

Deutscher Bundestag

Innenausschuss

Ausschussdrucksache

18(205) F



Hochschule für
Wirtschaft und Recht Berlin
Berlin School of Economics and Law

Prof. Dr. Aden, HWR Berlin • Alt-Friedrichsfelde 60 • 10315 Berlin

An den

Innenausschuss des
Deutschen Bundestages

Per E-Mail an: innenausschuss@bundestag.de und katja.schuchardt@bundestag.de

Datum: 30. November 2014

**Stellungnahme zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung
eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des
Bundesdatenschutzgesetzes – Stärkung der Unabhängigkeit der
Datenschutzaufsicht im Bund durch Errichtung einer obersten
Bundesbehörde, BT-Drucksache 18/2848,**

**sowie zu dem auf diesen Gesetzentwurf bezogenen Änderungsantrag
der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, Ausschussdrucksache 18(4)193,**

**vorgelegt zur Anhörung des Innenausschusses des Deutschen
Bundestages am 01. Dezember 2014 in Berlin**

Sehr geehrte Damen und Herren,

vielen Dank für die Einladung zur Mitwirkung an der Anhörung. Zu ausgewählten Aspekten des vorliegenden Gesetzentwurfs nehme ich wie folgt Stellung:

A) Allgemeine Bewertung des Gesetzentwurfs

Das Kernanliegen dieses Gesetzentwurfs, den Datenschutz aus der Exekutivverwaltung herauszulösen und stärker als bisher an das Parlament anzubinden, ist zu begrüßen. Damit wird ein klares Postulat des EU-Rechts und der hierzu ergangenen Rechtsprechung in Deutschland endlich auf Bundesebene umgesetzt. In der internationalen verwaltungswissenschaftlichen Fachdiskussion besteht heute Einigkeit darüber, dass Institutionen, die Kontrollfunktionen vorrangig gegenüber der Exekutive ausüben, im Interesse ihrer Effektivität ein hohes Maß an Unabhängigkeit gegenüber Regierung und Verwaltung brauchen. Daher genießen z. B. die Mitglieder der Rechnungshöfe in vielen Ländern sogar eine richterliche

Prof. Dr. Hartmut Aden

Fachbereich 5

Polizei und

Sicherheitsmanagement

Professur für Öffentliches Recht

und Europarecht

und Behördlicher

Datenschutzbeauftragter der

HWR Berlin

Alt-Friedrichsfelde 60

D-10315 Berlin

T +49 (0)30 30877-2868

privat:

Postfach 580601

D-10415 Berlin

E-Mail: [Hartmut.Aden@](mailto:Hartmut.Aden@hwr-berlin.de)

hwr-berlin.de

[www.hwr-berlin.de/prof/hartmut-](http://www.hwr-berlin.de/prof/hartmut-aden)

[aden](http://www.hwr-berlin.de/prof/hartmut-aden)

Seiten insgesamt

1/7

Berliner Volksbank

Konto 884 101 52 40

BLZ 100 900 00

IBAN

DE72 10090000 8841015240

BIC BEVODEBB



Unabhängigkeit,¹ so auch in Deutschland gemäß Art. 114 Abs. 2 GG. Die Formulierungen der bisherigen Fassung des § 22 Abs. 4 BDSG, der zwar die Unabhängigkeit erwähnt (Satz 2), zugleich aber die Rechtsaufsicht der Bundesregierung regelt (Satz 3), ist daher unzulänglich. Dieses Grundproblem wird durch den vorliegenden Entwurf gelöst.

Zu begrüßen ist auch die Ersetzung von bisher durch das Bundesministerium des Innern wahrgenommenen Aufsichtsfunktionen durch eine unmittelbare Unterstellung der oder des Datenschutzbeauftragten unter die Aufsicht des Deutschen Bundestages. Dies stärkt die demokratische Legitimation des Datenschutzes in Deutschland.

Allerdings enthält der Entwurf auch einige Vorschläge, die im Hinblick auf die gebotene Unabhängigkeit der Datenschutzkontrolle problematisch sind. Weitere für eine effektive unabhängige Datenschutzkontrolle erforderliche Änderungen fehlen in dem vorliegenden Entwurf (hierzu im folgenden Abschnitt B).

B) Verbesserungsvorschläge für den Gesetzentwurf

Im Folgenden werden Verbesserungspotentiale für ausgewählte Aspekte des vorliegenden Gesetzentwurfs aufgezeigt:

1. Unangemessen begrenzte Aussagebefugnis nach § 23 Abs. 6 (Entwurfassung)

Der Gesetzentwurf schlägt folgerichtig die Abschaffung der bisher in § 23 Abs. 5 Satz 3 geregelten Abhängigkeit von Zeugenaussagen der oder des Beauftragten von einer Aussagegenehmigung des Bundesministeriums des Innern vor. Die Entwurfassung stellt die Entscheidung über Zeugenaussagen zu Vorgängen, die als geheimhaltungsbedürftig eingestuft sind, in das pflichtgemäße Ermessen der oder des Beauftragten. Bis dahin erscheint die Regelung sinnvoll, da sie der oder dem unabhängigen Beauftragten die Abwägung zwischen der fachlichen und rechtlichen Relevanz der Geheimhaltung einerseits und dem gesetzlichen Aufklärungsauftrag von Gerichten und Untersuchungsausschüssen andererseits überlässt.

Problematisch sind dagegen die in § 23 Abs. 6 Satz 1 und Satz 2 der Entwurfassung vorgesehenen Einschränkungen der Aussageberechtigung

¹ Vgl. hierzu Paul L. Posner & Asif Shahan, Audit Institutions, in: Mark Boven et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford 2014, S. 488 ff.



der oder des Beauftragten („es sei denn...“) in Fällen, in denen die Aussage „dem Wohle des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten [würde], insbesondere wenn Nachteile für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder ihre Beziehungen zu anderen Staaten zu besorgen sind, [...]“ (Nr. 1), die Aussage „Grundrechtsverletzungen zur Folge haben“ „könnte“ (Nr. 2) oder die betreffenden Vorgänge dem „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung der Bundesregierung zuzurechnen sind oder sein könnten“ (Satz 2), wobei der Entwurf in letzterem Fall das Einvernehmen der Bundesregierung fordert.

- Alle drei Einschränkungen sind in der vorliegenden Entwurfsfassung äußerst problematisch, keinesfalls zweckmäßig und weder sachlich noch rechtlich erforderlich.

- Zu Nr. 1: Die zentralen Begriffe dieser Regelung sind vage und auslegungsbedürftig, insbesondere „Nachteile“ für das „Wohl“ des Bundes oder eines deutschen Landes oder für die „Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder ihre Beziehungen zu anderen Staaten“. Zwar können solche Erwägungen im Rahmen der pflichtgemäßen Ermessensausübung (§ 23 Abs. 5 Satz 3 der Entwurfsfassung) eine Rolle spielen, soweit sie hinreichendes Gewicht haben. Eine Regelvermutung zugunsten der Nichtaussage, wie sie der Entwurf vorsieht, würde indes die Unabhängigkeit der oder des Beauftragten und das Aufklärungsinteresse von Gerichten, Untersuchungsausschüssen und Öffentlichkeit zu stark einschränken.

Zu Nr. 2: Die in Nr. 2 verwendete Formulierung „könnte Grundrechtsverletzungen zur Folge haben“ ist ebenfalls zu unbestimmt und damit zu weit gefasst. Grundrechtseingriffe liegen z. B. immer schon dann vor, wenn in einer Aussage personenbezogene Informationen vorkommen. Im konkreten Einzelfall ist bei der pflichtgemäßen Ermessensausübung (§ 23 Abs. 5 Satz 3 der Entwurfsfassung) zu erwägen, ob die gesetzlichen Grundlagen für die Weitergabe personenbezogener Informationen im Rahmen von Aussagen vorliegen, z. B. in einem Strafverfahren, und ob ggf. im konkreten Fall überwiegende Gründe des Grundrechtsschutzes dennoch einer Verwendung in der Zeugenaussage entgegen stehen. Die Entwurfsbegründung (S. 21) legt nahe, dass eigentlich eine solche Abwägung gewollt ist. Die Formulierung im Entwurf des Gesetzestextes wird dem aber nicht gerecht. Die pauschale Vermutung in Nr. 2 ist daher weder notwendig noch zielführend.

Zu Nr. 3: Die Notwendigkeit, bei Vorgängen aus dem „Kernbereich der exekutiven Eigenverantwortung“ das Einvernehmen mit der Bundesregie-



• rung über die Aussage herzustellen, ist mit der Unabhängigkeit der oder des Beauftragten nicht vereinbar. Auch hier sollte die Entscheidung der Ermessensausübung der oder des Beauftragten im Einzelfall überlassen bleiben.

Das Bundesrechnungshofgesetz (BRHG) sieht solche Beschränkungen nicht vor. § 10a der Bundeshaushaltsordnung legt in Verbindung mit § 19 BRHG nur fest, dass bei geheimhaltungsbedürftigen Vorgängen der Kreis der im Rechnungshof Beteiligten enger gefasst ist. Über Aussagegenehmigungen entscheidet der Bundesrechnungshof als oberste Bundesbehörde gemäß § 68 Abs. 3 Bundesbeamtenengesetz ebenfalls selbst. Die Notwendigkeit weitergehender Beschränkungen für die Datenschutzkontrolle ist nicht ersichtlich.

• Die im Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (Ausschussdrucksache 18(4)193, Ziffer 2) vorgeschlagenen Formulierungen zur Konkretisierung der Ermessensausübung bei der Entscheidung über eine Aussage sind mit dem Unabhängigkeitsgebot vereinbar. Eine Streichung der problematischen Formulierungen wäre aber aus meiner Sicht ebenso zielführend.

Empfehlung: *Der Deutsche Bundestag sollte die im Entwurf vorgeschlagenen Formulierungen für § 23 Abs. 6 Sätze 1 und 2 ersatzlos streichen. Der Verweis auf § 28 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (Satz 3 der bisher geltenden Fassung) sollte wie vorgesehen erhalten bleiben.*

2. Streichung des Sicherheitsvorbehalts in § 24 Abs. 4 Satz 4 BDSG bisheriger Fassung

Der vorliegende Entwurf sieht für § 24 BDSG nur redaktionelle Anpassungen vor, insbesondere für die Gender-Neutralität der Formulierungen. Indes enthält § 24 Abs. 4 Satz 4 BDSG in der geltenden Fassung eine sehr problematische Beschränkung der Auskunftspflicht von öffentlichen Stellen des Bundes gegenüber der oder dem Beauftragten, „soweit die oberste Bundesbehörde im Einzelfall feststellt, dass die Auskunft oder Einsicht die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gefährden würde.“ Diese Regelung ist mit einer effektiven und unabhängigen Datenschutzkontrolle unvereinbar. Denn sie legt es in das Ermessen der zu prüfenden Stelle, die Datenschutzkontrolle unter Verweis auf Sicherheitsbelange zu verweigern. Die bereits in § 24 Abs. 4 Satz 3 BDSG geltender Fassung



vorgesehene Beschränkung des Personenkreises ist für den Schutz von Sicherheitsbelangen völlig ausreichend (ähnlich § 19 BRHG).

Empfehlung: *Der Deutsche Bundestag sollte den Entwurf dahingehend ergänzen, dass § 24 Abs. 4 Satz 4 BDSG gestrichen wird.*

3. Zuständigkeit in G 10-Angelegenheiten (§ 24 Abs. 2 Satz 3 BDSG bisheriger Fassung und Ziffer 3 des Änderungsantrags der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen)

Für die Zuständigkeitsfelder der G 10-Kommission schließt § 24 Abs. 2 Satz 3 BDSG bisheriger Fassung die Zuständigkeit der oder des Bundesbeauftragten aus. Der oder die Beauftragte kann hier nur auf Ersuchen der G 10-Kommission tätig werden. Dies hat zur Folge, dass die oder der Beauftragte für die Kontrolle der anderen Formen von Datenerhebung und Datenverarbeitung durch die Nachrichtendienste zuständig ist, nicht aber für Eingriffsmaßnahmen, die Art. 10 GG einschränken. Hierzu schreibt der damalige Bundesbeauftragte in seinem Tätigkeitsbericht für die Jahre 2011 und 2012:

„Sobald mir ein Nachrichtendienst bei einer Kontrolle erklärt, das Vorliegen legitimierender Voraussetzungen sei durch Informationen belegt, die im Rahmen einer G 10-Maßnahme gewonnen worden seien, werden mir diese Informationen vorenthalten. In der Praxis führt das dazu, dass ich die Gesetzmäßigkeit von Maßnahmen nach dem Bundesverfassungsschutzgesetz, die meiner ausschließlichen Kontrolle unterliegen, überhaupt nicht mehr prüfen kann.

Eine entsprechende Untersuchung kann aber auch nicht durch die G 10-Kommission erfolgen. Nach § 15 Absatz 5 Satz 2 Artikel 10-Gesetz erstreckt sich deren Kontrollbefugnis nur auf die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der nach dem Artikel 10-Gesetz erlangten personenbezogenen Daten durch Nachrichtendienste des Bundes. Aus diesen Erkenntnissen resultierende Maßnahmen nach Bundesverfassungsschutzgesetz darf die G 10-Kommission nicht beurteilen.“²

Vergleichbare Probleme treten auch im Landesrecht auf, das sich hier weitgehend am Bundesrecht orientiert.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 14. Juli 1999 zur Fernmeldeüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst betont, dass die G 10-Kommission im Interesse rechtsstaatlicher Verfahrenssicherung bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen nicht nur für die Anordnung der G 10-Maßnahmen, sondern auch für die Kontrolle ihrer

² Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Tätigkeitsbericht 2011 und 2012, BT-Drs. 17/13000, S. 105 f. und ebd., S. 110.



Durchführung zuständig sein muss.³ Daraufhin wurde die Kontrollzuständigkeit der G 10-Kommission entsprechend erweitert (heute: § 15 Abs. 5 Artikel 10-Gesetz). Diese Entscheidung kann aber keinesfalls so interpretiert werden, dass eine Zuständigkeit der oder des Datenschutzbeauftragten dadurch ausgeschlossen werden sollte. Im Gegenteil: Das Bundesverfassungsgericht intendierte seinerzeit gerade eine Stärkung der Kontrolle, nicht ihre faktische Schwächung durch Zersplitterung.

Eine Streichung des § 24 Abs. 2 Satz 3 BDSG würde zwar zu einer gewissen Zuständigkeitsüberschneidung führen. Dies ist aber bei Kontrollbefugnissen verfassungsrechtlich und auch in der praktischen Durchführung unproblematisch. Die Gesetzgebung kann der G 10-Kommission und dem oder der Datenschutzbeauftragten daher die praktische Ausgestaltung einer solchen Parallelzuständigkeit überlassen, die durch eine Streichung von Satz 3 entstände. Die vorgeschlagene klarstellende Formulierung (Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen) wäre bei einer Streichung von Satz 3 entbehrlich.

Empfehlung: *Der Deutsche Bundestag sollte den Entwurf dahingehend ändern, dass § 24 Abs. 2 Satz 3 BDSG bisheriger Fassung ersatzlos gestrichen wird.*

4. Dienstsitzregelung flexibilisieren (§ 22 Abs. 5 der Entwurfsfassung)

Für eine effektive Aufgabenwahrnehmung muss der Datenschutz dort regelmäßig präsent sein, wo zu kontrollierende Behörden und die zu beratenden Gesetzgebungsorgane ansässig sind. Daher sollte die oder der Datenschutzbeauftragte jedenfalls auch in Berlin oder näherer Umgebung einen Dienstsitz oder jedenfalls eine Außenstelle haben. So verfügt der Bundesrechnungshof, der seinen Dienstsitz ebenfalls in Bonn hat, über eine Außenstelle in Potsdam. Die Einrichtung von Außenstellen ist nach § 2 Abs. 1 Satz 2 BRHG zugelassen. Eine vergleichbare Regelung sollte auch für den Datenschutz geschaffen werden.

Empfehlung: *Der Deutsche Bundestag sollte den Entwurf für § 22 Abs. 5 BDSG dahingehend ergänzen, dass Außenstellen eingerichtet werden*

³ BVerfGE 100, 313 (401) = NJW 2000, 55 (68).



können oder ein weiterer Dienstsitz in Berlin oder Umgebung vorzusehen ist.

Fazit: Ich empfehle dem Deutschen Bundestag, den Entwurf mit den genannten Änderungen zu verabschieden.

Gez. Prof. Dr. Hartmut Aden