transnationalen Verhaltensregeln bestellt ist. Beispielsweise wäre denkbar, dass eine in Deutschland ansässige Überwachungsstelle die Kontrolle einer transnationalen Verhaltensregel, die in englischer Sprache verfasst ist, übernimmt. Hieraus könnte sich ein Konflikt aus den unterschiedlichen Sprachen in den jeweiligen Dokumenten ergeben, beispielsweise bei einer nicht eindeutigen Übersetzung. An dieser Stelle könnte erwogen werden, eine genauere Festlegung der rechtsverbindlichen Version bei verschiedenen Sprachen zu reglementieren. Zudem sei darauf hingewiesen, dass das deutsche Verwaltungsrecht gem. § 23 VwVfG nicht vorsieht, dass Übersetzungen zwingend erforderlich sind.

Die Ausführungen zur Überprüfung der Anwendung und Überwachung der Einhaltung der Verhaltensregeln sind überaus begrüßenswert und von enorm hoher Relevanz, beispielsweise hinsichtlich der Klarstellung bezüglich Stichprobenprüfungen und rotierenden Kontrollen. Die dargelegten Mechanismen zur Kontrolle der Verhaltensregeln auf Prinzipien der Angemessenheit zu basieren (S. 9)



erscheint sinnvoll und praktikabel. Je nach Kontext und der genauen Ausgestaltung von Verhaltensregeln ermöglicht das beschriebene Vorgehen, dass durch jährliche Überprüfungen „Rückschluss auf den Umsetzungsgrad der Verhaltensregeln bei den überwachten Stellen insgesamt“ gezogen werden kann. Entsprechend sollte sich auch die „repräsentative Stichprobenprüfung“ (S. 9), die in diesem Kontext als erforderliches Mittel herangezogen wird, an der jeweiligen (Ausgestaltung der) Verhaltensregel orientieren. Dennoch kann angemerkt werden, dass die exakte Ausgestaltung der Überwachung von den jeweiligen Verhaltensregeln abhängt – beispielsweise könnte eine Überwachungsstelle mehrere Verhaltensregeln beaufsichtigen, deren genaue Kontrolle jedoch variiert. Solche Detailfragen wären entsprechend Teil der jeweiligen Anerkennungsverfahren der unterschiedlichen Verhaltensregeln.

Konkrete Anmerkungen

1 Begrifflichkeiten

1.1 Verwendung und Erkennbarkeit von Definitionen

Der Entwurf hilft in seiner Gesamtheit an vielen Stellen, wie unter anderem durch die gegebenen Definitionen und Begriffsbestimmungen, das aufsichtsbehördliche Verständnis hinsichtlich der Anforderungen an die Akkreditierung einer Überwachungsstelle gemäß Artikel 41 DS-GVO zu erkennen und anzuwenden. Gerade aufgrund der prinzipienorientierten, zu Teilen vagen, Ausformulierung der DS-GVO helfen die definierten Begriffe, die gesetzlichen Anforderungen anzuwenden.

1.1.1 „vorlegender Verband“

Vor diesem Hintergrund soll die Gelegenheit genutzt werden, nachstehendes anzumerken: Leider bestehen in dem vorliegenden Entwurf einige Mehrdeutigkeiten bezüglich verwendeter Definitionen, die zu Verständnisproblemen am Markt führen könnten. Beispielsweise wird der im Anhang definierte vorlegende Verband als „Verband oder eine andere Vereinigung im Sinne des Art. 40 Abs. 2 DS-GVO, der bzw. die Verhaltensregeln ausgearbeitet, geändert oder erweitert hat“ bezeichnet. An anderer Stelle in dem vorliegenden Entwurf (S. 10) wird, bezüglich der Überprüfung der Geeignetheit der Verhaltensregeln, jedoch nur von der „Stelle des Verbandes, die die Verhaltensregeln erarbeitet hat“ (ohne „vorlegenden“) gesprochen. Ähnliches ist auf Seite 4 des Entwurfs zu finden. Dort heißt es „unabhängig sowohl von den zu überwachenden Stellen als auch von dem die Verhaltensregeln vorlegenden Verband und von sonstigen dritten Stellen wahrnehmen kann“. Hier ist nicht klar, ob die „sonstigen dritten Stellen“ nur eine inhaltsentsprechende Umformulierung der „anderen Vereinigung“ darstellt. Um etwaige Missverständnisse zu vermeiden, könnte diese Formulierung präzisiert werden.



1.1.2 Überwachungstätigkeit

Eine weitere begriffliche Klärung wäre auch hinsichtlich der Unterscheidung „*laufender Überwachung*“ und „*jährlicher Überprüfung*“ (S. 9) wünschenswert. Es wird empfohlen, die Begrifflichkeiten systematisch klarer herzuleiten, da bereits die jährliche Überprüfung eine Konkretisierung der in Artikel 41 Abs. 2 Buchst. b) DS-GVO verankerten Pflicht der „*regelmäßigen Überprüfung*“ darstellt. Somit wäre es empfehlenswert, diese gesetzliche Pflicht mit der im Entwurf festgeschriebenen „*jährlichen Überprüfung*“ zu spezifizieren. Währenddessen kann die „*laufende Überwachung*“ dahingehend konkretisiert werden, dass damit eine anlassbezogene Überprüfungspflicht (beispielsweise durch Beschwerden) gemeint sein kann.

1.2 Weiterer Klarstellung zugängliche Begriffe und Absätze

Weiterhin gibt es einige Stellen in dem Entwurf, die durch weitere Präzisierungen und weiterführende Informationen noch besser dazu beitragen könnten, die Akkreditierungskriterien für Überwachungsstellen anzuwenden und zu erfüllen. Hierbei sind folgende Passagen zu nennen:

- Die Kriterien hinsichtlich Interessenskonflikten, die zu vermeiden sind, werden sehr hilfreich in Kapitel 2.4 (S. 7, 8) beschrieben. Jedoch wäre eine allgemeine Definition von „Interessenskonflikt“ nützlich, um noch besser die Erwartungen des Entwurfs zu illustrieren.
- Es könnte verdeutlicht werden, wie genau die Pflicht des Antragsstellers zu gewährleisten ist, der zuständigen Aufsichtsbehörde „*einen Überblick über die im Zeitpunkt der Beendigung der Überwachungstätigkeit laufenden Verfahren*“ (S. 10) zu geben.
- Der Entwurf stellt korrekterweise fest, dass grundsätzlich dieselben Anforderungen an eine interne sowie externe Überwachungsstelle gelten. Zwar werden für erstere Möglichkeit einige Spezifikationen (S. 4, 5) genannt. Auf Grundlage des Entwurfs wird indessen nicht abschließend verständlich, wie exakt zwischen interner und externer Überwachungsstelle unterschieden wird. Auch hier könnte es hilfreich sein, eine genauere Definition aufzuführen, jedenfalls soweit die im Entwurf erkennbare Tendenz aufrecht erhalten bleibt, je nach Art der Überwachungsstelle abweichende Anforderungen zu stellen. Dagegen könnte sprechen, dass es grundsätzlich auf die Erfüllung des Kriteriums der Unabhängigkeit ankommt und eine Unterscheidung zwischen externer und interner Überwachungsstelle nur dann einen Mehrwert bietet, wenn klagemacht werden kann, wo qualitative Unterschiede festgemacht werden können.



- Soweit die auf Seite 4 und zuvor in dieser Stellungnahme angesprochenen „*dritten Stellen*“ nicht mit den „*anderen Verbänden*“ identisch sind, und daher eine Klarstellung nicht bereits durch konsequente Verwendung der definierten Begriffe erfolgt, sollte der Entwurf bezüglich der unabhängigen Organisationsstrukturen einer Überwachungsstelle hinsichtlich dieser „*dritten Stellen*“ weiter konkretisiert werden. Dies erscheint hilfreich, da ohne eine solche Klarstellung das im Entwurf enthaltene Kriterium möglicherweise viel zu weitreichend sein könnte. In der aktuellen Formulierung könnte die *dritte Stelle* jede andere Stelle, außer der vorliegende Verband selbst, sein. Empfehlenswert wäre, diese Formulierung genauer zu fassen: Sollte der Entwurf mit „*dritten Stellen*“ möglicherweise auf verbundene Unternehmen, Wettbewerber der überwachten Stellen oder vorliegenden Verbände abstellen, sollte dies auch in dieser Form – jedenfalls als dem Verständnis dienende Regelbeispiele – aufgenommen werden. Ergänzend oder alternativ erscheint auch eine klarere Definition des Umstands „unabhängig“ in diesem Kontext hilfreich.
- Ferner lässt der Entwurf in der jetzigen Form unterschiedliche Interpretationen zu, was mit „*Wettbewerbssituation zwischen der Überwachungsstelle und den von ihr zu überwachenden Unternehmen*“ (S. 2) gemeint sein könnte. Verständlich ist, dass jedenfalls konkrete Wettbewerbsverhältnisse einen Interessenkonflikt auslösen können. Das nicht eindeutige Verständnis dieses Kriteriums führt dazu, dass für private Überwachungsstellen notwendige oder auch in diesem Entwurf als zulässig erachtete Konstellationen (z.B. interne Überwachungsstelle) bereits in Widerspruch dazu treten können. Daher wird empfohlen anstelle eines absoluten Ausschlusses alternativ eine Transparenzpflicht der Überwachungsstelle aufzunehmen, über eine möglicherweise bestehende Wettbewerbssituation im Antrag zu informieren. Flankierend könnten organisatorische, angemessen kompensierende Maßnahmen verlangt werden.
- Ebenso klärt das organisatorisch-strukturelle Kriterium im Entwurf nicht abschließend, was mit der „*Dauer und Beendigung der Tätigkeit und sonstige[n] Aspekte[n] der Implementierung der Überwachungsstelle*“ gemeint ist (S. 4).

Ähnlich verhält es sich bei den Ausführungen zu der Kontrolltätigkeitsdokumentation (S. 10), wo „*die Gültigkeit der entsprechenden Mitgliedschaft*“ verzeichnet werden soll – wobei diese Pflicht wohl eher für die Gültigkeit der geprüften/verifizierten Einhaltung der Verhaltensregeln entsprechen sollte. Beispielsweise wäre denkbar, dass Verhaltensregeln für Unternehmen auf Service-Level-Ebene implementiert werden können. In diesem Fall wäre die Mitgliedschaft eines Unternehmens weniger aussagekräftig als die Prüfung einzelner Services/Produktangebote auf Einhaltung der Verhaltensregeln.

Auch hier kann zudem eine weiterführende Konkretisierung der verwendeten Begrifflichkeiten helfen, möglichen Missverständnissen vorzubeugen.

2 Unabhängigkeit und Interessenskonflikte

Die Unabhängigkeit der Überwachungsstelle, sowie die damit einhergehende Verhinderung von möglichen Interessenskonflikten, sind zentrale Komponenten nach Art. 41 DS-GVO; entsprechend hilfreich und bedeutsam sind die Ausführungen hierzu im Entwurf. Die vorgeschlagenen Ansätze hinsichtlich der organisatorisch-strukturellen, finanziellen, personellen und sonstigen Unabhängigkeit der Überwachungsstellen sind zu befürworten, da diese ein hohes Schutzniveau darstellen und dabei alle gesetzlichen Anforderungen widerspiegeln. Dennoch gilt zu betonen, dass beispielsweise durch die Mitarbeit von Überwachungsstellen (bzw. deren Personal) bei der Erstellung von Überwachungsregeln kein Interessenskonflikt (S. 8) entstehen muss. Die frühzeitige Involvierung der Überwachungsstelle kann sogar dazu beitragen, dass die maßgeblichen Anforderungen von Art. 41 DS-GVO frühzeitig und mit gebotener Priorität berücksichtigt werden. Gleichzeitig kann die Mitarbeit der Überwachungsstelle bei der Entwicklung der Verhaltensregel sicherstellen, dass Formulierungen in den Verhaltensregeln für die spätere Überprüfung durchführbar sind und damit zur objektiven Prüfbarkeit beitragen. Erfahrung in dem Bereich hat gezeigt, dass durch den Austausch zwischen Überwachungsstellen und vorlegenden Verbänden die jeweils unterschiedlichen Sichtweisen aufgedeckt und durch angemessene Änderungen und Ergänzungen zueinander geführt werden konnten.

In diesem Zusammenhang soll auch auf die angesprochenen Beratungsleistungen (S. 2, 7) eingegangen werden. Richtigweise stellt der Entwurf fest, dass etwaige Beratungsverhältnisse zwischen Überwachungsstelle bzw. dessen Personals und den überwachten Stellen besonders geeignet sind, Interessenskonflikte auszulösen. Die im Entwurf gewählten Formulierungen bergen indessen die Gefahr, zu weitreichend zu sein.

Zunächst ist anzumerken, dass die im Entwurf als unzulässig dargestellten Beratungsleistungen nicht auf solche des Datenschutzrechts begrenzt werden, sondern jede Form der Beratung umfassen. Inwieweit aber beispielsweise eine Beratung zu sachfremden Themen einen inhaltlichen Interessenkonflikt auslösen sollte, erscheint nicht erkennbar. Selbst eine datenschutzrechtliche Beratung muss nicht ohne Weiteres einen inhaltlichen Interessenkonflikt auslösen, wenn und soweit diese Beratung in keinem Zusammenhang mit den von der überwachten Verhaltensregel abgebildeten Regelungsbereichen steht.

Auch in personeller Hinsicht erscheint das absolute Verbot zu weitreichend. Es ist nicht per se davon auszugehen, dass jedes Beratungsverhältnis der Beschäftigten einer Überwachungsstelle diese

Beschäftigten im Rahmen ihrer Prüftätigkeit ungebührlich beeinflusst. Zunächst ist hier festzuhalten, dass, wenn überhaupt, nur diejenigen Beschäftigten ein Risikopotential aufweisen, die auch tatsächlich mit der Prüfung der überwachten Stellen betraut sind. Sollte darüber hinaus aus dem bloßen Beratungsverhältnis ein unüberwindbarer (persönlicher) Interessenkonflikt abgeleitet werden, erscheint nicht erkennbar, auf welchen objektiven Faktoren diese Schlussfolgerung erfolgt, zumal bilaterale vertragliche Nachteile nicht nur in Beratungsverhältnissen möglich sind, da auch andere vertragliche Verhältnisse zwischen den Parteien ein Risikopotential hinsichtlich der Unabhängigkeit aufweisen könnten. Anstelle des auf das Beratungsverhältnis beschränkte Kriterium, welches pauschal einen Interessenkonflikt unterstellt, könnte auch hier über eine Transparenzpflicht mit flankierenden, kompensatorischen Maßnahmen nachgedacht werden. Es könnte zielführender sein, dass die Überwachungsstelle organisatorische Maßnahmen nachweisen muss, durch welche diese von etwaigen inhaltlichen oder persönlichen Interessenkonflikten der Beschäftigten erfährt und, soweit Konflikte zu befürchten sind, angemessene Maßnahmen ergreift, die das einem Interessenkonflikt inhärente Risiko für die unabhängige Tätigkeit der Überwachungsstelle hinreichend neutralisiert.

Auch für eine Überwachungsstelle kann argumentiert werden, dass es – hinsichtlich der finanziellen Unabhängigkeit und den damit verbundenen Geschäftsbetrieben – nicht unmöglich sein sollte, innerhalb der Überwachungsstelle unterschiedliche Abteilungen einzurichten. Beispielsweise könnte eine organisatorisch getrennte Einheit (Chinese Walls, vgl. S. 5) der Überwachungsstelle durchaus Beratungsleistungen im Rahmen der Entwicklung von Verhaltensregeln anbieten, welches wie oben dargestellt auch insgesamt positive Effekte haben kann.

Auch Beratungsleistungen der Überwachungsstellen in datenschutzrechtlichen Fragestellungen und zur Umsetzung konkreter Verhaltensregeln könnten sachdienlich sein und im datenschutzrechtlichen Sinne Mehrwert bieten. Die internen Maßnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten müssten in diesem Falle dem besonderen Risiko der inhaltlichen Sachnähe Rechnung tragen. Eine Überwachungsstelle verfügt aber aufgrund der Tätigkeit über besondere Sachkenntnis für eine spezifische Branche und könnte, insbesondere für kleine und mittelständische Unternehmen, zielführende und kosteneffiziente Beratungsleistungen anbieten. Auch ist damit zu rechnen, dass überwachte Stellen sich ausdrücklich an die Überwachungsstelle wenden, sollte die Überwachungsstelle im Rahmen der regelmäßigen Überprüfung einzelne Aspekte anmahnen. Es wird empfohlen, in den Entwurf eine Klarstellung für dieses Spannungsfeld aufzunehmen. Es muss für die private Überwachungsstelle eindeutig erkennbar sein, wo die Grenze zwischen einer zulässigen Maßnahme, und einer nach dem aktuellen Entwurf unzulässigen Beratung liegt. Entsprechend wäre es empfehlenswert, die betroffenen Passagen im Entwurf auch dahingehend zu ändern, dass Beratungsleistungen in datenschutzrechtlichen Fragen, insbesondere im Kontext der überwachten Verhaltensregel, ausdrücklich nur für das

Personal der Überwachungsstelle untersagt werden soll, welches später mit der Kontrolle und Überprüfung der jeweiligen überwachten Stellen vertraut ist.

Weiterhin sind die Ausführungen zur Unabhängigkeit der Überwachungsstelle hinsichtlich ihrer Organisationsstrukturen grundsätzlich zu begrüßen, da hohe Anforderungen an die organisatorisch-strukturellen Komponenten der Überwachungsstelle gestellt werden. Dennoch ist zu betonen, dass einige, wenige Formulierungen missverständlich ausgelegt werden könnten. Beispielsweise untersagt der Entwurf, dass die Überwachungsstelle *„weder direkt noch indirekt in ihrer Aufgabenerfüllung beeinträchtigt oder auf sonstige Weise beeinflusst“* (S. 4) werden darf. Hier würde eine Präzisierung der Textpassage *„auf sonstige Weise“* dazu beitragen, die gewünschte Unabhängigkeit exakter zu erfassen (beispielsweise durch eine Umformulierung in „ungebührlich beeinflusst“ oder ähnlich, die den Anwendungsrahmen genauer fasst als „auf sonstige Weise“). Ähnlich verhält es sich bei der folgenden Formulierung: *„Zwischen der Überwachungsstelle und den überwachten Stellen darf es keine (gesellschafts-)rechtlichen, wirtschaftlichen oder sonstigen Verflechtungen geben, die über die Sicherstellung der in Ziffer 2.2.2. genannten finanziellen Unabhängigkeit bzw. langfristigen Finanzierung hinausgeht“* (S. 4). Auch hier würde eine Klarstellung helfen, dass sich dieser Passus nur auf Beziehungen und Verflechtungen bezieht, welche die Unabhängigkeit der Überwachungsstelle unangemessen gefährden können.

Hinsichtlich der personellen Unabhängigkeit beinhaltet der Entwurf entsprechende Mechanismen, die die Unabhängigkeit des Personals der Überwachungsstelle ausreichend schützt. Dies ist zu begrüßen, dennoch soll hierbei angemerkt werden, dass die Formulierung *„jede Art der Personalentscheidung“* (S. 6) in diesem Kontext zu weitreichend erscheint – auch hier wäre ein Bezug zur Überwachungstätigkeit wünschenswert.

Auch bezüglich der finanziellen Unabhängigkeit schafft der Entwurf eine wichtige Weichenstellung für die Implementierung von Überwachungsstellen am Markt. Es ist ausdrücklich zu begrüßen, dass eine solide Finanzierungsbasis die Grundlage der Arbeit von Überwachungsstellen sein soll. Ebenso tragen die erwähnten Mechanismen, wie beispielsweise die Nachweispflicht einer *„angemessenen finanziellen Ausstattung“* (S. 9) sowie die Pflicht, Vorkehrungen zu treffen, *„um die aus ihren Tätigkeiten resultierenden Verbindlichkeiten einschließlich möglicher Haftungsansprüche decken zu können“* (S. 9) dazu bei, nachhaltige und seriöse Überwachungsstellen zu etablieren. Als angemessenes Beispiel hierfür ist explizit hervorzuheben, dass *„ein Ausscheiden einzelner oder mehrerer überwachter Stellen der Verhaltensregeln die Finanzierung der Überwachungsstelle nicht gefährden“* (S. 9) darf. Dennoch sind weitere Ausführungen zur Unabhängigkeit der Überwachungsstelle hinsichtlich ihrer Finanzierung geeignet, praktische Probleme bei deren Implementierung auszulösen.

Die gesamte Risikoanalyse hinsichtlich potenzieller Haftungen erweckt den Eindruck, dass Überwachungsstellen besonderen und im Einzelfall auch besonders hohen Haftungsrisiken ausgesetzt wären. Sollte eine solche Annahme der Akkreditierungskriterium zu Grunde liegen, kann diese nicht nachvollzogen werden. So sieht die DS-GVO gerade keine direkten Ansprüche Betroffener gegenüber Überwachungsstellen oder Zertifizierungsstellen vor. Direkte Ansprüche sind ausschließlich gegenüber Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern vorgesehen. Auch gegenüber den überwachten Stellen ist nicht erkennbar, inwieweit sich besondere Haftungsrisiken ergeben könnten. Denn die Einhaltung einer Verhaltensregel ist – rein nach dem Gesetzeswortlaut – stets nur ein Faktor im Rahmen der Compliance Nachweise.

Sollte man aber entsprechende Haftungsrisiken für Überwachungsstellen als gegeben betrachten, sollten diese nicht zu einer Pflicht zur Rücklagenbildung oder von Versicherungsabschlüssen führen. Denn eine solche Haftung, der in der Form ausdrücklich widersprochen wird, wäre unter Umständen unkalkulierbar. Entsprechend wäre eine solche Haftung nicht oder jedenfalls nicht zu wirtschaftlichen Konditionen versicherbar.

Vielmehr sollte der Fokus darauf gerichtet werden, dass die Überwachungsstelle durch interne Verfahren sicherstellt, dass möglicherweise haftungsbegründende Umstände vermieden werden. Auch sollten die Rücklagen (S. 9) dahingehend auf ein angemessenes Maß limitiert sein, um eine ordnungsgemäße Tätigkeit der Überwachungsstelle sicherzustellen, bezogen auf den üblichen Geschäftsbetrieb; also etwa hinsichtlich möglicher Zahlungsausfälle der Kreditoren, der laufenden administrativen Ausgaben und möglicherweise je nach Kontext zu erwartender Rechtsverfolgungskosten.

Zusammenfassend soll an dieser Stelle hinsichtlich der Unabhängigkeit von Überwachungsstellen sowie der Vermeidung potenzieller Interessenskonflikte nochmals betont werden, dass das angestrebte hohe Maß an Unabhängigkeit durchaus begrüßt wird. Allerdings erscheinen die aktuellen Formulierungen teils sehr weitreichend und absolut. Es wäre sehr zu begrüßen, wenn der Entwurf dahingehend eine Schärfung erfahren würde, wann und warum die beschriebenen Situationen (Beratungsverhältnis etc.) ein Risiko auslösen. In dem Fall könnten Maßnahmen verlangt werden, die über eine solche Grundschwelle hinausgehende, unangemessene und ungebührliche Risiken und Interessenskonflikte vermeiden.

3 Fachwissen und Erfahrung

Zentrale Voraussetzung zur Akkreditierung einer privaten Überwachungsstelle ist gemäß Art. 41 Abs. 2 lit. a DS-GVO der Nachweis des Fachwissens hinsichtlich des Gegenstands der Verhaltensregeln. Die detaillierten Ausführungen zu dem Punkt sind grundsätzlich zu begrüßen und helfen bei der konkreten Implementierung der geforderten Voraussetzungen, und weisen gleichzeitig die notwendige Flexibilität auf, die praktischen Bedürfnissen am Markt gerecht wird.

Dies gilt insbesondere für folgende Punkte:

- Kapitel 2.3: *„Die spezifischen Anforderungen an das erforderliche Fachwissen sind abhängig von der Anzahl, Größe und Komplexität der überwachten Stellen, Art, Bereich und Umfang ihrer durch die Verhaltensregeln bestimmten Tätigkeit sowie dem Risikogehalt der von den Verhaltensregeln erfassten Verarbeitungsvorgänge abhängig.“* (S. 6)

Diese Formulierung macht deutlich, dass die genannten Anforderungen im Einzelnen abhängig sind von verschiedenen Variablen, die durch die Verhaltensregeln bestimmt werden.

- Kapitel 2.3: *„Bei dem für die Überwachungstätigkeit verantwortlichen Personal muss sowohl rechtliches als auch technisches Fachwissen vorhanden sein, jedoch nicht zwingend in einer Person.“* (S. 6)

Für den Bereich Datenschutzrecht ist die Kombination rechtlicher und technischer Expertise unerlässlich, ohne dass es negative Konsequenzen hätte diese Kompetenzen in der privaten Überwachungsstelle aufzuteilen. Vielmehr kann so erreicht werden, dass spezialisiertes Personal für den jeweiligen Bereich eingestellt und somit eine höhere Expertise sichergestellt werden kann.

- Kapitel 2.3: *„Darüber hinaus muss die Überwachungsstelle das Vorhandensein geeigneter Prozesse für den Erhalt der genannten Kompetenzen und Erfahrungen nachweisen. Die Kenntnisse des Personals müssen auf aktuellem Stand gehalten werden.“* (S. 7)

Diese Anforderung zeigt erfreulicherweise, dass es nicht nur um einen Status Quo gehen kann, sondern dass etablierte Strukturen fortlaufend für die notwendige Expertise sorgen müssen. Insbesondere, dass auch einschlägige Arbeitserfahrung als Nachweis der Sicherung der Expertise dienen kann, wird sehr begrüßt.

- Kapitel 2.5: Besonders begrüßt wird dieses Kapitel. Es erkennt an, dass es der privaten Überwachungsstelle möglich sein muss, in Fällen der kurzfristigen Auslastung oder anderen ähnlichen Situationen einzelne Beratungstätigkeiten auszulagern, um die Qualität der Überwachungstätigkeit zu gewährleisten. Die dafür aufgestellten Voraussetzungen und Anforderungen an die Umsetzung sind ebenfalls hinreichend konkret, ohne eine notwendige Flexibilität einzuschränken und daher sehr zu begrüßen. Zusätzlich soll an dieser Stelle darauf

hingewiesen werden, dass eine weitere notwendige Form der Auslagerung dann entstehen kann, wenn in gewissen Bereichen einer Verhaltensregel hoch spezialisiertes Wissen erforderlich ist (bspw. im Bereich Gesundheit oder militärische Sicherheit) und eine dauerhafte Festanstellung dieser Person jedoch nicht notwendig und finanziell kaum tragbar wäre.

Kritisch zu sehen ist, dass der Entwurf folgende Voraussetzung als zwingend ansieht:

„Für das für die Leitung verantwortliche Personal der Überwachungsstelle ist ein Abschluss gemäß EQF21 Level 6 und eine einschlägige Berufserfahrung von mindestens fünf Jahren oder ein Abschluss gemäß EQF2, Level 7 und eine einschlägige Berufserfahrung von mindestens drei Jahren nachzuweisen.“ (Kapitel 2.3, S. 6, 7)

Es ist nicht klar, warum ein Hochschulabschluss und einschlägige Berufserfahrung in der Kombination zwingend vorhanden sein müssen. Zudem scheint vor allen Dingen die zwingende Voraussetzung des Hochschulabschlusses unnötig limitierend. Gerade im Datenschutz und im Bereich innovativer Technologien ist es sehr gut möglich, dass Personen ohne akademische Laufbahn ausreichend Kompetenzen in der praktischen Arbeit erworben haben, um das notwendige Fachwissen nachzuweisen. An der Stelle zeigt der Entwurf starre Kriterien auf, die dazu führen könnten, dass Einzelfälle nicht angemessen bewertet werden können, in denen eine hohe Expertise im fraglichen Bereich vorliegt, jedoch ein Hochschulabschluss in einem beliebigen Bereich nicht vorhanden ist. Zudem sehen die Akkreditierungskriterien anderer Mitgliedsstaaten³ vor, dass ohnehin nur die Überwachungsstelle als solche die erforderliche Expertise nachzuweisen hat – ohne besondere Anforderungen an das Leitungspersonal – und stellen darüber hinaus klar, dass ein Studienabschluss allenfalls alternativ zu entsprechender Berufserfahrung treten soll.

Weiterhin sieht der Entwurf vor, dass *„Erfahrungen im Bereich der Überprüfung der Einhaltung von Compliance-Regelungen, beispielsweise im Bereich der Auditierung und Überwachung“* nachzuweisen sind. (Kapitel 2.3, S. 6)

Es besteht kein Zweifel daran, dass eine gewisse Erfahrung im Bereich der Auditierung und Überwachung hilfreich sein kann. Jedoch sollte hier klargestellt werden, dass Verhaltensregeln und ihre Überwachung sich nach der Vorstellung des Gesetzgebers von Zertifikaten unterscheiden; ansonsten hätte es nicht beider Instrumente bedurft. Daher erscheint es nicht zielführend, dass die Beispiele

³ 264. Verordnung der Datenschutzbehörde über die Anforderungen an eine Stelle für die Überwachung der Einhaltung von Verhaltensregeln (Überwachungsstellenakkreditierungs-Verordnung – ÜStakk-V), ausgegeben am 30.08.2019.

Auditierung und Überwachung genannt werden, jedoch keine Erfahrung im Bereich der Verhaltensregeln. Dies sollte mit aufgenommen werden. Entsprechend könnte die Anforderung im Entwurf dahingehend angepasst werden, dass Erfahrungen im Bereich der Überwachung von Verhaltensregeln/Compliance Standards nachgewiesen werden müssen – ohne Spezifizierung, wie diese erlangt wurde. Damit wäre die nötige Flexibilität gewährleistet, alle relevanten Erfahrungen zu berücksichtigen. Dies würde gleichbedeutend für Auditierung und Überwachung sowie für Erfahrungen direkt mit Verhaltensregeln oder ähnlichen Systemen gelten. Zudem sollte hierbei beachtet werden, dass Dienstleistungen im Bereich der Auditierung und Überwachung bislang insbesondere von großen Marktteilnehmern angeboten worden. Der Entwurf könnte durch diese Formulierung bestehende Strukturen perpetuieren und die Entstehung neuer Anbieter, die sich aufgrund des neuen Art. 40 DSGVO in dem Bereich etablieren wollen, verhindern. Dies könnte auch negative inhaltliche Konsequenzen haben, da dies im Ergebnis zu unnötigen Parallelen zwischen Verhaltensregeln und Zertifizierungen führen könnte, und damit die Innovationschancen der Artikel 40 und 41 DSGVO ohne Not behindern würde. Gerade im Interesse kleinerer und mittelständischer Anbieter sollte die Formulierung dieses Erfordernisses daher überdacht werden.

Zuletzt soll noch auf die Anforderung „*Kenntnisse im Bereich der Risikobewertung*“ eingegangen werden (Kapitel 2.3, S.6). Es wird sehr begrüßt, dass Expertise in dem Bereich gefordert wird. Zu empfehlen wäre eine weitere Konkretisierung dahingehend, dass sich die Risikobewertung auf die im Kontext der Verhaltensregel und von dieser umfassten Datenverarbeitungen realistischen Risiken konzentrieren darf. Damit sind Risiken gemeint, die sich auch nachweislich in dieser oder vergleichbarer Form bereits einmal manifestiert haben und nicht bisher ausschließlich wissenschaftlich-theoretische Sachverhalte umfassen. In diesem Kontext erscheint es sachdienlich, die gewünschte Risikobewertung methodisch ausdrücklich an jene der Datenschutzfolgeabschätzung zu knüpfen. Dies ermöglicht es einerseits, überhaupt Erfahrungen und Kenntnisse in diesem Bereich nachweisen zu können. Zudem führt diese Verknüpfung auch zu einem größeren Verständnis und verhindert möglicherweise sogar konfligierende Entwicklungen der Methodik in Unternehmen im Rahmen der Datenschutzfolgenabschätzung und der Methodik einer Überwachungsstelle im Rahmen der dortigen Tätigkeiten.

4 Festgelegte Verfahren und Strukturen

Die entwickelten Akkreditierungskriterien fokussieren sich darauf, festzulegen, dass die private Überwachungsstelle ihre gesetzlichen Voraussetzungen durch Verfahren und Strukturen einhalten. Dieser prozedurale Ansatz wird sehr begrüßt, da er eine gute Nachprüfbarkeit ermöglicht und rechtliche Sicherheit für alle beteiligten Parteien birgt. Beispielsweise die auf Seite 3 des Entwurfes geforderte

„Vorlage der Dokumentation der Bewertung, der sich aus ihrer Tätigkeit ergebenden Risiken für die Unabhängigkeit der Überwachungsstelle“ stellt sicher, dass sich mit den möglichen Risiken für die Unabhängigkeit durch die Überwachungsstelle dokumentiert befasst werden muss, und dies für die Aufsicht nachprüfbar wird.

Weiterhin ist positiv zu bewerten, dass die private Überwachungsstelle die Geeignetheit der Verhaltensregeln laut Kapitel 2.6.1.4 zu überprüfen hat. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass dies keine Voraussetzung ist, die sich aus dem Gesetz ergibt. Diese Möglichkeit müsste den privaten Überwachungsstellen also explizit in jeder Verhaltensregel eingeräumt werden, um die effektive Wahrnehmung dieser Aufgabe zu ermöglichen. Indem die Möglichkeit explizit in der Verhaltensregel festgehalten würde, wäre eine Finanzierung dieser Überprüfung der Geeignetheit sichergestellt. Dies wiederum liegt jedoch nicht in der Hand der privaten Überwachungsstelle, sondern des vorliegenden Verbandes. Dieses Kriterium müsste somit für die Anerkennung von Verhaltenskodizes vorausgesetzt werden, und an dieser Stelle eingebracht werden.

Zudem sieht der Entwurf vor, dass die private Überwachungsstelle ihre Evaluierungsmethoden fortlaufend aktualisiert (Kapitel 2.6.1.1). Dies wird dahingehend verstanden, dass hierdurch eine dauerhafte Qualität des Kodex und seiner Überwachung gewährleistet werden soll. Die Formulierung des Entwurfs lässt aber auch die Möglichkeit offen, der Überwachungsstelle Pflichten aufzuerlegen, die sich so nicht aus dem Gesetz ergeben und zu deren Einhaltung die Überwachungsstelle im Rahmen ihrer Beauftragung durch den vorliegenden Verband auch nicht berechtigt sein könnte. Unbestritten hat die Überwachungsstelle sicherzustellen, über sie betreffende Änderungen der Rechtslage inklusive der relevanten Rechtsprechung und Leitlinien der Aufsichtsbehörden, des Stands der Technik etc. informiert zu sein und – soweit erforderlich – die geänderten Umstände hinsichtlich der eigenen Tätigkeiten zu berücksichtigen hat. Wichtig ist, dass hierbei der Fokus auf der Überwachungsstelle und deren Pflichten liegen muss. Denn anders verhält es sich, soweit Änderungen der Rechtslage inklusive Rechtsprechung und Leitlinien der Aufsichtsbehörden, des Stands der Technik oder Weiteres die Pflichten der überwachten Stellen betrifft.

Die fortlaufende, selbstständige Aktualisierung der Verfahren kann nur zu einer tatsächlichen Änderung des Prüfmaßstabes führen, wenn die Verhaltensregel dies erlaubt. Die private Überwachungsstelle kann als Maßstab der tatsächlich durchgeführten Prüfung nicht eigenmächtig über die Verhaltensregel hinausgehen, selbst wenn und soweit es eindeutige, der Verhaltensregel widersprechende, Rechtsprechung gäbe. Die Überschreitung dieser Kompetenzgrenze würde ansonsten auch die Freiwilligkeit der Unterwerfung der überwachten Stellen unter eine Verhaltensregel in Frage stellen. Letzteres könnte das Interesse am Instrument Verhaltensregel aus Sicht der überwachten Stellen

dämpfen. Der Entwurf geht aber richtigerweise davon aus, dass zu diesem Komplex sinnvollerweise Vorkehrungen getroffen werden müssen. Ebenso erscheint es auch nachvollziehbar, dass die Überwachungsstelle eine geeignete Stelle ist, sachdienliche Rückmeldungen an einen vorlegenden Verband bezüglich notwendiger Änderungen einer Verhaltensregel zu geben. Dies sollte aber auf Ebene der Anerkennung einer Verhaltensregel adressiert werden.

Zudem werden die Klarstellungen zu den Regelungen der Vertraulichkeit in Kapitel 2.6.6 begrüßt, die ein hinreichend flexibles, aber konkretes Handhaben der Problematik „Vertraulichkeit“ ermöglichen.

5 Befugnisse

Zur wirksamen Erfüllung ihrer Funktion und zur Ausübung ihrer Tätigkeit braucht die private Überwachungsstelle gegenüber den überwachten Stellen verschiedene Befugnisse. Daher wird die Klarstellung im Entwurf in dieser Hinsicht sehr geschätzt, wonach die private Überwachungsstelle die Verfahren und Strukturen ihrer Prüftätigkeit so ausgestalten muss, dass in der Beziehung zu den überwachten Stellen unangekündigt anlassbezogene Prüfungen möglich sein müssen (Kapitel 2.6.1.3., S. 10). Ebenfalls begrüßt wird, dass die private Überwachungsstelle Zugriff auf das Verzeichnis über die überwachten Stellen haben muss, sollte dieses Verzeichnis vom vorlegenden Verband geführt werden (Kapitel 2.6.2, S. 10). An dieser Stelle soll darauf hingewiesen werden, dass grundsätzlich die Hoheit über ein solches Verzeichnis bei der privaten Überwachungsstelle selbst liegen sollte. Nur in Ausnahmefällen sollte eine Führung durch den vorlegenden Verband erfolgen, und auch nur wenn der Zugriff der Überwachungsstelle auf dieses Verzeichnis sicherstellt, dass die Inhalte (überwachte Stellen, Identifizierung und Gültigkeit) von der privaten Überwachungsstelle selbst bestimmt werden. Nur so kann garantiert werden, dass dieses Verzeichnis unabhängig und ohne Interessenskonflikte geführt wird.

In Kapitel 2.6.3 des Entwurfes werden Beispiele genannt, die geeignete Maßnahmen sein können, um Verstöße der überwachten Stellen abzustellen und künftige Verstöße zu vermeiden. Diese sind außerordentlich hilfreich und geben eine gute Orientierung darüber, welches Spektrum an Sanktionen und Maßnahmen von der Aufsicht erwartet werden.

Problematisch hingegen sind die vom Entwurf angesprochenen Untersuchungsbefugnisse gegenüber Auftragsverarbeitern der zu überwachenden Stellen (Kapitel 3.2):

„Überwachte Stellen müssen sicherstellen, dass der Überwachungsstelle auch gegenüber den Auftragsverarbeitern, die keine eigenen privatrechtlichen Beziehungen zur Überwachungsstelle haben, die Möglichkeit zusteht, ihre Befugnisse ausüben zu können. Hierzu müssen die überwachten Stellen

durch eine Regelung entweder inner- oder außerhalb der Verhaltensregeln rechtlich bindend verpflichtet sein.“ (S. 12, 13)

Selbstverständlich muss sichergestellt werden, dass die überwachten Stellen sich gegenüber den Verpflichtungen der privaten Überwachungsstelle nicht entziehen können, indem sie sich auf ihre Auftragsverarbeiter berufen. Die überwachten Stellen müssen sicherstellen, dass sie auch im Falle der Auftragsverarbeitung ihren Verpflichtungen der DS-GVO vollumfänglich nachkommen können. Das sieht Art. 28 DS-GVO vor. Sollte dies nicht der Fall sein, verstößt die zu überwachende Stelle somit gegen ihre datenschutzrechtlichen Pflichten und kann und muss hierfür sanktioniert werden. Die dafür erforderliche Rechtsbeziehung im Falle der Art. 40, 41 DS-GVO besteht zwischen der privaten Überwachungsstelle und den zu überwachenden Unternehmen. Dies wird begrüßenswerter Weise auf S. 12 des Entwurfes klargestellt. Diese beruht auf einer Freiwilligkeit, die dem Instrument der Ko-Regulierung zu Grunde liegt, aber auch auf den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts (Relativität der Schuldverhältnisse, keine vertraglichen Auswirkungen dieser zu Lasten Dritter) beruht. Hinsichtlich der Befugnisse der privaten Überwachungsstelle gegenüber den Auftragsverarbeitern ist jedoch folgendes anzumerken:

Die private Überwachungsstelle kann nicht dazu verpflichtet werden, gegenüber Dritten, mit denen keine vertraglichen Beziehungen bestehen, tätig zu werden. Zugleich können Dritte nicht gezwungen werden mit einer privaten Überwachungsstelle ein solches vertragliches Verhältnis abzuschließen. Eine entsprechende Vorschrift in einer Verhaltensregel ginge zu Lasten Dritter und wäre damit unzulässig, und könnte zudem kartellrechtliche Relevanz erlangen. Auch eine solche Klausel im Vertragsverhältnis zwischen privater Überwachungsstelle und überwachten Stellen würde jedenfalls eine Klausel zu Lasten Dritter darstellen. Selbst die Ausgestaltung einer solchen Vorschrift als Vertrag zu Gunsten Dritter zwischen privater Überwachungsstelle und überwachten Stellen sieht sich zumindest im Falle transnationaler Verhaltensregeln einer rechtlichen Unmöglichkeit in einigen Mitgliedsstaaten ausgesetzt.

Aufgrund der dargestellten rechtlichen Unmöglichkeit dieser Verpflichtung sollte auf dieses Erfordernis verzichtet werden. Dadurch entsteht auch keine Rechtslücke, da die überwachte Stelle, die einen Auftragsverarbeiter einschaltet, der nicht von der privaten Überwachungsstelle überwacht wird, weiterhin gegenüber dieser verantwortlich bleibt und der Auftragsverarbeiter selbstredend an seine Pflichten nach der DS-GVO gebunden ist.

Ein weiterer Aspekt der Befugnisse ist unter 3.1 des Entwurfes geregelt:



„Jede überwachte Stelle muss ein Mitglied der Geschäftsleitung benennen, das unabhängig von anderen Zuständigkeiten als Ansprechpartner für die Überwachungsstelle verantwortlich ist. Jede überwachte Stelle muss sicherstellen, dass sie (im Falle von Urlaub, Krankheit etc.) einen Stellvertreter benennen kann.“ (S. 12)

Es wird begrüßt, dass sich der Entwurf auch zu solchen praktischen Fragen äußert und Voraussetzungen aufstellt, die Einheitlichkeit und Klarheit in dem Bezug ermöglichen. Jedoch ist in diesem Fall fraglich, ob die aufgestellten Voraussetzungen ihrem angestrebten Zweck gerecht werden. Es ist sinnvoll, dass die private Überwachungsstelle dafür zu sorgen hat, dass sie einen für sie zuständigen Ansprechpartner bei den zu überwachenden Stellen hat, der auch gewisse Anforderungen erfüllt. Beispielsweise muss sichergestellt werden, dass die private Überwachungsstelle es mit einer vertretungsberechtigten Person zu tun hat. Verständlich ist auch der Wunsch, dass diese Person innerhalb der überwachten Stelle eine weitreichende und relativ unabhängige Entscheidungskompetenz bezüglich der Inhalte der Verhaltensregel hat, um gewisse Prozesse und Abstimmungen zu erleichtern. Deshalb pauschal festzuschreiben, es müsse ein Mitglied der Geschäftsleistung sein, schießt über das Ziel hinaus, ohne einen zwingenden Mehrwert im oben genannten Sinne zu bieten. Insbesondere in Anbetracht der praktischen Tatsache, dass eine solche Geschäftsleitung anfallende Aufgaben mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit „nach unten“ delegieren würde, auch da auf Geschäftsebene fachliche Kompetenzen nicht mehr in allen Fällen im erforderlichen Umfang, wie auf der inhaltlich zuständigen Ebene, vorhanden sein müssen.

Die Forderung, dass die überwachte Stelle im Falle von Urlaub, Krankheit etc. einen Stellvertreter anlassbezogen mitteilen kann, wird in dem Sinne verstanden, dass nicht eine permanente Stellvertretung bei der Überwachungsstelle hinterlegt werden muss. Dies wäre ja auch für die genannten Beispiele (Urlaub, Krankheit) nicht sinnvoll, da eine solche Stellvertretung, je nach Zeitpunkt unterschiedlich sein wird. Im Gegensatz hierzu scheint jedoch der Satz zu stehen: *„Die Kontaktdaten sind der Überwachungsstelle zu Beginn der Überwachung mitzuteilen.“* Zu Beginn der Überwachung ist ein anderer Zeitpunkt als die vorher erwähnte „anlassbezogene“ Benennung eines Stellvertreters. Dieser Widerspruch sollte aufgelöst werden, um keine Unklarheiten aufkommen zu lassen. Notwendig ist für Praktikabilität der Zusammenarbeit und Kommunikation zwischen privater Überwachungsstelle und überwachten Stellen, dass eine permanente Ansprechperson mit hinreichender Vertretungs- und Handlungsbefugnis benannt ist, und dass im Falle eines dies erforderlich machenden Anlasses ein Stellvertreter dieser Person benannt wird.

Sehr begrüßt wird die nähere Beschreibung der Prüftätigkeit unter 2.6.1.3, die durch die private Überwachungsstelle durchgeführt werden kann. Wie bereits oben erwähnt, sind insbesondere



Stichprobenprüfungen und Rotationsprüfungen zu befürwortende Prüfmechanismen. Zudem können Prüfungen durch die private Überwachungsstelle auch vor Ort erfolgen. Hier muss jedoch klargestellt werden, dass diese Art der Prüfung nur dann von der Aufsicht im Rahmen der Akkreditierung gefordert werden kann, wenn eine vor Ort Prüfung nicht mehr vermeidbar ist und aufgrund vorheriger Prüfungen und Anfragen auch der tatsächlichen Prüftätigkeit weiterhelfen kann. Dies ist zu betonen, da zum einen bereits durch Dokumentierungen, Fragebögen, Einsicht verschiedener Proben, bspw. aus Verträgen oder internen Systemen, glaubwürdige Prüfergebnisse erhalten werden können und ein vor Ort Besuch gar nicht unbedingt hilfreich sein muss. Es wird jedoch sehr begrüßt, dass klargestellt wird, dass es diese Befugnis geben soll.

6 Informationspflichten

Der Entwurf konkretisiert die Anforderungen des Art. 41 Abs. 4 S. 2 DS-GVO. Dieser sieht vor, dass die private Überwachungsstelle dazu verpflichtet ist, der Aufsichtsbehörde über Maßnahmen nach S. 1 desselben Absatzes zu unterrichten. Maßnahmen nach S. 1 sind solche, die im Falle einer Verletzung der Verhaltensregeln ergriffen werden. In Kapitel 2.6.4 des Entwurfes wird diese Pflicht wie folgt konkretisiert:

„Die Überwachungsstelle hat im Einklang mit Art. 41 Abs. 4 DS-GVO die zuständige Aufsichtsbehörde regelmäßig, mindestens aber einmal jährlich, schriftlich über ihre Überwachungstätigkeit, einschließlich der gegenüber den überwachten Stellen ergriffenen Maßnahmen und deren Begründung, sowie über die Beschwerdeverfahren zu unterrichten. Dies kann in Form eines Überblicks erfolgen.“ (S. 11)

Ausdrücklich begrüßt wird die Möglichkeit, dass der Informationspflicht in Form eines Überblicks genüge getan werden kann. Dies orientiert sich an den praktischen Bedürfnissen der beteiligten Parteien. Jedoch formuliert der Absatz eine über Art. 41 Abs. 4 DS-GVO hinausgehende Pflicht, nämlich über ihre gesamte Überwachungstätigkeit zu informieren, nicht nur über Maßnahmen nach Art. 41 Abs. 4 S. 1 DS-GVO. Dies könnte dahingehend zur Verunsicherung am Markt führen, als dass Unternehmen die privaten Überwachungsstellen als verlängerte Außenstelle der Behörde selbst wahrnehmen und keine Möglichkeit mehr besteht, Nachfragen in Bezug auf Verarbeitungstätigkeiten zu stellen, ohne dass die Aufsicht davon erführe. Die Akzeptanz der Ko-Regulierung könnte darunter massiv leiden. Daher wird empfohlen, diese Pflicht nochmals näher zu überprüfen, gerade da sie in der Verordnung selbst nicht vorgesehen ist.

Positiv zu begrüßen ist die Verpflichtung privater Überwachungsstellen, dokumentierte Verfahren und Strukturen zu etablieren, die es ihnen möglich machen, ihre gesetzlichen Pflicht nach Art. 41 Abs. 4 S. 2 DS-GVO in schwerwiegenden Fällen unverzüglich nachzukommen (Kapitel 2.6.5 des Entwurfes).



Zudem konkretisiert der Entwurf die nach Art. 41 Abs. 2 lit. c DS-GVO erforderlichen Verfahren und Strukturen für die Beschwerdemöglichkeit (Kapitel 4 des Entwurfes). Laut Entwurf müssen diese Verfahren und Strukturen „*unabhängig, effektiv und transparent*“ sein und „*unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*“ stehen. Der damit verbundenen Festlegung dieser Aspekte als zentrale Maßstäbe wird ausdrücklich zugestimmt. Sie unterstützen, dass das Beschwerdeverfahren als eines der zentralen Instrumente genutzt werden kann, um eine wirksame private Überwachungsstelle und somit Verhaltenskodizes als taugliches Instrument zur Implementierung der DS-GVO zu etablieren.

In Kapitel 4.2 geht der Entwurf auf die Transparenz des Beschwerdeverfahrens ein. Es wird ausdrücklich begrüßt, dass auch die überwachten Stellen auf das zentrale Beschwerdeverfahren verweisen müssen. Nur durch eine zentrale Beschreibung des Beschwerdeverfahrens, auf welches die überwachten Stellen lediglich hinweisen müssen, kann sichergestellt werden, dass der Beschwerdeprozess einheitlich und damit transparent für Betroffene dargestellt wird.