

An den Vorsitzenden des Innenausschusses  
Des Deutschen Bundestags  
Herrn Wolfgang Bosbach

**23. Oktober 2014**

**Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung am 1. Dezember 2014 zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes – Stärkung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht im Bund durch Errichtung einer obersten Bundesbehörde**

Der Gesetzentwurf ist grundsätzlich zu begrüßen, da er das Ziel verfolgt, eine ausreichende Unabhängigkeit der oder des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) zu gewährleisten. Damit greift er die Forderung des Art. 28 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 95/46/EG (DSRL) auf: Die datenschutzrechtlichen Kontrollstellen „nehmen die ihnen zugewiesenen Aufgaben in völliger Unabhängigkeit wahr“. Diese Regelung wird nach Art. 47 Abs. 5 des Entwurfs einer Datenschutzgrundverordnung auch künftig beibehalten.

Hierzu hat der EuGH<sup>1</sup> festgestellt, dass die Kontrollstellen keine normale Verwaltungstätigkeit ausüben. Sie nehmen nach der DSRL eine sehr spezifische Aufgabe wahr, die allein darin besteht, „Hüter der Grundrechte und Grundfreiheiten“ zu sein, die durch die Verarbeitung personenbezogener Daten betroffen sind.<sup>2</sup> Diese Fokussierung auf die Funktion eines „Hüters der Grundrechte und Grundfreiheiten“ fordert und rechtfertigt die besondere Stellung und völlige Unabhängigkeit der Kontrollstellen. Mit ihr ist nicht zu vereinbaren, dass sie gezwungen werden können, die Umsetzungsregelungen so auszulegen, dass sie anderen Verwaltungszwecken wie der Finanzverwaltung oder wirtschaftlichen Interessen Vorrang einräumen.<sup>3</sup> „Völlige Unabhängigkeit“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Kontrollstelle „völlig frei von Weisungen und Druck handeln kann“.<sup>4</sup> Die Kontrollstellen müssen „mit einer Unabhängigkeit ausgestattet sein ..., die es ihnen ermöglicht, ihre Aufgaben ohne äußere Einflussnahme wahrzunehmen“.<sup>5</sup> Die geforderte Unabhängigkeit schließt nicht nur jegliche Einflussnahme durch die kontrollierten Stellen aus, sondern auch „jede Anordnung und jede sonstige äußere Einflussnahme, sei sie unmittelbar oder mittelbar, durch die in Frage ge-

<sup>1</sup> EuGH, Urteile vom 9.3.2010, Rs. C-518/07 und vom 16.10.2012, Rs. C-614/10.

<sup>2</sup> EuGH, Urteil vom 9.3.2010, Rs. C-518/07, Rn. 23.

<sup>3</sup> EuGH, Urteil vom 9.3.2010, Rs. C-518/07, Rn. 35.

<sup>4</sup> EuGH, Urteil vom 9.3.2010, Rs. C-518/07, Rn. 18.

<sup>5</sup> EuGH, Urteil vom 9.3.2010, Rs. C-518/07, Rn. 30.

stellt werden könnte, dass die genannten Kontrollstellen ihre Aufgabe, den Schutz des Rechts auf Privatsphäre und den freien Verkehr personenbezogener Daten ins Gleichgewicht zu bringen, erfüllen“.<sup>6</sup> Die notwendige Unabhängigkeit ist bereits gefährdet, wenn „die bloße Gefahr einer politischen Einflussnahme der Aufsichtsbehörden auf die Entscheidungen der Kontrollstellen“ besteht. Vielmehr muss jede Möglichkeit politischer Einflussnahme so ausgeschlossen sein, dass die Entscheidungen der Kontrollstellen „über jeglichen Verdacht der Parteilichkeit erhaben“ sind.<sup>7</sup>

Auch das BVerfGE hat mehrfach festgestellt, dass der Schutz der informationellen Selbstbestimmung eine effektive Kontrolle der staatlichen Datenverarbeitung erforderlich macht.<sup>8</sup>

Diesen Anforderungen wird der Gesetzentwurf grundsätzlich gerecht, wenn er die organisatorische und haushaltsmäßige Anbindung der oder des BfDI an das Bundesministerium des Innern aufhebt und die Dienstaufsicht durch dieses und die Rechtsaufsicht durch die Bundesregierung nach § 22 Abs. 4 und 5 BDSG beseitigt. Stattdessen erhält die oder der BfDI den rechtlichen Status einer obersten Bundesbehörde, die eigenständig und unabhängig ausgestaltet ist. Sie oder er hat einen eigenen Haushalt und eigene Mitarbeiter. Der notwendigen Unabhängigkeit entspricht auch, dass die oder der BfDI vom Deutschen Bundestag gewählt wird, den Amtseid vor der Bundespräsidentin oder dem Bundespräsidenten leistet und ausschließlich durch den Bundestag und die Gerichte kontrolliert wird.

Diese Unabhängigkeit wird durch folgende Regelungen eingeschränkt:

- Nach § 23 Abs. 1 Satz 3 BDSG–E wird die oder der BfDI auf Vorschlag der Präsidentin oder des Präsidenten des Bundestages von der Bundespräsidentin oder dem Bundespräsidenten entlassen, wenn Gründe vorliegen, die bei einer Richterin auf Lebenszeit oder einem Richter auf Lebenszeit die Entlassung aus dem Dienst rechtfertigen.
- Nach § 23 Abs. 3 BDSG–E die oder der BfDI der Präsidentin oder dem Präsidenten des Bundestages Mitteilung über Belohnungen und Geschenke zu machen, die sie oder er in Bezug auf das Amt erhält. Die Präsidentin oder der Präsident des Bundestages entscheidet über die Verwendung der Belohnungen und Geschenke. Sie oder er kann Verfahrensvorschriften erlassen.

Diese Einschränkungen der Unabhängigkeit erscheinen unproblematisch, da sie nicht geeignet erscheinen, die Unabhängigkeit der oder des BfDI in der Ausübung der zugewiesenen Aufgaben zu beeinträchtigen. Sie sind Vorgaben, die nur die allgemeine Ordnung der übertragenen Dienstaufgaben gewährleisten und vor dem Verdacht der Korruption schützen. Die Zuständigkeit der Präsidentin oder dem Präsidenten des Bundestages entspricht der parlamentarischen Kontrolle der oder des BfDI.

Die folgenden Einschränkungen der Unabhängigkeit erscheinen jedoch unionsrechtlich und verfassungsrechtlich problematisch, da sie die gebotene völlige Unabhängigkeit verkürzen können:

### **1. Regelungen zu Zeugenaussagen**

Nach § 23 Abs. 6 Satz 1 BDSG–E entscheidet die oder der BfDI nach eigenem pflichtgemäßem Ermessen, ob sie oder er als Zeugin oder Zeuge aussagen darf. Hierfür werden ihr oder ihm zwei materielle Gründe vorgegeben, bei deren Vorliegen Zeugenaussagen unzulässig sind: wenn die Aussage 1. dem Wohle des Bun-

---

<sup>6</sup> EuGH, Urteil vom 9.3.2010, Rs. C–518/07, Rn. 30.

<sup>7</sup> EuGH, Urteil vom 9.3.2010, Rs. C–518/07, Rn. 36.

<sup>8</sup> BVerfG, Urteil vom 15.12.1983, E 65, 1 (46); Urteil vom 24. 4. 2013, 1 BvR 1215/07, Rn. 207.

des 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“, oder 2. Grundrechtsverletzungen zur Folge haben könnte.

Diese Beschränkung durch den Gesetzentwurf ist überflüssig, weil die oder der BfDI Recht und Gesetz bereits nach Art. 20 Abs. 3 GG und die Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG beachten muss. Soweit die Sorge um Nachteile für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder ihre Beziehungen zu anderen Staaten bereits die Aussage ausschließen soll, wird hierdurch jedoch die völlige Unabhängigkeit der oder des BfDI unzulässig beeinträchtigt. Er soll gerade den Umgang mit personenbezogenen Daten der Bundesbehörden kontrollieren. Der stärkste Konflikt zwischen Datenschutz und anderen Aufgaben der Exekutive entsteht im Bereich der Sicherheitsbehörden und der Nachrichtendienste. Diese kooperieren vielfach mit anderen Staaten. Da die Befugnisse der oder des BfDI zur Gewährleistung des Datenschutzes beschränkt sind, ist ein wichtiges Instrument, Datenschutz durchzusetzen, die Aufklärung der Öffentlichkeit und insbesondere die Darlegung von Missständen vor parlamentarischen Untersuchungsausschüssen. Er kann daher seine Aufgaben nur dann in „völliger Unabhängigkeit“ durchführen, wenn er im Einzelfall selbst abwägen kann, ob das öffentliche Aufdeckungsinteresse höherwertig ist als die Sorge um Nachteile für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder ihre Beziehungen zu anderen Staaten. Die Regelung des § 23 Abs. 6 Satz 1 BDSG-E sollte diese Abwägung daher ausdrücklich ermöglichen.

Nach § 23 Abs. 6 Satz 2 BDSG-E soll die oder der BfDI nur im Einvernehmen mit der Bundesregierung aussagen dürfen, wenn die Aussage „laufende oder abgeschlossene Vorgänge betrifft, die dem Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung der Bundesregierung zuzurechnen sind oder sein könnten“. Ein Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung der Bundesregierung wurde vom BVerfG anerkannt,<sup>9</sup> um dieser eine grundsätzlich nicht ausforschbare Entscheidungsfindung zu sichern. Es geht dabei nicht um Geheimhaltungspflichten, um bestimmte Sicherheitsinteressen zu schützen, sondern um einen freien Willensbildungsprozess innerhalb der Regierung zu gewährleisten. Allerdings darf die Regierung weder bei abgeschlossenen noch bei laufenden Vorgängen pauschal Informationen verweigern. Vielmehr ist das Interesse nach Schutz einer unbeobachteten Entscheidungsfindung abzuwägen mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit. Dabei kommt dem „Informationsinteresse ... besonders hohes Gewicht zu, soweit es um die Aufdeckung möglicher Rechtsverstöße und vergleichbarer Missstände innerhalb der Regierung geht“.<sup>10</sup> Die gebotene Abwägung kann hinsichtlich einer Aussage der oder des BfDI nicht die Bundesregierung treffen, wenn die oder der BfDI seine Aufgaben in „völliger Unabhängigkeit“ erfüllen soll. Ausreichend unabhängig ist sie oder er nur dann, wenn die Abwägung zwischen dem Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung der Bundesregierung und der Information der Öffentlichkeit über Missstände innerhalb der Regierung ihrem oder seinem pflichtgemäßen Ermessen überlassen wird.

Für andere Kontrollbehörden, die die Regierung kontrollieren, wie den Bundesrechnungshof, bestehen solche Begrenzungen und Einvernehmensefordernisse für Zeugenaussagen nicht.

## **2. Personelle und finanzielle Ausstattung**

Nach der Neufassung des § 22 Abs. 5 BDSG-E entfällt die bisherige Regelung des § 22 Abs. 5 Satz 3 BDSG, nach der dem BfDI „die für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendige Personal- und Sachausstattung zur Verfügung zu stellen ist“. Dies ergibt sich zwar aus der künftigen Stellung der oder des BfDI als oberste

---

<sup>9</sup> S. jüngst BVerfG, Urt. vom 21.10.2014 – 2 BvE 5/11, Rn. 136 ff. m.w.N.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. vom 30.3.2004 – 2 BvK 1/01, 2. Leitsatz.

Bundesbehörde von selbst, da sie oder er einen eigenen Haushaltsplan beim Bundesministerium der Finanzen anmeldet. Wie der vorliegende Gesetzentwurf zeigt, besteht jedoch sehr leicht die Gefahr, dass der Bedarf der oder des BfDI unterschätzt wird. Wie die Stellungnahme der BfDI vom 15.10.2014 nachvollziehbar deutlich macht, ist dessen aktueller Bedarf deutlich höher (14 Stellen) als im Gesetzentwurf angenommen (4 Stellen). Die unionsrechtlich gebotene „völlige Unabhängigkeit“ der oder des BfDI setzt aber auch eine für die Aufgabenerfüllung ausreichende Ausstattung voraus.<sup>11</sup> Um dies gegenüber dem Haushaltsgesetzgeber deutlich zu machen sollte die Regelung des § 22 Abs. 5 Satz 3 BDSG in angepasster Form beibehalten werden und festhalten, dass der oder dem BfDI die für die Erfüllung ihrer oder seiner Aufgaben notwendige Personal- und Sachausstattung zur Verfügung zu stellen ist.

Um die oder den BfDI nicht zu benachteiligen, ist diese oder dieser in die abschließende Aufzählung der §§ 28 Abs. 3 und 29 Abs. 3 BHO aufzunehmen. Nur dadurch wird sichergestellt, dass das Bundesministerium der Finanzen geplante Abweichungen von den Voranschlägen der oder des BfDI der Bundesregierung mitteilen und bei Abweichungen von den Voranschlägen im Entwurf des Haushaltsplans die ursprünglichen Voranschläge der oder des BfDI dem Entwurf beifügen muss. Ohne diese verfahrensmäßigen Sicherungen könnte das Ministerium faktisch allein über den Haushalt der oder des BfDI entscheiden und dessen völlige Unabhängigkeit von den zu kontrollierenden Stellen gefährden.

Nach Art. 47 Abs. 5 des Entwurfs einer Datenschutzgrundverordnung stellt jeder Mitgliedstaat sicher, „dass die Aufsichtsbehörde mit angemessenen personellen, technischen und finanziellen Ressourcen, Räumlichkeiten und mit der erforderlichen Infrastruktur ausgestattet wird, um ihre Aufgaben und Befugnisse auch im Rahmen der Amtshilfe, Zusammenarbeit und Mitwirkung im Europäischen Datenschutzausschuss effektiv wahrnehmen zu können“.

### **3. Mangelnde Aufsichtsbefugnisse**

Zur „völligen Unabhängigkeit“ von der zu kontrollierenden Exekutive gehört auch, dass die oder der BfDI eigene Befugnisse zur Durchsetzung des Datenschutzes hat, die er selbst ohne Einfluss der Exekutive ausüben kann. Die geforderte Unabhängigkeit schließt nicht nur jegliche Einflussnahme durch die kontrollierten Stellen aus, sondern auch „jede Anordnung und jede sonstige äußere Einflussnahme, sei sie unmittelbar oder mittelbar, durch die in Frage gestellt werden könnte, dass die ... Kontrollstellen ihre Aufgabe, den Schutz des Rechts auf Privatsphäre und den freien Verkehr personenbezogener Daten ins Gleichgewicht zu bringen, erfüllen“.<sup>12</sup> Hierzu passt nicht, dass die oder der BfDI nach § 115 Abs. 4 TKG und § 42 Abs. 3 PostG nur die Möglichkeit hat, gegenüber der Bundesnetzagentur Beanstandungen geltend zu machen. Vielmehr ist es erforderlich, ihr oder ihm gegenüber den Anbietern von Telekommunikations- und Postdienstleistungen auch Anordnungs- und Untersagungsbefugnissen nach § 38 BDSG einzuräumen, wie sie den Aufsichtsbehörden der Länder gegenüber allen anderen verantwortlichen Stellen der Privatwirtschaft zustehen.

### **4. Mangelnde Sanktionsbefugnisse**

Die gleiche unionswidrige Einschränkung der „völligen Unabhängigkeit“ besteht dadurch, dass die oder der BfDI die Ahndung und Verfolgung von Bußgeldern nach § 43 BDSG, die sie wegen Verstößen gegen Datenschutzvorschriften festsetzt, nicht selbst ahnden und durchsetzen kann, sondern in dieser Hinsicht von der Bundesnetzagentur und von der Staatsanwaltschaft abhängig ist. Vielmehr ist sicherzustellen, dass exekuti-

---

<sup>11</sup> EuGH, Urteile vom 16.10.2012, Rs. C-614/10, Rn. 58.

<sup>12</sup> EuGH, Urteil vom 9.3.2010, Rs. C-518/07, Rn. 30.

ve Stellen keinen Einfluss auf bußgeldrechtliche Entscheidungen der Datenschutzaufsicht nehmen können (z.B. durch Opportunitätsentscheidungen (Einstellungen, Beschwerden) oder eigene Rechtsauffassungen über Datenschutzverstöße). Daher ist es notwendig, dass die oder der BfDI im bußgeldrechtlichen Verfahren in allen Verfahrensstufen selbst der Vertreter des öffentlichen Interesses ist.

Für Strafverfahren nach § 44 BDSG ist zwar die Staatsanwaltschaft zuständig. Doch kann ein ausreichender Einfluss der oder des BfDI dadurch gesichert werden, dass sie oder er Akteneinsicht sowie eine Abschrift der Anklageschrift oder des Strafbefehls erhält, vor einer staatsanwaltschaftlichen Einstellungsverfügung anzuhören ist, zur Hauptverhandlung geladen werden und dort aus eigenem Recht das Wort ergreifen kann.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A. P. Roßnagel'. The signature is fluid and cursive, with the first letters of the first and last names being capitalized and prominent.

(Prof. Dr. Alexander Roßnagel)